

ring, biedt geen mogelijkheid tot interactie tussen het lid en de algemene vergadering en schiet in mijn ogen dan ook tekort.

prof. mr. G.J.C. Rensen

86

Beklamelnorm en toepassing wetenschaps-criterium bij professionele wederpartij

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
14 december 2021, zaaknr. 200.278.286,
ECLI:NL:GHARL:2021:11395
(mr. Hennekens, mr. Janse, mr. Lagarde)
Noot mr. dr. W.A. Westenbroek

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Beklamelverwijt ongegrond. Wederpartij wist over ontbreken van garantie door financier en kon als ervaren partij gevolgen hiervan overzien. Van gerechtvaardigd vertrouwen op door bestuurders gewekte schijn van kredietwaardigheid is derhalve geen sprake.

[BW art. 6:162]

Het gaat bij de toepassing van de Beklamelmaatstaf om wetenschap aan de zijde van de bestuurder(s) die moet worden beoordeeld naar objectieve maatstaven. Daarvoor is niet voldoende dat de bestuurder rekening diende te houden met de mogelijkheid dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, maar is vereist dat de niet-nakoming redelijkerwijs was te verwachten (HR 26 juni 2009, «JOR» 2009/221, m.nt. Borrius).

Naar het oordeel van het hof kan de wetenschap aan de zijde van de bestuurder(s) echter niet los worden gezien van die aan de zijde van de wederpartij van de vennootschap, in dit geval dus de vennootschap SVDT. Bij aansprakelijkheid op de Beklamelgrond komt het aan op een verschil in kennis tussen de namens de vennootschap handelende bestuurder en de wederpartij. Indien de bestuurder beschikt over zodanige informatie dat hij weet of behoort te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de daaruit

voortvloeiende schade, handelt hij onrechtmatig door zonder die informatie te delen namens de vennootschap de overeenkomst aan te gaan. Daardoor wordt immers ten onrechte de schijn van kredietwaardigheid van die vennootschap gewekt. Indien echter de wederpartij (helemaal als dat een professional is) ongeveer net zoveel informatie heeft over de wijze waarop de vennootschap met wie zij handelt haar financiële verplichtingen uit de te sluiten overeenkomst van plan is te financieren als de bestuurder van die vennootschap, kan niet gezegd worden dat die bestuurder onrechtmatig handelt indien die informatie zodanig is dat redelijkerwijs te verwachten valt dat de financiering niet zal slagen en de bestuurder (toch) namens de vennootschap de overeenkomst sluit. In dat geval immers kan ook de wederpartij van de vennootschap (naar objectieve maatstaven te beoordelen) dat verwachten. Van het wekken van schijn van kredietwaardigheid, althans van een gerechtvaardigd vertrouwen daarop, is dan geen sprake. Het hof verwijst naar een eerdere uitspraak van dit hof hierover (Hof Arnhem-Leeuwarden 4 december 2018, «JOR» 2019/33, m.nt. Mussche) en ook naar rechtspraak van de Hoge Raad («JOR» 2000/10) waaruit dit kan worden afgeleid.

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

SVDT Holding BV te Bergen (Noord-Holland),
appellante,

advocaat: mr. W. Plessius,
tegen:

1. MeerSaam BV te Heeswijk-Dinther,
 2. Zeker Bouwen Holding BV te Heeswijk-Dinther,
 3. [geïntimeerde 3] Management BV te Uden,
 4. P3J Holding BV te 's-Hertogenbosch,
 5. [geïntimeerde 5],
 6. [geïntimeerde 6],
 7. [geïntimeerde 7],
- geïntimeerden,
hierna: MeerSaam c.s.,
advocaat: mr. B.F.H.L. van Campfort.

(...; red.)

2. De vaststaande feiten

2.1. SVDT drijft een onderneming die zich onder andere bezig houdt met de handel in onroerende zaken. MeerSaam B.V. (verder: MeerSaam) is in 2015 opgericht. De bestuurders van MeerSaam zijn Zeker Bouwen Holding B.V., [geïntimeerde3] Management B.V. en P3J Holding B.V. (geïntimeerden 2, 3 en 4). Van die vennootschappen zijn respectievelijk [geïntimeerde5], [geïntimeerde6] en [geïntimeerde7] (geïntimeerden 5, 6 en 7) de bestuurders. [geïntimeerde5], [geïntimeerde6] en [geïntimeerde7] hebben op enig moment het plan opgevat om zich via MeerSaam te richten op de realisatie van betaalbare huisvesting voor senioren. MeerSaam was op dat moment een lege vennootschap.

2.2. In maart 2016 kwam MeerSaam in contact met Syntrus Achmea Real Estate & Finance B V (verder: Syntrus Achmea). Tussen MeerSaam en Syntrus Achmea is gesproken over een samenwerking, in die zin dat Syntrus Achmea geld aan MeerSaam ter beschikking zou stellen voor de realisatie van haar hiervoor genoemde doel.

2.3. In oktober 2016 kwam het project Wolfartstate te Nieuwegein op de weg van MeerSaam, een kantoorgebouw gelegen aan de Zoomstede 1 tot en met 11 te Nieuwegein (hierna: het pand) dat door SVDT te koop werd aangeboden. MeerSaam heeft dat pand onder de aandacht gebracht van Syntrus Achmea, in de persoon van de heer [naam1]. Op 1 december 2016 heeft een bezichtiging van het pand plaatsgevonden, waarbij ook de heer [naam1] aanwezig was.

2.4. Na een aantal biedingen, waarbij SVDT werd vertegenwoordigd door Boatex Beheer (hierna: Boatex), bereikten MeerSaam en SVDT overeenstemming over een koopprijs van € 2.450.000.

2.5. Op 6 maart 2017 verstuurde Boatex een e-mail aan MeerSaam, met de volgende inhoud: "(...). De directie van SVDT Holding BV is akkoord onder de voorwaarde dat zij rechtstreeks vanuit Achmea bericht ontvangen dat zij het geld fourneren voor afname.

Daar jullie zelf aangeven hebben niet in staat zijn ook maar een aanbetaling te doen voor deze transactie wilt de directie van SVDT Holding BV iets meer comfort/vertrouwen krijgen dat er wel middelen zijn dat er afgenomen kan worden (...)."

2.6. Op 7 maart 2017 verstuurde Boatex een e-mail aan MeerSaam, met de volgende inhoud: "(...) Eigenaar ontvangt graag uiterlijk voor a.s. vrijdag 14:00 uur een schriftelijke bevestiging vanuit Achmea dat zij garant staan voor de gelden die nodig zijn voor de koopsom (en de verweringskosten) van het gebouw (...)

Indien dit niet tijdig overlegd kan worden bieden wij een alternatief dat wij Meersaam per optieperiode van 1 maand (en bij vooruitbetaling) een bedrag ad EUR 15.000,- in rekening brengen, startend voor de maand maart 2017.

Indien beide opties haalbaar [het hof leest: onhaalbaar] zijn acht verkoper zich na a.s. vrijdag 14:00 uur zich volledig vrij het pand aan andere partijen aan te bieden.(...)"

2.7. Hierop wordt door MeerSaam in een e-mail van 8 maart 2017 als volgt gereageerd:

"(...) Het project wordt door MeerSaam bv ontwikkeld en afgenomen door Syntrus Achmea. Syntrus Achmea en MeerSaam zijn druk bezig het project uit te werken voor de toekomstige afname van het project Zoomstede 1-11 te Nieuwegein. In deze fase mag en zal Syntrus Achmea geen enkele toezegging of uitspraak doen aan een verkopende partij. MeerSaam zal als vervolg hierop ook geen enkele toezegging doen anders dan ons aanbod van 2 maart 2017."

2.8. Boatex heeft dat bericht diezelfde dag doorgestuurd naar SVDT, onder de toevoeging:

"De 'uitleg'.:"

2.9. Vervolgens is op 30 maart 2017 de koopovereenkomst gesloten met betrekking tot het pand. De koopakte is opgesteld door een advocaat die door SVDT is ingeschakeld. Op grond van die overeenkomst diende MeerSaam uiterlijk 10 mei 2017 een waarborgsom van € 245.000 te storten. De overdrachtsdatum is bepaald op 31 mei 2017. In de overeenkomst is verder bepaald dat bij ontbinding wegens niet nakoming de nalatige partij een boete aan de andere partij zal zijn verschul-

digd van 10% van de koopprijs, dus een bedrag van € 245.000. In het koopcontract is opgenomen dat geen financieringsvoorbehoud is overeengekomen en dat de koper zich van de gevolgen daarvan bewust is.

2.10. MeerSaam heeft aan Boatex/SVDT laten weten dat Syntrus Achema zich heeft teruggetrokken als financier voor het pand. MeerSaam is op zoek gegaan naar een (andere) financier en is zo in contact gekomen met de heer [naam2] van Cornelis Huygens Projecten B.V. (hierna: CHP). Op 9 mei 2017 hebben de heren [geïntimeerde6] en [geïntimeerde5], vergezeld van de heer [naam2], een bespreking gehad met de heer [naam3] (namens Boatex) en [naam4] (bestuurder van SVDT). Dat gesprek is op niets uitgelopen.

2.11. Op diezelfde 9 mei 2017 heeft SVDT MeerSaam in gebreke gesteld.

2.12. MeerSaam heeft aan CHP voorstellen gedaan voor uitwerking van het project. CHP zag daar echter van af.

2.13. SVDT heeft de koopovereenkomst ontbonden en aanspraak gemaakt op betaling van de boete van 10% van de koopsom: € 245.000.

2.14. Op 5 juli 2017 heeft SVDT het pand aan CHP verkocht voor € 2.430.000.

3. *De vorderingen en de beslissing van de rechtbank*
Kort gezegd vordert SVDT betaling van de boete van € 245.000 van MeerSaam op grond van toerekenbare tekortkoming en van de andere geïntimeerden op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De rechtbank heeft de vordering tegen MeerSaam toegewezen, echter met matiging van de boete tot € 75.000,-, vermeerderd met rente, proceskosten en nakosten. De vordering tegen de andere geïntimeerden heeft de rechtbank afgewezen, met veroordeling van SVDT in hun proceskosten en nakosten.

4. *De motivering van de beslissing in hoger beroep*

4.1. Het hoger beroep strekt tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank en het alsnog (volledig) toewijzen van de vorderingen, met veroordeling van MeerSaam c.s. in de kosten van beide instanties, vermeerderd met rente.

4.2. Partijen zijn het eens dat MeerSaam toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de koopovereenkomst, dat SVDT die overeenkomst op goede gronden heeft ontbonden en dat SVDT ten opzichte van

MeerSaam aanspraak kan maken op betaling van de boete. De discussie gaat over de beantwoording van de vraag (i) of en tot hoever de boete gematigd moet worden en (ii) of naast MeerSaam haar (indirecte) bestuurders aansprakelijk zijn voor de boete. Het hof zal eerst de tweede vraag beantwoorden.

4.3 Voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap voor de schade die het gevolg is van tekortschieten door de vennootschap (of door een onrechtmatige daad) geldt een hoge drempel. Hiervoor is vereist dat aan die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of dit het geval is, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.¹

Voor het geval van benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van zijn vordering worden in de rechtspraak² in het bijzonder twee gevalstypen onderscheiden. Het gaat om:

(i) het geval waarin de bestuurder 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 ("Beklamel"³);

(ii) het geval waarin de bestuurder namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt, dus kort gezegd: 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

1 HR 5 september 2014 («JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (RCI *Financial Services/Kastrop*); red.), ECLI:NL:HR:2014:2627

2 Onder andere Hoge Raad d.d. 8 december 2006 («JOR» 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*); red.), ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006, 659

3 HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990, 286

desbetreffende bestuurder persoonlijk onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld.

4.4. Verder is nog van belang dat voor indirect bestuurders, zoals hier [geïntimeerde5], [geïntimeerde6] en [geïntimeerde7], geldt dat in artikel 2:11 BW is bepaald dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Wel kan als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is, de bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid nog voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd.⁴

4.5. SVDT grondt de bestuurdersaansprakelijkheid in deze zaak op beide hiervoor genoemde gevalstypen. Met grief 1 klaagt SVDT dat de rechtbank het beroep daarop ten onrechte heeft verworpen. De nadruk ligt daarbij op het beroep door SVDT op het Beklamel-verwijt (zie het in 4.3 als eerste genoemde geval). SVDT stelt zich op het standpunt dat de bestuurders van MeerSaam wisten dat MeerSaam niet zelf over middelen beschikte, geen (schriftelijke) garantie of toezegging hadden van Syntrus Achmea of een andere financier en desondanks MeerSaam de koopovereenkomst hebben laten aangaan zonder financieringsvoorbehoud.

4.6. Het gaat bij de toepassing van de Beklamel-maatstaf om wetenschap aan de zijde van de bestuurder(s) die moet worden beoordeeld naar objectieve maatstaven. Daarvoor is niet voldoende dat de bestuurder *rekening diende te houden met de mogelijkheid* dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, maar is vereist dat de niet-nakoming redelijkerwijs was te verwachten.⁵

4.7. Naar het oordeel van het hof kan de wetenschap aan de zijde van de bestuurder(s) echter niet los worden gezien van die aan de zijde van de wederpartij van de vennootschap, in dit geval dus SVDT. Bij aansprakelijkheid op de Bekla-

mel-grond komt het aan op een verschil in kennis tussen de namens de vennootschap handelend bestuurder en de wederpartij. Indien de bestuurder beschikt over zodanige informatie dat hij weet of behoort te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de daaruit voortvloeiende schade, handelt hij onrechtmatig door zonder die informatie te delen namens de vennootschap de overeenkomst aan te gaan. Daardoor wordt immers ten onrechte de schijn van kredietwaardigheid van die vennootschap gewekt. Indien echter de wederpartij (helemaal als dat een professional is) ongeveer net zoveel informatie heeft over de wijze waarop de vennootschap met wie zij handelt haar financiële verplichtingen uit de te sluiten overeenkomst van plan is te financieren als de bestuurder van die vennootschap, kan niet gezegd worden dat die bestuurder onrechtmatig handelt indien die informatie zodanig is dat redelijkerwijs te verwachten valt dat de financiering niet zal slagen en de bestuurder (toch) namens de vennootschap de overeenkomst sluit. In dat geval immers kan ook de wederpartij van de vennootschap (naar objectieve maatstaven te beoordelen) dat verwachten. Van het wekken van schijn van kredietwaardigheid, althans van een gerechtvaardigd vertrouwen daarop, is dan geen sprake. Het hof verwijst naar een eerdere uitspraak van dit hof⁶ hierover en ook naar rechtspraak van de Hoge Raad⁷ waaruit dit kan worden afgeleid.

4.8. Uit de e-mail van 6 maart 2017 van (de vertegenwoordiger van) SVDT blijkt dat SVDT wist dat MeerSaam niet over eigen middelen beschikte en dus voor de betaling van de koopsom volledig afhankelijk was van externe financiering: “Daar jullie zelf aangeven hebben niet in staat zijn ook maar een aanbetaling te doen voor deze transactie”. Uit dezelfde e-mail blijkt dat SVDT daarom de voorwaarde stelt “dat zij rechtstreeks vanuit Achmea bericht ontvangen dat zij het geld fourneren voor afname.” Die eis wordt herhaald in de e-mail van 7 maart 2017 waarin gevraagd wordt om “een schriftelijke bevestiging vanuit Achmea dat zij garant staan voor de gelden die nodig zijn voor de koopsom (en de verwervingskosten) van

4 HR 17 februari 2017 («JOR» 2017/121, m.nt. Leijten; red.), ECLI:NL:HR:2017:275

5 HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR: 2009:BI0468, JOR 2009,221 (m.nt. Borrius; red.)

6 Arrest van 4 december 2018 («JOR» 2019/33, m.nt. Mussche; red.), ECLI:NL:GHARL:2018:10525

7 HR 5 november 1999 («JOR» 2000/10 (Verlinden/Amstelland); red.), ECLI:NL:HR:1999:AA3362

het gebouw (...). SVDT stelt in hoger beroep dat de achtergrond voor dit verzoek was dat SVDT vaart wilde maken. Dit laat echter onverlet dat de strekking duidelijk was dat twijfel bestond over de financiering en SVDT op dat punt een garantie wilde zien van Syntrus Achmea.

4.9. Vaststaat dat SVDT die door haar herhaaldelijk geëiste garantie van Syntrus Achmea niet heeft gekregen. Op 8 maart 2017 laat MeerSaam aan (de vertegenwoordiger van) SVDT weten: “In deze fase mag en zal Syntrus Achmea geen enkele toezegging of uitspraak doen aan een verkopende partij. MeerSaam zal als vervolg hierop ook geen enkele toezegging doen anders dan ons aanbod van 2 maart 2017”.

4.10. Ter zitting van het hof is namens MeerSaam c.s. verklaard dat in de periode tussen de e-mail van 8 maart 2017 en het tekenen van de koopovereenkomst op 30 maart 2017 geen communicatie meer tussen partijen heeft plaatsgevonden. Ook bij het tekenen waren partijen niet bij elkaar, een en ander ging via de e-mail. Ook werd namens MeerSaam c.s. verklaard dat het niet opnemen van een financieringsvoorbehoud in het contract (opgesteld door de advocaat van SVDT) niet op hun verzoek heeft plaatsgevonden en dat hierover geen overleg is geweest. Een en ander werd namens SVDT (waarvoor naast haar advocaat niemand was verschenen) niet tegengesproken, zodat het hof van de juistheid daarvan zal uitgaan. Dat betekent dat SVDT buiten de informatie die zij kon kennen uit de genoemde e-mails niet over aanvullende informatie beschikte. De stelling van SVDT dat namens MeerSaam op enig moment (welk moment is niet gesteld) is gezegd dat “de financiering in orde was” of woorden van gelijke strekking, is door MeerSaam betwist. Omdat van die stelling door SVDT geen bewijs is aangeboden, kan niet van de juistheid daarvan worden uitgegaan. De stelling van SVDT dat de indirect bestuurders van MeerSaam al decennia gepikt en gemazeld waren in de wereld van de vastgoedprojecten en dat SVDT mede daaraan vertrouwen ontleende faalt eveneens. Uit de overgelegde informatie (waarvan overigens niet is gesteld dat SVDT daarover al beschikte bij het aangaan van de overeenkomst) blijkt geenszins dat [geïntimeerde5], [geïntimeerde6] en [geïntimeerde7] ervaring hebben met de professionele aankoop van onroerende zaken.

4.11. De balans opmakend oordeelt het hof dat de bestuurders van MeerSaam (zoals zij erkennen)

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

4.12. SVDT klaagt ook over de verwerping van haar beroep op de tweede grond: volgens haar hebben de bestuurders van MeerSaam bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar contractuele verplichtingen niet nakwam. Als onderbouwing daarvoor voert zij aan dat wel een kredietfaciliteit voorhanden was, maar de bestuurders van MeerSaam daarvan bewust geen gebruik hebben gemaakt. Volgens SVDT is het ongeloofwaardig dat Syntrus Achmea zich heeft teruggetrokken omdat daarvan niets op papier staat. Ook stelt SVDT dat het zoeken door de bestuurders van MeerSaam naar een nieuwe financier slechts was ingegeven voor eigen gewin. Naar het oordeel van het hof zijn deze stellingen gebaseerd op speculaties en niet op concrete feiten. SVDT heeft in de procedure bij de rechtbank (procesinleiding onder 1.21 en spreekantekeningen onder 6) zelf gesteld dat Syntrus Achmea op 6 april 2017 is afgehaakt. Het feit dat daarover niets op papier staat wil nog niet zeggen dat dit ongeloofwaardig is. Ook het gegeven dat MeerSaam op zoek is gegaan naar een andere financier maakt het afhaken door Syntrus Achmea meer dan aannemelijk. De draai die SVDT daar nu aan geeft (dat dit zou zijn gedaan voor “eigen gewin”) mist onderbouwing en kan het hof niet volgen.

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

4.14. Daarmee komt het hof toe aan grief 2 waarin SVDT klaagt dat de rechtbank ten onrechte de boete heeft gematigd tot € 75.000,-. Die grief bouwt in belangrijke mate voort op het standpunt dat de bestuurders van MeerSaam een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hiervoor is echter gebleken dat het hof dat standpunt niet deelt. Wel hebben die bestuurders, zoals zij erkennen, bijzonder naïef gehandeld. SVDT, die zelf stelt gepokt en gemazeld te zijn in deze materie, heeft daarentegen heel bewust risico's genomen door zonder de gevraagde garantie van de financier toch door te gaan. Daarnaast gaat ook het hof ervan uit dat de bestuurders van MeerSaam hun best hebben gedaan een andere financier te vinden. Ter zitting van het hof hebben de bestuurders nog eens toegelicht dat SVDT op 9 mei 2017 niet bereid was met hen en die financier het gesprek aan te gaan en dat [geïntimeerde5] en [geïntimeerde6] het pand zelfs moesten verlaten. Namens SVDT is die gang van zaken niet tegengesproken, zodat het hof die voor juist aanneemt. Feit is verder dat het pand later door SVDT wel aan de, door de bestuurders van MeerSaam aangedragen, financier is verkocht. Aldus heeft SVDT de beperking van haar schade mede aan MeerSaam te danken. Het hof stelt verder vast dat SVDT geen inhoudelijke argumenten heeft aangevoerd tegen het oordeel van de rechtbank dat de schade hooguit € 23.206,50 bedraagt en dat dit bedrag in een wanverhouding staat met de boete van € 245.000,-. Het gegeven dat een boete van 10% niet ongebruikelijk is bij transacties als deze legt, afgezet tegen de overige omstandigheden, onvoldoende gewicht in de schaal om de boete niet of minder te matigen. Alles tegen elkaar afgewogen, is ook het hof van oordeel dat gelet op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen, de onverkorte toepassing van het onderhavige boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaantvaardbaar resultaat leidt en dat de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de boete wordt gematigd tot € 75.000.

5. De slotsom

De grieven falen. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. SVDT zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten

van het hoger beroep, tot op heden aan de zijde van MeerSaam c.s. vast te stellen als volgt: (...; *red.*).

6. De beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep: bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland (zittingsplaats Utrecht) van 16 oktober 2019 waarvan beroep; veroordeelt SVDT in de kosten van de procedure in hoger beroep, aan de zijde van MeerSaam c.s. vastgesteld als volgt:

(...; *red.*);

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen; wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. In deze zaak is de vraag of een vennootschap, MeerSaam, en haar bestuurders persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schade van de wederpartij, SVDT, wegens niet-nakoming van een door MeerSaam aangegane koopovereenkomst van vastgoed met een koopprijs van € 2.450.000. Kort voor het aangaan daarvan worden e-mails gewisseld tussen SVTD en MeerSaam. Hieruit blijkt dat MeerSaam niet in staat is om de koop- en waarborgsom te betalen en daarvoor volledig afhankelijk is van financiële partij Syntrus. SVDT vraagt via MeerSaam om een toezegging van Syntrus, maar krijgt als antwoord dat "geen enkele toezegging" wordt gedaan door Syntrus. Toch wordt de koopovereenkomst gesloten, zonder financieringsvoorbehoud, maar met een waarborgsom en boetebepaling (10% van de koopprijs). MeerSaam komt vervolgens niet na omdat Syntrus geen financiering verstrekt. SVDT vordert betaling van de boete en spreekt ook de bestuurders aan. De rechtbank wijst de vordering tegen MeerSaam toe, echter met matiging van de boete tot € 75.000. De vordering tegen de bestuurders wordt afgewezen. Het hof bekrachtigt het vonnis.

2. SVDT grondt haar vordering tegen de bestuurders in deze zaak op beide gevalstypen van bestuurdersaansprakelijkheid zoals samengevat in HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (*Ontvanger/ Roelofsen*), namelijk "frustratie van verhaal" en het "Beklamel-geval". Dit tweede geval betreft de situatie waarin de bestuurder bij het namens de

vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden. De Hoge Raad overwoog in *Ontvanger/Roelofsen* dat voor beide gevalstypen, die hun wettelijke grondslag vinden in art. 6:162 BW, “*alleen dan [mag] worden aangenomen dat de bestuurder (...) 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*”.

De verwijzing naar art. 2:9 BW en de daar toen reeds gehanteerde “ernstig verwijt”-maatstaf wordt in de literatuur verklaard door een streven naar zogenoemde “normatieve convergentie”.

3. Het gevalstype “frustratie van verhaal” wordt door SVDT, zo blijkt uit de uitspraak, slecht onderbouwd en daarom kort afgedaan in r.o. 4.12. Ik zal daar in deze noot niet verder op ingaan. Interessanter is het beroep op het eerste gevalstype en wat het hof daarover overweegt. Het hof overweegt eerst in r.o. 4.6 onder verwijzing naar HR 26 juni 2009, «JOR» 2009/221, m.nt. Borrius terecht dat voor aansprakelijkheid op grond van de *Beklamel*-maatstaf niet voldoende is dat de bestuurder rekening moest houden met de mogelijkheid dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, maar dat vereist is dat de niet-nakoming redelijkerwijs was te verwachten. In deze zaak laat het hof echter enigszins in het midden of het enkele feit dat Syntrus (letterlijk) “*geen enkele toezegging*” had gedaan en de bestuurders toch zonder financieringsvoorbekhoud de overeenkomst zijn aangegaan, een situatie betreft die voldoet aan dit vereiste (anders dan dit in r.o. 4.11 als “*weliswaar naïef handelen*” aan te merken).

4. Het hof achtte het kennelijk nodig stil te staan bij een andere relevante omstandigheid bij de *Beklamel*-maatstaf: de kennis van de contractspartij van de vennootschap. Het hof verwijst in dit verband naar HR 5 november 1999, «JOR» 2000/10 (*Verlinden/Amstelland*). Daarin (r.o. 3.3) overwoog de Hoge Raad dat als uit de uittalingen van een bestuurder aan de wederpartij al iets kan worden afgeleid omtrent diens wetenschap ten aanzien van de financiële situatie van de vennootschap (Cunera), aangenomen zou moeten worden dat eenzelfde wetenschap heeft bestaan bij de wederpartij (Verlinden). In die zaak zou gezegd zijn: “*dat Verlinden van ‘de kale kikker Cune-*

ra’ geen veren zou kunnen plukken.” De bestuurders waren daarom niet aansprakelijk.

5. In lijn met deze overweging van de Hoge Raad heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden 4 december 2018, «JOR» 2019/33, m.nt. Mussche ruim drie jaar geleden al een rechtsoverweging geformuleerd die in mijn ogen wat rechtsverduidelijking betreft bijna “Hoge Raad-waardig” is te noemen (zie r.o. 6.19 daarvan). Het hof herhaalt in r.o. 4.7 vrijwel woordelijk deze overweging. Kort gezegd, gaat het bij de *Beklamel*-norm om een kennisverschil. Als de bestuurder weet of behoort te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden, handelt hij onrechtmatig door “*zonder die informatie te delen*” namens de vennootschap de overeenkomst aan te gaan. Er is echter een klein doch opvallend verschil met r.o. 6.19 uit het arrest van 4 december 2018. In die uitspraak stond dat “*Indien echter een (professioneel handelende) partij ongeveer net zoveel informatie heeft*”, onrechtmatigheid kan worden weggenomen, maar in de onderhavige uitspraak is dat gewijzigd in “*Indien echter de wederpartij (helemaal als dat een professional is) ongeveer net zoveel informatie heeft*”. Met de kleine wijziging lijkt het hof nog meer duidelijk te willen maken dat een professionele partij een andere positie heeft dan een niet-professionele partij. De wijziging en de gehele overweging roepen echter de vraag op of de bestuurder zich niet alleen kan verweren (i) doordat hij informatie actief heeft gedeeld, maar ook (ii) doordat kennis (buiten toedoen van de bestuurder) bij de (professionele) wederpartij aanwezig was. Wat dat betreft is de overweging voor meerderlei uitleg vatbaar. Is met de woorden in r.o. 4.7 “*indien echter*” bedoeld dat ook wanneer informatie niet actief is gedeeld, maar de (professionele) wederpartij wel anderszins over dezelfde informatie beschikte, de bestuurder een verweer toekomt? Of is met deze woorden alleen bedoeld dat geen sprake is van het wekken van schijn van kredietwaardigheid als in de zin daarvoor bedoeld, omdat door het delen van die informatie de wederpartij dezelfde informatie heeft? Ik denk dat de eerste uitleg het meest voor de hand ligt, waardoor beide varianten een verweer *kunnen* opleveren.

6. Ik zeg nadrukkelijk “kunnen”. Zelfs wanneer informatie actief is gedeeld of zelfs wanneer de wederpartij uit andere bronnen over gelijke informatie beschikte, zal de bestuurder mijns inziens

niet steeds en in elk geval worden vrijgepleit van aansprakelijkheid. Ik zou menen dat in beide hiervoor onder (i) en (ii) bedoelde gevallen de aard van de wederpartij (professioneel of niet) een rol kan spelen. Zo is denkbaar dat zelfs het actief delen van informatie aan een niet-professionele partij de bestuurder niet altijd zal vrijpleiten, bijvoorbeeld wanneer aangenomen moet worden dat deze partij die informatie redelijkerwijs niet op waarde heeft kunnen schatten, terwijl een professionele partij dat wel had gekund. Het arrest brengt mijns inziens dus niet in algemene zin met zich dat een bestuurder steeds zorgeloos kan contracteren zolang hij maar open kaart speelt. Dit nog los van het processuele bewijsrisico. De bestuurders moeten immers ook nog aannemelijk maken dat de wederpartij over dezelfde informatie beschikte als zij. Ik ben benieuwd of het voorgaande en de relevantie van de aard (professioneel of niet) van de wederpartij in toekomstige rechtspraak over de *Bekla-mel*-maatstaf verder uitgekristalliseerd gaat worden.

7. Het gaat in ieder geval om de vraag of de bestuurder een kennisvoorsprong heeft op de wederpartij en of hij een situatie van financiële gevaarstelling creëert (zie hierover ook Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, «JOR» 2015/2, m.nt. Westenbroek). Anders gezegd: als de wederpartij van de vennootschap er (geobjectiveerd) mee bekend was dat niet-nakoming van de overeenkomst redelijkerwijs was te verwachten en dat er geen verhaal zal zijn, heeft de bestuurder geen kennisvoorsprong en kan hem (ten opzichte van de wederpartij) geen verwijt worden gemaakt voor het namens die vennootschap aangaan van de overeenkomst. De wederpartij kende het gevaar en hoefde dus ook niet gewaarschuwd te worden door de bestuurders. De bestuurders hebben de wederpartij dan dus ook niet voor de gek gehouden. Het past in de uitspraak van de Hoge Raad van nu al bijna honderd jaar geleden in HR 25 november 1927, *NJ* 1928/364, m.nt. Scholten (*Kretzschmar/Mendes de Leon*) dat de bestuurder alleen onrechtmatig handelt als hij “*tegen betere weten in een geheel scheeve voorstelling geeft van den staat van zaken in de N.V. en daardoor een derde beweegt*”. In zijn lezenswaardige noot in «JOR» 2019/33 benadrukt ook Maarten Mussche dat kennisverschil cruciaal is en betoogt hij dat de Hoge Raad bij gelegenheid de formulering van de *Bekla-*

mel-maatstaf zou moeten aanscherpen. Die mening deel ik.

8. Er bestaat echter reden waarom bestuurders moeten blijven opletten, ook als zij de wederpartij informeren. Het hof komt in r.o. 4.13 weliswaar tot de conclusie dat de bestuurders geen persoonlijk ernstig verwijt treft en zij dus niet aansprakelijk zijn ex art. 6:162 BW, maar bestuurders moeten ook de zelfstandige gedragsnorm van art. 2:9 BW (om “behoorlijk te besturen”) naleven. Deze gedragsnorm strekt ter bescherming van het belang van de vennootschap, waar ook de belangen van (gezamenlijke) schuldeisers onder kunnen worden begrepen en is hetzelfde als in art. 2:248 BW (zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 9, p. 9). In dat kader spreekt de Hoge Raad van “handelen zoals geen redelijk denkend bestuurder gehandeld zou hebben” (HR 8 juni 2001, «JOR» 2001/171 (*Panmo*)). Het (onnodig) aangaan van een overeenkomst met grote financiële verplichtingen door een lege vennootschap zonder zekerheid van financiering en zonder financieringsvoorbehoud zou best als een dergelijk handelen kunnen worden aangemerkt. Het handelen was dus weliswaar niet “ernstig verwijtbaar” (beter is: “onrechtmatig ex art. 6:162 BW”) ten opzichte van SVDT, maar zou nog immer tot aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW/2:248 BW kunnen leiden. De vennootschap wordt immers wel geconfronteerd met een (gematigde) boete veroorzaakt door “*naïef handelen*” van de bestuurders. Bovendien maakt dat bedrag in een eventueel faillissement onderdeel uit van het tekort in de boedel waar alle schuldeisers aanspraak op hebben. Het verweer van bestuurders dat SVDT alle nodige informatie had, kan bezwaarlijk gevoerd worden tegen aanspraken van (de curator namens) de gezamenlijke schuldeisers. Deze schuldeisers waren immers niet betrokken bij de koopovereenkomst met SVDT noch bij de informatieverstrekking. Voor zover MeerSaam na dit arrest failliet zou gaan als gevolg van de boete, hebben de bestuurders geluk dat viereneenhalf jaar is verstreken sinds hun “naïef handelen” omdat een vordering ex art. 2:248 BW op basis van lid 6 niet kan worden gebaseerd op onbehoorlijke taakvervulling langer dan drie jaar voor faillissement. Het voorgaande laat echter wel zien dat gebruikmaking van de ernstigverwijtmaatstaf in een streven naar eerdergenoemde “normatieve convergentie”, niet vanzelfsprekend is, maar dat de verplichting tot

een behoorlijke uitoefening van de bestuurstaak niettemin zowel intern als extern betekenis heeft. De aansprakelijkheidspositie van de bestuurder kan wat dat betreft beter begrepen worden vanuit zijn zogenoemde “centrale bewakers- en bewaarnemersrol”: de bestuurder dient niet alleen de belangen van een specifieke schuldeiser (SVDT) te bewaken, maar alle aan hem als bestuurder toevertrouwde bij de rechtspersoon betrokken belangen (Vgl. K. Frielink, *De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht*, VDHI nr. 174, diss. 2022/4.5 verwijzend naar W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*, IVOR nr. 108, diss. 2017, par. 10.8).

mr. dr. W.A. Westenbroek
advocaat bij Westlegal in Amsterdam

87

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens verhaalsfrustratie voor zover uitgaven buiten overeengekomen doel zijn gedaan

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
14 december 2021, zaaknr. 200.283.935,
ECLI:NL:GHARL:2021:11399
(mr. De Waele, mr. Beekhoven van den
Boezem, mr. Boele)
Noot mr. V.L. van den Berg

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Tweede categorie Ontvanger/Roelofsen. Bestuurder moest ernstig rekening houden met mogelijke terugbetalingsverplichting van ontvangen voorschotten. Wetenschap van benadeling. Bestuurder treft ernstig verwijt voor zover vennootschap voorschotten niet heeft besteed aan overeengekomen doel maar aan management fee. Verwijzing naar HR 4 april 2014, «JOR» 2015/1, m.nt. Verboom (Air Holland).

[BW art. 6:102, 6:162]

De vennootschap ODS heeft aan AAA Energy Window Holding BV (hierna: “AAA Energy”) voorschotten betaald in verband met de ontwikkeling van een door [geïntimeerde] ontworpen raamko-

zijnsysteem. De voorschotten zijn betaald op grond van een overeenkomst tussen ODS en AAA Energy en AAA Patents BV (“de Term Sheet”), waarin staat dat deze voorschotten als onverschuldigd betaald moeten worden terugbetaald als partijen geen overeenstemming bereiken over een nog te sluiten Licentieovereenkomst.

In de kern is de vraag of [geïntimeerde], als bestuurder van AAA Energy, persoonlijk aansprakelijk is voor de schade die ODS heeft geleden doordat AAA Energy niet aan haar terugbetalingsverplichting heeft voldaan en evenmin verhaal biedt.

Naar het oordeel van het hof treft [geïntimeerde] geen persoonlijk ernstig verwijt voor zover de voorschotten daadwerkelijk aan het overeengekomen doel zijn besteed. Voor zover de voorschotten niet volgens het in de Term Sheet overeengekomen doel zijn besteed, treft de bestuurders wél een persoonlijk ernstig verwijt. De bestuurders hadden namelijk in dit geval zodanig ernstig rekening moeten houden met het mogelijk ontstaan van de (terug)betalingsverplichting dat dit hen van het doen van uitgaven buiten het overeengekomen doel had moeten weerhouden (vgl. HR 4 april 2014, «JOR» 2015/1, m.nt. Verboom (Air Holland)).

Voor de bestuurders was de mogelijkheid dat er wel eens geen licentieovereenkomst gesloten zou kunnen worden en in dat geval een terugbetalingsverplichting zou kunnen ontstaan, objectief voorzienbaar. [Geïntimeerde] kende de terugbetalingsverplichting uit de Term Sheet die hij als bestuurder van AAA Energy en op eigen naam had ondertekend.

Bij die stand van zaken wisten de bestuurders of hadden zij redelijkerwijs moeten begrijpen dat de door hen bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap (het anders besteden van de voorschotbedragen dan voor het overeengekomen doel) tot gevolg zou hebben dat AAA Energy haar verplichtingen niet zou (kunnen) nakomen als geen overeenstemming over de Licentieovereenkomst werd bereikt en dat AAA Energy dan, bij gebrek aan overige relevante inkomsten, externe financiering en vermogen, geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Bij [geïntimeerde] en [de medebestuurder] bestond daarmee objectieve wetenschap dat AAA Energy niet zou kunnen voldoen aan de mogelijke terugbetalingsverplichting en