

JIN 2013/173 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 10-09-2013, HD 200.098.615-01,
ECLI:NL:GHSHE:2013:4181

**Bestuurdersaansprakelijkheid, Beklamel-norm, Voldoende ernstig
persoonlijk verwijt, Onrechtmatige daad**

Publicatie	JIN 2013 afl. 9
Publicatiedatum	12 november 2013
College	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Uitspraakdatum	10 september 2013
Rolnummer	HD 200.098.615-01 LJN ECLI:NL:GHSHE:2013:4181
Rechter(s)	mr. Beekhoven van den Boezem mr. Van Harinxma thoe Slooten mr. Pesch
Partijen	[appellante] BV, gevestigd te [vestigingsplaats], appellante, advocaat: mr. R.L.H. Boas te Bergen op Zoom, tegen 1 Greenhold BV, gevestigd te [vestigingsplaats], 2. [statutair bestuurder van Greenhold], wonende te [woonplaats], geïntimeerden, advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven te 's-Hertogenbosch,
Noot	R.A. Wolf
Trefwoorden	Bestuurdersaansprakelijkheid, Beklamel-norm, Voldoende ernstig persoonlijk verwijt, Onrechtmatige daad,
Regelgeving	BW Boek 6 - 162

» **Samenvatting**

Er is onvoldoende gesteld om de conclusie te rechtvaardigen dat de bestuurder al eerder wist of had moeten weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet meer zou kunnen nakomen.

Appellante heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat Greenhold c.s. onrechtmatig jegens Greenhold c.s. heeft gehandeld nu Greenhold c.s. bij aanvang van de bestellingen van mosselen bij [appellante] op 31 juli 2009 en steeds opnieuw met betrekking tot de volgende bestellingen in de periode van 31 juli 2009 tot en met 8 oktober 2009, wist of moest begrijpen dat Green-Fish BV niet in staat zou zijn de facturen in verband daarmee te voldoen en dat Green-Fish BV evenmin verhaal zou bieden terzake.

Naar het oordeel van het hof heeft [appellante] onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigden dat de gestelde wetenschap bij Greenhold c.s. bestond dan wel redelijkerwijs heeft moeten bestaan.

Onvoldoende acht het hof in dit verband de stelling van [appellante] dat de financiële situatie van de vennootschap slecht was en dat Greenhold c.s. als bestuurder om die reden eerder de stekker eruit getrokken zou moeten hebben.

Weliswaar verkeerde de vennootschap ook volgens Greenhold c.s. in een slechte financiële situatie, in het bijzonder als gevolg van een recente overname van diverse C1000-winkels door Ahold en een belangrijk omzetverlies in verband daarmee, doch niet, althans niet voldoende onderbouwd is gesteld dat een verbetering van die situatie redelijkerwijs niet te verwachten was en dat maatregelen om de situatie te verbeteren niet werden genomen. Uit hetgeen Greenhold c.s. heeft gesteld lijkt dit ook niet het geval te zijn geweest. Volgens Greenhold c.s. was Green-Fish BV immers – onbetwist – doende om te investeren in nieuwe mogelijkheden. De investeringen in personeel en materiaal moesten volgens Greenhold c.s. een kans krijgen om te gaan renderen. Zolang er overlevingskansen waren was het in het belang van de vennootschap en haar crediteuren om die kansen redelijkerwijs te benutten, aldus Greenhold c.s. Toen evenwel eenmaal door de vennootschap geen facturen meer konden worden betaald en de

benodigde saneringsplannen geen doorgang konden vinden, was pas het moment bereikt waarop het aangaan van nieuwe verplichtingen met derden jegens die derden onrechtmatig zou kunnen worden geacht. Op dat moment is Greenhold c.s. met de onderneming en het plaatsen van bestellingen gestopt, zo stelt Greenhold c.s. Gelet op dit verweer lag het op de weg van [appellante] om nadere feiten en omstandigheden te stellen die de conclusie rechtvaardigen dat Greenhold c.s. desondanks al op een eerder moment dan 8 oktober 2009 redelijkerwijs heeft moeten begrijpen dat voor de vennootschap geen overlevingskans meer bestond en dat zij betalingsverplichtingen in verband met nieuwe leveringen niet meer zou kunnen voldoen.

Weliswaar is op grond van de gestelde feiten aannemelijk dat vóór het genoemde moment duidelijk is geworden dat het steeds slechter ging en het risico dat de vennootschap niet aan de verplichtingen zou kunnen voldoen bestond en groter werd, maar onvoldoende is gesteld om de conclusie te rechtvaardigen dat op enig moment vóór 8 oktober 2009 dit risico dusdanig groot was dat wetenschap van de bestuurder bestond zoals door [appellante] in dit geding aan de gestelde onrechtmatige daad ten grondslag gelegd.

Het enkele feit dat ook de solvabiliteit van de vennootschap slecht was, kan de conclusie dat van de door [appellante] gestelde wetenschap sprake was op enig moment vóór 8 oktober evenmin zonder meer rechtvaardigen, gelet op hetgeen hiervoor werd overwogen.

Een verplichting om crediteuren omtrent de financiële situatie van de vennootschap als bestuurder uitgebreid te informeren en deze daarvan op de hoogte te houden kan overigens niet zonder meer worden aangenomen, evenmin als een verplichting om ervoor zorg te dragen dat alle crediteuren in dezelfde mate over de financiële situatie van de vennootschap op de hoogte zijn en worden gehouden.

Voor het aannemen van een dusdanige ongelijke behandeling dat daarvan Greenhold c.s. zelfstandig een ernstig en persoonlijk verwijt zou kunnen worden gemaakt, zijn in ieder geval onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld. Hetgeen wel is gesteld, rechtvaardigt die conclusie naar het oordeel van het hof niet.

» Uitspraak

Hof:

1 Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 219642/HA ZA 10-985)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormelde vonnissen.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven met producties;
- de memorie van antwoord met producties;
- het pleidooi, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd;

Partijen hebben arrest gevraagd. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4 De beoordeling

4.1 Geen grieven zijn gericht tegen de feiten zoals door de rechtbank weergegeven in r.o. 3.1 van het vonnis van 29 juni 2011. Het hof zal derhalve van diezelfde feiten uitgaan. Daarnaast zijn enkele andere feiten, als enerzijds gesteld en anderzijds onvoldoende gemotiveerd betwist, komen vast te staan. Voor de leesbaarheid van het arrest geeft het hof hierna een overzicht van de vaststaande feiten.

- a. a) [appellante] houdt zich bezig met de exploitatie van een mosselconservenbedrijf en met het opvissen, bewerken en conserveren van en handel in mosselen en andere schaal-en schelpdieren.
- b) [appellante] Holdings BV is enig aandeelhouder en bestuurder van [appellante]; enig aandeelhouder en bestuurder van [Holdings] Holdings BV is Beheermaatschappij [Beheermaatschappij] BV. Van laatstgenoemde BV is [enig bestuurder van Beheermaatschappij] ([enig bestuurder van Beheermaatschappij]) enig bestuurder.
- c) Green-Fish BV exploiteert een visverwerkend bedrijf dat zich onder andere bezighoudt met de in- en verkoop van en de groothandel in vis, visproducten en daaraan verwante producten.
- d) Greenhold is enig bestuurder van Green-Fish BV. Greenhold is een houdstervenootschap waarin het belang van Green-Fish BV is ondergebracht. Sinds de oprichting is [statutair bestuurder van Greenhold] statutair bestuurder van Greenhold.
- e) Een belangrijke afnemer van Green-Fish BV was Schuitema BV ('Schuitema'). Als gevolg van het feit dat Ahold een groot aantal C1000 winkels van Schuitema heeft overgenomen, welke winkels Ahold zelf is gaan bevoorraden, heeft Green-Fish BV een belangrijk omzetverlies geleden in 2008. Om dit omzetverlies te compenseren heeft Green-Fish BV investeringen gedaan in personeel en materiaal teneinde nieuwe klanten (o.a. Lidl en Rewe) te kunnen beleveren.
- f) Op enig moment heeft Schuitema de betalingstermijn van de facturen van Green-Fish BV van 12 in 60 dagen gewijzigd. De liquiditeitspositie van Green-Fish BV is als gevolg daarvan verder onder druk komen te staan.
- g) Op 26 maart 2009 heeft [commercieel directeur van Green-Fish BV], commercieel directeur van Green-Fish BV aan [appellante] ([enig bestuurder van Beheermaatschappij]) het volgende geschreven (productie 5 conclusie van antwoord in eerste aanleg):
- 'Zoals ik in ons gesprek toegelicht heb is de liquiditeit situatie van ons bedrijf o.a. door de groeiplannen en nu zeker door de betalings verandering van Schuitema redelijk onder druk komen te staan.
- Gelukkig heb ik een oplossing weten te vinden door hulp van een aantal strategische partners, waaronder jullie bedrijf maar ook een Dayseayday uit [vestigingsplaats] en [Europe] Europe uit [vestigingsplaats], die ons steunen op diverse fronten. Per volgende week gaan wij door middel van factoring onze facturatie verzorgen, dat houd in dat we op korte termijn onze betalingsachterstand die we hebben opgelopen weer tot een normale termijn zullen afbouwen.
- De komende 2 a 3 weken zal nog een beetje moeizaam verlopen maar snel daar na kunnen het herstel in zetten. Ook kunnen we hiermee onze verwachte groei die we met name in Duitsland gaan verwezenlijken (...)
- Uiteraard ben ik bereikbaar wanneer je vragen hebt over bovenstaande punten ook over de financiële zaak'.
- h) Op 16 april 2009 heeft de coöperatieve Rabobank Altena (Rabobank) een rekening-courant krediet verstrekt aan Green-Fish BV van € 320.000,=. Ten behoeve van dit krediet hebben de heer [statutair bestuurder van Greenhold] in privé en [Beheer BV] Beheer BV een borgtocht afgegeven van elk € 100.000,=. Daarnaast heeft coöperatieve Rabobank Noordoostpolder-Urk U.A. een bankgarantie afgegeven in opdracht van [Holding BV] Holding BV ter hoogte van € 100.000,=. De zekerheid van Rabobank bestond verder uit een verpanding van voorraden, transportmiddelen, machines, inventaris en vorderingen op derden, inclusief de vorderingen op Rewe Group, Lidl en Edeka.
- i. i) Op 11 juni 2009 heeft Green-Fish BV Rabobank verzocht de verpanding van de vorderingen op Rewe Group, Lidl en Edeka vrij te geven, in welk verzoek de Rabobank heeft bewilligd. Green-Fish BV heeft deze vorderingen vervolgens verpand aan Dayseayday.
- j) In de periode 31 juli 2009 tot en met 8 oktober 2009 heeft [appellante] aan Green-Fish BV zaken verkocht en geleverd, meer in het bijzonder maar niet uitsluitend mosselen en andere schaal-en schelpdieren. Deze mosselen waren bestemd voor Schuitema.

k) Voor de de facturen die [appellante] aan Green-Fish BV in verband daarmee heeft verzonden (waarvan de eerste dateert van 31 juli 2009 en de laatste van 8 oktober 2009, zie productie 5 inl. dagvaarding) was een betalingstermijn overeengekomen van 45 dagen. De eerste factuur was derhalve opeisbaar half september 2009.

l) Met betrekking tot eerdere leveringen door Green-Fish BV aan [appellante] is een betalingsachterstand ontstaan. In verband daarmee heeft de heer [medewerker van X.] van [appellante] aan Green-Fish BV ([commercieel directeur van Green-Fish BV]) het volgende geschreven:

‘Refererend aan het telefoongesprek van gistermiddag met onze accountmanager [accountmanager] maken wij u kenbaar ons zeer grote zorgen te maken over de stand van zaken met betrekking tot de openstaande facturen, met een totaal bedrag van € 243.795,25.(...)

Door algemeen directeur[enig bestuurder van Beheermaatschappij] is er bij wijze van uitzondering aan Greenfish een betalingstermijn van 45 dagen toegezegd. Dit is al exceptioneel, (...) Er is tijdens het telefoongesprek in week 34 toegezegd dat er diezelfde dag een bedrag van € 24.000,= zou worden overgemaakt. Wij hebben op 24 augustus 2009 slechts een bedrag van € 6873,19 ontvangen ter vereffening van een factuur van 19 juni 2009.

Toen gisteren bleek dat de rest van de betaling ondanks de gedane toezegging is uitgebleven hebben wij [accountmanager] opnieuw verzocht contact op te nemen. Omdat er gisteren geen concrete toezegging is gedaan over een vervolgbetaling maken wij ons serieus zorgen. Wij dringen erop aan dat Green-Fish per ommegaande de facturen van 26-06-09 tot en met 10-07-2009 voldoen, zijnde een bedrag van € 58.916,95.

Als gevolg van de Alarmactie die op dit moment loopt en waarmee enorme volumes gemoeid zijn, zal het openstaande bedrag navenant oplopen. Ook wij hebben onze verantwoording tegenover de bank. Daarom gaan wij ervan uit dat Green-Fish terstond de betalingsachterstand zal inlopen. Indien dit niet het geval is zien wij ons genoodzaakt Schuitema [vestigingsplaats] te informeren over deze onzekere situatie voor [appellante].’

(...)

m) Op 8 oktober 2009 heeft een bijeenkomst plaatsgevonden waarbij de belangrijkste schuldeisers van Green-Fish BV aanwezig waren. Bij die gelegenheid is getracht te komen tot een buitengerechtelijk akkoord, teneinde een faillissement af te wenden. [appellante] heeft van die bespreking een verslag gemaakt (productie 11 inl dagvaarding). Dit verslag behelst de volgende passage:

‘Dhr. [enig bestuurder van Beheermaatschappij] gaf aan dat hij veel te laat geïnformeerd was door Green-Fish over de financiële stand van zaken en dat de gelden van o.a. de grote mosselalarmactie zijn gebruikt om een ander te betalen die er wel van wist. Dhr. [medewerker van Dayseaday] van Dayseaday geeft aan dat het bedrijf van de Groep zich ook ‘ genaaid’ voelt omdat ze slechts sinds 10 weken leveren en nog geen cent hebben gekregen.

De heren van Green-Fish BV geven aan [commercieel directeur van Green-Fish BV]) dat de zwager van De Group is geïnformeerd. Over het niet informeren van [appellante] geeft dhr. [bedrijfsadviseur van X.] aan met knikkende instemming van dhr [commercieel directeur van Green-Fish BV] en dhr [statutair bestuurder van Greenhold] dat 1,5 maand geleden er informatie verstrekt is over de financiële situatie aan diverse leveranciers. Omdat dhr. [enig bestuurder van Beheermaatschappij] op dat specifieke moment niet bereikbaar was is hij niet geïnformeerd.....’.

n) Op 9 oktober 2009 heeft [bedrijfsadviseur van X.], bedrijfsadviseur van [appellante] aan onder andere Dayseadays en [appellante] bevestigd dat aan de leveranciers is verzocht mee te werken aan een schuldsanering van 75%, en dat in overweging is gegeven om voor de toekomst – indien de klanten daarmee zouden instemmen – de leveranciers de leveringen aan klanten te laten overnemen, en de logistieke en verpakkingswerkzaamheden door Green-Fish BV te laten verrichten. Een beslistijd van 12 uur is afgesproken.

o) De leveranciers hebben met het voorstel niet ingestemd.

p) Op 27 oktober 2009 is Green-Fish BV in staat van faillissement verklaard.

4.2 [appellante] heeft in eerste aanleg hoofdelijke veroordeling gevorderd van Greenhold c.s. om aan [appellante] te betalen een bedrag ter hoogte van € 310.279,13, te vermeerderen met handelsrente vanaf de vervaldatum van de facturen, subsidiair vanaf de datum van de dagvaarding, met hoofdelijke veroordeling van Greenhold c.s. in de gedingkosten, de beslagkosten daaronder begrepen.

Greenhold c.s. heeft de gestelde aansprakelijkheid betwist.

4.3 De rechtbank heeft de vorderingen van [appellante] afgewezen. [appellante] heeft grieven gericht tegen dit oordeel van de rechtbank. [appellante] heeft voorts grieven gericht tegen de overwegingen waarop deze afwijzing berust, waaruit het hof begrijpt dat zij haar vordering opnieuw aan het hof ter beoordeling wenst voor te leggen. In hoger beroep heeft [appellante] niet bestreden hetgeen de Rechtbank in r.o. 3.4.3 heeft overwogen betreffende het gestelde plan van Green-Fish BV om een verpakkingslijn voor vlees op te zetten, zodat in hoger beroep van het oordeel van de rechtbank op dit punt zal worden uitgegaan.

Het hof zal hierna achtereenvolgens grief I en een deel van grief II bespreken en ziet aanleiding de overige grieven vervolgens gezamenlijk te beoordelen.

4.4 [appellante] heeft in haar eerste grief aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte in strijd met het landelijk Procesreglement heeft geaccepteerd dat Greenhold c.s. bij gelegenheid van de comparitie twee stukken heeft overgelegd, getiteld 'Overzicht feiten I' en 'Overzicht feiten II', welke volgens [appellante] niet tijdig tevoren zijn toegezonden.

De grief wordt verworpen. Ook indien vast zou komen te staan dat de beslissing van de rechter ter comparitie in eerste aanleg anders had moeten luiden, is niet in te zien wat het belang van [appellante] is bij de onderhavige grief, nu Greenhold c.s. in de onderhavige appelprocedure in ieder geval opnieuw in de gelegenheid is om nadere stukken in te brengen en de bedoelde stukken heeft ingebracht. Overigens acht het hof de beslissing van de comparitierechter juist, nu de overzichten eenvoudig ook tijdens de zitting nog te bestuderen zijn geweest en [appellante] niet concreet heeft aangegeven dat zij daarin met enig nieuw feit is geconfronteerd of met enige stelling die haar nog niet bekend was.

4.5 In de toelichting bij haar tweede grief heeft [appellante] gevorderd dat Greenhold c.s. overgaat tot overlegging van de maandcijfers van Green-Fish BV, op grond van art. 843a Rv. Greenhold c.s. heeft daartegen als verweer aangevoerd dat zij niet over de gevraagde stukken beschikt, nu Green-Fish BV deze heeft afgegeven aan de curator.

Daarop heeft [appellante] geen nadere feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat Green-Fish BV desondanks de bedoelde stukken 'te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft' als bedoeld in art. 843 a Rv.

De vordering gebaseerd op 843a Rv tot afgifte van de maandcijfers door Green-Fish BV zal derhalve worden afgewezen.

4.6 Met betrekking tot de overige grieven overweegt het hof als volgt.

4.7 [appellante] heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat Greenhold c.s. onrechtmatig jegens Greenhold c.s. heeft gehandeld nu Greenhold c.s. bij aanvang van de bestellingen van mosselen bij [appellante] in 31 juli 2009 en steeds opnieuw met betrekking tot de volgende bestellingen in de periode van 31 juli 2009 tot en met 8 oktober 2009, wist of moest begrijpen dat Green-Fish BV niet in staat zou zijn de facturen in verband daarmee te voldoen en dat Green-Fish BV evenmin verhaal zou bieden terzake.

4.8 Naar het oordeel van het hof heeft [appellante] onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigden dat de gestelde wetenschap bij Greenhold c.s. bestond dan wel redelijkerwijs heeft moeten bestaan.

4.9 Onvoldoende acht het hof in dit verband de stelling van [appellante] dat de financiële situatie van de vennootschap slecht was en dat Greenhold c.s. als bestuurder om die reden eerder de stekker eruit getrokken zou moeten hebben.

Weliswaar verkeerde de vennootschap ook volgens Greenhold c.s. in een slechte financiële situatie, in het bijzonder als gevolg van een recente overname van diverse C1000 winkels door Ahold en een belangrijk omzetverlies in verband daarmee, doch niet, althans niet voldoende

onderbouwd is gesteld dat een verbetering van die situatie redelijkerwijs niet te verwachten was en dat maatregelen om de situatie te verbeteren niet werden genomen. Uit hetgeen Greenhold c.s. heeft gesteld lijkt dit ook niet het geval te zijn geweest. Volgens Greenhold c.s. was Green-Fish BV immers – onbetwist – doende om te investeren in nieuwe mogelijkheden. De investeringen in personeel en materiaal moesten volgens Greenhold c.s. een kans krijgen om te gaan renderen. Zolang er overlevingskansen waren was het in het belang van de vennootschap en haar crediteuren om die kansen redelijkerwijs te benutten, aldus Greenhold c.s. Toen evenwel eenmaal door de vennootschap geen facturen meer konden worden betaald en de benodigde saneringsplannen geen doorgang konden vinden, was pas het moment bereikt waarop het aangaan van nieuwe verplichtingen met derden jegens die derden onrechtmatig zou kunnen worden geacht. Op dat moment is Greenhold c.s. met de onderneming en het plaatsen van bestellingen gestopt, zo stelt Greenhold c.s. Gelet op dit verweer lag het op de weg van [appellante] om nadere feiten en omstandigheden te stellen die de conclusie rechtvaardigen dat Greenhold c.s. desondanks al op een eerder moment dan 8 oktober 2009 redelijkerwijs heeft moeten begrijpen dat voor de vennootschap geen overlevingskans meer bestond en dat zij betalingsverplichtingen in verband met nieuwe leveringen niet meer zou kunnen voldoen.

Weliswaar is op grond van de gestelde feiten aannemelijk dat vóór het genoemde moment duidelijk is geworden dat het steeds slechter ging en het risico dat de vennootschap niet aan de verplichtingen zou kunnen voldoen bestond en groter werd, maar onvoldoende is gesteld om de conclusie te rechtvaardigen dat op enig moment vóór 8 oktober 2009 dit risico dusdanig groot was dat wetenschap van de bestuurder bestond zoals door [appellante] in dit geding aan de gestelde onrechtmatige daad ten grondslag gelegd.

4.10 Het enkele – overigens niet betwiste – feit dat ook de solvabiliteit van de vennootschap slecht was, kan de conclusie dat van de door [appellante] gestelde wetenschap sprake was op enig moment vóór 8 oktober evenmin zonder meer rechtvaardigen, gelet op hetgeen hiervoor werd overwogen.

4.11 De berekeningen van [appellante] en de daarop gestoelde impliciete stelling dat een extra post goodwill of iets dergelijks is opgenomen, of dat een andere post aan de actiefzijde aanmerkelijk is ‘opgepompt’ acht het hof onvoldoende onderbouwd, gelet op het feit dat [appellante] niet nader concreet is ingegaan op de inhoudelijke reactie van Greenhold c.s. op deze stellingen en – meer in het algemeen – op haar bij memorie van grieven gepresenteerde berekeningen ter onderbouwing van de gestelde slechte financiële situatie.

4.12 Dat de oudste factuur van [appellante] op de datum van het faillissement al 89 dagen oud was, terwijl een betalingstermijn van 45 dagen was afgesproken, ondersteunt evenmin de stelling dat Greenhold jegens [appellante] gehouden was om eerder met het plaatsen van bestellingen namens de vennootschap te stoppen. Veeleer wijst dit feit erop dat [appellante] er, ondanks de overschrijding van de betalingstermijn met 44 dagen, de voorkeur aan gaf te blijven leveren, met een kans op betaling, dan te kiezen voor het stopzetten van de leveringen, hetgeen evenmin voor [appellante] zonder risico was, gelet op haar uitstaande facturen. Bij gelegenheid van het pleidooi is door Green-Fish BV nog aangevoerd dat [appellante] ook indien het faillissement van Green-Fish BV eerder was aangevraagd, betaling van een aanzienlijk bedrag aan openstaande facturen was misgelopen, hetgeen door [appellante] onvoldoende gemotiveerd is betwist.

Hetgeen van de zijde van Greenhold c.s. is aangevoerd rechtvaardigt de conclusie dat het handelen van Greenhold c.s. steeds op het overleven van de vennootschap gericht is geweest, hetgeen door [appellante] onvoldoende is weersproken.

4.13 Het feit dat verpanding van de vorderingen op Lidl en Rewe aan Dayseaday in juni 2009 heeft plaatsgevonden wijst evenmin op de gestelde wetenschap aan de zijde van Greenhold c.s. met betrekking tot de betalingsonmacht van de vennootschap ten aanzien van de verplichtingen die zij aanging. De stellingen van [appellante] rechtvaardigen evenmin de conclusie dat Greenhold c.s., handelend namens Green-Fish BV, zekerheid aan Dayseaday heeft verstrekt in de wetenschap dat de vennootschap spoedig zou failleren, terwijl daarmee evenmin voldoende wordt onderbouwd dat Greenhold c.s. wist dat de crediteuren daarmee zouden worden benadeeld in hun verhaal.

Veeleer lijkt die zekerheid juist, zoals door Greenhold c.s. is aangevoerd, verstrekt met het oog op een toekomst voor de vennootschap, namelijk in verband met de groeiplannen van Green-Fish BV in Duitsland en de vereiste medewerking daaraan door Dayseaday. Green-Fish BV

was volgens haar stellingen voornemens op deze wijze een nieuwe markt te veroveren, die in de plaats zou moeten komen van de weggevallen transacties met Schuitema na overname van de C1000 winkels door Ahold.

4.14 Naar het oordeel van het hof heeft [appellante] onvoldoende onderbouwd dat de verpanding een paulianeus karakter heeft gehad en om die reden een zelfstandige grond voor onrechtmatig handelen van Greenhold c.s. oplevert.

Gelet op het feit dat Greenhold c.s. de Rabobank heeft verzocht om de vorderingen vrij te geven met het oog op verpanding aan Dayseaday, en bij het uitblijven van genoemd handelen dezelfde vorderingen evengoed waren verpand, maar dan aan de Rabobank, is zonder nadere verklaring die ontbreekt, van enige benadeling naar het oordeel van het hof geen sprake. De enige van de crediteuren wier positie als gevolg van dit handelen wijzigde was immers de Rabobank, doch een en ander had met instemming van Rabobank plaatsgehad.

Volgens Greenhold c.s. heeft zij voorts de verpanding mogelijk gemaakt door een arrangement te treffen met de Rabobank, aan wie de aan Dayseaday verpande vorderingen tot dan toe waren verpand. Het feit dat [statutair bestuurder van Greenhold] in verband met het Rabobank-arrangement een persoonlijke borgstelling heeft gegeven van € 100.000,= en twee andere partijen heeft bewogen eenzelfde borgstelling te geven, lijkt er evenmin op te wijzen dat [statutair bestuurder van Greenhold] op dat moment niet daadwerkelijk geloofde dat de onderneming levensvatbaar was en dat de slechte financiële situatie waarin de onderneming verkeerde, zou herstellen.

4.15 Met het door [appellante] gestelde feit dat Greenhold c.s. zich garant heeft gesteld voor een leverancier van personeelsdiensten op 13 augustus 2009 kan naar het oordeel van het hof evenmin enig ernstig persoonlijk verwijt aan Greenhold c.s. worden onderbouwd. Het wijst er in ieder geval niet op dat Greenhold c.s. er geen vertrouwen in had dat de onderneming niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, laat staan dat zij dat ten tijde van die garantstelling wist.

4.16 De door [appellante] gestelde feiten en omstandigheden rechtvaardigen dan ook niet zonder meer de conclusie dat Greenhold c.s. het doen van nieuwe bestellingen en het aldus voortzetten van haar onderneming op een eerder moment had dienen te staken dan zij begin oktober 2009 heeft gedaan.

Daarbij neemt het hof mede in aanmerking dat bij een eerder staken van de onderneming eveneens een grote som onbetaald zou zijn gebleven, terwijl het voortzetten van de onderneming nog een kans op betaling van de crediteuren bood.

4.17 Daarbij komt dat door [appellante] reeds op 3 september 2009 uitdrukkelijk is geschreven dat het onbetaald blijven van de facturen haar verontrustte. Ook [appellante] heeft in ieder geval op basis daarvan, en op basis van de brief van Greenhold c.s. van 26 maart 2009 een belangrijk signaal gekregen dat een risico bestond dat Green-Fish BV haar facturen niet zou kunnen betalen. Ondanks dit risico heeft [appellante] ervoor gekozen om de leveringen aan Green-Fish BV voort te zetten, in plaats van – bijvoorbeeld – nog slechts tegen contante betaling te leveren.

4.18 Naar het oordeel van het hof heeft [appellante] onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld die, indien bewezen, de conclusie rechtvaardigen dat de overige crediteuren verdergaand zijn geïnformeerd dan zijzelf. Onvoldoende daarvoor acht het hof hetgeen in de eigen aantekeningen met betrekking tot de bespreking van 8 oktober 2009 is vermeld, namelijk dat tijdens Greenhold c.s. is gezegd dat 1,5 maand geleden er informatie verstrekt is over de financiële situatie aan diverse leveranciers en dat de heer [enig bestuurder van Beheermaatschappij] op dat specifieke moment niet bereikbaar was.

[appellante] heeft, gelet op de betwisting door Greenhold c.s. onvoldoende concreet gesteld welke concrete feitelijke informatie aan de overige crediteuren is gegeven en welke concrete informatie aan haar is onthouden. Evenmin is voldoende onderbouwd dat de aard en inhoud van de informatie aan de andere crediteuren zodanig is geweest dat daaruit duidelijk zou zijn geworden dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen of dat de kans daarop zo groot was dat dit [appellante] ervan zou hebben weerhouden om de leveringen na ontvangst van die informatie door te zetten. In ieder geval weerhield de informatie die in de brief van 26 maart 2009 was verstrekt in combinatie met de forse overschrijdingen van de toch al verlengde

betalingstermijnen van een lange reeks facturen [appellante] er niet van om door te gaan om aan Green-Fish BV op rekening te leveren.

Overigens heeft [appellante] evenmin gesteld dat de overige crediteuren na ontvangst van de door [appellante] bedoelde informatie niet meer aan Green-Fish BV hebben geleverd zonder direct daarvoor betaling te ontvangen. Uit de door [appellante] overgelegde notitie blijkt dit evenmin. Met betrekking tot Dayseaday is in de notitie vermeld: Dhr. [medewerker van Dayseaday] van Dayseaday geeft aan dat het bedrijf van de Groep zich ook 'genaaid' voelt omdat ze slechts sinds 10 weken leveren en nog geen cent hebben gekregen.

Dat [appellante] voorts in enige mate op dit punt informatie heeft gekregen blijkt naar het oordeel van het hof uit de reeds genoemde brief van 26 maart 2009 (productie 5 conclusie van antwoord in eerste aanleg). Bovendien vermeldt de brief tot tweemaal toe uitdrukkelijk dat nadere informatie op verzoek zal worden gegeven. Gesteld noch gebleken is dat [appellante] nadien actief naar de financiële situatie van Green-Fish BV heeft geïnformeerd.

4.19 Een verplichting om crediteuren omtrent de financiële situatie van de vennootschap als bestuurder uitgebreid te informeren en deze daarvan op de hoogte te houden kan overigens niet zonder meer worden aangenomen, evenmin als een verplichting om ervoor zorg te dragen dat alle crediteuren in dezelfde mate over de financiële situatie van de vennootschap op de hoogte zijn en worden gehouden.

Voor het aannemen van een dusdanige ongelijke behandeling dat daarvan Greenhold c.s. zelfstandig een ernstig en persoonlijk verwijt zou kunnen worden gemaakt, zijn in ieder geval onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld. Hetgeen wel is gesteld, rechtvaardigt die conclusie naar het oordeel van het hof niet.

4.20 Aan het gestelde onrechtmatig handelen heeft [appellante] voorts nog ten grondslag gelegd dat door Greenhold in 2008 nog een dividenduitkering is gedaan ter hoogte van € 150.000,- aan de aandeelhouder/bestuurder. Naar het oordeel van het hof heeft [appellante] deze stelling niet alleen feitelijk onvoldoende onderbouwd, doch heeft zij voorts verzuimd voldoende concrete feiten en omstandigheden aan te voeren die de conclusie kunnen dragen dat deze gelden van Green-Fish BV afkomstig zijn. Evenmin blijkt uit de stellingen van [appellante] op welke grond het doen van deze uitkering in 2008 (niet 2009) door Greenhold c.s. een onrechtmatig handelen van Greenhold c.s. zou opleveren jegens [appellante] als crediteur van Green-Fish BV.

Greenhold c.s. heeft er – naar het hof begrijpt ter betwisting van de suggestie dat Greenhold c.s. bij het faillissement van Green-Fish BV enig voordeel zou hebben gehad – overigens nog op gewezen dat Greenhold een hoge rekening-courant vordering op Green-Fish BV had, die volledig is afgeboekt als gevolg van het faillissement, hetgeen door [appellante] niet is betwist.

4.21 Evenmin heeft [appellante] voldoende onderbouwd dat Greenhold c.s. met het oog op haar liquiditeitspositie jegens [appellante] gehouden was om voor te stellen dat [appellante] direct zou leveren aan C1000 en dat aan Green-Fish BV als tussenpersoon commissie zou worden betaald. Tegenover de stellingen van Greenhold c.s. dat dit in het verleden gebeurde en problemen opleverde heeft [appellante] bovendien geen nadere feiten en omstandigheden aangevoerd die de conclusie rechtvaardigen dat dit daadwerkelijk een optie was, waarmee ook Schuitema/C1000 zou instemmen. Daarbij komt dat ook [appellante] aan Greenhold c.s. had kunnen voorstellen alleen nog onder die voorwaarde te willen samenwerken.

4.22 [appellante] heeft voorts nog gesteld dat mogelijk voor het faillissement nog een aantal selectieve betalingen zijn gedaan. Ook deze stelling is door [appellante] niet, althans onvoldoende met concrete feiten en omstandigheden onderbouwd, zodat de stelling wordt verworpen.

4.23 Ten slotte kan ook de stelling van [appellante] dat een crediteur die in deze mate de dupe wordt van een faillissement een ruimere bescherming verdient dan wet en jurisprudentie op het eerste gezicht op dit moment geven, niet afdoen aan het oordeel van het hof dat Greenhold c.s. als bestuurder van Green-Fish BV niet aansprakelijk is jegens [appellante] voor de door Green-Fish BV onbetaald gelaten facturen.

4.24 De door [appellante] gestelde feiten en omstandigheden kunnen het oordeel dat Greenhold c.s. een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt in de hiervoor bedoelde zin niet

dragen. De door [appellante] gestelde wetenschap dat de vennootschap niet zou kunnen betalen en geen verhaal zou bieden, komt aldus niet vast te staan.

Aan bewijslevering wordt niet toegekomen, overigens nog daargelaten dat [appellante] het bestaan van de gestelde wetenschap niet voldoende specifiek te bewijzen heeft aangeboden.

Ten overvloede overweegt het hof dat [appellante] onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat de omstandigheden van het geval vergen dat Greenhold c.s. het bewijs levert van haar verweer dat zij niet wist noch hoefde te weten dat de vennootschap niet aan haar verplichting zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.

Onvoldoende daarvoor acht het hof de gestelde omstandigheid dat sprake is van een besloten vennootschap met een personele unie tussen bestuurders en aandeelhouders, of de stelling dat er alle reden is de normen van misbruik in het onderhavige geval aan te scherpen.

4.25 Gelet op al het voorgaande komt het hof tot de slotsom dat de vordering van [appellante] niet kan worden toegewezen.

De grieven kunnen niet tot vernietiging van het beroepen vonnis leiden. Voor zover die grieven in het voorgaande nog niet zijn besproken, behoeft daaraan niet te worden toegekomen, nu reeds is geoordeeld dat de vordering van [appellante] niet toewijsbaar is. Het beroepen vonnis zal worden bekrachtigd. [appellante] zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

5 De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Breda van 29 juni 2011;

veroordeelt [appellante] in de kosten van het hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van Greenhold c.s. worden begroot op € 4713,- aan verschotten en op € 9789,- aan salaris advocaat;

verklaart dit arrest in zoverre uitvoerbaar bij voorraad.

» Noot

1. In deze uitspraak staat de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de Beklamel-norm centraal.

2. De casus is als volgt. Een mosselconservenbedrijf heeft aan Green-Fish BV, een visverwerkend bedrijf, in de periode 31 juli 2009 tot en met 8 oktober 2009, onder meer mosselen en andere schaal- en schelpdieren verkocht en geleverd. Deze mosselen waren bestemd voor Schuitema, een klant van Green-Fish. Green-Fish heeft de door het mosselconservenbedrijf gezonden facturen, met een betalingstermijn van 45 dagen, onbetaald gelaten. Met betrekking tot eerdere leveringen was reeds een betalingsachterstand ontstaan. Op 27 oktober 2009 is Green-Fish in staat van faillissement verklaard. Het mosselconservenbedrijf heeft holdingvennootschap Greenhold, enig statutair bestuurder en aandeelhouder van Green-Fish, en haar statutair bestuurder tevens enig aandeelhouder (hierna: Greenhold c.s.) gedagvaard en hoofdelijke betaling gevorderd van de onbetaalde facturen. Aan deze vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat Greenhold c.s. onrechtmatig hebben gehandeld, omdat Greenhold c.s. vanaf de bestellingen van 31 juli 2009 en de daarop volgende bestellingen tot en met 8 oktober 2009 wist of moest begrijpen dat Green-Fish niet in staat zou zijn de facturen te voldoen en dat Green-Fish geen verhaal zou bieden. Zowel de rechtbank als het hof hebben de vordering afgewezen. Het oordeel van het hof komt erop neer dat het mosselconservenbedrijf onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld en bewezen om tot aansprakelijkheid van Greenhold c.s. te komen.

3. Uit het arrest is het volgende feitencomplex op hoofdlijnen af te leiden. Green-Fish was in zwaar weer komen te verkeren, omdat Schuitema als klant in 2008 wegviel. Om dat omzetverlies te compenseren heeft Green-Fish investeringen in personeel en materieel gedaan om nieuwe klanten te vinden en te beleveren. Daarnaast had Schuitema de betalingstermijn van de facturen van Green-Fish van 12 naar 60 dagen gewijzigd, waardoor de liquiditeit van Green-

Fish verder onder druk is komen te staan. In maart en september 2009 heeft Green-Fish het mosselconservenbedrijf over haar positie geïnformeerd. In april 2009 heeft de Rabobank een rekening-courantkrediet aan Green-Fish verstrekt. Greenhold c.s. heeft zich in dat kader jegens de bank als borg verbonden. Bovendien heeft de bank op verzoek van een derde een bankgarantie afgegeven. De bank had een pandrecht onder meer op vorderingen, voorraden en inventaris. In juni 2009 is dit pandrecht op verzoek van Green-Fish door de bank vrijgegeven en is Dayseaday, een nieuwe leverancier van Green-Fish, pandhouder van de vorderingen geworden. Begin oktober 2009 is aan de crediteuren een voorstel tot schuldsanering voorgelegd. De crediteuren hebben niet ingestemd.

4. In r.o. 4.9 overweegt het hof dat Green-Fish weliswaar in zwaar weer verkeerde, maar dat er geen reden voor Greenhold c.s. was eerder de stekker eruit te trekken. Zo stelde Greenhold c.s. onder meer dat zij maatregelen genomen had om de situatie te verbeteren. Er was geen sprake van dat verbetering niet te verwachten viel. De investeringen waren gedaan met het oog op het overleven van de onderneming. Het was in het belang van de vennootschap, de door haar gedreven onderneming en haar crediteuren dat die kansen zouden worden benut. Pas op het moment – 8 oktober 2009 – dat het voorstel tot schuldsanering door de schuldeisers niet positief ontvangen werd, was het moment bereikt dat het aangaan van nieuwe verplichtingen met derden jegens die derden onrechtmatig zou zijn. Het hof is in deze stellingen van Greenhold c.s. meegegaan en acht aldus onvoldoende gesteld om aan te nemen dat op enig moment voor 8 oktober 2009 het risico dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen dusdanig groot was, dat aan de Beklamel-norm is voldaan. Het enkele feit dat de solvabiliteit slecht was, is daartoe onvoldoende (r.o. 4.10).

5. Het hof betreft hierbij, als bijkomende omstandigheden, dat het mosselconservenbedrijf de grote overschrijding van de betalingstermijn van haar facturen voor lief heeft genomen en in plaats van te stoppen de levering is blijven doorzetten. Daarbij komt dat niet betwist is dat ook indien het faillissement eerder zou zijn uitgesproken een groot deel van facturen eveneens onbetaald zou blijven (r.o. 4.12). Met andere woorden: de vennootschap zou al (deels) geen verhaal bieden, terwijl het voorzetten van de onderneming nog een kans op verhaal bood (r.o. 4.16).

6. Het hof acht evenmin voor de vereiste wetenschap van de Beklamel-norm relevant dat de verpanding van de vorderingen van de Rabobank naar Dayseaday is overgegaan. Het hof plaatst dat in het licht van de kansen op overleving van de vennootschap en de noodzakelijke medewerking van Dayseaday daarbij (r.o. 4.13). Van paulianeus handelen is volgens het hof geen sprake, omdat door de wijziging van de verpanding het mosselconservenbedrijf zelf, als crediteur, niet wordt benadeeld. Alleen de Rabobank zou daarvan nadeel ondervinden, maar die bank stemde in. Volgens Greenhold c.s. was de wijziging van de verpanding slechts mogelijk door het afgeven van de borgstellingen door Greenhold c.s. zelf, maar ook door andere partijen. Het afgeven van de borgstellingen door Greenhold c.s. ziet het hof als een omstandigheid dat niet aan de Beklamel-norm is voldaan, meer in het bijzonder dat de bestuurders van Green-Fish er nog in geloofden (r.o. 4.14). Datzelfde geldt voor een door Greenhold c.s. in augustus 2009 afgegeven garantstelling voor een leverancier voor personeelsdiensten (r.o. 4.15).

7. Het arrest van het hof is in lijn met de heersende jurisprudentie. Ik noem de standaardarresten Hoge Raad 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. Ma (*Beklamel*), Hoge Raad 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295, m.nt. Ma (*Oosterhof*) en Hoge Raad 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*). Centraal in deze jurisprudentie staat de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder indien hij jegens derden onrechtmatig in de zin van art. 6:162 BW heeft gehandeld. Het moet daarbij gaan om een persoonlijk ernstig verwijt in de hoedanigheid van bestuurder. Niet ieder handelen (of nalaten) leidt tot aansprakelijkheid. Het hangt van de concrete feiten en omstandigheden af of het aan de bestuurder te maken verwijt voldoende ernstig is om hem persoonlijk aansprakelijk te houden.

8. Nadere bestudering van het *Oosterhof*-arrest en het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest leert dat binnen de Beklamel-norm sprake is van twee categorieën. De eerste is het geval waarin de bestuurder van een vennootschap in naam van de vennootschap verplichtingen is aangegaan terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg van die niet-nakoming door de wederpartij te lijden schade. Het tweede geval ziet op de situatie dat de bestuurder wordt verweten te hebben bewerkstelligd of toegelaten dat de door hem bestuurde vennootschap een eerder door haar aangegane overeenkomst niet nakomt en daardoor aan de

wederpartij van de vennootschap schade berokkent. In dit arrest was de eerste categorie aan de orde.

9. In het *Ontvanger/Roelofsens*-arrest legt de Hoge Raad voorts de link met de verplichting van het bestuur van de vennootschap tot behoorlijke taakvervulling op grond van art. 2:9 BW. Ook dat artikel brengt het 'ernstige verwijt' tot uitdrukking, eveneens als in bijvoorbeeld Hoge Raad 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Ma (*Staleman/Van de Ven*) en Hoge Raad 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. Ma en Snijders (*Willemssen/NOM*). In dat laatste arrest spreekt de Hoge Raad over een hoge drempel voor aansprakelijkheid. Daarmee "wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen", aldus de Hoge Raad. Ook hier geldt dat alle omstandigheden van het geval moeten worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt treft, zie bijvoorbeeld Hoge Raad 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (*Berghuizer Papierfabriek*). Zie verder S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden* (diss. Groningen), IVO-reeks deel 63, p. 90-96.

10. Naar mijn mening heeft het hof voorgaand juridisch kader voor aansprakelijkheid op grond van de eerste categorie in dit arrest goed tot uitdrukking gebracht en de juiste maatstaf aangelegd. Het gaat om een persoonlijk ernstig verwijt en daarbij ligt de lat hoog. Het hof heeft het bestuur vrijheid van ondernemen gegeven door de kansen tot overleven van de onderneming te laten benutten. Het hof betreft daarbij het belang van de vennootschap en de mogelijkheid dat crediteuren alsnog hun vordering voldaan zien. Van belang acht het hof dat het mosselconservenbedrijf door Green-Fish is geïnformeerd over haar penibele, financiële situatie (vgl. HR 13 oktober 1995, *NJ* 1996, 140, m.nt. Ma (*Davidson*), waarop het mosselconservenbedrijf blijkt r.o. 4.24 kennelijk een beroep doet) en dat ondanks die informatie het mosselconservenbedrijf is blijven leveren (r.o. 4.17). Het mosselconservenbedrijf had gesteld dat overige crediteuren verdergaand zijn geïnformeerd dan zichzelf en dat Green-Fish een algemene en gelijke verplichting jegens crediteuren zou hebben, maar het hof is daarin niet meegegaan (r.o. 4.18 en 4.19).

11. R.o. 4.24 van het arrest brengt tevens tot uitdrukking dat de bewijslast terzake van de Beklamel-norm in beginsel rust op de wederpartij van de bestuurder van de vennootschap. Zie voor een uitzondering echter Hoge Raad 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766, m.nt. Ma (*Romme/Bakker*). Het arrest roept het beeld op dat de crediteur zo veel mogelijk uit de kast heeft getrokken – zie met name r.o. 4.4, 4.5, 4.20-4.23 – in een poging haar vordering van een juridische grondslag te voorzien en haar stellingen te onderbouwen. Daardoor lopen in het arrest de gronden voor eventuele aansprakelijkheid wat door elkaar heen. Het heeft haar niet mogen baten. Iedere stelling van het mosselconservenbedrijf is door het hof als onvoldoende gesteld of – bij gemotiveerde betwisting – onvoldoende onderbouwd gepasseerd. Het geeft aan dat de genoemde bewijslast een zware is; gelukkig geeft het arrest ook aan dat een bestuurder nog steeds een zekere mate van vrijheid wordt geboden en niet zonder meer aansprakelijk is.

R.A. Wolf, TeekensKarstens advocaten notarissen

