

Ondernemingsrecht

51
<p>Hoge Raad 17 februari 2017, nr. 15/03646 ECLI:NL:HR:2017:275 ECLI:NL:PHR:2016:1224 (mr. Numann, mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. Polak, mr. Kroeze) (concl. A-G mr. Timmerman) Noot R.A. Wolf</p>
<p>Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad jegens schuldeiser. Maatstaf van persoonlijk ernstig verwijt. Reikwijdte van art. 2:11 BW. Mogelijkheid tot disculpatie. Motiveringsklacht over hoogte schadevergoeding.</p>
<p>Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan 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.</p>
[BW art. 2:11; BW art. 6:162]

Onderdeel 1 van het middel in het incidentele beroep klaagt dat het hof in r.o. 4.1-4.5 van zijn eerste arrest heeft miskend dat de aansprakelijkheid die ingevolge art. 6:162 BW rust op Holding als bestuurder van [A] jegens [verweerster], tevens uit hoofde van art. 2:11 BW hoofdelijk rust op [eiser], althans dat dit als uitgangspunt het geval is, behoudens door [eiser] te stellen, en bij gemotiveerde betwisting te bewijzen, omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt ter zake gemaakt kan worden en hij daarom niet naast Holding hoofdelijk aansprakelijk is jegens [verweerster].

Art. 2:11 BW bepaalt 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. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling valt het volgende af te leiden.

De ratio van de bepaling is te voorkomen dat een natuurlijk persoon zich achter de rechtspersoonlijkheid van een rechtspersoon-bestuurder kan verschuilen wanneer benadeling van schuldeisers het gevolg is van slecht of onbehoorlijk bestuur. De verhaalsaansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder is immers beperkt tot het (mogelijk geringe) vermogen van die rechtspersoon.

Art. 2:11 BW is ingevoerd als minder vergaand alternatief voor een verbod op een rechtspersoon als bestuurder, bij welk alternatief als het ware wordt heengezien door de rechtspersoon-bestuurder en naast deze ook zijn bestuurders aansprakelijk worden in de gevallen waarin de wet aansprakelijkheid van bestuurders regelt (Vgl. Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 1-3)

Noch uit de tekst, noch uit de ratio van art. 2:11 BW volgt dat een beperking is beoogd tot toepassing van art. 2:11 BW op één of meer

bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid. Deze uitleg van art. 2:11 BW strookt met de opmerking van de minister van Justitie tijdens de parlementaire behandeling van deze bepaling, dat hem niet duidelijk is waarom de aansprakelijkheid ingevolge (thans) art. 6:162 BW tegenover schuldeisers en die uit (thans) art. 2:9 BW zouden zijn uitgesloten en dat deze wettelijke aansprakelijkheden te vergelijken zijn met die van art. 2:138 BW en art. 2:248 BW (Kamerstukken I 1985/86, 16631, 27b, p. 22). Een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder die uit hoofde van de wetsbepaling waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit, een grond tot disculpatie heeft om de aanspraak af te weren, kan zich daarop beroepen, onafhankelijk van de rechtspersoon-bestuurder (Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 18 en nr. 9, p. 15-16). Of een wetsbepaling waaruit aansprakelijkheid voortvloeit de mogelijkheid van disculpatie biedt, moet worden bepaald door uitleg van die bepaling. Uit het voorgaande volgt dat art. 2:11 BW van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Daaronder valt ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is gebaseerd op art. 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid rust dan tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. Dit betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt echter wel dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan 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. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.

Uit het hiervoor overwogene volgt dat de klacht doel treft. De onherroepelijk vastgestelde aansprakelijkheid van Holding als bestuurder van [A] jegens [verweerster] ingevolge art. 6:162 BW (zie hiervoor in 3.2.2), rust ingevolge art. 2:11 BW tevens hoofdelijk op [eiser], behoudens door hem te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt ter zake kan worden gemaakt.

[eiser],

wonende te [woonplaats],

eiser tot cassatie, verweerder in het incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. G.R. den Dekker,

tegen

[verweerster],

gevestigd te [vestigingsplaats], Zuid-Afrika,

verweerster in cassatie, eiseres in het incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. F.E. Vermeulen.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1 De feiten

1.1 Aan rov. 2.1-2.11 van het tussenvonnissen van 29 december 2010 ontleen ik de volgende feiten.¹

¹ In principaal appel heeft [eiser] een grief gericht tegen de vaststelling van de feiten zoals opgenomen in het tussenvonnissen van de rechtbank Arnhem van 29 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP1591. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft de grief van [eiser] bij arrest van 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7697, verworpen. De feiten

1.2 [verweerster] is fruitexporteur in Zuid-Afrika. Zij exporteert druiven, afkomstig van twee Zuid-Afrikaanse druivenproducenten. De druiven worden door [verweerster] wereldwijd geleverd aan verschillende commissionairs, die de partijen druiven verkopen en, na aftrek van kosten en een commissieairvergoeding, de opbrengst afdragen aan [verweerster].

1.3 Ten behoeve van de verkoop in Europa heeft [verweerster] in 2001 een overeenkomst gesloten met een commissionair, [A] B.V. (verder: “[A]”). Enig bestuurder en aandeelhouder van [A] is [B] B.V. (verder: “Holding”). Het bestuur van [B] wordt gevormd door [betrokkene 1] en [eiser].

1.4 Bij de afrekening tussen [A] en [verweerster] werd gebruik gemaakt van door [A] opgestelde Out-Turn Statements (hierna: “OTS”).

1.5 Sinds 19 september 2005 is tussen [verweerster] en [A] een procedure aanhangig bij de rechtbank Arnhem, waarin [verweerster] van [A] een schadevergoeding vordert ten bedrage van € 824.681,39. De grondslag van deze vordering is wanprestatie en/of onrechtmatige daad op de grond dat [A] over de seizoenen 2001 en 2002 stelselmatig lagere prijzen aan [verweerster] zou hebben verantwoord dan zij in werkelijkheid heeft gerealiseerd en dat [A] aan [verweerster] hogere douanerechten zou hebben voorgespiegeld dan zij in werkelijkheid heeft afgedragen. [verweerster] heeft zich hierbij voor de becijfering van de hoofdsom gebaseerd op een rapport van accountantskantoor PriceWaterhouseCoopers (hierna: “PwC”). In deze procedure heeft de rechtbank Arnhem in een aantal tussenvonnissen geoordeeld dat [A] schadeplichtig is jegens [verweerster]. Het is niet tot een eindvonnis gekomen. [A] heeft op 3 juni 2008 op haar eigen verzoek surseance van betaling verkregen en zij is vervolgens op 13 juni 2008 in staat van faillissement verklaard. De procedure is geschorst.

1.6 [verweerster] heeft eind 2008 met een beroep op artikel 3:15j sub d BW een kort geding aangespannen tegen de curator in het faillissement en openlegging van de administratie van [A] gevorderd teneinde onderzoeksbureau IRS Forensic & Investigations (verder: “IRS”) daarin onderzoek te laten doen. [eiser], [betrokkene 1], Holding en Impala Fruit B.V. (verder: “Impala”) (hierna gezamenlijk verder: “[eiser] c.s.”) zijn in dit kort geding tussengekomen. De voorzieningenrechter van deze rechtbank heeft bij vonnis van 21 oktober 2008 de curator bevolen om medewerking te verlenen aan dit onderzoek. Bij nader vonnis van de voorzieningenrechter van 31 oktober 2008 is Holding bevolen om de curator in staat te stellen om het digitale deel van de financiële administratie van [A] te kopiëren naar een losse harde schijf. IRS heeft op basis van die administratie onderzoek verricht en rapport uitgebracht.

1.7 Impala is een zustervennootschap van [A]. Holding is enig bestuurder en aandeelhouder van Impala. Impala is opgericht in 2001. De jaarverslagen van Holding over 2004 en 2005 vermelden:

“De activiteiten van [A] BV en Impala Fruit BV bestaan uit de handel in groente en fruit.”

Op 4 juli 2007 viel op de website www.fruitimport.com met betrekking tot [A] te lezen:

“Our specialization is importing the best fruits and vegetables from all over the world. As a result of our rich history in doing business we have specialized in selling fruits and grapes.”

Op 26 juni 2007 viel op de website www.impalafruit.com met betrekking tot Impala te lezen:

“We buy and sell all known kinds of fruits and vegetables but we are truly specialized in citrus.”

1.8 Impala voert dezelfde merken als [A], waaronder het (beeld)merk ‘Golden Rich Estate’, dat geregistreerd staat op naam van [A], alsmede het merk ‘Ollies’ waaronder [verweerster] in 2001 en 2002 aan [A] druiven en citrus heeft geleverd. De teksten van de websites van [A] en Impala over de door hen gevoerde merken zijn exact gelijk, inclusief spelfouten.

De door [A] en Impala gehanteerde algemene voorwaarden zijn identiek (behoudens naam, adres en KvK-nummer). Na de surseance van [A] is de website van [A] doorgelinkt naar die van Impala. Op 5 juni 2008 kreeg de bezoeker van www.fruitimport.com via ‘contact’ de adresgegevens van [A] naast die van Impala. De getoonde telefoon- en faxnummers van [A] en Impala waren dezelfde. Impala gebruikt dezelfde loods, die destijds door [A] werd gebruikt. Dit geldt ook voor de trucks.

1.9 De laatste jaren waren de importactiviteiten van [A] substantieel gedaald, terwijl de importactiviteiten van Impala zijn gestegen. Impala bedient dezelfde klanten als [A] en neemt af bij [A]’s oude leveranciers. Impala leed in de jaren 2001 tot 2004 een vrij constant verlies van € 40.000,= per jaar, cumulerend in een negatief eigen vermogen van € 170.000,= in 2004. In 2005 maakte Impala een winst van € 343.000,=, waardoor het eigen vermogen op € 173.879,= positief uitkwam. In datzelfde jaar 2005 daalde het eigen vermogen van [A] van € 58.274,= positief naar € 463.540,= negatief.

2 Het procesverloop

2.1 [verweerster] heeft op 25 mei 2009 [eiser] c.s. gedagvaard voor de rechtbank Arnhem. [verweerster] heeft gevorderd dat [eiser] c.s. wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 1.381.890,=. [verweerster] heeft haar vorderingen gebaseerd op onrechtmatige daad. Jegens Holding, [betrokkene 1] en [eiser] betreft het externe bestuurdersaansprakelijkheid omdat zij als bestuurders van [A] (i) valse – lagere – opbrengsten hebben verantwoord aan [verweerster] dan zijn gerealiseerd, en bovendien hogere importheffingen in rekening hebben gebracht dan door [A] zijn afgedragen en betaald aan de douane, en (ii) wisten of hadden moeten weten dat de door hen bewerkstelligde handelswijze van [A] – het staken van de activiteiten en meewerken aan het overhevelen naar en voorzetten daarvan door Impala – tot gevolg zou hebben dat [A] niet haar betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen. Jegens [eiser] c.s. heeft [verweerster] haar vordering op basis van onrechtmatige ook nog gegrond op misbruik van het identiteitsverschil tussen [A] en Impala teneinde een vordering van [verweerster] op [A] te voorkomen.

2.2 Op 29 december 2010 heeft de rechtbank Arnhem een tussenvonnis gewezen.² Daarin heeft de rechtbank ten aanzien van Holding en [betrokkene 1] geoordeeld dat zij als feitelijk plegers van het onrechtmatig handelen jegens [verweerster] in hun hoedanigheid als bestuurder en indirect bestuurder van [A] persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die [verweerster] heeft geleden als gevolg van de vals opgemaakte OTS-en omdat hen ter zake een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Over [eiser] heeft de rechtbank geoordeeld dat [verweerster] niet concreet heeft gesteld dat en in welk opzicht hij persoonlijk van doen heeft gehad met de beweerdelijk valse OTS-en en waarom hem ter zake een ernstig persoonlijk verwijt treft, zodat zonder nadere toelichting niet kan worden aangenomen dat [eiser] zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad jegens [verweerster], hetgeen ook geldt ten aanzien van Impala.³

zoals opgenomen in het voornoemde tussenvonnis van 29 december 2010 staan daarmee in cassatie vast.

2 Rechtbank Arnhem 29 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP1591.

3 Rechtbank Arnhem 29 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP1591, rov. 4.34 e.v.

2.3 Over de tweede grondslag voor aansprakelijkheid, het bewerkstelligen dat [A] niet aan haar betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen door het staken van de activiteiten van [A] en het meewerken aan het overhevelen naar en voortzetten daarvan door Impala, heeft de rechtbank aansprakelijkheid van [eiser] jegens [verweerster] voorshands aangenomen op grond van diens betrokkenheid bij een geantedateerde Sale & Lease Back overeenkomst die in de administratie van [A] is aangetroffen waarbij [A] haar bedrijfsinventaris en rollend materieel heeft verkocht aan Holding voor een koopsom van in totaal € 471.400,=, de koopsom zou worden afgeboekt op de rekening-courantvordering van Holding op [A] en [A] de overgedragen zaken zou gaan huren voor een bedrag van € 160.000,= per jaar. De Sale & Lease Back overeenkomst is ge(ante)dateerd op 1 januari 2005 en is namens Holding ondertekend door [eiser]. Uit de gepubliceerde balans van [A] over het jaar 2005 heeft de rechtbank niet direct kunnen vaststellen dat de koopsom daadwerkelijk aan [A] is betaald⁴.

2.4 Voorts heeft de rechtbank beslist dat behoudens nog te verstrekken aanknopingspunten voor het tegendeel, de rechtbank ervan uitgaat dat het vermogen van [A] en haar voor verhaal vatbare activa met (tenminste) € 471.400,= en met (een gedeelte) van het bedrag van € 160.000,= zijn verminderd met het behulp van een geantedateerde en daarom valse akte (de Sale & Lease Back overeenkomst). Daarnaast heeft de rechtbank overwogen dat vanwege de valsheid in de administratie, uit welke administratie de vermogenstoestand van de vennootschap moet blijken en die dient ter onderbouwing van de, mede ten behoeve van handelscrediteuren, te publiceren jaarcijfers, het vooralsnog lijkt gegeven dat causaal verband bestaat tussen het onrechtmatig handelen en de gehele of gedeeltelijke onhaalbaarheid van de vorderingen van [verweerster] op [A].⁵

2.5 Ook heeft de rechtbank geoordeeld dat het een en ander voorshands kwalificeert als onrechtmatig handelen van [eiser] als bestuurder van [A] in de zogenaamde Ontvanger/[C] jurisprudentie zodat [eiser] op grond van artikel 2:11 BW ter zake hoofdelijk medeaansprakelijk is. De rechtbank heeft voorts geoordeeld dat het aan [eiser] is om tegenover deze aannames voldoende feiten en omstandigheden aan te voeren ter ontkrachting daarvan. Op de aansprakelijkheidsvraag met betrekking tot Impala vanwege misbruik van identiteitsverschil is de rechtbank niet ingegaan omdat [verweerster] nog in staat moest worden gesteld om op een aantal door [eiser] c.s. in het geding gebrachte stukken te reageren.

2.6 Bij vonnis van 14 december 2011 heeft de rechtbank Holding en [betrokkene 1] hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een bedrag € 775.149,25.⁶ Voor Holding en [betrokkene 1] betrof het vonnis een eindvonnis. Met betrekking tot [eiser] en Impala betrof het vonnis een tussenvonnis. Ten aanzien van de aansprakelijkheid van [eiser] heeft de rechtbank beslist dat het onverschuldigd overhevelen van vermogensbestanddelen naar Holding onrechtmatig jegens de overige schuldeisers van [A] was, waaronder [verweerster], voor zover het voorzienbaar was dat als gevolg daarvan die schuldeisers geen betaling konden krijgen. De rechtbank heeft [eiser] als bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder van [A] persoonlijk aansprakelijk geacht en geoordeeld dat behoudens bewijs van het tegendeel ten aanzien

van de schade van [verweerster] het causaal verband als gegeven kan worden beschouwd en de bewijslast van het tegendeel op [eiser] berust. [eiser] zal moeten bewijzen dat het causaal verband doorbroken is, doordat ook zonder de onttrekkingen het faillissement van [A] onafwendbaar zou zijn geweest. De rechtbank heeft [eiser] en Impala toegestaan om tussentijds hoger beroep in te stellen tegen het tussenvonnis.⁷

2.7 Op 20 januari 2012 heeft [eiser] hoger beroep ingesteld van de tussenvonnissen van 29 december 2010 en 14 december 2011 bij het hof Arnhem-Leeuwarden. Bij arrest van 15 oktober 2013 heeft het hof de tussenvonnissen van de rechtbank in principaal en incidenteel appel bekrachtigd, behoudens rov. 2.57, 2.58 en de daaruit voortvloeiende bewijsopdracht van het tussenvonnis van 14 december 2011.⁸ Het hof heeft de zaak terugverwezen naar de rechtbank ter beslissing op de hoofdzaak met inachtneming van het arrest. Het hof heeft onder andere het volgende overwogen:

“4.6 Thans komt het principaal appel aan de orde.

In de administratie van [A], en dus bestemd voor intern en extern gebruik, bevonden zich twee, telkens mede door [eiser] ondertekende, sale and lease back overeenkomsten, gedateerd 1 januari 2005 en 12 februari 2007, volgens welke [A] per die datum haar bedrijfsinventaris en rollend materieel aan de Holding zou hebben verkocht voor € 471.400,= en teruggehuurd voor € 160.000,= per jaar, waarvan de huur volgens de versie van 1 januari 2005 duurde tot ultimo 2008 en volgens de versie van 12 februari 2007 tot ultimo 2009. Alleen de tweede overeenkomst blijkt bij de belastingdienst geregistreerd en wel op 14 februari 2007, zodat de datum daarvan vaststaat. In hoger beroep heeft [eiser] niet langer (gemotiveerd) bestreden dat de eerste overeenkomst, waarop hij zich overigens in deze procedure niet heeft beroepen, is geantedateerd. Deze blijkt ook niet verantwoord of verwerkt in de jaarrekening over 2005. Anders dan waarvoor [eiser] heeft getekend, zijn de bedrijfsinventaris en het rollend materieel dus niet verkocht en overgedragen op 1 januari 2005 maar pas op 12 februari 2007. [eiser] heeft wel aangevoerd dat [A] en de Holding al begin 2005 overeenstemming hadden over de constructie en dat daartoe in de loop van 2005 al voorbereidingen waren getroffen, zoals taxaties en inwinning van juridisch advies, maar dit is tegen de achtergrond van het voorgaande en het licht van de akte van 12 februari 2007 niet doorslaggevend voor de totstandkoming van de overeenkomst. De verkoop, de verrekening van de koopprijs en de retourhuur vonden immers blijkens de overeenkomst van 12 februari 2007 zelf pas plaats per 2007.

4.7 Uit het voorgaande vloeit voort dat de huurbetalingen door [A] aan de Holding van telkens € 160.000,= over 2005 en 2006 onverschuldigd waren. Verder is niet van belang, zoals [eiser] aanvoert, dat [A] bij de overeenkomst van 12 februari 2007 zaken zou hebben verkocht die in eigendom of pand toebehoorden aan anderen zoals Bezoma/Scania, Amstel Lease Maatschappij of derden. Daarvoor kwam immers de koopprijs in de plaats als verhaalsobject voor alle schuldeisers. De overeenkomst voorzag in een verrekening van de door de Holding aan [A] verschuldigde koopprijs van € 471.400,= met een schuld van [A] in rekening courant aan de Holding van € 908.091,=. In hoger beroep heeft [eiser] niet het oordeel van de rechtbank in het vonnis van 14 december 2011, rov. 2.47-2.54 bestreden dat er in de onbetrouwbare administratie van [A] geen afdoende en duidelijke verantwoording is te vinden van de (volledige) beta-

4 Ik wijs erop dat deze geantedateerde akte in het procesdossier te vinden is in produktie 1 bij de dagvaarding bijlage 31. De akte uit 2007 is te vinden in de Antwoordakte na tussenvonnis van 20 april 2011, produktie 28.

5 Rechtbank Arnhem 29 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP1591, rov. 4.41.

6 Rechtbank Arnhem 14 december 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BV0508.

7 Rechtbank Arnhem 14 december 2011, rov. 2.57 en 2.58.

8 Hof Arnhem Leeuwarden 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7697; JOR 2014, 3 m.nt. S.M. Bartman en X.D. van Leeuwen; JIN 2014, 8 m.nt. J. van der Kraan.

ling van de koopsom aan [A]. Tegenover die rechtsoverwegingen kon [eiser] voor zijn beroep op verrekening in appel niet volstaan met een enkele verwijzing naar het rapport van ONS accountants van 15 april 2011. Volgens [eiser] blijkt uit het tweede faillissementsverslag dat de vordering in rekening courant van [A] op de Holding ter grootte van € 783.475,= inmiddels is voldaan. Er bestaan echter wegens de gebrekkige administratie van [A] onvoldoende aanwijzingen om aan te nemen dat daarin de verkoopprijs van € 471.400,= is verdisconteerd. Ook zijn door [verweerster] gemotiveerd betwiste stelling dat de koopprijs na de faillietverklaring door de Holding is voldaan, heeft [eiser] niet concreet onderbouwd, zodat daaraan moet worden voorbijgegaan. Het komt er dan uiteindelijk op neer dat niet is komen vast te staan dat de volgens de akte verrekenende koopprijs van € 471.400,= in werkelijkheid zou zijn afgewikkeld, zodat het ervoor moet worden gehouden dat dit niet is gebeurd.

4.8 Door dit een en ander (de onverschuldigde huurbetalingen en de voorstelling alsof de verkoopprijs door verrekening zou zijn betaald) zijn de schuldeisers van [A] voor ($2 \times € 160.000,= + € 471.000,=$) € 791.400,= in hun verhaalsmogelijkheden benadeeld. [eiser] heeft er op gewezen dat de bedrijfsinventaris, de trucks na afloop van de leaseovereenkomsten en alle (toekomstige) vorderingen, dus ook de vordering tot betaling van de koopprijs, waren verpand aan ABN Amro bank. Bij gelegenheid van de pleidooien heeft (de advocaat van) [verweerster] echter onweersproken aangevoerd dat de bank zich voor haar thans nog resterende vordering van € 300.000,= kan verhalen op haar eerste hypotheek op het bedrijfspand (van de Holding aan de [straat] te Arnhem), waarna de goederen, dus met name ook de vordering tot betaling van de koopprijs, onder haar pandrecht vrijvallen.

4.9 De constructie betrof geen normale handelstransactie, maar een strategische herstructurering. Hieraan heeft [eiser] meegewerkt, ten minste door het zetten van zijn handtekeningen. De geantedateerde akte van 1 januari 2005 was bestemd om de, onterechte, schijn te wekken dat [A] en de Holding de sale and lease back overeenkomst al eerder hadden gesloten dan in februari 2007. Daarnaast heeft [eiser] de akte van 12 februari 2007 ondertekend, waaraan, in strijd met de tekst, wat betreft de betaling van de koopprijs geen uitvoering blijkt gegeven. Volgens de door [eiser] bij conclusie van antwoord (productie 1) in het geding gebrachte verklaring van de accountant [betrokkene 2] was het plan simpelweg om alle materiële en vaste activa onder te brengen in de Holding om deze zoveel mogelijk veilig te stellen bij een onverhoopte deconfiture van een van de werkmaatschappijen. Naar [eiser] bij conclusie van antwoord (paragraaf 54) heeft betoogd, was [A] in de loop van 2006 al niet meer in staat aan de (lease-)verplichtingen te voldoen. Bij de ondertekening van de akte van 12 januari 2007 was [eiser] bekend met de vordering van [verweerster] op [A] en het PwC-rapport waarin tot in detail de praktijken met de valse OTS-en, waaronder de douaneheffingen waren uiteengezet. Op dat moment was al bij tussenvonnis van 29 november 2006 aan [A] opgedragen te bewijzen dat de beweerde interne kosten waren gemaakt. [eiser] was partij bij die procedure. Mede geleid op zijn verplichtingen tot een behoorlijke taakuitoefening, moet [eiser] er onder die gegeven omstandigheden persoonlijk een voldoende ernstig verwijt van worden gemaakt dat hij aldus heeft bewerkstelligd of toegelaten dat [A] het voor al haar schuldeisers aanwezige verhaalsactief heeft verminderd ten gunste van de Holding, hetgeen een voorzienbare crediteurenbenadeling impliceert. Anders dan [eiser] aanvoert, is niet vereist dat zijn gedrag precies zou vallen in een van beide categorieën zoals vermeld in (onder meer) het arrest HR 8 december

2006, LJN: AZ0758 (Ontvanger/[C]). Daarin wordt immers voorzien dat zich ook andere omstandigheden kunnen voordoen op grond waarvan aan een bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Evenmin is van belang, zoals [eiser] stelt, dat [verweerster] geen eigenaresse of zakelijk zekerheidsgerechtigde van dan wel beslaglegger op het vreemde materieel was. Een concurrent schuldeiser, zoals hier [verweerster], kan immers door een dergelijke constructie worden benadeeld in het door artikel 3:276 BW aan de schuldeisers toegekende verhaalsrecht op in beginsel alle goederen van zijn schuldenaar. De redenering van [eiser] dat het actief niet is afgenomen, miskent dat het verhaalsactief van de schuldeisers door (de voorstelling van) deze transactie is afgenomen, in ieder geval voor wat betreft de niet of niet volledig betaalde koopprijs ten gunste van de Holding alsmede de in 2006 en 2007 onverschuldigd betaalde huurtermijnen. [eiser] heeft in hoger beroep nog betwist dat dit een en ander schade veroorzaakt heeft aan [verweerster] zelf.

Naar het oordeel van het hof is aannemelijk dat de onrechtmatige gedraging verhaalschade heeft veroorzaakt aan de gezamenlijke schuldeisers, maar daarmee is nog niet gezegd dat deze gedraging alleen de totale schade van [verweerster] heeft veroorzaakt; hierdoor kunnen immers meer schuldeisers zijn benadeeld. In dit opzicht verbindt rov. 2. 57 van het eindvonnis een niet zonder meer juiste conclusie aan het enkele feit dat de vermogensonttrekkingen ongeveer evenveel belopen als de onverhaalbare vorderingen van [verweerster]. De daarop in rov. 2.58 voortbouwende bewijsopdracht kan derhalve evenmin standhouden. Het is nu eerst aan [verweerster] als schuldeiser om de omvang van de volgens haar aan haar veroorzaakte schade aannemelijk te maken. Het vonnis zal in zoverre worden vernietigd.”

2.8 Bij akte van 13 november 2013 heeft [verweerster] haar eis gewijzigd en gevorderd dat: (a) [eiser] wordt veroordeeld tot betaling aan [verweerster] van een bedrag van € 791.400,= voor de schade als gevolg van de Sale & Lease Back, te vermeerderen met wettelijke rente van 1 januari 2005 (de datum op de geantedateerde Sale & Lease Back) en een bedrag van € 162.312,53 voor de kosten van het IRS-onderzoek, te vermeerderen met de wettelijke rente van 25 mei 2009 (de dag van de dagvaarding) tot aan de dag der algehele voldoening; (b) Impala wordt veroordeeld tot betaling aan [verweerster] van een bedrag van € 775.149,25 te vermeerderen met de wettelijke rente, op dezelfde wijze als Holding en [betrokkene 1] in overweging 3.1 van het vonnis van 14 december 2011 reeds zijn veroordeeld en een bedrag van € 162.312,53 voor de kosten van het IRS-onderzoek, te vermeerderen met de wettelijke rente van 25 mei 2009 (de dag van de dagvaarding) tot aan de dag der algehele voldoening; en (c) [eiser] en Impala hoofdelijk worden veroordeeld in de kosten van het geding.

2.9 Bij vonnis van 22 januari 2014 heeft de rechtbank Gelderland [eiser] veroordeeld om aan [verweerster] een bedrag te betalen van € 953.712,53, te vermeerderen met de wettelijke rente over een bedrag van € 719.000,= vanaf 12 februari 2007 en over een bedrag van € 162.312,53 vanaf 25 mei 2009, een en ander tot de dag van volledige betaling. Daarnaast is [eiser] in de proceskosten veroordeeld ter grootte van € 5448,49. Ten aanzien van Impala heeft de rechtbank aan [verweerster] een bewijsopdracht gegeven inhoudend dat [verweerster] dient te bewijzen dat [A] in het zicht van een veroordeling tot betaling van schadevergoeding aan [verweerster], dus na beslaglegging en het entameren van een procedure door [verweerster], winstgevende activiteiten en/of activa aan Impala heeft overgedragen teneinde de opbrengsten uit die activiteiten aan verhaal door [verweerster] te onttrekken, alsmede dat en tot welk bedrag hierbij ver-

mogensbestanddelen daadwerkelijk aan verhaal door [verweester] bij [A] onttrokken zijn. Ten aanzien van [eiser] betrof het vonnis een eindvonnis en ten aanzien van Impala een tussenvonnis.

2.10 Bij dagvaarding van 3 februari 2014 heeft [eiser] bij het hof Arnhem-Leeuwarden hoger beroep ingesteld van het vonnis van 22 januari 2014. Bij arrest van 7 april 2015 heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en [eiser] veroordeeld om aan [verweester] een bedrag te betalen van € 751.757,= te vermeerderen met de wettelijke rente over een bedrag van € 721.757,= vanaf 12 februari 2007 en over een bedrag van € 30.000,= vanaf 25 mei 2009 tot de dag van volledige betaling, alsmede in de proceskosten aan de zijde van [verweester].⁹ Het hof heeft, voor zover in principaal cassatieberoep relevant, het volgende overwogen:

“4.1 Het hof heeft in het eerste arrest in r.o. 4.6 tot en met 4.9 (samengevat en voor zover thans van belang) geoordeeld als volgt:

A. In de administratie van [A] bevonden zich twee, telkens mede door [eiser] ondertekende, sale-and-lease-back-overeenkomsten, gedateerd 1 januari 2005 en 12 februari 2007, volgens welke [A] per die datum haar bedrijfsinventaris en rollend materieel aan de Holding zou hebben verkocht voor € 471.400,= en teruggehuurd voor € 160.000,= per jaar, waarvan de huur volgens de versie van 1 januari 2005 duurde tot ultimo 2008 en volgens de versie van 12 februari 2007 tot ultimo 2009. In hoger beroep heeft [eiser] niet langer bestreden dat de eerste overeenkomst is geantdateerd. Deze blijkt ook niet verantwoord of verwerkt in de jaarrekening over 2005. Anders dan waarvoor [eiser] heeft getekend, zijn de bedrijfsinventaris en het rollend materieel dus niet verkocht en overgedragen op 1 januari 2005 maar pas op 12 februari 2007. Daaruit vloeit voort dat de huurbetalingen door [A] aan de Holding van telkens € 160.000,= over 2005 en 2006 onverschuldigd waren.

B. De overeenkomst van 12 februari 2007 voorzag in een verrekening van de door de Holding aan [A] verschuldigde verkoopprijs van € 471.400,= met een schuld van [A] in rekening courant aan de Holding van € 908.091,=. In de administratie van [A] is geen afdoende en duidelijke verantwoording te vinden van de betaling van de koopsom aan [A]. Daardoor is niet komen vast te staan dat de volgens de overeenkomst verrekenende koopprijs van € 471.400,= in werkelijkheid is afgewikkeld, zodat het ervoor moet worden gehouden dat dit niet is gebeurd.

C. Door de onverschuldigde huurbetalingen en de voorstelling alsof de verkoopprijs door verrekening zou zijn betaald zijn de schuldeisers van [A] voor € 791.400,= in hun verhaalsmogelijkheden benadeeld.

D. [eiser] kan persoonlijk een voldoende ernstig verwijt worden gemaakt dat hij aldus heeft bewerkstelligd of toegelaten dat [A] het voor al haar schuldeisers aanwezige verhaalsactief heeft verminderd ten gunste van Holding; dit levert een voorzienbare crediteurenbenadeling op.

4.2 Het hof heeft voorts overwogen dat deze onrechtmatige gedraging van [eiser] weliswaar verhaalschade heeft veroorzaakt aan de gezamenlijke schuldeisers, maar dat daarmee nog niet gezegd is dat deze gedraging de totale schade van [verweester] heeft veroorzaakt, omdat hierdoor immers meer schuldeisers kunnen zijn benadeeld. [verweester] diende daarom de omvang van de aan haar veroorzaakte schade aannemelijk te maken en de zaak is voor dat doel terugverwezen naar de rechtbank.

4.3 De rechtbank heeft na terugverwijzing geoordeeld, voor zover thans in dit hoger beroep van belang:

A. Dat het faillissement van [A] niet (of op dat moment niet)

noodzakelijk of onafwendbaar was geweest als de onverschuldigde huurbetalingen niet hadden plaatsgevonden en de overeengekomen koopsom niet aan [A] was onthouden. Afgezien van die rekening-courant vordering op Holding beschikte [A] over voldoende middelen om andere schuldeisers dan [verweester] te voldoen.

B. Daarbij dient de schuld van [A] aan de ABN AMRO Bank buiten beschouwing gelaten te worden, aangezien deze schuld in de onderlinge verhouding tussen [A] en Holding grotendeels de Holding aanging. Het betrof namelijk een kredietfaciliteit voor de Holding (waarvoor [A] zich hoofdelijk had verbonden), grotendeels ter financiering van de verbouwing van de bedrijfs-
hal, die eigendom was van de Holding. [A] had dus na delging ten laste van haar de Holding kunnen aanspreken ex artikel 6:10 BW en was dan ex artikel 6:12 BW gesubrogeerd in de zekerheidsrechten van de bank, bestaande uit het hypotheekrecht op het bedrijfspand, dat ruimschoots dekkend was voor de schuld aan de bank.

C. Dit betekent dat [verweester] zich had kunnen verhalen op het volledig bedrag dat [eiser] aan verhaal heeft onttrokken (door de onverschuldigde huurbetalingen en de niet betaalde koopprijs) waarmee vast staat dat [verweester] is benadeeld tot (tenminste) € 791.400,=.

4.4 Grief I betoogt dat de rechtbank de omvang van de schade niet juist heeft vastgesteld en daarbij ook de bewijslast onjuist heeft verdeeld. De (toelichting bij die) grief neemt echter ten onrechte niet de door het hof in het eerste arrest gegeven oordelen (zoals hiervoor onder 4.1 sub A tot en met D opgesomd) tot uitgangspunt. Zo stond na het eerste arrest reeds vast (anders dan in alinea 1.9 van de memorie van grieven wordt betwijfeld) dat de normschending door [eiser] het bewerkstelligen of toelaten behelst van het doen van onverschuldigde huurbetalingen en van de voorstelling alsof de verkoopprijs door verrekening zou zijn betaald. Eveneens stond al vast (anders dan in alinea 1.4 van de memorie van grieven en in de toelichting op grief I/a wordt gesteld) dat hierdoor het actief is verminderd waarop de crediteuren van [A] zich konden verhalen en dat dit (in het algemeen gesproken) een voorzienbare benadeling van die crediteuren opleverde. Resterde nog dat [verweester] de omvang van de specifiek aan haar veroorzaakte schade aannemelijk diende te maken, omdat meer schuldeisers gedupeerd konden zijn door deze onttrekking aan het verhaal.

4.5 Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dient, zoals [eiser] terecht heeft aangevoerd, bij vaststelling van deze schade een vergelijking te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zou zijn opgetreden als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat het daarbij wel degelijk van belang is om vast te stellen of het faillissement van [A] had kunnen worden afgewend als de gewraakte onttrekkingen niet hadden plaatsgevonden, nu het faillissement een bepalende factor is geweest voor de verhaalspositie van [verweester]. Als de onttrekkingen immers niet hadden plaatsgevonden had [verweester] zich, naar kan worden aangenomen, op het onttrokken actief kunnen verhalen; het faillissement maakt dat [A] geen (of slechts een gering) verhaal meer biedt. De subgrievens I/a en I/b falen daarmee.

4.6 De rechtbank heeft in r.o. 2.10, op grond van gegevens uit faillissementsverslagen, vastgesteld dat [A] ten tijde van haar faillietverklaring over voldoende middelen beschikte om de andere schuldeisers (buiten [verweester]) te voldoen. Tegen deze vaststelling is geen grief gericht, zodat ook het hof hiervan uitgaat. [eiser] heeft in dit verband aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de schuld aan ABN

9 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2015, ECLI:NL:HARL:2015:2548.

AMRO, maar heeft niet betwist dat het een kredietfaciliteit betrof die door de bank aan de Holding ter beschikking was gesteld en waarvoor [A] (en Impala) zich hoofdelijk hadden verbonden. Nu het hof in het eerste arrest (in r.o. 4.8 laatste zin) heeft vastgesteld dat de bank ter zekerheid voor deze schuld een hypotheekrecht had bedongen op het bedrijfspand van de Holding, welk recht (ruimschoots) dekkend was voor de schuld aan de bank gaat dit argument van [eiser] niet op. Het hof is daarom met de rechtbank van oordeel dat de bankschuld om deze reden buiten beschouwing gelaten kan worden bij de beantwoording van de vraag of het faillissement afgewend had kunnen worden als de aan [eiser] verweten onttrekkingen niet hadden plaatsgevonden. Dat het rekening-courant krediet mede diende ter financiering van de bedrijfsuitoefening van [A] en dat [A] mede baat had bij de verbouwing van de aan de Holding toebehorende hal zijn omstandigheden die, mede ook gelet op hetgeen het hof in het eerste arrest in r.o. 4.8 heeft overwogen, niet tot een ander oordeel dienen te leiden. Subgrief I/c gaat daarom niet op.

4.7 De conclusie luidt dat het faillissement van [A] niet noodzakelijk zou zijn geweest en [verweerster] zich dus had kunnen verhalen op het bedrag van € 791.400,= als dit bedrag niet (door toedoen of nalaten van [eiser]) aan verhaal was onttrokken. Alle stellingen van [eiser] die betrekking hebben op hetgeen gebeurd is of had moeten gebeuren tijdens en na faillissement kunnen daarom buiten beschouwing blijven.

Het hof is echter wel, anders dan de rechtbank, van oordeel dat aangenomen moet worden dat [verweerster] het genoemde actief dan had moeten delen met de andere concurrente crediteuren ten tijde van de daadwerkelijke faillietverklaring. In haar akte na het eerste arrest van 13 november 2013 (in de alinea's 2.9 en 2.10) heeft [verweerster] berekend dat haar vordering 91,2% uitmaakte van het totaal aan benadeelde crediteuren op dit tijdstip (vordering [verweerster] € 1.001.704,29/vorderingen totaal aan benadeelde crediteuren € 1.097.838,29). Nu [eiser] de (uitgangspunten van deze) berekening niet heeft weersproken zal het hof hier ook van uitgaan en de redenering van [verweerster] volgen dat zij aanspraak kan maken op 91,2% van € 791.400,= te weten € 721.757,=. Grief I gaat slechts in zoverre op en de toewijzing zal worden aangepast zoals hierna weergegeven."

2.11 [eiser] heeft, bij dagvaarding van 2 juli 2016 tijdig cassatieberoep ingesteld. [verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep en incidenteel cassatie ingesteld. Op 25 maart 2016 hebben [eiser] en [verweerster] hun standpunten schriftelijk toegelicht. [eiser] heeft vervolgens gerepliceerd.

3 De bespreking van de cassatiemiddelen

3.1 Bij bespreking van de cassatiemiddelen zal het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 15 oktober 2013 worden aangeduid als "eerste arrest" en het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 7 april 2015 als "tweede arrest".

Principaal cassatieberoep

Bespreking onderdeel 1 (benadeling van schuldeisers van [A])

3.2 *Onderdeel 1* is gericht tegen de oordeelsvorming van het hof zoals opgenomen in rov. 4.6-4.8 van het eerste arrest en rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest, waarin het hof heeft geoordeeld dat de schuldeisers van [A] door de onverschuldigde huurbetalingen door [A] in 2005 en 2006 en het niet afwickelen van de koopprijs door middel van verrekening door [A] voor een bedrag van € 791.400,= in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld en [verweerster] zich op dit bedrag zou hebben kunnen verhalen. Het middel klaagt erover dat de oordeelsvorming van het hof onjuist, althans onbegrijpelijk is.

3.3 *Subonderdeel 1.1* voert aan dat het onjuist, althans onbegrijpelijk is dat het hof in rov. 4.6-4.8 van het eerste arrest en rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest, het jaar 2006 (integraal) heeft meegerekend voor de vaststelling van (de waarde van) de onverschuldigd betaalde huurtermijnen, omdat uit het IRS-rapport blijkt dat de huur over 2006 slechts gedeeltelijk als vordering in rekening-courant is geboekt, hetgeen zou aansluiten bij de vaststelling van het Hof in rov. 4.9 van het eerste arrest dat [A] in de loop van 2006 niet meer in staat was aan de (lease)verplichtingen te voldoen.

3.4 De klacht van subonderdeel 1.1 is ongegrond. In haar tussenvonnis van 14 december 2011 heeft de rechtbank in rov. 2.56 geoordeeld, onder verwijzing naar rov. 4.40 van haar tussenvonnis van 29 december 2010, dat ervan uitgegaan kan worden dat [A] ten minste nog twee jaar een bedrag in de orde van de in de overeenkomst genoemde huurprijs van € 160.000,= exclusief btw per jaar onverschuldigd aan Holding heeft betaald. In de MvG van 10 juli 2012 heeft [eiser] hiertegen geen grief gericht. In appel heeft het hof dan ook (zowel bij het wijzen van het eerste als het tweede arrest) van (de juistheid van) dit oordeel van de rechtbank op dit punt mogen uitgaan. Voor zover de klacht berust op de stelling dat het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest zou hebben vastgesteld dat [A] in de loop van 2006 niet meer in staat was aan de (lease-)verplichtingen te voldoen, berust dit op een verkeerde lezing daarvan, nu de betreffende passage slechts een weergave betreft door het hof van een door [eiser] ingenomen standpunt en geen vaststelling van de juistheid van dat standpunt door het hof.

3.5 *Subonderdeel 1.2* klaagt dat het hof ten onrechte althans onbegrijpelijk heeft verzuimd om de door [A] niet betaalde huurtermijnen over de periode van 12 februari 2007 (datum overeenkomst) tot 13 juni 2008 (datum faillissement) in mindering te brengen op de totale verhaalschade.

3.6 In rov. 4.8 van het eerste arrest heeft het hof geoordeeld over de omvang van de benadeling van de schuldeisers van [A] in hun verhaalsmogelijkheden. [eiser] heeft bij MvG van 10 juli 2012 diverse grieven aangevoerd, maar geen grieven die erop neerkomen dat de in 2005 en 2006 onverschuldigd betaalde huurtermijnen in mindering zouden moeten worden gebracht op de door [A] over de tussen 12 februari 2007 (datum overeenkomst) en 13 juni 2008 (datum faillissement [A]) verschuldigde huurtermijnen. Het hof mocht dan ook uitgaan van de inhoud van de tussenvonnissen met betrekking tot de omvang van de benadeling van de schuldeisers. Het oordeel van het hof is dan ook niet onjuist of onbegrijpelijk. Met het eerste arrest was het inhoudelijk debat over de omvang van de benadeling van de schuldeisers van [A] ten einde zodat het hof de door [eiser] bij memorie van grieven van 10 juni 2014 aangevoerde grieven over de omvang van de benadeling van de schuldeisers van [A] buiten beschouwing mocht laten en zich bij het wijzen van het tweede arrest mocht baseren op hetgeen over de omvang van de benadeling van de schuldeisers van [A] was vastgesteld in het eerste arrest. Gelet op het voorgaande is ook het oordeel van het hof in rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest niet onjuist of onbegrijpelijk. De klacht van subonderdeel 1.2 is ongegrond.

3.7 *Subonderdeel 1.3* voert aan dat de oordeelsvorming van het hof in rov. 4.6-4.8 van het eerste arrest en rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest, dat (het deels niet-uitvoeren van) de Sale & Lease Back overeenkomst van 2007 vanwege het niet afwickelen van de koopprijs zoals daarin voorzien, heeft geleid tot een benadeling van de schuldeisers van [A] in hun verhaalsmogelijkheden voor een bedrag van € 471.400,=, onjuist althans onbegrijpelijk is. Het hof had in zijn oordeelsvorming moeten verdisconteren dat zolang de afwikkeling van de koopprijs tussen [A] en Holding nog niet had plaatsgevonden, de vordering

op Holding tot betaling van de koopprijs bleef bestaan als verhaalsobject voor alle schuldeisers.

3.8 Ik zie niet in waarom het oordeel van het hof in rov. 4.6-4.8 van het eerste arrest onjuist, althans onbegrijpelijk is. Het hof heeft in rov. 4.7 van het eerste arrest vastgesteld dat Holding na het faillissement van [A] een vordering van [A] op Holding van € 783.475,- heeft betaald. Daarin is de koopprijs die volgens de Sale & Lease Back overeenkomst van 12 februari 2007 verrekend zou zijn niet begrepen (niet verdisconteerd, zegt het hof). Ook heeft blijkens rov. 4.7 niet op een andere wijze een verrekening van de koopprijs plaatsgevonden. Het gevolg hiervan was dat er activa van [A] naar een andere vennootschap zijn overgeheveld zonder dat [A] daarvoor een koopprijs heeft ontvangen. Die koopprijs diende immers te worden betaald, nu er – anders dan in de akte stond – geen verrekening had plaatsgevonden. Het is evident dat de schuldeisers van [A] hierdoor zijn benadeeld. Dat de vordering voor de koopprijs op papier bleef bestaan, is m.i. niet relevant omdat Holding er niet toe is overgegaan die vordering te voldoen en hiertoe ook kennelijk niet bereid of in staat was (ook niet toen [A] op eigen verzoek surséance van betaling was verleend en vervolgens failliet is verklaard). Die vordering heeft dus geen reële betekenis. Het subonderdeel faalt.

3.9 *Subonderdeel 1.4* klaagt dat het onjuist althans onbegrijpelijk is dat het hof in rov. 4.6-4.8 van het eerste arrest en rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest de benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden heeft gegrond op de voorstelling als of de koopprijs door verrekening zou zijn betaald. Ook de voorstelling dat de koopprijs was afgewikkeld terwijl verrekening in werkelijkheid nog niet had plaatsgevonden en de (tegen)vordering van [A] op Holding dus nog bestond, kan de schuldeisers van [A] niet daadwerkelijk in hun verhaalsmogelijkheid hebben benadeeld. Althans valt niet in te zien hoe dit zou kunnen gelden ten aanzien van [verweerster], nu [verweerster] helemaal geen verplichtingen jegens [A] of Holding is aangegaan op grond van de door het hof verweten “voorstelling” van zaken ([verweerster] zoekt immers verhaal voor schade wegens malversaties door [betrokkene 1] met facturen van [A] in de jaren 2001-2002) én nu het hof geen enkel (ander) argument geeft waaruit volgt dat [verweerster] zich bij haar verhaalsacties tegen [A], Holding en de bestuurders van Holding heeft laten leiden door, dan wel op het verkeerde been is gezet vanwege, de verweten voorstelling dat de koopprijs (reeds) was afgewikkeld.

3.10 Het antwoord op de vraag of [verweerster] op grond van de voorstelling dat de koopprijs tussen [A] en Holding zou zijn afgewikkeld verplichtingen jegens [A] is aangegaan, is m.i. niet relevant. De door het hof aangenomen aansprakelijkheid van [eiser] jegens [verweerster] is gebaseerd op het ten nadele van de schuldeisers onttrekken van vermogen aan [A] en niet op het aangaan van verplichtingen door [verweerster] op basis van een door [eiser] valselijk opgewekte schijn. Hieraan gaat het subonderdeel ten onrechte voorbij. Gelet hierop valt niet in te zien waarom het oordeel van het hof in rov. 4.6-4.8 van het eerste arrest onjuist, althans onbegrijpelijk is.

3.11 *Subonderdeel 1.5* klaagt dat de subonderdelen 1.1-1.4 ook de overweging van het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest en rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest treffen, waarin het hof heeft geoordeeld dat de redenering van [eiser] dat het actief niet is afgenomen, miskent dat het verhaalsactief van de schuldeisers door de (voorstelling van) deze transactie is afgenomen, in ieder geval voor wat betreft de niet of niet volledige betaalde koopprijs ten gunste van Holding, alsmede de in 2006 en 2007 onverschuldigd betaalde huurtermijnen. Als het actief van [A] niet is afgenomen, is ook het voor verhaal vatbare actief niet afgenomen, nu de wet aan schuldeisers verhaalsrecht op in beginsel alle goederen – alle zaken en alle vermogensrechten – van hun schuldenaar toe-

kent en het faillissement de boedel fixeert. Ook is het onbegrijpelijk dat het hof op deze plaats in het midden laat of de koopprijs niet of niet volledig is betaald, terwijl het hof in rov. 4.8 en ook verderop in zijn arresten de volledige koopprijs integraal tot de verhaalschade van [verweerster] rekent.

3.12 Deze klacht bouwt voort op de subonderdelen 1-4. Zoals ik bij de bespreking van subonderdeel 1.3 uiteen heb gezet heeft het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest terecht geoordeeld dat de wijze waarop [A] en Holding de transactie hebben vormgegeven tot gevolg heeft dat de schuldeisers van [A] benadeeld zijn. Daardoor zijn deze schuldeisers m.i. ook benadeeld in het verhaalsrecht dat hun op grond van artikel 3:276 BW toekomt. Daarbij verwijs ik nog naar de duidelijke rov. 4.7 van het eerste arrest waarin het hof ervan uitgaat dat de koopprijs niet is afgewikkeld. Hieraan doet de wat lossere formulering in rov. 4.9 (de koopprijs is niet of niet volledig is betaald) niet af.

3.13 Voor zover de verschillende subonderdelen klagen over de oordeelsvorming van het hof in rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest, zijn deze klachten eveneens ongegrond, deze rechtsoverwegingen volgen uit het eerste arrest.

3.14 Onderdeel 1 van het middel faalt in zijn geheel.

Bespreking onderdeel 2 (maatstaf bestuurdersaansprakelijkheid)

3.15 Onderdeel 2 van het middel ziet op de door het hof vastgestelde aansprakelijkheid van [eiser] als indirecte bestuurder van [A] en voert aan dat het onjuist, althans onbegrijpelijk is dat het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest heeft geoordeeld dat [eiser], mede gelet op zijn verplichting tot behoorlijke taakuitvoering, persoonlijk een voldoende ernstig verwijt moet worden gemaakt dat hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat [A] het voor haar schuldeisers aanwezige verhaalsactief heeft verminderd ten gunste van Holding, wat voorzienbare crediteurenbenadeling impliceert, hetgeen het hof heeft bevestigd in rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest.

3.16 Onderdeel 2 bestaat uit zes subonderdelen die hierna zullen worden besproken.

3.17 *Subonderdeel 2.1* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest en rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest onjuist is omdat voor de vraag of de bestuurder een voldoende ernstig persoonlijk verwijt gemaakt kan worden, de maatstaf geldt dat de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval die kwalificatie moeten kunnen dragen. Het hof heeft deze maatstaf miskend althans een onbegrijpelijke toepassing daaraan gegeven omdat het op dit cruciale punt de bepalende rol van [betrokkene 1] in de Sale & Lease Back constructie volledig buiten beschouwing heeft gelaten.

3.18 De klacht van subonderdeel 2.1 is ongegrond. Voor de vaststelling van externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad dient het hof toepassing te geven aan de in de jurisprudentie ontwikkelde maatstaf die inhoudt dat een bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt gemaakt kan worden, waarbij het antwoord op de vraag of de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden afhankelijk is van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.¹⁰ In rov. 4.9 van het eerste arrest heeft het hof deze maatstaf niet miskend of onbegrijpelijk toegepast nu het hof daarin heeft uiteengezet, onder verwijzing naar de maatstaf, welke feiten en omstandigheden voor hem re-

¹⁰ Zie onder meer HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0757; NJ 2006, 659 (Ontvanger/[C]); HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627; NJ 2015, 22 m.nt. P. van Schilgaarde; HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628; NJ 2015, 21 m.nt. P. van Schilgaarde.

dengevend waren om tot aansprakelijkheid van [eiser] te komen. Ik verwijs naar de uitgebreide uiteenzetting van het hof in rov. 4.9.

3.19 De omstandigheid dat [betrokkene 1] een mogelijk groter aandeel heeft gehad in de benadeling van de schuldeisers van [A] dan [eiser], doet niet af aan het oordeel van het hof omtrent de eigen aansprakelijkheid van [eiser] als indirecte bestuurder van [A] en bestuurder van Holding. Deze hoedanigheden brengen verantwoordelijkheid voor de goede gang van zaken in [A] en de bescherming van de op die vennootschap betrokken belangen. Aan die verantwoordelijkheid kan [eiser] zich niet onttrekken. Het subonderdeel faalt.

3.20 *Subonderdeel 2.2* klaagt dat het hof bij zijn oordeelsvorming in rov. 4.9 van het eerste arrest en rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest verzuimd heeft om te onderzoeken of [eiser] van het verweten onverschuldigd betalen van de huurtermijnen in 2005 en 2006 en het niet-betalen van de koopprijs door Holding een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, omdat niet blijkt van nauwe betrokkenheid van [eiser] bij de uitvoering van de huurbetalingen.

3.21 Deze klacht miskent dat het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest heeft geoordeeld dat de schuldeisersbenadeling van [A] het gevolg is van de Sale & Lease Back overeenkomst waar [eiser] bij betrokken was (hij ondertekende als bestuurder van Holding de betrokken overeenkomst) en dat [eiser] daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, omdat het voor [eiser], gelet op de bijkomende omstandigheden die het hof in rov. 4.9 uitdrukkelijk noemt, voorzienbaar was dat het aangaan van de Sale & Lease Back overeenkomst tot benadeling van de schuldeisers van [A] moest leiden. Anders dan het middel betoogt hoefde het hof voor het vaststellen van de aansprakelijkheid van [eiser] dus niet nog eens een separaat onderzoek te doen naar de vraag of [eiser] een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van het onverschuldigd betalen van de huurtermijnen over de jaren 2005 en 2006 en het niet betalen van de koopprijs door [A]. Dat onderzoek heeft het hof in rov. 4.9 verricht. Het subonderdeel mist daarom feitelijke grondslag.

3.22 *Subonderdeel 2.3*, dat voortbouwt op subonderdelen 2.1 en 2.2 klaagt dat het gestelde in die subonderdelen des te meer klemt indien rov. 4.9 van het eerste arrest van het hof en rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest van het hof zo moeten worden begrepen dat het hof (ook) heeft bedoeld dat [eiser] een persoonlijk ernstig verwijt moet worden gemaakt van de Sale & Lease Back-constructie en/of de strategische herstructurering als zodanig. Nu er volgens het hof sprake is van een geantdateerde overeenkomst en [betrokkene 1] alle financiële zaken regelde, valt niet in te zien dat [eiser] de gedane huurbetalingen van [A] aan Holding in 2005 en 2006 heeft "toegelaten of bewerkstelligd" op grond van het medeondertekenen van de geantdateerde overeenkomst. Voorts bepaalde [betrokkene 1] zelfstandig de strategische gang van zaken en is de verkoop en levering en het terug-huren van de activa op grond van de overeenkomst van 2007 rechtsgeldig, zodat niet valt in te zien dat die overeenkomst [eiser] een "persoonlijk voldoende ernstig verwijt" oplevert. Het onderdeel klaagt voorts dat het hof miskent dat de activa-transactie als zodanig hooguit eigenaren van of zakelijk zekerheidsgerechtigden (zoals pandhouders) dan wel beslagleggers op die activa direct aangaat en dat [verweerster] niet tot die categorieën van schuldeisers behoort, maar slechts concurrent crediteur is. Het door [A] verkopen en leveren van activa tegen een reële koopprijs is jgens een concurrente crediteur zonder enige aanspraak op die activa niet onrechtmatig, laat staan dat dit een persoonlijke onrechtmatige daad van de (middellijk) bestuurder oplevert, aldus het subonderdeel.

3.23 Voor dit subonderdeel verwijs ik in de eerste plaats naar onderdeel 3.18 van deze conclusie. Voorts miskent het subonderdeel dat het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest het persoonlijk ernstig verwijt aan de zijde van [eiser] niet slechts heeft aangenomen op grond van het feit dat [eiser] betrokken was bij de Sale & Lease Back overeenkomst en/of de strategische herstructurering. Het subonderdeel gaat eraan voorbij dat het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest een opsomming geeft van diverse feiten en omstandigheden in het licht waarvan [eiser] een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van zijn betrokkenheid bij (het aangaan van) de Sale & Lease Back overeenkomst. Het subonderdeel miskent dat ook 'gewone' schuldeisers verhaal op de goederen van [A] kunnen nemen en in hun verhaalsmogelijkheden kunnen worden benadeeld. Hierop stuit de klacht af.

3.24 *Subonderdeel 2.4* klaagt dat, anders dan het hof overweegt in rov. 4.9 van het eerste arrest en daarop voortborduurde in rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest, de omstandigheid dat [eiser] ten tijde van de ondertekening van de overeenkomst van 2007 verondersteld wordt bekend te zijn geweest met de inhoud van de destijds lopende procedure tussen [A] en [verweerster] niet redengevend kan zijn voor het hem persoonlijk maken van een voldoende ernstig verwijt van voorzienbare crediteurenbenadeling. Voorts klaagt het subonderdeel dat het onbegrijpelijk is dat het hof in deze context de verklaring van accountant [betrokkene 2], dat de herstructurering was ingegeven om vaste activa in Holding onder te brengen teneinde deze veilig te stellen bij een onverhoopte deconfiture van een van de werkmaatschappijen, in verband brengt met benadeling van de crediteuren van de werkmaatschappijen, omdat [betrokkene 2] in werkelijkheid verklaard zou hebben dat de herstructurering was ingegeven om het debiteurenrisico van de groep te verminderen. Er was derhalve geen sprake van een 'kwaad opzette' om met de Sale & Lease Back c.q. de strategische herstructurering crediteuren te benadelen, aldus het subonderdeel.

3.25 Het subonderdeel miskent dat het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest heeft geoordeeld dat de constructie (de Sale & Lease Back overeenkomst), in het licht van de in die rechtsoverweging opgenomen feiten en omstandigheden redengevend is geweest voor het aannemen van een persoonlijk ernstig verwijt en daarmee aansprakelijkheid aan de zijde van [eiser] derhalve niet slechts op de bekendheid van [eiser] met de procedure die [verweerster] jegens [A] heeft geëntameerd heeft gebaserd. Het subonderdeel mist dan ook feitelijke grondslag.

3.26 Voorts geldt dat het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest er klaarblijkelijk van uitgaat dat het handelen van [eiser] een benadeling van alle schuldeisers tot gevolg had, zodat eventuele specifieke wetenschap bij [eiser] van de aard en omvang van de benadeling aan de zijde van [verweerster] bij het aangaan van de Sale & Lease Back overeenkomst daarmee niet van belang was voor het aannemen van aansprakelijkheid bij [eiser]. Ook hier stuit de klacht op af.

3.27 In het licht van het voorgaande is bovendien niet onbegrijpelijk dat het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest heeft verwezen naar de verklaring van accountant [betrokkene 2], aan de hand van welke verklaring het hof kennelijk heeft vastgesteld dat het aangaan van de Sale & Lease Back overeenkomst door [A] en Holding geen normale handelstransactie betrof maar een strategische herstructurering die er op gericht was om alle materiële en vaste activa onder te brengen in de Holding bij een onverhoopte deconfiture van een van de werkmaatschappijen. Anders dan het subonderdeel betoogt heeft het hof niet uit de verklaring van [betrokkene 2] afgeleid dat er sprake zou zijn van een 'kwaad opzette' om met de Sale & Lease Back overeenkomst de crediteuren (van [A]) te benadelen. Het subonderdeel mist derhalve feitelijke grondslag.

3.28 *Subonderdeel 2.5* klaagt erover dat het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest heeft overwogen dat niet vereist is dat het gedrag van [eiser] precies in een van de categorieën zoals vermeld in onder meer HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/[C]) zou vallen en dat het hof daarmee miskend heeft dat de in de rechtspraak ontwikkelde criteria voor bestuurdersaansprakelijkheid (zoals de Beklamel-norm, en het verwijt van selectieve betaling c.q. specifieke verhaalsfrustratie) weliswaar niet uitputtend zijn, maar wel bepalend, althans richtinggevend moeten zijn voor de rechter bij zijn kwalificatie of de bestuurder in het concrete geval een voldoende ernstige persoonlijk verwijt gemaakt kan worden van de gestelde normschending. Het hof heeft dan ook ten onrechte, althans onbegrijpelijk, in zijn oordeelsvorming niet laten meewegen dat het niet heeft vastgesteld dat er sprake is van selectieve wanbetaling van crediteuren van [A] door [eiser] dan wel specifieke verhaalsfrustratie gericht tegen [verweerster] door [eiser], van het door [eiser] namens [A] (of Holding) aangaan van verplichtingen jegens crediteuren waarvan hij wist of moest voorzien dat de vennootschap deze niet zou nakomen, van paulianeus handelen van [eiser] in het zicht van het faillissement van [A], dan wel enige vorm van zelfverrijking van [eiser] als (middellijk) bestuurder van [A].

3.29 Het subonderdeel gaat niet op. Het hof heeft in rov. 4.9 van het eerste arrest duidelijk uiteengezet waarom het [eiser] jegens [verweerster] aansprakelijk acht. Het hoefde daarom niet andere denkbare gronden voor aansprakelijkheid, zoals de Beklamel-norm en het verwijt van selectieve betaling, te bespreken.

3.30 *Subonderdeel 2.6* klaagt er over dat het hof heeft miskend dat waar een bestuurder zich in het algemeen niet reeds schuldig maakt aan een onrechtmatige daad tegenover een schuldeiser wanneer hij er niet op toeziet dat de vennootschap tijdig haar financiële verplichting tegenover de schuldeiser nakomt, er a fortiori niet een ernstig persoonlijk verwijt van [eiser] aan de orde kan zijn als diens onbehoorlijke taakuitoefening er wat het hof betreft (klaarblijkelijk) uit bestaat dat hij als bestuurder ten tijde van het mede ondertekenen van de Sale & Lease Back overeenkomst niet voor heeft gewaakt dat voor het geval geen volledige uitvoering daaraan gegeven zou worden, [A] in de (verre) toekomst volledig verhaal zou bieden voor alle mogelijke schuldeisers, waaronder [verweerster]. Mede in het licht van recente rechtspraak van de Hoge Raad inzake bestuurdersaansprakelijkheid, is duidelijk dat het hof in dit geval daarin ten onrechte is doorgeschoten.

3.31 Het subonderdeel miskent dat het hof aan de aansprakelijkheid van [eiser] meer feiten ten grondslag heeft gelegd dan het subonderdeel beweert. Het subonderdeel is tevergeefs voorgesteld.

3.32 Voor zover de subonderdelen klagen over de oordeelsvorming van het hof in rov. 4.1-4.4 en 4.7 van het tweede arrest, zijn deze klachten ook ongegrond.

3.33 Onderdeel 2 van het middel faalt in zijn geheel.

Bespreking onderdeel 3 (omvang van schade)

3.34 Onderdeel 3 van het middel klaagt over de wijze waarop het hof in rov. 4.5-4.7 van het tweede arrest de omvang van de schade van [verweerster] heeft vastgesteld en de invloed die het hof daarbij heeft toegekend aan het faillissement van [A]. Volgens het onderdeel is de oordeelsvorming van het hof in rov. 4.5-4.7 van het tweede arrest onjuist, althans onbegrijpelijk.

3.35 Onderdeel 3 van het middel bestaat uit vijf subonderdelen die hierna zullen worden besproken.

3.36 *Subonderdeel 3.1* klaagt erover dat het hof in rov. 4.5 en 4.6 van het tweede arrest voor het bepalen van de (omvang van) de schade ten onrechte geen vergelijking heeft gemaakt tussen de

situatie met en de (hypothetische) situatie zonder normschending, door de situatie met en zonder faillissement met elkaar te vergelijken. De door het hof aan [eiser] als bestuurder verweten voorzienbare crediteurenbenadeling heeft niet (mede) betrekking op het faillissement van [A], zodat de vraag of het faillissement afgewend had kunnen worden (zie rov. 4.6 van het tweede arrest) er niet toe doet voor het bepalen van de omvang van de schade in verband met de onrechtmatige gedraging van [eiser]. Het hof heeft hier in het kader van de schadebepaling een soort bestuurdersrisicoaansprakelijkheid van [eiser] aangenomen voor het (intreden) van het faillissement van [A].

3.37 Het hof heeft in rov. 4.5 van het tweede arrest de juiste maatstaf ter vaststelling van de omvang van de schade aangelegd, door de situatie met normschending die uiteindelijk uitmondde in een op eigen verzoek uitgesproken surséance van betaling en het faillissement van [A] en de hypothetisch situatie zonder normschending met elkaar te vergelijken, nu het hof in rov. 4.7 en 4.5 van het tweede arrest heeft geoordeeld dat, als de door toedoen of nalaten van [eiser] onrechtmatige vermogensonttrekkingen niet hadden plaatsgevonden, het faillissement van [A] niet noodzakelijk was geweest en [verweerster] zich zonder het faillissement op het dan meer omvangrijke actief had kunnen verhalen. Het subonderdeel faalt.

3.38 *Subonderdeel 3.2* klaagt dat het onbegrijpelijk is dat het hof in rov. 4.6 van het tweede arrest voor de vraag of het faillissement van [A] afwendbaar was, de voorstelling alsof de koopprijs door Holding door verrekening was betaald als een onttrekking meerekent, maar de vordering van ABN AMRO Bank op [A] buiten beschouwing laat omdat deze in de hypothetische situatie van delging door [A] zou worden vervangen door een vordering van [A] op Holding. Het hof rekent zodoende wél tot de hypothetische situatie (zonder faillissement) het vrijvallen uit het zekerheidsrecht van de bank van de alsdan ontstane vordering van [A] op Holding vanwege de kredietfaciliteit, maar laat buiten beschouwing het vrijvallen uit het zekerheidsrecht van de bank van de vordering van [A] op Holding vanwege de volgens het hof nog niet afgewikkelde koopprijs. Een vordering van [A] is volgens het hof dus de ene keer wel en de andere keer niet relevant voor de verhaalspositie van de schuldeisers van [A], althans [verweerster], hetgeen innerlijk tegenstrijdig is zodat niet controleerbaar is waarom volgens het hof het faillissement van [A] afwendbaar was zonder de (vermeende) onttrekkingen.

3.39 Het subonderdeel faalt. Anders dan het subonderdeel klaagt is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk, innerlijk tegenstrijdig en/of oncontroleerbaar.

3.40 Redengevend voor het buiten beschouwing laten van de schuld aan ABN AMRO Bank is volgens het hof de omstandigheid dat de kredietfaciliteit van Holding (waarvoor [A] zich hoofdelijk jegens ABN AMRO Bank had verbonden), die grotendeels bestemd was voor de financiering van het bedrijfspand van Holding, welk pand in eigendom was van Holding, was gezekerd met een hypotheekrecht, welk hypotheekrecht blijkens rov. 4.6 van het tweede arrest ruimschoots dekkend was voor de schuld aan de bank. Zoals het hof in rov. 4.3 van het tweede arrest heeft overwogen, betekent dit dat [A], na delging van de schuld ten laste van haar middelen, Holding zou kunnen aanspreken op haar bijdrageplicht op grond van artikel 6:110 BW. Bij dat onderlinge verhaal op grond van de bijdrageplicht van Holding zou [A] ex artikel 6:112 BW zijn gesubrogeerd in de zekerheidsrechten van ABN AMRO Bank. Dit betrof het hypotheekrecht op het bedrijfspand van Holding, dat voldoende dekking bood voor de schuld aan ABN AMRO Bank. Gelet op het voorgaande zouden de gezamenlijke schuldeisers van [A] dus niet geraakt worden door de schuld van [A] aan ABN AMRO Bank nu het verhaalsactief voor deze schuldeisers vanwege de

voornoemde subrogatie niet zou verminderen. Dat het hof de schuld aan ABN AMRO Bank buiten beschouwing heeft gelaten is in het licht van het voorgaande dan ook niet onbegrijpelijk.

3.41 *Subonderdeel 3.3* klaagt dat het onbegrijpelijk is dat het hof in rov. 4.5 van het tweede arrest overweegt dat “naar aangenomen kan worden”, [verweerster] zich voor haar vordering op het onttrokken actief had kunnen verhalen en dat het hof in rov. 4.7 de conclusie bereikt dat het faillissement van [A] niet noodzakelijk zou zijn geweest en [verweerster] zich “dus” had kunnen verhalen op het bedrag van € 791.400,= als dit bedrag niet door toedoen of nalaten van [eiser] aan verhaal was onttrokken. In en buiten faillissement van [A] is de verhaalspositie van [verweerster] immers dezelfde, namelijk concurrente crediteur. Het staat vast dat [verweerster] geen eigenaar, zekerheidsgechtigde of beslaglegger was op de overgedragen activa, en dat ABN AMRO Bank de pandhouder was. Het hof kon dus helemaal niet aannemen dat [verweerster] een verhaalsrecht tot het “onttrokken actief” had kunnen geldend maken buiten faillissement. Voorts klaagt het subonderdeel dat het hof onbegrijpelijk is blijven uitgaan van onttrekkingen aan [A] ten gunste van Holding, terwijl Holding feitelijk niet blijkt te zijn begunstigd ten koste van [A], omdat [A] niets meer van Holding te vorderen heeft.

3.42 Het subonderdeel is ongegrond. Het hof heeft in rov. 4.6 van het tweede arrest vastgesteld [A] ten tijde van haar faillietverklaring over voldoende middelen beschikte om de schuldeisers buiten [verweerster] te voldoen, hetgeen in cassatie onbestreden is gebleven. Indien [A] niet was gefailleerd en de onttrekkingen niet zouden hebben plaatsgevonden, dan zouden in dat geval de schuldeisers van [A] zijn voldaan en had [verweerster] zich, als enig overgebleven crediteur, kunnen verhalen op het (thans onttrokken) bedrag van € 791.400,=. De schuld aan ABN AMRO Bank kan in het onderhavige geval buiten beschouwing blijven. In het licht van hiervan is het oordeel van het hof dan ook niet onbegrijpelijk. Het subonderdeel klaagt voorts dat het hof niet kon aannemen dat [verweerster] een verhaalsrecht op het onttrokken actief had kunnen geldend maken buiten faillissement. Waarom dit niet zou kunnen is door het subonderdeel niet verder toegelicht en het subonderdeel maakt niet duidelijk waarom het oordeel van het hof op dit punt onbegrijpelijk zou zijn.

3.43 Anders dan het subonderdeel (vervolgens) betoogt is het ook niet onbegrijpelijk dat het hof in het tweede arrest is blijven uitgaan van onttrekkingen aan [A] ten gunste van Holding. Het subonderdeel miskent dat het hof in rov. 4.6-4.8 van het eerste arrest heeft vastgesteld dat [A] in 2005 en 2006 tweemaal onverschuldigd een huurbetaling aan Holding heeft gedaan van € 160.000,= voor zaken die op dat moment feitelijk nog niet aan Holding waren overgedragen. Daarnaast miskent het subonderdeel dat het hof in rov. 4.7 van het eerste arrest heeft geoordeeld dat het er voor moet worden gehouden dat de kooprijns van € 471.400,= niet is afgewikkeld omdat er in de administratie van [A] geen afdoende en duidelijke verantwoording voor te vinden is. Voor zover [eiser] de stelling betreft dat hij gemotiveerd gesteld heeft dat uit het tweede faillissementsverslag van de curator volgt dat [A] niets meer van Holding te vorderen heeft, kan ook dit hem niet baten. Het hof heeft in rov. 4.7 van het eerste arrest de voornoemde stellingen van [eiser] gemotiveerd verworpen.

3.44 *Subonderdeel 3.4* klaagt dat ook indien moet worden aangenomen dat het faillissement van [A] er wel toe doet voor het bepalen van de omvang van de schade bij [verweerster], onjuist is dat het hof in rov. 4.9 van het eerste arrest en rov. 4.7 van het tweede arrest [eiser] aansprakelijk heeft geacht voor de vorde-

ringen van alle benadeelde crediteuren ten tijde van de daadwerkelijke faillietverklaring van [A], waarvan de vordering van [verweerster] 91,2% uitmaakte, zodat [verweerster] vrijwel haar volledige verhaalschade van [eiser] kan vorderen. Het hof had de omvang van de verhaalschade van [verweerster] niet moeten peilen naar het moment van faillietverklaring van [A], maar naar het moment waarop het hof over de vordering van [verweerster] moest beslissen. Niet zonder betekenis daarbij is dat [verweerster], zoals het hof bekend was, reeds een voor tenuitvoerlegging vatbare titel had op Holding en [betrokkene 1], die bij het vonnis van de rechtbank Arnhem van 14 december 2011 hoofdelijk zijn veroordeeld tot betaling van € 775.149,25 met rente en kosten aan [verweerster]. Voor het vaststellen van wat specifiek [verweerster] aan “verhaalschade” heeft geleden, had het hof behalve de gestrande vordering op [A] dus ook de verkregen titel tegen Holding en tegen [betrokkene 1] in aanmerking moeten nemen, op grond waarvan [verweerster] zich vanaf 14 december 2014 – buiten het faillissement van [A] om – heeft kunnen verhalen op (alle) activa van Holding, dus ook de in februari 2007 door [A] aan Holding overgedragen activa.

3.45 Het subonderdeel is ongegrond. Voor zover het subonderdeel tot uitgangspunt neemt dat het hof [eiser], in rov. 4.9 van het eerste arrest en rov. 4.7 van het tweede arrest, aansprakelijk zou hebben geacht voor de vorderingen van alle benadeelde crediteuren, dan berust dit op een verkeerde lezing van ‘s hofs arresten en mist het subonderdeel feitelijke grondslag.

3.46 Het hof heeft in rov. 4.9 van het eerste arrest een bewijsopdracht aan [verweerster] verstrekt om de omvang van aan [verweerster] veroorzaakte schade aannemelijk te maken. In rov. 4.7 van het tweede arrest heeft het hof de schade van [verweerster] begroot op € 721.757,=, (91,2% van € 791.400,=). Het hof heeft daarbij vastgesteld dat [eiser] de uitgangspunten van die berekening, zoals door [verweerster] gehanteerd in haar akte van 13 november 2013, niet weersproken heeft.¹¹ In haar berekening heeft [verweerster] als peilmoment voor de bepaling van de omvang van haar schade het moment genomen waarop [A] gefailleerd is. [eiser] heeft in haar memorie van grieven geen grief gericht tegen dat peilmoment. Het hof mocht dan ook van dat peilmoment uitgaan.

3.47 Het beroep van [eiser] op het arrest van de Hoge Raad van 19 oktober 2001, op grond waarvan [eiser] betoogt dat de rechter van een ander (later) peilmoment had moeten uitgaan, kan hem niet baten.¹² Dat arrest ziet immers op een andere situatie en handelt over de vraag of de curator ex artikel 42 Fw rechtsgeldig een beroep heeft gedaan op de vernietiging van een door de schuldenaar verrichte onverplichte rechtshandeling en de vraag of daarbij is voldaan aan de volgens dat artikel benodigde benadeling van de crediteuren, waarbij is beslist dat het in ieder geval nodig maar ook voldoende is dat de benadeling aanwezig is ten tijde dat door de rechter op het beroep op die bepaling wordt beslist.

3.48 Het standpunt van [eiser] dat het hof de gestrande vordering op [A] en de door [verweerster] tegen Holding en [betrokkene 1] verkregen executoriale titel bij de schadeberekening in aanmerking had moeten te nemen maakt het voorgaande niet anders.¹³ De rechtbank Gelderland heeft over die stelling van [eiser] bij vonnis van 22 januari 2014 (rov. 2.17) reeds beslist dat gesteld noch gebleken is dat en welk deel van de thans van [eiser] gevorderde schade met behulp van die titel is vergoed en dat [eiser] uit eigen hoofde en op grond van zijn eigen onrecht-

11 Akte uitlating na arrest hof, inclusief wijziging van eis zijdens [verweerster], d.d. 13 november 2013, randnummer 2.9-2.10.

12 HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis).

13 Het vonnis van 14 december 2011 van de rechtbank Arnhem.

matige gedragingen aansprakelijk is voor de schade van [verweerster], zodat op hem de stelplicht en de bewijslast rust dat die schade reeds door anderen is vergoed. [eiser] heeft niet onderbouwd waarom [verweerster] jegens hem verplicht zou zijn om eerst verhaal te zoeken bij die anderen, aldus de rechtbank. Tegen deze overweging van de rechtbank heeft [eiser] geen grieven gericht. Het oordeel van het hof is dan ook niet onbegrijpelijk.

3.49 Gelet op het voorgaande is het oordeel van het hof niet onjuist. Het subonderdeel faalt.

3.50 *Subonderdeel 3.5* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 4.7 van het tweede arrest niet juist kan zijn omdat [eiser] uiteindelijk slechter af is op grond van de (niet collegiale) aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad dan wanneer het hof hem zou hebben veroordeeld op grond van artikel 2:11 BW en/of de collectieve verantwoordelijkheid als bestuurder van Holding. Bij toepassing daarvan zou [eiser] een beroep toekomen op artikel 6:7 lid 2 BW, artikel 6:10 BW of 6:12 BW, hetgeen nu niet het geval is. De beslissing van het hof getuigt (ook daarom) van een onjuiste, doorgesloten visie op het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid.

3.51 Het subonderdeel faalt. Het subonderdeel miskent dat op grond van het bepaalde in artikel 6:102 lid 1 BW, Holding en [betrokkene 1] naast [eiser] hoofdelijk verbonden zijn tot vergoeding van dezelfde schade aan [verweerster]. Het voorgaande geldt ook in het geval de verplichting tot het vergoeden van schade aan [verweerster] door [eiser] gebaseerd is op een andere grondslag dan de verplichting van [betrokkene 1] en Holding om dat te doen.¹⁴

3.52 Onderdeel 3 faalt in zijn geheel.

Bespreking onderdeel 4

3.53 *Onderdeel 4* klaagt dat het hof in rov. 4.7 en het dictum van het tweede arrest ten onrechte voor een tweede maal aan [verweerster] een integrale vergoeding van haar schade heeft toegevoegd.

3.54 De klacht gaat voorbij aan het bepaalde in artikel 6:102 lid 1 BW, waaruit volgt dat indien op twee of meer personen een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade rust, zij in dat geval hoofdelijk verbonden zijn. Voorts geldt dat [verweerster] op grond van artikel 6:7 BW jegens iedere schuldenaar recht heeft op nakoming voor het geheel, waarna bij nakoming door één de medeschuldenaren zijn bevrijd. Dat de aansprakelijkheid van [eiser] jegens [verweerster] daarbij berust op een andere grondslag dan de aansprakelijkheid van [betrokkene 1] of Holding doet daarbij niet ter zake.¹⁵ De klacht faalt.

Bespreking onderdeel 5

3.55 *Onderdeel 5* klaagt dat het hof in rov. 4.8-4.9 en het dictum van het tweede arrest heeft geoordeeld dat [eiser] een bedrag van € 30.000,- moet bijdragen in de kosten die [verweerster] heeft gemaakt voor de vaststelling van de grondslag van bestuurdersaansprakelijkheid via het IRS-rapport. Wanneer op grond van het middel de grondslag komt te ontvallen aan 's hofs oordeel betreffende de bestuurdersaansprakelijkheid van [eiser], is het niet redelijk om kosten voor de vaststelling van (de grondslag) van aansprakelijkheid voor rekening van [eiser] te laten komen.

3.56 Nu de grondslag van de aansprakelijkheid van [eiser] in zijn hoedanigheid als bestuurder van [A] – gelet op de bespreking van de onderdelen 1 tot en met 4 van het middel – niet is komen te ontvallen, betekent dit dat ook onderdeel 5 van het

middel faalt nu het lot van onderdeel 5 is verbonden aan dat van onderdelen 1 tot en met 4.

Incidenteel cassatieberoep

Bespreking onderdeel 1

3.57 *Onderdeel 1* van het middel klaagt over de wijze waarop het hof in het eerste arrest toepassing heeft gegeven aan artikel 2:11 BW. Dat artikel bepaalt 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. Onderdeel 1 van het incidenteel cassatieberoep komt op tegen rov. 4.1-4.5 van het eerste arrest:

“4.1 Deze zaak gaat vooral over de externe aansprakelijkheid van een tweedegraads bestuurder, [eiser], tegenover een leverancier/schuldeiser, [verweerster]. Met zijn broer [betrokkene 1] was [eiser] bestuurder van [B] B.V. (verder: de Holding), welke op haar beurt bestuurster was van [A] B.V. (verder: [A]), die op 3 juni 2008 surséance van betaling heeft verkregen en op 6 juni 2008 in staat van faillissement is verklaard. Op vordering van [A]’s leverancier [verweerster] heeft de rechtbank bij gewijsde tussen hen overwogen dat de Holding en [betrokkene 1] een voldoende ernstig persoonlijk verwijt treft dat [A] aan [verweerster] in valse Out Turn Statements (OTS-en) lagere verkoopopbrengsten en hogere douanekosten heeft opgegeven dan in werkelijkheid waren ontstaan en hen hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan [verweerster] van € 775.149,25 met rente en kosten.

Ten aanzien van [eiser] heeft de rechtbank echter geoordeeld dat [verweerster] niet concreet heeft gesteld en onderbouwd dat en in welk opzicht [eiser] persoonlijk van doen heeft gehad met de beweerdelijk valse OTS-en en waarom ook hem ter zake een persoonlijk verwijt zou treffen, om welke reden de rechtbank niet heeft aangenomen dat [eiser] in dit opzicht een onrechtmatige daad jegens [verweerster] heeft gepleegd. Tegen dit oordeel richt [verweerster] haar incidenteel appel.

Wel heeft de rechtbank geoordeeld dat [eiser] een in de administratie van [A] aangetroffen, op 1 januari 2005 geantedateerde sale and lease back overeenkomst heeft ondertekend, waarbij [A] per die datum haar bedrijfsinventaris en rollend materieel aan de Holding zou hebben verkocht voor € 471.400,- en teruggehuurd voor € 160.000,- per jaar. Naar haar oordeel heeft de Holding met de overeenkomst van geantedateerd 1 januari 2005 of in geval van 12 februari 2007 de niet of voor een zeer aanzienlijk deel onbetaalde verkoopprijs van € 471.400,- en de betaalde huurtermijnen over 2005 en 2006 aan de voor verhaal vatbare activa van [A] onttrokken. De rechtbank houdt [eiser] als tweedegraads bestuurder daarvoor persoonlijk jegens [verweerster] aansprakelijk en heeft geoordeeld dat het causaal verband met de schade van [verweerster] als gegeven kan worden beschouwd behoudens door [eiser] te leveren bewijs van het tegendeel, hierin bestaande dat ook zonder die onttrekkingen het faillissement van [A] onafwendbaar was en haar boedel onvoldoende baten zou hebben gehad om de vorderingen van [verweerster] te voldoen (waarbij ook de gestelde overheveling van bedrijfsactiviteiten aan Impala aan de orde kan komen). Vooral tegen de aansprakelijkheidsbeslissing richt [eiser] zijn principaal appel.

4.2 Eerst wordt het incidenteel appel behandeld. [verweerster] grondt haar incidenteel appel op de navolgende stellingen. Primair is de aansprakelijkheid van [eiser] gebaseerd op artikel 2:11 BW. Subsidiar volgt zijn aansprakelijkheid uit de collectieve verantwoordelijkheid van hem en [eiser] als bestuurders van de Holding. Meer subsidiar valt [eiser], van het onrechtmatige ge-

¹⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/133.

¹⁵ GS Schadevergoeding, art. 6:102 BW, aant. 1.2.

drag op de hoogte, daarvan persoonlijk een ernstig verwijt te maken omdat hij zich niet heeft verzet en geen maatregelen heeft genomen tegen het gebruik van de valse OTS-en, waaronder de onrechtmatige praktijken met de douanerechten.

4.3 Hierover oordeelt het hof als volgt.

Ten opzichte van [verweerster] is de Holding als bestuurder van [A] er krachtens gewijsde voor aansprakelijk dat [A] in strijd met de waarheid aan [verweerster] in valse Out Turn Statements (OTS-en) lagere verkoopopbrengsten en hogere douanekosten heeft opgegeven. De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust ingevolge artikel 2:11 BW tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Naar de letterlijke tekst van dit wetsartikel rust deze aansprakelijkheid dan tevens hoofdelijk op [eiser] die immers ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de Holding daarvan bestuurder was. Dit bij de derde antimisbruikwet ingevoerde wetsartikel strekt ertoe te voorkomen dat de bestuurder de op hem rustende aansprakelijkheid kan ontlopen doordat hij het bestuurderschap door een (door hem gecontroleerde) rechtspersoon laat vervullen. De grondslag van de aansprakelijkheid kan gelegen zijn in diverse wetsartikelen van Boek 2 BW, zoals de artikelen 2:9 en 2:48 BW. Daarvoor is in de wetsgeschiedenis voorzien dat de in die artikelen opgenomen individuele disculpatiemogelijkheden ook openstaan voor de tweedegraads bestuurders. De grondslag van aansprakelijkheid kan echter ook gelegen zijn in bijvoorbeeld artikel 6:162 BW (zie Kamerstukken I, 1985-86, 16 631, nr. 27b, p. 22). In zodanig geval ligt het voor de hand om te oordelen dat voor aansprakelijkheid van de tweedegraadsbestuurder nog steeds moet worden geëist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zouden [eiser] en [betrokkene 1] namelijk eerstegraads bestuurders van [A] zijn geweest, dan zou voor aansprakelijkheid van [eiser] op grond van artikel 6:162 BW ook zijn vereist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van de antimisbruikbepaling van artikel 2:11 BW kan niet de bedoeling zijn dat alle tweedegraads bestuurders zonder meer aansprakelijk zijn op de enkele grond dat één van hun collega bestuurders persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De door [verweerster] voorgestane letterlijke toepassing van artikel 2:11 BW op [eiser] leidt dus niet zonder meer tot zijn aansprakelijkheid.

4.4 Hetzelfde geldt voor de subsidiaire grondslag. Onrechtmatig handelen van een individuele bestuurder rechtvaardigt op zichzelf niet een hoofdelijke aansprakelijkheid daarvoor van zijn medebestuurder.

4.5 Onder het meer subsidiaire verwijt heeft [verweerster] aangevoerd dat [eiser] destijds wist van de valse opgaven met betrekking tot de OTS-en, waaronder de douaneheffingen. [eiser] heeft dit echter gemotiveerd betwist met het betoog dat hij krachtens een interne taakverdeling niet werkzaam was op de internationale afdeling (met de OTS-en en waaronder de contacten met [verweerster]) noch betrokken was bij de financiële en strategische gang van zaken, waarvoor [betrokkene 1] allemaal verantwoordelijk was, maar dat hij zelf enkel werkzaam was in de nationale afdeling en was belast met de operationele gang van zaken (leidinggeven op de werkvloer). Uit het retrospectieve processuele standpunt van [eiser] dat deze wijze van afrekenen in de branche gebruikelijk was en dat het beleid van [A] was om andere dan werkelijk gerealiseerde verkoopprijzen op te geven, kan niet zonder meer worden afgeleid dat [eiser] destijds al wist dat valse opgaven werden gedaan. [verweerster] heeft geen toegespitst bewijs aangeboden van haar stelling dat [eiser] er destijds van op de hoogte was dat valse opgaven werden gedaan. Daarom is deze grondslag niet feitelijk komen vast te staan. Bij de plei-

dooien heeft [verweerster] nog wel aangevoerd dat [eiser] als bestuurder van een en ander had moeten weten en ook dat zijn betrokkenheid bij en wetenschap van de valse OTS-en kwalificeert als een schending van een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens [verweerster]. Beide stellingen komen echter neer op een vermeerdering van de grondslag van de vordering, die bij conclusie of akte ter rolle hadden moeten plaatsvinden en wegens de twee conclusie regel in beginsel niet later dan bij de memorie van antwoord waren toegestaan. Daarom wordt hieraan voorbijgegaan.

Het incidentele appel wordt verworpen. De vordering van [verweerster] tegen [eiser] tot vergoeding van de onderzoekskosten van IRS ten bedrage van € 162.312,53 met rente behoeft derhalve in dit hoger beroep geen bespreking.”

3.58 Het onderdeel betoogt dat het hof in rov. 4.1-4.5 van het eerste arrest heeft miskend dat de vaststaande aansprakelijkheid van Holding als bestuurder van [A] jegens [verweerster] ex artikel 6:162 BW, ingevolge artikel 2:11 BW tevens hoofdelijk rust op [eiser], althans dat zulks als uitgangspunt het geval is, behoudens door [eiser] te stellen en, bij gemotiveerde betwisting te bewijzen omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake geen voldoende ernstig verwijt gemaakt kan worden en hij daarom niet hoofdelijk aansprakelijk is jegens [verweerster] naast Holding. Het hof heeft aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

3.59 Het onderdeel bestaat uit drie subonderdelen.

3.60 Subonderdeel 1 bestaat uit vijf subonderdelen.

3.61 *Subonderdeel 1.1.1* klaagt dat de inhoud en strekking van artikel 2:11 BW zich ertegen verzetten voor aansprakelijkheid van [eiser] als tweedegraadsbestuurder van [A] jegens [verweerster] te vereisen dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

3.62 *Subonderdeel 1.1.2* klaagt dat het hof er met zijn overweging in rov. 4.3 van het eerste arrest dat “van de antimisbruikbepaling van artikel 2:11 BW niet de bedoeling kan zijn dat alle tweedegraads bestuurders zonder meer aansprakelijk zijn op de enkele grond dat één van hun collega bestuurders persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt” eraan voorbij ziet dat door [verweerster] op artikel 2:11 BW gebaseerde aansprakelijkheidsvordering jegens [eiser] is gebaseerd op het aansprakelijkheid vestigende ernstige verwijt dat Holding krachtens gewijsde kan worden gemaakt.

3.63 *Subonderdeel 1.1.3* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 4.3 niet valt te rijmen met het gegeven dat doorwerking van een op artikel 2:9 BW of artikel 2:138/248 BW gebaseerde aansprakelijkheid van de rechtspersoon bestuurder in hoofdelijke aansprakelijkheid van iedere tweedegraadsbestuurder ex artikel 2:11 BW op zichzelf niet in de weg staat, dat één of meer van die tweedegraadsbestuurders geen betrokkenheid had(den) bij het feitencomplex dat aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW of artikel 2:138/248 BW van die rechtspersoon-bestuurder oplevert. Niet valt in te zien waarom bij een op artikel 6:162 BW gebaseerde aansprakelijkheid van de rechtspersoon bestuurder in een geval als het onderhavige een benadering aangewezen zou zijn, waarin, zoals het hof heeft geoordeeld, artikel 2:11 BW integraal toepassing mist.

3.64 *Subonderdeel 1.1.4* klaagt dat het voorgaande des te meer klemt omdat de benadering van het hof ertoe leidt dat een derde die op grond van artikel 6:162 BW ageert niet door artikel 2:11 BW wordt beschermd, maar een curator van de door de failliete rechtspersoon-bestuurder bestuurde rechtspersoon die in het belang van de gezamenlijke schuldeisers op grond van artikel 2:138/248 BW (en/of artikel 2:9 BW) opkomt (of de door de rechtspersoon-bestuurder bestuurde rechtspersoon die artikel 2:9 BW in stelling brengt) wél door artikel 2:11 BW wordt be-

scherm. Voor een dergelijke rechtsongelijkheid bestaat althans onvoldoende rechtvaardiging.

3.65 *Subonderdeel 1.1.5* klaagt dat het hof in rov. 4.3 en 4.5 van het eerste arrest miskend heeft dat als al aanleiding bestaat artikel 2:11 BW aldus toe te passen, dat met de vaststaande aansprakelijkheid van Holding als bestuurder van [A] jegens [verweerster] ex artikel 6:162 BW hoofdelijke aansprakelijkheid van [eiser] als tweedegraadsbestuurder van [A] jegens [verweerster] niet onverkort gegeven is, het veeleer voor de hand ligt artikel 2:11 BW in casu aldus toe te passen dat [eiser] in beginsel aansprakelijk is maar hieraan kan ontkomen door omstandigheden aan te voeren op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake geen voldoende ernstig verwijt gemaakt kan worden, waarbij de stelplicht en de bewijslast op [eiser] rusten.

3.66 De subonderdelen 1.1.1-1.1.5 zal ik gezamenlijk behandelen. In het incidentele middel wordt een interessant betoog gehouden over de uitleg van art. 2:11 BW. Ik laat daar of ik het met die uitleg eens ben. Het hof heeft de aansprakelijkheid van [eiser] uit onrechtmatige daad voor de valse verklaringen met betrekking tot de OTS-en in rov. 4.5 van het eerste arrest afgewezen. Deze overweging wordt in het incidentele middel niet bestreden. Nu ook in de door het incidentele middel voorgestane uitleg van art. 2:11 BW uiteindelijk een oordeel gegeven dient te worden over de aansprakelijkheid van [eiser] uit onrechtmatige daad voor de valse verklaringen, loopt het middel vast op het door het hof al gegeven en niet bestreden oordeel over die aansprakelijkheid van [eiser]. [verweerster] mist belang bij haar incidentele middel.

Bespreking onderdeel 2

3.67 Onderdeel 2 van het middel klaagt dat het hof in rov. 4.4-4.7 van het tweede arrest heeft miskend dat volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, bij de vaststelling van de omvang van de specifiek aan [verweerster] veroorzaakte schade een vergelijking dient te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan en anderzijds de hypothetische situatie die zou zijn opgetreden als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven.

3.68 Onderdeel 2 van het incidenteel cassatieberoep bestaat uit vier onderdelen die hierna zullen worden besproken.

3.69 *Subonderdeel 2.1* klaagt erover dat het hof in rov. 4.7 van het tweede arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, nu het hof niet alle relevante omstandigheden heeft betrokken bij het maken van de vergelijking als bedoeld in rov. 4.5 van het tweede arrest. Immers, in de hypothetische situatie die zou zijn opgetreden als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven zou weliswaar gegolden hebben dat [verweerster] het actief dan had moeten delen met de andere concurrente crediteuren ten tijde van de daadwerkelijk faillietverklaring, zoals door het hof vastgesteld in rov. 4.7 van het tweede arrest, maar zou ook gegolden hebben dat [A] ten tijde van haar faillietverklaring over voldoende middelen beschikte om de andere schuldeisers buiten [verweerster] te voldoen, zoals vastgesteld door het hof in rov. 4.6 van het tweede arrest. Volgens het subonderdeel heeft het hof deze laatste omstandigheid buiten beschouwing gelaten en daarmee verzuimd te onderkennen dat, voor zover een andere concurrente crediteur van [A] aanspraak maakte op het actief van [A], [verweerster], zich alsdan had kunnen verhalen op het evenredige deel van [A]'s middelen (die ten tijde van haar faillietverklaring immers voldoende waren om de andere schuldeisers buiten [verweerster] te voldoen), met als gevolg dat [verweerster] zich in dat scenario hoe dan ook had kunnen verhalen op een totaal bedrag van € 791.400,=.

3.70 Het subonderdeel slaagt. Zoals het subonderdeel aangeeft heeft het hof in rov. 4.5 van het tweede arrest juist tot uitgangspunt genomen dat volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, bij de vaststelling van de schade een vergelijking gemaakt dient te worden tussen enerzijds de situatie die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zou zijn opgetreden als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven.¹⁶

3.71 Ten behoeve van deze vergelijking heeft het hof in rov. 4.6 van het tweede arrest vastgesteld dat [A] ten tijde van haar faillietverklaring over voldoende middelen beschikte om haar schuldeisers buiten [verweerster] te voldoen. Voorts heeft het hof in de eerste alinea van rov. 4.7 van het tweede arrest geoordeeld dat het faillissement van [A] niet noodzakelijk zou zijn geweest en [verweerster] zich dus had kunnen verhalen op een bedrag van € 791.400,=. Vervolgens heeft het hof, in afwijking van het oordeel van de rechtbank, geoordeeld dat [verweerster] het aanwezige actief in dat geval had moeten delen met de andere concurrente crediteuren van [A]. In dat kader heeft het hof vastgesteld dat de vordering op het moment van faillissement 91,2% uitmaakte van de totale vorderingen van de crediteuren van [A], zodat [verweerster] een bedrag toekomt van € 721.757,=, zijnde 91,2% van € 791.400,=.

3.72 Het hof lijkt met dit laatste oordeel de eerder door haar in rov. 4.7 van het tweede arrest vastgestelde omstandigheid, dat op het moment van faillissement van [A] voldoende middelen aanwezig waren om alle concurrente crediteuren buiten [verweerster] te voldoen, bij de vergelijking ten behoeve van het vaststellen van de schade, ten onrechte buiten beschouwing te hebben gelaten. Immers, een logische gevolgtrekking van de vaststellingen van het hof in rov. 4.6 en de eerste alinea van rov. 4.7 van het tweede arrest is dat, indien de onrechtmatige gedraging van [eiser] zich niet zou hebben voorgedaan, er op het moment van het faillissement van [A] in zijn totaliteit voldoende middelen aanwezig waren om zowel alle concurrente schuldeiser van [A], buiten [verweerster], te voldoen, als ook [verweerster] verhaal te bieden voor een bedrag van € 791.400,=. Hoewel de vaststelling van het hof in rov. 4.7 van het tweede arrest dat [verweerster] het bedrag van € 791.400,= had moeten delen met de overige concurrente crediteuren op zichzelf juist is, gaat het hof, zoals het middel terecht opmerkt, eraan voorbij dat [verweerster] zich in dat geval ook naar rato (voor 91,2%) had kunnen verhalen op het moment van faillissement in [A] aanwezige actief. Dit betekent dat [verweerster], gelet op het voorgaande, ook in dat geval zich in totaal op een bedrag van € 791.400,= zou hebben kunnen verhalen.

3.73 Nu subonderdeel 2.1 slaagt, behoeven de overige subonderdelen geen behandeling.

Conclusie

De conclusie strekt in het principaal cassatieberoep tot verwerping en in incidenteel cassatieberoep tot vernietiging.

Hoge Raad:

(...; Red.)

3 Beoordeling van de middelen in het principale en incidentele beroep

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i) [verweerster] is fruitexporteur in Zuid-Afrika. Zij levert druiven aan commissionairs, die deze verkopen en de opbrengst

16 Zie o.a. HR 28 maart 2003, NJ 2003, 389.

daarvan afdragen aan [verweerster], na aftrek van kosten en een commissionairsvergoeding.

ii) Voor de verkoop in Europa heeft [verweerster] in 2001 een overeenkomst gesloten met commissionair [A] B.V. (hierna: [A]). Enig bestuurder en aandeelhouder van [A] is [B] B.V. (hierna: Holding). Het bestuur van Holding wordt gevormd door [eiser] en zijn broer [betrokkene 1].

iii) De afrekening tussen [A] en [verweerster] vond plaats op basis van Out-Turn Statements die [A] opstelde.

iv) [verweerster] heeft in 2005 een vordering tot schadevergoeding tegen [A] ingesteld op de grond dat [A] over 2001 en 2002 stelselmatig lagere prijzen aan [verweerster] heeft verantwoord dan zij had gerealiseerd en dat zij hogere douanerechten heeft voorgespiegeld dan zij had afgedragen.

v) De rechtbank Arnhem heeft in een aantal tussenvonnissen geoordeeld dat [A] schadeplichtig is jegens [verweerster].

vi) [A] heeft op 3 juni 2008 op eigen verzoek surseance van betaling verkregen. Zij is vervolgens op 13 juni 2008 failliet verklaard. De hiervoor onder (iv) genoemde procedure is daarop geschorst. Het is niet tot een eindvonnis gekomen.

3.2.1 In deze procedure heeft [verweerster] – voor zover in cassatie nog van belang – schadevergoeding gevorderd van Holding, [betrokkene 1] en [eiser] op de grondslag dat zij als (direct respectievelijk indirect) bestuurders van [A] onrechtmatig hebben gehandeld jegens [verweerster] door (A) te handelen zoals hiervoor vermeld in 3.1 onder (iv), en (B) te bewerkstelligen dat aan het voor verhaal vatbare vermogen van [A] geldbedragen zijn onttrokken.

3.2.2 In haar vonnis van 29 december 2010 heeft de rechtbank de vordering, voor zover gericht tegen Holding en [betrokkene 1], toewijsbaar geacht op grondslag (A). In haar vonnis van 14 december 2011 heeft de rechtbank Holding en [betrokkene 1] terzake hoofdelijk veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. Deze veroordeling is onherroepelijk geworden.

3.2.3 In haar vonnis van 29 december 2010 heeft de rechtbank de vordering, voor zover deze was gericht tegen [eiser] en was gebaseerd op grondslag (A), niet toewijsbaar geacht op de grond dat niet kan worden aangenomen dat [eiser] daarbij persoonlijk betrokken was. In haar vonnis van 14 december 2011 heeft de rechtbank de vordering, voor zover deze was gericht tegen [eiser] en was gebaseerd op grondslag (B), in beginsel toewijsbaar geacht. In haar vonnis van 22 januari 2014 heeft de rechtbank laatstgenoemde vordering toegewezen voor het door [verweerster] gevorderde bedrag van € 791.400,= (te vermeerderen met € 162.312,53 op grond van art. 6:96 lid 2, onder b, BW).

3.2.4 Het hof heeft in zijn eerste arrest het vonnis van 29 december 2010 bekrachtigd en het vonnis van 14 december 2011 gedeeltelijk vernietigd.

In zijn tweede arrest heeft het hof het vonnis van 22 januari 2014 vernietigd en de vordering ter zake van onttrekking van vermogen aan [A] toegewezen voor het lagere bedrag van € 721.757,= (te vermeerderen met € 30.000,= op grond van art. 6:96 lid 2, onder b, BW).

Voor zover in cassatie van belang overwoog het hof als volgt:

Eerste arrest

“4.1 Deze zaak gaat vooral over de externe aansprakelijkheid van een tweedegraads bestuurder, [eiser], tegenover een leverancier/schuldeiser, [verweerster].

Met zijn broer [betrokkene 1] was [eiser] bestuurder van [B] B.V. (verder: de Holding), welke op haar beurt bestuurster was van [A] B.V. (verder: [A]), die op 3 juni 2008 surséance van betaling heeft verkregen en op 6 juni 2008 [lees: 13 juni 2008] in staat van faillissement is verklaard. Op vordering van [A]’s leverancier [verweerster] heeft de rechtbank bij gewijsde tussen hen overwogen dat de Holding en [betrokkene 1] een voldoende ernstig persoonlijk verwijt treft dat [A] aan [verweerster] in valse

Out Turn Statements (OTS-en) lagere verkoopopbrengsten en hogere douanekosten heeft opgegeven dan in werkelijkheid waren ontstaan en hen hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan [verweerster] van € 775.149,25 met rente en kosten.

Ten aanzien van [eiser] heeft de rechtbank echter geoordeeld dat [verweerster] niet concreet heeft gesteld en onderbouwd dat en in welk opzicht [eiser] persoonlijk van doen heeft gehad met de beweerdelijk valse OTS-en en waarom ook hem ter zake een persoonlijk verwijt zou treffen, om welke reden de rechtbank niet heeft aangenomen dat [eiser] in dit opzicht een onrechtmatige daad jegens [verweerster] heeft gepleegd. Tegen dit oordeel richt [verweerster] haar incidenteel appel.

Wel heeft de rechtbank geoordeeld dat [eiser] een in de administratie van [A] aangetroffen, op 1 januari 2005 geantedateerde sale and lease back overeenkomst heeft ondertekend, waarbij [A] per die datum haar bedrijfsinventaris en rollend materieel aan de Holding zou hebben verkocht voor € 471.400,= en teruggehuurd voor € 160.000,= per jaar. Naar haar oordeel heeft de Holding met de overeenkomst van geantedateerd 1 januari 2005 of in geval van 12 februari 2007 de niet of voor een zeer aanzienlijk deel onbetaalde verkoopprijs van € 471.400,= en de betaalde huurtermijnen over 2005 en 2006 aan de voor verhaal vatbare activa van [A] onttrokken. De rechtbank houdt [eiser] als tweedegraads bestuurder daarvoor persoonlijk jegens [verweerster] aansprakelijk en heeft geoordeeld dat het causaal verband met de schade van [verweerster] als gegeven kan worden beschouwd behoudens door [eiser] te leveren bewijs van het tegendeel, hierin bestaande dat ook zonder die onttrekkingen het faillissement van [A] onafwendbaar was en haar boedel onvoldoende baten zou hebben gehad om de vorderingen van [verweerster] te voldoen (...). Vooral tegen de aansprakelijkheidsbeslissing richt [eiser] zijn principaal appel.

4.2 Eerst wordt het incidenteel appel behandeld. [verweerster] grondt haar incidenteel appel op de navolgende stellingen. Primair is de aansprakelijkheid van [eiser] gebaseerd op artikel 2:11 BW. (...)

4.3 Hierover oordeelt het hof als volgt.

Ten opzichte van [verweerster] is de Holding als bestuurder van [A] er krachtens gewijsde voor aansprakelijk dat [A] in strijd met de waarheid aan [verweerster] in valse Out Turn Statements (OTS-en) lagere verkoopopbrengsten en hogere douanekosten heeft opgegeven. De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust ingevolge artikel 2:11 BW tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Naar de letterlijke tekst van dit wetsartikel rust deze aansprakelijkheid dan tevens hoofdelijk op [eiser], die immers ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de Holding daarvan bestuurder was. Dit bij de derde antimisbruikwet ingevoerde wetsartikel strekt ertoe te voorkomen dat de bestuurder de op hem rustende aansprakelijkheid kan ontlopen doordat hij het bestuurderschap door een (door hem gecontroleerde) rechtspersoon laat vervullen. De grondslag van de aansprakelijkheid kan gelegen zijn in diverse wetsartikelen van Boek 2 BW, zoals de artikelen 2:9 en 2:48 BW. Daarvoor is in de wetgeschiedenis voorzien dat de in die artikelen opgenomen individuele disculpatiemogelijkheden ook openstaan voor de tweedegraads bestuurders. De grondslag van aansprakelijkheid kan echter ook gelegen zijn in bijvoorbeeld artikel 6:162 BW (zie Kamerstukken I, 1985-86, 16 631, nr. 27b, p. 22). In zodanig geval ligt het voor de hand om te oordelen dat voor aansprakelijkheid van de tweedegraadsbestuurder nog steeds moet worden geëist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zouden [eiser] en [betrokkene 1] namelijk eerstegraads bestuurders van [A] zijn geweest, dan zou

voor aansprakelijkheid van [eiser] op grond van artikel 6:162 BW ook zijn vereist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van de antimisbruikbepaling van artikel 2:11 BW kan niet de bedoeling zijn dat alle tweedegraads bestuurders zonder meer aansprakelijk zijn op de enkele grond dat één van hun collega bestuurders persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De door [verweerster] voorgestane letterlijke toepassing van artikel 2:11 BW op [eiser] leidt dus niet zonder meer tot zijn aansprakelijkheid.”

Tweede arrest

“4.4 (...) Resteerde nog dat [verweerster] de omvang van de specifieke aan haar veroorzaakte schade aannemelijk diende te maken, omdat meer schuldeisers gedupeerd konden zijn door deze onttrekking aan het verhaal.

4.5 Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dient, zoals [eiser] terecht heeft aangevoerd, bij vaststelling van deze schade een vergelijking te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zou zijn opgetreden als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat het daarbij wel degelijk van belang is om vast te stellen of het faillissement van [A] had kunnen worden afgewend als de gewraakte onttrekkingen niet hadden plaatsgevonden, nu het faillissement een bepalende factor is geweest voor de verhaalspositie van [verweerster]. Als de onttrekkingen immers niet hadden plaatsgevonden had [verweerster] zich, naar kan worden aangenomen, op het onttrokken actief kunnen verhalen; het faillissement maakt dat [A] geen (of slechts een gering) verhaal meer biedt. (...)

4.6 De rechtbank heeft in r.o. 2.10, op grond van gegevens uit faillissementsverslagen, vastgesteld dat [A] ten tijde van haar faillietverklaring over voldoende middelen beschikte om de andere schuldeisers (buiten [verweerster]) te voldoen. Tegen deze vaststelling is geen grief gericht, zodat ook het hof hiervan uitgaat. (...)

4.7 De conclusie luidt dat het faillissement van [A] niet noodzakelijk zou zijn geweest en [verweerster] zich dus had kunnen verhalen op het bedrag van € 791.400,= als dit bedrag niet (door toedoen of nalaten van [eiser]) aan verhaal was onttrokken. Alle stellingen van [eiser] die betrekking hebben op hetgeen gebeurd is of had moeten gebeuren tijdens en na faillissement kunnen daarom buiten beschouwing blijven.

Het hof is echter wel, anders dan de rechtbank, van oordeel dat aangenomen moet worden dat [verweerster] het genoemde actief dan had moeten delen met de andere concurrente crediteuren ten tijde van de daadwerkelijke faillietverklaring. In haar akte na het eerste arrest van 13 november 2013 (in de alinea's 2.9 en 2.10) heeft [verweerster] berekend dat haar vordering 91,2% uitmaakte van het totaal aan benadeelde crediteuren op dit tijdstip (vordering [verweerster] € 1.001.704,29/vorderingen totaal aan benadeelde crediteuren € 1.097.838,29). Nu [eiser] de (uitgangspunten van deze) berekening niet heeft weersproken zal het hof hier ook van uitgaan en de redenering van [verweerster] volgen dat zij aanspraak kan maken op 91,2% van € 791.400,= te weten € 721.757,=. Grief I gaat slechts in zoverre op en de toewijzing zal worden aangepast zoals hierna weergegeven.”

3.3 De klachten van het middel in het principale beroep kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.4.1 Onderdeel 1 van het middel in het incidentele beroep klaagt dat het hof in rov. 4.1-4.5 van zijn eerste arrest heeft miskend dat de aansprakelijkheid die ingevolge art. 6:162 BW rust op Holding als bestuurder van [A] jegens [verweerster], tevens

uit hoofde van art. 2:11 BW hoofdelijk rust op [eiser], althans dat dit als uitgangspunt het geval is, behoudens door [eiser] te stellen, en bij gemotiveerde betwisting te bewijzen, omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt terzake gemaakt kan worden en hij daarom niet naast Holding hoofdelijk aansprakelijk is jegens [verweerster].

3.4.2 Art. 2:11 BW bepaalt 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. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling valt het volgende af te leiden.

De ratio van de bepaling is te voorkomen dat een natuurlijk persoon zich achter de rechtspersoonlijkheid van een rechtspersoon-bestuurder kan verschuilen wanneer benadeling van schuldeisers het gevolg is van slecht of onbehoorlijk bestuur. De verhaalsaansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder is immers beperkt tot het (mogelijk geringe) vermogen van die rechtspersoon.

Art. 2:11 BW is ingevoerd als minder vergaand alternatief voor een verbod op een rechtspersoon als bestuurder, bij welk alternatief als het ware wordt heengezien door de rechtspersoon-bestuurder en naast deze ook zijn bestuurders aansprakelijk worden in de gevallen waarin de wet aansprakelijkheid van bestuurders regelt. (Vgl. Kamerstukken II 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 1-3) Noch uit de tekst, noch uit de ratio van art. 2:11 BW volgt dat een beperking is beoogd tot toepassing van art. 2:11 BW op een of meer bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid. Deze uitleg van art. 2:11 BW strookt met de opmerking van de minister van Justitie tijdens de parlementaire behandeling van deze bepaling, dat hem niet duidelijk is waarom de aansprakelijkheid ingevolge (thans) art. 6:162 BW tegenover schuldeisers en die uit (thans) art. 2:9 BW zouden zijn uitgesloten en dat deze wettelijke aansprakelijkheden te vergelijken zijn met die van art. 2:138 BW en art. 2:248 BW (Kamerstukken I 1985-1986, 16 631, nr. 27b, p. 22).

Een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder die uit hoofde van de wetsbepaling waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit, een grond tot disculpatie heeft om de aanspraak af te weren, kan zich daarop beroepen, onafhankelijk van de rechtspersoon-bestuurder (Kamerstukken II 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 18 en nr. 9, p. 15-16). Of een wetsbepaling waaruit aansprakelijkheid voortvloeit, de mogelijkheid van disculpatie biedt, moet worden bepaald door uitleg van die bepaling.

3.4.3 Uit het voorgaande volgt dat art. 2:11 BW van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Daaronder valt ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is gebaseerd op art. 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid rust dan tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. Dit betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt echter wel dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan 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. Deze be-

wijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.

3.4.4 Uit het hiervoor overwogene volgt dat de klacht doel treft. De onherroepelijk vastgestelde aansprakelijkheid van Holding als bestuurder van [A] jegens [verweerster] ingevolge art. 6:162 BW (zie hiervoor in 3.2.2), rust ingevolge art. 2:11 BW tevens hoofdelijk op [eiser], behoudens door hem te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt terzake kan worden gemaakt.

3.5.1 Onderdeel 2 van het middel in het incidentele beroep klaagt dat het hof in rov. 4.4-4.7 van zijn tweede arrest heeft miskend dat bij vaststelling van de omvang van de specifiek aan [verweerster] veroorzaakte schade een vergelijking dient te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan en anderzijds de hypothetische situatie die zou zijn opgetreden als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven.

3.5.2 Deze klacht slaagt eveneens. Het hof heeft de hiervoor in 3.5.1 vermelde maatstaf miskend, ondanks het feit dat het deze maatstaf in rov. 4.5 van zijn tweede arrest wel heeft vooropgesteld. Het hof is in rov. 4.6 van zijn tweede arrest uitgegaan van de (in hoger beroep niet bestreden) vaststelling van de rechtbank dat [A] ten tijde van haar faillietverklaring over voldoende middelen beschikte om de andere schuldeisers (buiten [verweerster]) te voldoen. In rov. 4.7 heeft het hof hieraan de conclusie verbonden dat het faillissement van [A] niet noodzakelijk zou zijn geweest en [verweerster] zich dus had kunnen verhalen op het bedrag van € 791.400,=, als dit bedrag niet (door toedoen of nalaten van [eiser]) aan verhaal was onttrokken. Uit een en ander volgt dat de middelen waarover [A] ten tijde van haar faillietverklaring beschikte, vermeerderd met het bedrag dat aan verhaal is onttrokken, voldoende zouden zijn geweest om zowel [verweerster] als de andere schuldeisers geheel te voldoen in de hypothetische situatie dat de onrechtmatige gedragingen achterwege zouden zijn gebleven. Om die reden valt niet in te zien dat de vordering van [verweerster] slechts gedeeltelijk voldaan zou zijn doordat het actief gedeeld had moeten worden met de andere schuldeisers ten tijde van de faillietverklaring.

3.6 De gegrondbevinding van onderdeel 2 van het incidentele beroep brengt mee dat ook slaagt het daarop voortbouwende onderdeel 2.3 van het incidentele beroep, dat is gericht tegen hetgeen het hof heeft overwogen en beslist in rov. 5-6 van het tweede arrest.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op € 6524,34 aan verschotten en € 2200,= voor salaris;

in het incidentele beroep:

vernietigt de arresten van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 15 oktober 2013 en 7 april 2015;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

Inleiding

1. Art. 2:11 BW bepaalt 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. Dit arrest gaat over de vraag of art. 2:11 BW ook van toepassing is op aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder op grond van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend en maakt daarmee een einde aan de discussie in de literatuur over deze vraag. Lagere rechtspraak tenderde al naar dit bevestigende antwoord.

Feiten

2. Verweerster in cassatie is fruitexporteur in Zuid-Afrika (hierna: 'Fruitexporteur'). Zij levert druiven aan commissionairs, die deze verkopen en de opbrengst daarvan afdragen aan de Fruitexporteur, na aftrek van kosten en een commissionairsvergoeding. Voor de verkoop in Europa heeft de Fruitexporteur in 2001 een overeenkomst gesloten met commissionair A B.V. (hierna: 'Commissionair'). Enig bestuurder en aandeelhouder van de Commissionair is B B.V. (hierna: 'Holding'). Het bestuur van Holding wordt gevormd door de eiser in cassatie en zijn broer. De afrekening tussen de Commissionair en de Fruitexporteur vond plaats op basis van *Out-Turn Statements* die de Commissionair opstelde. De Fruitexporteur heeft in 2005 een vordering tot schadevergoeding tegen de Commissionair ingesteld, omdat de Commissionair over 2001 en 2002 stelselmatig lagere prijzen aan de Fruitexporteur heeft verantwoord dan zij had gerealiseerd en dat zij hogere douanerechten heeft voorgespiegeld dan zij had afgedragen. De rechtbank heeft geoordeeld dat de Commissionair schadeplichtig is jegens de Fruitexporteur. Tot een eindvonnis is het niet gekomen. De Commissionair is op 13 juni 2008 failliet verklaard.

3. In deze kwestie heeft de Fruitexporteur schadevergoeding gevorderd van Holding en haar bestuurders, omdat zij als (direct respectievelijk indirect) bestuurders van de Commissionair onrechtmatig hebben gehandeld jegens de Fruitexporteur. Zij voert daarvoor twee feitelijke grondslagen aan: (i) a het stelselmatig verantwoord van lagere prijzen aan de Fruitexporteur dan de Commissionair had gerealiseerd, (i) b dat de Commissionair hogere douanerechten heeft voorgespiegeld dan zij had afgedragen, en (ii) het onttrekken van geldbedragen aan het voor verhaal vatbare vermogen van de Commissionair.

Het oordeel in feitelijke instanties

4. De rechtbank heeft in haar vonnis van 29 december 2010 de vordering tegen Holding en de broer op grond van de eerste, hiervoor vermelde grondslag toegewezen. De vordering op deze grondslag tegen eiser in cassatie heeft de rechtbank afgewezen. De rechtbank was van oordeel dat eiser in cassatie niet persoonlijk daarbij betrokken was.

5. In haar vonnis van 14 december 2011 heeft de rechtbank Holding en de broer vervolgens hoofdelijk veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. In datzelfde vonnis heeft de rechtbank de vordering tegen eiser in cassatie gebaseerd op de tweede, hiervoor vermelde grondslag toegewezen. In haar vonnis van 22 januari 2014 heeft de rechtbank daarom eiser in cassatie veroordeeld tot betaling een schadevergoeding van € 791.400,= aan de Fruitexporteur.

6. Het hof heeft in zijn eerste arrest (zie Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7697, «JOR» 2014/3, m.nt. Bartman en Van Leeuwen) het vonnis van

29 december 2010 bekrachtigd en het vonnis van 14 december 2011 gedeeltelijk vernietigd. In zijn tweede arrest heeft het hof het vonnis van 22 januari 2014 vernietigd en de vordering ter zake van onttrekking van vermogen aan de Commissionair toegewezen voor het lagere bedrag van € 721.757,=.

Beroep in cassatie

7. Voor deze noot is het beroep in cassatie tegen het eerste arrest van het hof van belang. In dat arrest heeft het hof overwogen dat art. 2:11 BW ook van toepassing is op aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder op grond van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW. Het hof overweegt vervolgens dat voor het vestigen van aansprakelijkheid van de tweedegraadsbestuurder echter vereist is dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het hof motiveert dit door te overwegen dat het niet de bedoeling kan zijn dat alle tweedegraads bestuurders zonder meer aansprakelijk zijn op de enkele grond dat een van hun collega-bestuurders persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zie voor deze opvatting ook Rb. Den Haag 16 september 2015, «JOR» 2016/3, m.nt. J. Roest, r.o. 4.13. Tegen dit oordeel richt zich het incidentele cassatieberoep.

Art. 2:11 BW is ook van toepassing bij aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW

8. De Hoge Raad vernietigt in het incidentele cassatieberoep de arresten van het hof. Hij overweegt in r.o. 3.4.3 dat art. 2:11 BW van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet, dus ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder ex art. 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid rust dan tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. Dit betekent dat voor de vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat, anders dan het hof overwoog, de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

9. De Hoge Raad komt tot dit oordeel vanwege de ratio achter art. 2:11 BW. Voorkomen moet worden dat een natuurlijk persoon zich achter de rechtspersoonlijkheid van een rechtspersoon-bestuurder kan verschuilen wanneer benadeling van schuldeisers het gevolg is van slecht of onbehoorlijk bestuur. Er wordt als het ware door de rechtspersoon-bestuurder heen gekeken (of 'doorgeschakeld' tot het einde van de keten, zoals het Hof 's-Gravenhage 27 april 2006, «JOR» 2006/260, r.o. 4 het formuleert. Zie ook *Kamerstukken II 1980/81*, 16631, 3, p. 3: "Is een van de bestuurders weer een rechtspersoon, dan geldt voor die rechtspersoon hetzelfde enz."). Naast deze rechtspersoon-bestuurder zijn ook haar bestuurders aansprakelijk in de gevallen waarin de wet aansprakelijkheid van bestuurders regelt (vgl. *Kamerstukken II 1980/81*, 16631, 3, p. 1-3). De verhaalsaansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder is immers beperkt tot het vermogen van die rechtspersoon, en dat vermogen kan gering zijn, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.4.2. De Hoge Raad vervolgt dat uit de wettekst en de ratio niet is af te leiden dat art. 2:11 BW slechts van toepassing is op één of meer bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid. De minister overwoog destijds dat hem niet duidelijk is waarom de aansprakelijkheid ex (nu) art. 6:162 BW tegenover schuldeisers en die uit (nu) art. 2:9 BW zouden zijn uitgesloten en dat deze wettelijke aansprakelijkheden te vergelijken zijn met die van art. 2:138 BW en art. 2:248 BW (*Kamerstukken I 1985/86*, 16631, 27b, p. 22).

10. In de literatuur waren de meningen verdeeld over het

antwoord op de vraag of de doorbraakregeling van art. 2:11 BW ook van toepassing is op aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Assink/Slagter, *Compendium* 2013, par. 15, p. 270; Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:11 BW, aant. 6.5 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/476 beantwoorden deze vraag bevestigend. Zie in ontkennende zin: J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 372-373 en M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 263-265 en J. Roest in haar noot onder Rb. Den Haag 16 september 2015, «JOR» 2016/3.

11. In de rechtspraak werd al aangenomen dat art. 2:11 BW ook van toepassing is bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. Zie bijvoorbeeld: Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012: BW5200 (TVM/X.), r.o. 8.5; Rb. 's-Gravenhage 18 maart 1998, «JOR» 1998/132 (*Ontvanger/Moonen*), r.o. 4.1; Rb. Arnhem 6 december 2006, «JOR» 2007/109 (*Brouwer o.g. Barneveld/Cluistra c.s.*), r.o. 4.9; Rb. Utrecht 30 juli 2008, «JOR» 2009/32 (*Goethals q.q./MJW Consultancy c.s.*), r.o. 4.35; en Rb. Arnhem 9 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012: BW7724, r.o. 4.2.

Disculpatie

12. De Hoge Raad gaat in het vervolg van r.o. 3.4.3 in op de disculpatiemogelijkheid nadat de aansprakelijkheid is gevestigd. Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW volgt dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan 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. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW, aldus – steeds – de Hoge Raad (*Kamerstukken II 1983/84*, 16631, 6, p. 18 en 9, p. 15-16).

Wettelijke aansprakelijkheden

13. De doorbraak van aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW geldt voor alle vormen van bestuurdersaansprakelijkheid van Boek 2 BW, bijvoorbeeld op grond van art. 2:9, 2:50a, 2:69/180 (zie bijvoorbeeld: Vzr. Rb. Almelo 4 januari 2007, «JOR» 2007/110 (*Ten Brink/J. Jans Beheer*), r.o. 11), 2:98a/207a, 2:216, 2:138/248, 2:139/249, 2:300a, en 2:354 BW (zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 28 juli 2011, ARO 2011/133 (*Scherpenzeel/Königsberg*), r.o. 5.4). Contractuele aansprakelijkheden worden niet gedekt door art. 2:11 BW (*Kamerstukken I 1985/86*, 16631, 27b, p. 22).

Feitelijke bestuurder

14. Art. 2:11 BW geldt alleen voor degene die op het moment van het vestigen van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is (de tweedegraads bestuurder). Uit het *Montedison*-arrest (HR 28 april 2000, NJ 2000/411, r.o. 4.14) volgt dat daaronder niet valt de feitelijke beleidsbepaler als bedoeld in art. 2:138 lid 7 en 248 lid 7 BW. Het moet gaan om een statutair (of formele) bestuurder.

15. Van deze situatie moet worden onderscheiden de situatie waarin een rechtspersoon als feitelijk beleidsbepaler aansprakelijk is op grond van art. 2:138/248 lid 7 BW. Ook in dat geval is art. 2:11 BW van toepassing conform de hiervoor weergegeven regel. Zie HR 14 maart 2008, NJ 2008/466 (*Lammers/Aerts q.q.*), m.nt. Ma, r.o. 4.2 en *Kamerstukken II 1983/84*, 16631, 6, p. 25).

Buitenlandse (rechtspersoon-)bestuurder

16. Art. 2:11 BW geldt ook als de rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse vennootschap en haar bestuurder een buitenlandse vennootschap is. De eerstegraadsbestuurder is opgericht naar Nederlands recht, zodat op grond van art. 10:119 aanhef, sub e BW art. 2:11 BW van toepassing is op de verhouding tussen de eerstegraadsbestuurder en haar bestuurder. Art. 2:11 BW is echter niet van toepassing op de rechtsverhouding tussen de buitenlandse tweedegraadsbestuurder en haar bestuurder. Op die verhouding is Nederlands recht namelijk niet van toepassing (HR 18 maart 2011, «JOR» 2011/144, m.nt. G. van Solinge (*D Group Europe/Schreurs q.q.*) en HR 21 juni 2013, «JOR» 2013/238, m.nt. H.L.E. Verhagen (*Van der Meer q.q./Pieper*)).

Tot slot

17. Dit arrest van de Hoge Raad is te verwelkomen. Het schept duidelijkheid. Dat art. 2:11 BW ook van toepassing is op bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW past dogmatisch bij de andere grondslagen van aansprakelijkheid die Boek 2 BW kent (waarbij de hoedanigheid van bestuurder centraal staat), ook wat betreft de mogelijkheid tot disculpatie. Terecht is de Hoge Raad niet meegegaan met de overweging van het hof dat voor het vestigen van aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW eerst sprake moet zijn van een persoonlijk ernstig verwijt aan het adres van de betreffende bestuurder.

R.A. Wolf

UdinkSchepel, Universiteit Leiden en Maastricht University (ICGI)

336

52
Rechtbank Limburg 15 februari 2017, nr. 04 5090560/CV 16-5344 ECLI:NL:RBLIM:2017:1517 (mr. Krens) Noot E.S. Ebels
Faillissementsrecht. Terugvordering van betaling. Toepassing JPR/Gunning bij surseance van betaling.
Arrest van de Hoge Raad van 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:689 JPR Advocaten/Gunning q.q.) ziet ook op de situatie van surseance van betaling.
[BW art. 6:114 lid 2; Fw art. 23]

De kantonrechter stelt voorop dat in faillissementen die na de uitspraak van de Hoge Raad van 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:689 (hierna verder te noemen: JPR Advocaten/Gunning q.q.)) worden uitgesproken de curator op grond van art. 23 Fw steeds alle bedragen kan terugvorderen waarmee de rekening van de crediteur na de aanvang van de dag van de faillietverklaring van de debiteur is gecrediteerd. In dit arrest komt de Hoge Raad uitdrukkelijk terug op eerdere jurisprudentie zoals Vis q.q./NMB (HR 31 maart 1989, NJ 1990/1) met betrekking tot de uitvoering van betaalopdrachten op of na de datum van faillietverklaring van de rekeninghouder. Sinds het arrest Vis q.q./NMB gold de regel dat de curator van de rekeninghouder het overgemaakte bedrag kon terugvorderen van de ontvanger indien de bank van de schuldenaar voor de aanvang van de dag van de faillietverklaring niet alle handelingen had verricht die nodig waren ter effectuering van de betaling. In JPR Advocaten/Gunning q.q. kiest de Hoge Raad een andere

koers. De Hoge Raad vindt het – bij nader inzien – beter stroken met de in art. 23 Fw neergelegde regel dat de schuldenaar met ingang van de dag van de faillietverklaring het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest om aan te nemen dat de curator steeds het bedrag kan terugvorderen waarmee na dit moment de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd. De Hoge Raad verwijst hier ook naar art. 6:114 lid 2 BW, dat het moment van creditering aanwijst als het moment van betaling door een schuldenaar.

De vraag dient beantwoord te worden of de uitspraak JPR Advocaten/Gunning q.q. ook van toepassing is op de surseance van betaling.

Anders dan de onderhavige zaak ziet de zaak JPR Advocaten/Gunning q.q. immers op de situatie van faillissement.

De kantonrechter beantwoordt deze vraag met de curator bevestigend. Zij overweegt daartoe – onder verwijzing naar voormelde uitspraken en noot van Kortmann; zoals opgenomen in rechts-overweging 4.5 – dat het beginsel van art. 23 Fw voor wat betreft surseances is neergelegd in art. 228 lid 1 Fw. Zonder toestemming van de bewindvoerder kan de sursiet immers niet over diens vermogen beschikken en kunnen geen (beschikkings)handelingen ten aanzien van het vermogen worden verricht. In dit geval is niet gebleken dat de voormalig bewindvoerder (thans zijnde de curator) deze toestemming heeft gegeven. Het in dit kader gevoerde verweer van [X] Advocaten dat verdedigbaar is dat de bewindvoerder wel zou hebben ingestemd (gelet op de aard van de uitgevoerde werkzaamheden en de omstandigheid dat de bewindvoerder nooit bezwaar heeft gemaakt), kan [X] Advocaten niet baten. Dat de bewindvoerder toentertijd geen bezwaar heeft gemaakt tegen de betaling wil niet zonder meer zeggen dat er sprake is van instemming. Dit geldt eveneens voor de aard van de door [X] Advocaten uitgevoerde werkzaamheden die betrekking hadden op het indienen van een verzoekschrift tot surseance.

J.H. mr. Van Seters, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van en (voormalig) bewindvoerder in de surseance van betaling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HE-JA B.V., kantoorhoudende te Roermond, eisende partij, gemachtigde mr. L.G.H. Willems, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [X] Advocaten B.V., gevestigd te [vestigingsplaats X], gedaagde partij, gemachtigde mr. M.A. Vles.

Partijen worden hierna genoemd de curator en [X] Advocaten.

Rechtbank:*1 De procedure*

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de conclusie van antwoord
- de conclusie van repliek tevens houdende eisvermeerdering
- de conclusie van dupliek.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. Bij beschikking van 1 april 2015 van de rechtbank Limburg, locatie Roermond, is de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid He-ja BV (hierna: curanda) in staat van faillissement verklaard. Eiser is bij voormeld vonnis aangesteld als curator. Voorafgaand aan de faillietverklaring is bij beschikking