

Klassiekers

82

Beklamel. Maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid directeur bv

Hoge Raad
6 oktober 1989, nr. 13618,
ECLI:NL:HR:1989:AB9521
(mr. Martens, mr. De Groot, mr. Hermans,
mr. Verburgh, mr. Boekman)
(Concl. A-G Franx)
Noot mr. S.C.M. van Thiel

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Beklamel-norm.

[BW art. 2:203 lid 3; BW (oud) art. 1401]

Directeur bv koopt in die hoedanigheid goederen die door bv niet betaald worden, waarna bv is gefailleerd.

Door wat betreft de grondslag van de tegen de directeur persoonlijk gerichte vordering tot schadevergoeding te overwegen dat het gaat om de vraag of hij bij het aangaan van de koopovereenkomst als directeur van de bv wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de bv niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade ten gevolge van die wanprestatie, heeft het hof voor een geval als het onderhavige een juiste maatstaf aangelegd.

Stimulan BV te Zwolle,
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. E. Grabandt,
tegen
B.A.H. Klaas te Hellendoorn,
verweerder in cassatie,
advocaat: mr. J.M. Barendrecht.

Voorgaande uitspraak

Rechtbank:

1.

Tussen pp. staat als gesteld en erkend, althans niet of onvoldoende weersproken, mede op grond van de overgelegde en niet betwiste producties, voor zover thans van belang, het navolgende vast:

1. Stimulan BV heeft in of omstreeks februari/maart 1981 aan de besloten vennootschap Beklamel BV te Oldenzaal verkocht en geleverd voor veevoeder bestemde afgekeurde babyvoeding, voor een koopsom, inclusief emballage, van f 78 750; op die koopsom strekte in mindering een creditfactuur van f 7215, zodat Beklamel per saldo aan Stimulan verschuldigd werd een bedrag van f 71 535;

2. Toen betaling door Beklamel uitbleef, vond hierover een onderhoud plaats in mei/juni 1981 tussen de directeur van Stimulan en Klaas, toentertijd directeur en enig aandeelhouder van Beklamel; overeen werd gekomen, dat de partij babyvoeding doorverkocht zou worden; Stimulan is toen op zoek gegaan naar een afnemer en vond deze in Verveka BV te Hoornaar, waarna de partij aan deze is verkocht op 22 juni 1981;

3. Verveka BV heeft zich jegens Beklamel beroepen op compensatie, waartoe zij ook gerechtigd was, zodat de onderhavige doorverkoop niet resulteerde in een betaling in geld aan Beklamel;

4. Beklamel bleef in gebreke Stimulan de verschuldigde koopsom te voldoen; Stimulan heeft op 2 dec. 1981 beslag doen leggen onder Klaas;

5. In de eerste maanden van 1982 is tussen Stimulan en Beklamel onderhandeld over een betaling in termijnen van de onderhavige koopsom en over opheffing van het beslag; uiteindelijk heeft noch enige betaling, noch de opheffing van het beslag plaatsgevonden;

6. Beklamel is tenslotte op aanvraag van een schuldeiser bij vonnis van 21 april 1982 failliet verklaard.

In conventie

2.

Stimulan vordert thans betaling van Klaas van voormeld bedrag van f 71 535, benevens van waardeverklaring van voormeld conservatoir beslag, daartoe stellende:

dat Klaas als destijds directeur van Beklamel BV onrechtmatig jegens Stimulan heeft gehandeld en dus ook persoonlijk voor de daardoor geleden schade, de niet betaalde koopsom, aansprakelijk is; het onrechtmatig handelen bestond volgens haar hieruit:

1. Klaas heeft als directeur van Beklamel de onderhavige goederen van Stimulan gekocht, terwijl hij moet hebben geweten, dat Beklamel haar verplichtingen uit hoofde van die koopovereenkomst niet kon nakomen;

2. Klaas heeft in genoemde hoedanigheid de goederen aan Verveka doorverkocht zonder zorg te dragen, dat de door Verveka verschuldigd geworden koopsom aan Stimulan zou kunnen worden doorbetaald, doch integendeel in de wetenschap dat Verveka zich jegens Beklamel op compensatie zou beroepen.

Gerechtshof (tussenarrest):

O. ten aanzien van het recht:

1.

Het hoger beroep is tijdig ingesteld.

2.

De door Stimulan aangevoerde grieven luiden als volgt:

1. Ten onrechte heeft de Rb. – overwegende en beslissende gelijk zij heeft gedaan in de r.o. 9 en 10 van het beroepen vonnis – de vordering van Stimulan op grond van de eerste grondslag daarvan (in r.o. 9 als het “eerste feitencomplex” aangeduid) niet toewijsbaar geoordeeld.

2. Ten onrechte heeft de rechtbank, overwegende en beslissende gelijk zij heeft overwogen en beslist in de r.o. 11 t/m 13 van het beroepen vonnis, de vordering van Stimulan ook op de tweede grondslag niet toewijsbaar geoordeeld.

3. Ten onrechte heeft de rechtbank, ten onrechte afwijzende de vordering van Stimulan in conventie en terecht afwijzende de vordering van Klaas in reconventie, Klaas niet in de kosten van het geding in conventie en in reconventie verwezen.

3.

In hoger beroep is niet bestreden wat de Rb. in r.o. 1 van het vonnis waarvan beroep als vaststaand heeft aangenomen, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan.

4.

De eerste grief keert zich tegen het vonnis in conventie en heeft betrekking op de primaire grondslag van de vordering die door de rechtbank als volgt is omschreven: Klaas heeft als directeur van Beklamel de onderhavige goederen van Stimulan gekocht, terwijl hij moet hebben geweten, dat Beklamel haar verplichtingen uit hoofde van die koopovereenkomst niet kon nakomen.

5.

In onderdeel A van de grief voert Stimulan aan dat bij de beoordeling van de handelwijze van Klaas als bestuurder van Beklamel BV vooropgesteld behoort te worden de vraag of Klaas bij het aangaan van de litigieuze koopovereenkomst met Stimulan voldoende serieus kon menen dat Beklamel aan haar uit die koopovereenkomst voortvloeiende verplichtingen jegens Stimulan zou kunnen voldoen. Nu Klaas beschikt over de gegevens waaruit zou kunnen blijken of dat het geval is geweest en nu feitelijk is komen vast te staan dat Beklamel niet in staat was aan haar verplichtingen te voldoen, brengt volgens Stimulan een juiste verdeling van de bewijslast op dit punt mee dat het bewijs ter zake op Klaas rust.

6.

Het hiervoor omschreven uitgangspunt van Stimulan is onjuist. Het gaat i.c. niet om de vraag of Klaas serieus kon menen dat Beklamel aan haar verplichtingen jegens Stimulan zou kunnen voldoen, maar om de vraag of Klaas bij het aangaan van de overeenkomst als directeur van Beklamel wist, of er niet aan behoefde te twijfelen, dat Beklamel niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Stimulan ten gevolge van die wanprestatie zou lijden. De eigen stellingen van Stimulan zijn in het licht van de gemotiveerde betwisting daarvan door Klaas onvoldoende om de daaraan door Stimulan verbonden gevolgtrekkingen te dragen. Stimulan voert immers slechts aan dat de koopsom uiteindelijk onbetaald is gebleven en dat Beklamel een groot negatief eigen vermogen had.

7.

Bij hetgeen in onderdeel B van de grief wordt aangevoerd heeft Stimulan geen belang. Indien de Rb. ten onrechte zou hebben aangenomen dat de rentabiliteit van Beklamel onder zware druk stond,

was dat een reden te minder voor Klaas om aan de goede afloop van de onderhavige transactie te twijfelen.

8.

In de onderdelen C t/m G van de grief volstaat Stimulan ermee de in prima door Klaas aangevoerde stellingen bij gebrek aan wetenschap te ontkennen. Nu Stimulan voldoende feiten en omstandigheden behoort te stellen – en bij betwisting moet bewijzen – waaruit de toewijsbaarheid van haar vordering kan volgen schieten deze onderdelen van de grief mede gelet op het hiervoor onder 6 overwogene tekort.

9.

Het feit dat Klaas met andere schuldeisers een regeling heeft getroffen, levert geen aanwijzing op dat hij ook persoonlijk ten opzichte van Stimulan aansprakelijk gehouden kan worden voor de onderhavige schuld van Beklamel.

10.

Ook onderdeel H van de grief is ongegrond. Een eventuele mededeling van de accountant van Beklamel aan Stimulan medio 1981 dat Beklamel niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen wil nog niet zeggen dat Klaas ten tijde van het aangaan van de onderhavige koop reden had aan de goede afloop daarvan te twijfelen.

11.

Tussen pp. staat vast dat Stimulan de litigieuze goederen aan Beklamel onder eigendomsvoorbehoud heeft geleverd, alsmede dat die goederen pas op 22 juni 1981 zijn doorverkocht aan Verveka BV. Dat laatste is gebeurd met medeweten van Stimulan, die dus al die tijd in de gelegenheid is geweest de goederen terug te nemen. Ook die omstandigheid staat in de weg aan toewijzing van de vordering van Stimulan op de primaire grondslag.

12.

In hoger beroep heeft Stimulan een nieuwe grondslag voor haar vordering aangevoerd: indien Beklamel niet in betalingsonmacht verkeerde, heeft zij welbewust geweigerd haar verplichtingen jegens Stimulan na te komen en is de handelwijze van Klaas onrechtmatig, omdat hij dan zonder noodzaak wanprestatie heeft begaan.

13.

Het hof verwerpt ook die grondslag voor de vordering van Stimulan, omdat de stellingen van Stimulan tekort schieten. Uit het enkele feit dat hetgeen gesteld en gebleken is, onvoldoende is om aan te nemen dat Klaas wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat geen betaling zou volgen, kan immers niet worden afgeleid dat Beklamel indertijd voldoende middelen had om haar schuld aan Stimulan te betalen doch dat welbewust heeft nagelaten. De mogelijkheid blijft immers bestaan dat Beklamel ten tijde van de koop weliswaar niet de middelen had om de koopprijs te voldoen, doch de verwachting mocht hebben dat zij die koopprijs uit later te verkrijgen middelen zou kunnen betalen. Volgens Klaas was dat zelfs de bedoeling van de onderhavige transactie. Ook de hiervoor onder 11 genoemde omstandigheid verhindert dat de vordering van Stimulan op deze subsidiaire grondslag kan worden toegewezen. De eerste grief faalt derhalve.

14.

In de toelichting op de tweede grief (onder 4A) voert Stimulan aan dat de rechtbank in r.o. 11 van het bestreden vonnis ten onrechte overweegt dat de doorverkoop van de partij babyvoeding via Beklamel aan Verveka ook de voorkeur genoot van Stimulan. Nu die doorverkoop – naar in dit geding tussen partijen vaststaat – in elk geval met medeweten en goedvinden van Stimulan heeft plaatsgevonden, kan van persoonlijke aansprakelijkheid van Klaas slechts sprake zijn indien Stimulan tevoren aan hem als directeur van Beklamel heeft kenbaar gemaakt dat zij alleen in die doorverkoop toestemde op voorwaarde dat de koopprijs daadwerkelijk zou worden voldaan en aan haar, Stimulan, zou worden doorbetaald, wat haar – naar het hof uit het geheel van het ter zake door Stimulan in eerste aanleg en in hoger beroep gestelde begrijpt – door Klaas ook zou zijn toegezegd.

Een en ander wordt door Klaas uitdrukkelijk en gemotiveerd betwist. De partij babyvoeding is volgens Klaas juist aan Verveka verkocht om te worden verwerkt tot veevoer dat Verveka op haar beurt aan Beklamel zou leveren. Dat was, aldus Klaas, aan Stimulan bekend, zodat Stimulan ook wist dat Verveka de koopprijs zou kunnen verrekenen met haar latere vorderingen, hetgeen blijken een door Klaas overgelegde kopie van een betalingskaart in feite ook is gebeurd. Klaas voert

aan dat Stimulan een en ander bovendien zo wenste, omdat zij harerzijds geen vordering wilde op Verveka. Verveka kampte met betalingsmoeilijkheden en Stimulan wilde haar vorderingen op Verveka niet vergroten. Gelet op deze betwisting, die berust op stellingen die deels aansluiten bij de eigen stellingen van Stimulan, zal Stimulan bewijs moeten leveren als hierna te melden, overeenkomstig haar bewijsaanbod.

Het hof acht het gewenst dat pp. tevens verschijnen voor het geven van inlichtingen.

15.

Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Cassatiemiddel

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het hof heeft overwogen en beslist als is verrat in de aangevallen arresten, zulks ten onrechte om een of meer van de navolgende, zonedig in onderlinge samenhang te lezen redenen:

1.

In r.o. 6 van het tussenarrest overweegt het hof dat het er (bij de in de eerste grief in hoger beroep aan de orde gestelde grondslag van de vordering) om gaat “of Klaas bij het aangaan van de overeenkomst als directeur van Beklamel wist, of eraan niet behoefde te twijfelen, dat Beklamel niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Stimulan ten gevolge van die wanprestatie zou lijden”; aldus heeft het hof een te eng criterium gehanteerd bij beantwoording van de vraag of sprake is, respectievelijk kan zijn, van onrechtmatig handelen van Klaas; in het bijzonder heeft het hof uit het oog verloren dat het er bij de beantwoording van voornoemde vraag om gaat of Klaas bij het aangaan van de litigieuze koopovereenkomst met Stimulan voldoende serieus kon menen dat Beklamel aan haar uit die koopovereenkomst voortvloeiende verplichtingen jegens Stimulan zou kunnen voldoen, althans of Klaas in redelijkheid mocht verwachten dat Beklamel aan haar verplichtingen jegens Stimulan zou kunnen voldoen. Aldus heeft het hof de stellingen van Stimulan beoordeeld in het licht van een onjuist criterium, weshalve de beslissing van het hof rechtens onjuist is. Hetgeen het hof stelt in r.o. 8 van het tussenarrest kan, nu het daar gestelde mede is gebaseerd op het in r.o. 6 over-

wogene, evenmin in stand blijven. Voor zover overige passages van het tussenarrest van het hof, in het bijzonder de r.o. 10 en 13, uitgaan van de in dit onderdeel aangevallen onjuiste rechtsregel, kunnen ook die gedeelten van het arrest geen stand houden.

2.

De in r.o. 7 van het tussenarrest vervatte uitlegging van onderdeel B van de eerste grief is onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed. Stimulan heeft immers betoogd dat de Rb. niet als vaststaand had mogen aannemen dat de rentabiliteit van Beklamel onder zware druk stond als gevolg van de in r.o. 9.1 van het vonnis van de Rb. bedoelde omstandigheden. Dit gedeelte van de grief is door Stimulan in dier voege uitgewerkt dat herhaald is de reeds in prima geponeerde stelling dat “alle andere kalvermelkfabrikanten geen ernstige financiële problemen hadden en hebben” en dat derhalve de slechte financiële positie van Beklamel ten tijde van de aankoop niet het gevolg kan zijn van het feit dat (zoals door de Rb. in r.o. 9.1 aangeduid) de rentabiliteit van de kalvermesterijen in Nederland onder zware druk stond, doch zich mitsdien voor Beklamel andere oorzaken voordeden die voor Klaas duidelijk hadden moeten maken dat op herstel voor Beklamel niet gerekend kon worden. En deze redenering heeft wel een geheel ander karakter dan hetgeen het hof in r.o. 7 van het tussenarrest in onderdeel B van de eerste grief leest; de lezing is dan ook onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, hetgeen dan tevens geldt voor de beslissing dat Stimulan geen belang heeft bij dit onderdeel van de grief.

3.

Onjuist, althans onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, is de in r.o. 11 van het tussenarrest vervatte beslissing, aangezien het enkele feit dat de goederen aan Beklamel onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd en (pas) op 22 juni 1981 zijn doorverkocht aan Verveka BV, niet (op zich) met zich brengt dat de primaire grondslag van de vordering van Stimulan niet tot resultaat kan leiden; wanneer immers in de contacten tussen Stimulan en Beklamel (resp. Klaas) uitgangspunt was, en Klaas zulks ook heeft moeten begrijpen, dat Verveka BV de koopsom daadwerkelijk aan Beklamel zou uitbetalen (derhalve zonder dat compensatie zou plaatsvinden), dan

kan Stimulan niet het verwijt gemaakt worden, althans niet op de gronden die het hof daarvoor bezigt, dat zij geen gebruik heeft gemaakt van haar eigendomsvoorbehoud. Voor zover ook r.o. 13 voortbouwt op hetgeen in r.o. 11 is gesteld, kan ook r.o. 13 geen stand houden.

4.

Bij de bespreking van de in hoger beroep door Stimulan voorgestelde tweede grief (r.o. 14 tussenarrest) formuleert het hof (uitgaande van de gedachte dat de “doorverkoop” aan Verveka BV met medeweten en goedvinden van Stimulan heeft plaatsgevonden) de rechtsregel dat van “persoonlijke aansprakelijkheid” van Klaas slechts sprake kan zijn “indien Stimulan tevoren aan hem als directeur van Beklamel heeft kenbaar gemaakt dat zij alleen in die doorverkoop toestemde op voorwaarde dat de koopprijs daadwerkelijk zou worden voldaan en aan haar, Stimulan, zou worden doorbetaald”. Aldus heeft het hof een onjuiste rechtsregel geformuleerd, aangezien van onrechtmatig handelen van Klaas (ook) sprake is indien hij – ook al is zulks hem niet kenbaar gemaakt – begreep, althans redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat Stimulan bij haar instemming met de “doorverkoop” als uitgangspunt nam en als voorwaarde stelde dat betaling van haar vordering op Beklamel terzake de litigieuze goederen zou plaatsvinden uit de gelden die Beklamel van Verveka BV zou ontvangen en ook daadwerkelijk diende te ontvangen. Aldus is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, althans is de beslissing niet naar de eisen der wet met redenen omkleed. Het eindarrest, dat voortbouwt op de in het tussenarrest neergelegde en in dit onderdeel aangevallen rechtsopvatting, kan op dezelfde grond ook geen stand houden.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Franx)

(...)

3. Onderdeel 1 verwijt het hof in r.o. 6 van het tussenarrest een verkeerde maatstaf te hebben aangelegd. Ik citeer de r.o. 4, 5 en 6 van dat arrest: (enz.)

Het onderdeel verdedigt de stelling dat het hof het in r.o. 6, tweede zin, verworpen criterium had behoren te bezigen.

Het is duidelijk dat het door het hof in r.o. 6 gehanteerde criterium een verdergaande eis aan

onrechtmatigheid van Klaas’ handelingen stelt dan de door appelgrief 1, onderdeel A, geponeerde maatstaf. Het verschil blijkt in het geval dat het voor Klaas twijfelachtig was of Beklamel aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen (zonder dat hij had moeten inzien dat dat laatste niet het geval zou zijn). In de visie van het hof gaat Klaas dan vrijuit, volgens onderdeel 1 is hij in dat geval echter aansprakelijk.

4. Het onderdeel miskent dat het hof de vorderingen van Stimulan heeft beoordeeld op de door Stimulan zelf daartoe gestelde grondslag, weergegeven in r.o. 4 van het tussenarrest:

Klaas “moet hebben geweten, dat Beklamel haar verplichtingen uit hoofde van die koopovereenkomst niet kon nakomen.”

Het is deze maatstaf die het hof in r.o. 6, enigszins uitgewerkt, vooropstelt en aanhoudt in plaats van de door Stimulan in onderdeel A van haar eerste appelgrief geformuleerde maatstaf “of Klaas serieus kon menen dat Beklamel aan haar verplichtingen jegens Stimulan zou kunnen voldoen.”

De klacht van het onderdeel, dat het hof de stellingen van Stimulan heeft beoordeeld in het licht van een onjuist criterium, mist derhalve feitelijke grondslag.

Afgezien van het vorenstaande moge ik bovendien het volgende over onderdeel 1 opmerken.

5.1. De vordering van Stimulan berust mede op de stelling dat Klaas als directeur en enig aandeelhouder van Beklamel jegens Stimulan persoonlijk aansprakelijk is uit onrechtmatige daad. In de toelichting op onderdeel 1 (p. 5-7, sub 10-12) wordt betoogd dat de (toegevoegde) hoedanigheid van enig aandeelhouder in een geval als het onderhavige een verdergaande persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder meebrengt. Dat zou dan hierop berusten dat het belang van de vennootschap volkomen parallel loopt met het belang van de bestuurder-enig aandeelhouder: verwevenheid van belangen, economische identificatie.

5.2. Vooropgesteld zij dat het door het hof gebezigde criterium overeenstemt met de heersende leer over de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap. De bestuurder kan door het aangaan van een overeenkomst namens de vennootschap persoonlijk aansprakelijk zijn als gevolg van handelen in strijd met de zorgvuldigheid die hij naar verkeersnormen jegens de wederpartij van de vennootschap had in acht te nemen. Vgl. over de aansprakelijk-

heid van het orgaan bij onrechtmatige daad van de vennootschap: Asser-Rutten-Hartkamp III (De verbintenis uit de wet) (1986), nr. 262 en Brunner in de losbladige 'Onrechtmatige daad' IV, nr. 187. Het contracteren door de vennootschap kan een onrechtmatige daad van de bestuurder (waarvoor deze persoonlijk aansprakelijk is) opleveren in geval van schending van de door het hof in de onderhavige zaak toegepaste norm (maatstaf). Aldus: A. van Oven in WPNR 1971, nr. 5133, naar aanleiding van Rb. Rotterdam 6 jan. 1970, NJ 1970, 245; de door mijn ambtgenoot Strikwerda in zijn conclusie sub 2.6 voor HR 9 dec. 1988, NJ 1989, 203 genoemde rechtspraak (Rb. Rotterdam 26 juni 1970, NJ 1972, 221; Hof 's-Hertogenbosch 23 nov. 1983, NJ 1985, 436 en 6 april 1976, NJ 1978, 454); Hof Leeuwarden 2 maart 1983 (sub 10-11), a quo HR 2 nov. 1984, NJ 1985, 446 (m.nt. Ma); HR 19 febr. 1988 onder 3.4 (naar aanleiding van subonderdeel c), NJ 1988, 487, AA 1988, p. 452 (m.nt. P. van Schilfgaarde); Roelvink, WPNR 1981, nr. 5575, p. 547, sub 2; Asser-Van der Grinten II (De rechtspersoon) (1986), nr. 117, p. 91; Van Schilfgaarde in 'Van de BV en de NV' (1988), p. 131, o.m. verwijzend naar art. 2:93 lid 3 en 2:203 lid 3 BW; Van der Grinten in zijn noot, sub 1, onder HR 19 febr. 1988 voormeld, NJ 1988, p. 1819 rechts, en in 'Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap' (1989), p. 467, m.nt. 19 op p. 468. Vgl. de "tweede misbruikwet", waarover o.a. Lowensteyn in de losbladige 'Rechtspersonen' II, aant. 2 en 4 op art. 138 (p. 138-9 en 138-15 e.v.).

5.3. Geldt nu een andere, zwaardere norm – te weten die door onderdeel 1 wordt verdedigd – wanneer de bestuurder tevens enig aandeelhouder van de vennootschap is? Is er dan al onrechtmatigheid wanneer de bestuurder niet (serieus) kon menen dat de vennootschap aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen?

Naar mijn mening behoren deze vragen in ontkennde zin te worden beantwoord. Voor een verdergaande aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van zijn hoedanigheid van enig aandeelhouder – die tevens de enige beleidsbepaler is – valt in het geldende recht m.i. geen steun te vinden. Zie de cassatierechtspraak over "doorbraak" van aansprakelijkheid in concernverhoudingen, besproken door Van Schilfgaarde in voornoemde noot, waaronder HR 16 jan. 1987, NJ 1987, 970 (m.nt. Ma). Voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder-enig aandeelhouder

zijn bijkomende omstandigheden noodzakelijk. Het enig-aandeelhouderschap is onvoldoende voor het aanvaarden van een zwaardere aansprakelijkheid dan die welke toch al op een bestuurder rust.

6. Op grond van het voren aangetekende kan onderdeel 1 niet tot cassatie leiden. (enz.)

Hoge Raad

(...; red.)

Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

Stimulan heeft in of omstreeks februari/maart 1981 aan Beklamel BV – verder te noemen Beklamel – voeder verkocht en geleverd waarvoor Beklamel per saldo f 71 535 aan Stimulan verschuldigd werd.

Betaling bleef uit. Hierover vond in mei/juni 1981 een onderhoud plaats tussen de directeur van Stimulan en Klaas, destijds directeur en enig aandeelhouder van Beklamel. Overeengekomen werd dat het voeder doorverkocht zou worden. Stimulan vond een afnemer in Verveka BV – verder te noemen Verveka – waarna de partij aan deze is verkocht op 22 juni 1981. Die doorverkoop heeft geen betaling in geld tot resultaat gehad, omdat Verveka zich jegens Beklamel heeft beroepen op compensatie, waartoe zij ook gerechtigd was. Beklamel is in gebreke gebleven Stimulan de verschuldigde koopsom te voldoen en is tenslotte op aanvraag van een schuldeiser bij vonnis van 21 april 1982 failliet verklaard.

Stimulan heeft Klaas aangesproken tot betaling van het bedrag ad f 71 535 en heeft (naar de door het hof overgenomen vaststelling van de Rb.) aan haar vordering in de eerste plaats ten grondslag gelegd dat Klaas persoonlijk aansprakelijk is voor de door haar tot dat bedrag geleden schade daar deze veroorzaakt is door zijn onrechtmatig handelen, hierin bestaande dat hij als directeur van Beklamel de onderhavige goederen van Stimulan heeft gekocht, terwijl hij moet hebben geweten dat Beklamel haar verplichtingen uit hoofde van die koopovereenkomst niet kon nakomen.

3.2. Wat die grondslag betreft, heeft het hof in r.o. 6 van het tussenarrest overwogen dat het gaat om de vraag "of Klaas bij het aangaan van de overeenkomst als directeur van Beklamel wist, of er niet

aan behoefde te twijfelen, dat Beklamel niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Stimulan ten gevolge van die wanprestatie zou lijden”.

Blijkens r.o. 13 heeft het hof met de zinsnede “er niet aan behoefde te twijfelen” bedoeld: “redelijkerwijze behoorde te begrijpen”.

Aldus heeft het hof de voor een geval als het onderhavige juiste maatstaf aangelegd.

Onderdeel 1 van het middel faalt derhalve.

3.3. De in de overige onderdelen van het middel aangevoerde klachten kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 101a Wet RO, geen nadere motivering nu de klachten niet open tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De HR:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Stimulan in de kosten van het geding in cassatie (...; red.).

NOOT

1. *Inleiding.* Het Beklamel-arrest kwam op 6 oktober 1989 op de wereld. De Berlijnse muur wankelde toen al en viel korte tijd later. De historische waarde van de val van de muur staat in geen verhouding tot die van het arrest, maar in de juiste context gezien, mag het arrest toch ook zeker een historisch moment worden genoemd. “Beklamel” groeide sindsdien in elk geval uit tot het moeder-arrest voor de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid in situaties waarin de bestuurder de vennootschap aan verplichtingen verbindt terwijl hij weet dat de vennootschap deze niet zal kunnen nakomen. De maatstaf uit het arrest houdt nu al ruim dertig jaar stand zonder dat zij aan kracht lijkt te verliezen. Het arrest werd zelfs een soortnaam. Hierdoor gaat het in de praktijk over “Beklamel-aansprakelijkheid”, “een typisch Beklamel-geval” of bijvoorbeeld “een zuivere Beklamel”. Alle reden dus om het arrest in deze reeks klassiekers op te nemen.

2. *De casus.* Het arrest ging over een partij afgekeurde babyvoeding die als veevoer zou kunnen worden gebruikt. Stimulan BV had de partij begin 1981 aan Beklamel BV verkocht tegen een

koopsom van f 71.535. Beklamel betaalde echter niet. In overleg werd toen afgesproken dat Beklamel de partij aan Verveka BV zou doorverkopen en dat gebeurde ook, in juni 1981. Het punt was echter dat Verveka de koopsom niet in geld voldeed maar deze verrekende met een vordering op Beklamel. Er kwam dus geen geld binnen bij Beklamel en daardoor bleef Stimulan wederom onbetaald. Er volgde beslaglegging ten laste van de bestuurder van Beklamel, Klaas, en er volgden nadere onderhandelingen, maar betaling bleef definitief uit. Daarna ging Beklamel failliet.

3. *De beoordeling.* Stimulan hield Klaas, als bestuurder van Beklamel, persoonlijk aansprakelijk voor de schade, maar zij ving bot bij de rechtbank. Waarom de rechtbank de vorderingen afwees, wordt uit het arrest niet duidelijk. Over het hoger beroep weten we wel meer. Stimulan stelde zich daarin op het standpunt dat Klaas persoonlijk jegens haar aansprakelijk was omdat Klaas bij het aangaan van de koopovereenkomst met Stimulan niet “voldoende serieus kon menen” dat Beklamel aan haar verplichtingen uit die overeenkomst zou kunnen voldoen. Stimulan had het misschien wat losjes geformuleerd, maar het verwijt dat zij Klaas maakte, was op zich helder, namelijk dat Klaas de overeenkomst tegen beter weten in namens Beklamel was aangegaan. Het hof antwoordde met een preciezere en dus ook engere maatstaf: het gaat bij de beoordeling om de vraag of Klaas bij het aangaan van de overeenkomst “wist, of er niet aan behoefde te twijfelen, dat Beklamel niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Stimulan ten gevolge van die wanprestatie zou lijden” (r.o. 6 arrest hof). Omdat Stimulan in dat kader onvoldoende had gesteld, werd ze opnieuw teleurgesteld in haar vorderingen. In cassatie ging het vervolgens wederom vooral over de vraag wat in dit soort gevallen juridisch de juiste maatstaf is. De Hoge Raad kon zich verenigen met de hiervoor geciteerde maatstaf van het hof, met één subtiel verschil: “niet aan behoefde te twijfelen” werd vervangen door “redelijkerwijze behoorde te begrijpen”. Met dat laatste werd duidelijk(er) dat de bestuurder ook jegens de crediteur aansprakelijk kan zijn als hij de benadeling op dat moment wellicht niet wist, maar hij dat redelijkerwijze wel had moeten weten (“begrijpen”). De Hoge Raad verwierp het

beroep van Stimulan, die daardoor voor de derde keer het onderspit moest delven.

4. *In de tijd geplaatst.* Het arrest mag zeker een mijlpaal worden genoemd, maar het kwam destijds niet geheel uit de lucht gevallen. Het was al sinds het arrest Kretzschmar/Mendes de Leon (NJ 1928/364, m.nt. P.W.A. Scholten) duidelijk dat een bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan zijn jegens een derde wegens het geven van een “*geheel scheve voorstelling*” van de stand van zaken bij de vennootschap. In de decennia daarna kwam in de lagere rechtspraak specifiekere jurisprudentie tot stand waarvan de strekking was dat een bestuurder persoonlijk aansprakelijk is jegens een contractuele wederpartij als hij ten tijde van het contracteren wist dat de vennootschap de daaruit volgende verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Karapetian heeft deze geschiedenis in haar proefschrift mooi beschreven (Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, R&P nr. InsR 11, 2019/4.3.1). Het tweede constitutieve element uit Beklamel was, op een enkele uitzondering in de lagere jurisprudentie na, wel nieuw. Om aansprakelijkheid van de bestuurder aan te nemen moet er bij de bestuurder tevens (geobjectiveerde) wetenschap zijn geweest dat de contractuele wederpartij door het niet-nakomen door de vennootschap schade zal lijden waarvoor de vennootschap geen (of onvoldoende) verhaal zal bieden. Deze eis van de voorzienbaarheid van schade is jaren later, in 2014, in het arrest RCI/Kastrop nog eens uitdrukkelijk bevestigd (HR 5 september 2014, «JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK).

5. De Beklamel-maatstaf sloot destijds ook goed aan bij de tijdgeest van de wetgever. Enkele maanden eerder was in het kader van de derde anti-misbruikwet art. 2:93/203 lid 3 BW in werking getreden. Dat artikel bepaalt dat bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schade die een derde lijdt doordat een rechtshandeling die namens de vennootschap in oprichting is aangegaan vervolgens, na bekrachtiging, niet wordt nagekomen. Net als bij Beklamel gaat het in dat soort gevallen dus om een aansprakelijkheid die afhangt van een weten of redelijkerwijs kunnen weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal kunnen nakomen. De voorzienbaarheid van schade is in deze gevallen echter geen constitutief vereiste voor aansprakelijkheid, maar het bestaan van schade is uiteraard wel een voor-

waarde om tot schadelijking te concluderen.

6. *Ontvanger/Roelofsen bracht geen verandering.* In 2006 verscheen het arrest Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38) waarin de Hoge Raad duidelijk maakte dat voor alle persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders wegens het onbetaald en onverhaalbaar blijven van schulden van de vennootschap als vereiste geldt dat de bestuurder een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarbij maakte de Hoge Raad het onderscheid tussen de twee welbekende gevaltypen (“categoriën”), namelijk enerzijds Beklamel-gevallen en anderzijds gevallen van “verhaalsfrustratie”. Dat de Beklamel-gevallen in deze opsomming voorop werden gesteld vind ik logisch omdat zij betrekking hebben op het aangaan van de overeenkomst, daar waar de gevallen uit de tweede categorie betrekking hebben op de vraag hoe die overeenkomst vervolgens al dan niet werd uitgevoerd. De eerste categorie is door de Beklamel-maatstaf duidelijk en vastomlijnd terwijl de tweede categorie minder specifiek geformuleerd is, mede doordat het ernstig verwijt opnieuw – net als in de inleidende overweging – tot norm wordt gesteld. De tweede categorie heeft veeleer het karakter van een verzamelcategorie en dit blijkt ook uit de toevoeging dat er zich ook andere omstandigheden voor kunnen doen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen. Voor Beklamel-gevallen geldt in elk geval dat de introductie van de “overkoepelende” norm van het voldoende ernstig verwijt (sinds RCI/Kastrop: het ernstig verwijt) geen verandering in de aansprakelijkheidsnorm bracht. Uit de bewoording blijkt immers dat de Hoge Raad voor ogen had dat als aan de vereisten van de Beklamel-maatstaf is voldaan, er (tevens) sprake is van het vereiste voldoende ernstig verwijt. Overigens plakte de Hoge Raad in Ontvanger/Roelofsen nog wel deze zinsnede aan de maatstaf vast: “*behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden.*” Ik kan dit in de context van een Beklamel-verwijt niet anders begrijpen dan dat hierdoor duidelijk wordt gemaakt dat het de bestuurder uiteraard vrij staat om zichzelf (alsnog) vrij te pleiten van het Beklamel-verwijt. Samengevat meen ik dat de betekenis van Ontvanger/Roelofsen voor de

Beklamel-maatstaf slechts is geweest dat de maatstaf werd ingebed in het geconvergeerde normenstelsel voor bestuurdersaansprakelijkheid. De norm bleef hetzelfde.

7. *Variaties.* Het “succes” van het Beklamel-arrest blijkt ook uit de variaties die sindsdien in de rechtspraak op het arrest zijn ontwikkeld en waarmee het toepassingsbereik in feite werd uitgebreid. Zo werd de Beklamel-maatstaf in het arrest Kloosterbrink/Eurocommerce (HR 26 juni 2009, «JOR» 2009/221, m.nt. Borrius) toegepast op een situatie waarin de bestuurder een derde bewoog om bepaalde risicovolle verplichtingen jegens een bank aan te gaan, waardoor er mogelijk een regresrecht op de vennootschap zou ontstaan, terwijl de bestuurder wist of had moeten weten dat de vennootschap voor dat regresrecht van die derde geen verhaal zou bieden en de derde daardoor dus schade zou lijden. Een andere variatie is bijvoorbeeld het arrest Sobi/Hurks (HR 21 december 2001, «JOR» 2002/38, m.nt. Bartman) waarin de Beklamel-maatstaf in een concernverhouding werd toegepast. De concernmoeder werd in dat geval verweten dat zij, hoewel zij goed op de hoogte was van de slechte financiële situatie bij de dochtervennootschap (lees: wetenschap had) en daarmee ook intensief gemoeid was (lees: ingrijpingsmacht had), desondanks niet bij de dochtermaatschappij ingreep om te voorkomen dat de dochter nieuwe schulden aanging. Door dat nalaten handelde de concernmoeder onrechtmatig jegens de crediteuren van de dochtervennootschap en was zij jegens hen schadelijkt.

8. *Adequaat informeren voorkomt aansprakelijkheid.* In de praktijk wordt uit het Beklamel-arrest vooral de les getrokken dat een bestuurder in vergelijkbare omstandigheden ervan af moet zien om de overeenkomst aan te gaan. Doet hij dat niet, dan volgt aansprakelijkheid. Een andere manier om Beklamel-aansprakelijkheid te voorkomen, is door bij het aangaan van de overeenkomst open kaart te spelen over de omstandigheden bij de vennootschap, inclusief (reële!) verwachtingen. Op die manier kan de aanstaande contractpartij zijn eigen risico-inschatting en -afweging maken, waardoor er van onrechtmatig gedrag, d.w.z. gevaarzettend contracteren, geen sprake kan zijn. De onrechtmatigheid zit hem bij Beklamel-gevallen immers in de combinatie van het contracteren én het daarbij achterhouden van belangrijke informatie (vgl. Hof Arnhem Leeu-

warden 4 december 2018, «JOR» 2019/33, m.nt. Mussche (*Oostland*)). Het adequaat informeren van de wederpartij is in wezen niet anders dan het plaatsen van genoeg stoelen en kratten rondom het kelderluik, wat volgens de Hoge Raad in het bekende geval van het Kelderluik-arrest had moeten gebeuren (HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten). Een voorbeeld hiervan in een Beklamel-context is het arrest Verlinden/Amstelland (HR 5 november 1999, «JOR» 2000/10), waarin de bestuurder de betrokken (project)vennootschap voorafgaand als een “kale kikker” had getypeerd. Een recenter voorbeeld is Hof Amsterdam 3 maart 2020, «JOR» 2020/276, m.nt. Verboom (*Maxi Mode*). In dat geval had de bestuurder de contractuele wederpartij, de verhuurder van het bedrijfspand, steeds voldoende op de hoogte gehouden van de verslechterende situatie bij de vennootschap. De bestuurder handelde daarom niet persoonlijk onrechtmatig jegens deze verhuurder door desondanks namens de vennootschap een huurverlenging aan te gaan. Er is voor Beklamel-aansprakelijkheid evenmin grond als de contractuele wederpartij weliswaar niet door de bestuurder werd geïnformeerd maar die wederpartij zelf reeds voldoende met de betrokken gevaren bekend was of had kunnen zijn (vgl. de hiervoor genoemde *Oostland*-uitspraak). Ook in dat geval kan de wederpartij immers zijn eigen risico-inschatting en -afweging maken. Dit alles neemt natuurlijk niet weg dat er in elk Beklamel-geval volop debat zal zijn over wat “wetenschap” in het voorliggende geval concreet betekent en wie aan weerszijde concreet wat wist of had behoren te weten.

9. *Stelplicht en bewijslast.* Tot slot sta ik nog kort stil bij de stelplicht en bewijslast. Beklamel-situaties zaden de eiser op met de stelplicht van zijn stellingen en, bij voldoende betwisting, de bewijslast daarvan. Omdat het aan de eiser wordt gelaten om aan te tonen dat aan beide elementen uit de maatstaf is voldaan (naast zaken als causaliteit en schade), waarbij het in beide gevallen ook nog eens om het aantonen van geobjectiveerde wetenschap gaat, kan deze verdeling van de stelplicht en bewijslast behoorlijk zwaar uitpakken. In *Romme/Bakker* (HR 10 juni 1994, *NJ* 1994/766, m.nt. Maeijer) werd als “bijzondere regel” bepleit om de bewijslast om te keren in situaties waarin de aangesproken bestuurder tevens de enig aandeelhouder is. De Hoge Raad voelde er evenwel niet voor en hield vast aan de alge-

mene regel van art. 150 Rv. De rechter heeft wel middelen om de bewijslast van de eiser te verlichten, bijvoorbeeld door toepassing van de verzwaarde stelplicht (beter gezegd: betwistplicht). In mijn annotaties bij «JOR» 2019/215 en «JOR» 2021/143 wijdde ik hierover uit.

10. *Slotsom*. Er is nog veel meer over en naar aanleiding van deze klassieker te schrijven, mede gelet op de vele vertakkingen en verfijningen die in de loop der jaren in de jurisprudentie zijn ontwikkeld. Deze constante stroom aan jurisprudentie toont tevens dat het Beklamel-arrest weliswaar een klassieker is, maar bepaald niet uit de tijd. Het arrest is actueel als de dag van vandaag en geschikt om nog lang mee te gaan.

mr. S.C.M. van Thiel
advocaat bij Evers Soerjatin

83

Sogelease. Sale-and-lease-back-overeenkomst niet in strijd met fiduciaverbod

Hoge Raad
19 mei 1995, nr. 15806,
ECLI:NL:HR:1995:ZC1735
(mr. Martens, mr. Korthals Altes, mr. Neleman,
mr. Heemskerk, mr. Nieuwenhuis)
(Concl. A-G Hartkamp)
Noot prof. mr. N.E.D. Faber

Sale-and-lease-back-overeenkomst met betrekking tot drukpersen. Sale-and-lease-back-overeenkomst is geen "rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid" of "die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen". Geen strijd art. 3:84 lid 3 BW.

[BW art. 3:84 lid 3, 3:235]

De maatstaf voor de toepassing van art. 3:84 lid 3 BW moet, voor wat betreft het element "die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid", worden gezocht in het antwoord op de vraag of de rechtshandeling ertoe strekt de wederpartij in dier voege een zekerheidsrecht op het goed te verschaffen dat deze in zijn belangen als schuldeij-

ser ten opzichte van andere schuldeisers wordt beschermd. De kern van een zodanige bescherming ligt naar haar aard in de bevoegdheid om zich met voorrang boven andere schuldeisers op het goed te verhalen, hetgeen de bevoegdheid tot toe-eigening uitsluit (vgl. art. 3:235 BW).

Dienovereenkomstig levert een overeenkomst die de bevoegdheden van degene aan wie het goed wordt overgedragen, in geval van wanprestatie van zijn wederpartij beperkt tot het recht het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen, ingevolge art. 3:84 lid 3 BW niet een geldige titel voor overdracht op: partijen dienen dan gebruik te maken van (stil) pandrecht, onderscheidenlijk van hypotheek.

Strekt daarentegen de rechtshandeling van partijen tot "werkelijke overdracht" (in geval van een zaak: tot eigendomsoverdracht) en heeft zij derhalve de strekking het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan – en deze aldus meer te verschaffen dan enkel een recht op het goed, dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt – dan staat art. 3:84 lid 3 BW daaraan niet in de weg. Met name doet het dat niet, indien de overeenkomst ertoe strekt, enerzijds dat een zaak door de overdrager aan de verkrijger wordt verkocht en overgedragen, anderzijds dat de zaak door de verkrijger tegen betaling aan de overdrager in gebruik wordt gegeven onder zodanige voorwaarden dat de verkrijger in geval van wanprestatie van zijn wederpartij de overeenkomst slechts – voor wat betreft het gebruik – behoeft te ontbinden ten einde weer vrijelijk en volledig over zijn zaak te kunnen beschikken. Dit geldt ook als de overeenkomst is gesloten in verband met de verstrekking van enigerlei vorm van krediet aan de overdrager, zoals bij een sale-and-lease-back-overeenkomst naar haar aard het geval zal zijn. Opmerking verdient voorts dat het in dit verband ook geen verschil maakt of de overeenkomst betrekking heeft op zaken die degene die financiering behoeft, zich wil aanschaffen, dan wel op zaken die hij al langer in eigendom had, terwijl evenmin van belang is voor welk doel hij de bij de verkoop van de zaken aan de leasemaatschappij van deze ontvangen gelden wenst aan te wenden. Evenmin staat een beding krachtens hetwelk onderhoud en risico voor rekening van de overdrager blijven, eraan in de weg aan te nemen dat de