

lijk verschil van mening. Dat de minderheidsaandeelhouders zich behoorlijk moeten kunnen vereren tegen een te laag aanbod volgt wel uit een fundamenteel beginsel: hoor en wederhoor. Vanuit dat oogpunt was het cassatieberoep juist helemaal niet principieel. Het gunde de minderheidsaandeelhouders te weinig ruimte voor verweer. Dat bleek ook al uit de korte tijd die Fortbet liet verlopen na het verstekarrest (zie hiervoor onder 3). Hoewel Fortuna is genoteerd aan de beurzen van Praag en Warschau volstond Fortbet met een publicatie in een Nederlandse krant. Het lijkt erop dat Fortbet heeft gegokt op de onoplettendheid van de OK en de minderheidsaandeelhouders. Die gok heeft zij volkomen terecht verloren.

mr. A. Hammerstein
oud-raadsheer

290

Betaalautonomie van stichtingsbestuur in zicht van beëindiging van activiteiten

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
25 mei 2021, zaaknr. 200.282.798/01,
ECLI:NL:GHSHE:2021:1527
(mr. Los, mr. Frakes,
mr. Scholten van Aschat)
Noot mr. S.C.M. van Thiel

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Selectieve betaling. Inkomsten waren in elk geval geruime tijd voldoende om kosten voor instandhouding van onderneming te voldoen, maar niet voldoende om daarnaast schuld aan geïntimeerde te betalen. Een dergelijke afweging overschrijdt de grenzen van betaalautonomie van bestuur van stichting niet. Geen persoonlijk ernstig verwijt.

[BW art. 6:162]

Een schuldeiser is benadeeld omdat zijn verdring op een rechtspersoon onbetaald en onverhaalbaar is gebleven. Bij een dergelijke benadeling kan er grond zijn voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor het ge-

leden nadeel indien hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon zijn wettelijke of contractuele verplichtingen niet is nagekomen (HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen)). Daarvoor is echter wel vereist dat het handelen of nalaten van de bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is, dat hem daarvan, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, «JOR» 2014/296, m.nt. Kroeze (Tulip Air) en HR 17 januari 2020, «JOR» 2020/55, m.nt. Salemink).

Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult (HR 10 januari 1997, «JOR» 1997/29 (Staleman/Van de Ven)).

Selectieve betaling van schuldeisers is op zichzelf niet onrechtmatig tegenover de schuldeiser die geen betaling heeft ontvangen. Er bestaat immers geen algemene regel op grond waarvan een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, steeds onrechtmatig handelt wanneer hij een schuldeiser voldoet vóór andere schuldeisers, ook als hij daarbij geen rekening houdt met eventuele preferenties. Het staat (een bestuurder van) een vennootschap – dan ook – in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan (vgl. HR 26 maart 2010, «JOR» 2010/127, m.nt. Strik (ING/Zandvliet), r.o. 4.1.2). Dit uitgangspunt is bevestigd in het arrest van de HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, «JOR» 2019/123, m.nt. Tekstra, r.o. 3.5.1). Het uitgangspunt wordt

wel aangeduid als de betaalautonomie van het bestuur.

De betaalautonomie houdt beleidsvrijheid in, maar wel binnen de grenzen van behoorlijk bestuur. Een eigen afweging die een redelijk oordelende bestuurder met de voor het bestuur van de desbetreffende rechtspersoon vereiste bekwaamheden in de gegeven omstandigheden nimmer zou hebben gemaakt, overschrijdt deze grenzen. De eigen afweging van de bestuurder om te bepalen welke schuldeisers wel en niet worden voldaan, is dus niet aan elke toets onttrokken. Welke eisen in dat verband aan de eigen afweging van de bestuurder en het verantwoordden daarvan kunnen worden gesteld, hangt af van de omstandigheden van het geval.

In het zicht van het beëindigen van de activiteiten van een onderneming, met name bij insolventie, kan deze vrijheid van de rechtspersoon en de bestuurder beperkter zijn.

Dit geldt dan met name voor de keuze om wel betalingen te doen aan schuldeisers die aan de rechtspersoon zijn gelieerd of waarbij de bestuurder een persoonlijk belang heeft, maar niet aan andere schuldeisers indien deze keuze niet door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd (HR 12 juni 1998, «JOR» 1998/107, m.nt. Van den Ingh (Coral/Stalt), r.o. 3.4.3 en HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, r.o. 3.5.2).

De betaalautonomie van [stichting] brengt mee dat er op zichzelf geen reden was om [stichting] of haar bestuur verplicht te achten aan het betalen van de schuld aan Support ME voorrang te geven boven het betalen van andere schuldeisers of redelijke uitgaven. Het enkele feit dat Support ME zich op enig moment had voorzien van een executoriale titel voor verhaal van haar vordering, maakte dit niet anders.

Gegeven de betaalautonomie van [stichting] valt niet in te zien dat [stichting] haar activiteiten had moeten beëindigen, alleen omdat zij Support ME niet kon betalen, maar andere schuldeisers wel.

De betalingen die [stichting] heeft gedaan, betreffen de lopende, maandelijkse kosten voor het in stand houden van de onderneming, met de daaruit te verkrijgen inkomsten, terwijl de schuld aan Support ME betrekking had op kosten uit het verleden. De inkomsten uit de onderneming waren in elk geval geruime tijd voldoende om de lopende kosten te voldoen, maar niet voldoende om daarnaast de schuld aan Support ME te betalen. Een dergelijke afweging overschrijdt naar het oordeel

van het hof de grenzen van de betaalautonomie van het bestuur van [stichting] niet.

De conclusie is derhalve dat het handelen of nalaten van [appellant] ten opzichte van Support ME in de gegeven omstandigheden niet zodanig onzorgvuldig is geweest dat hem daarvan, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

[A],
appellant,
hierna aan te duiden als [appellant],
advocaat: mr. H.A.J. Stollenwerck,
tegen
Support ME BV,
geïntimeerde,
niet verschenen.

(...; red.)

3. De feiten

In dit hoger beroep gaat het hof uit van de feiten die de rechtbank heeft vastgesteld in het bestreden vonnis onder 2. Voor zover relevant vult het hof de opsomming aan met enkele andere feiten die tussen partijen vaststaan.

3.1. Op 24 juni 2016 is Stichting [stichting] opgericht. [appellant] was enig bestuurder van [stichting]. Bij [stichting] was [arts/medisch directeur] werkzaam als arts en medisch directeur.

3.2. Op 29 augustus 2016 hebben [stichting] en Support ME een zogenaamde overeenkomst van projectopdracht gesloten voor de duur van zes maanden. De overeenkomst hield in dat Support ME vanaf 1 oktober 2016 werknemers aan [stichting] zou uitleenen voor het vervullen van secretariaële diensten en/of het verlenen van diensten van interim-management. Deze werkzaamheden werden uitgevoerd door [medewerker 1].

3.3. Op 6 september 2016 hebben [stichting] en Support ME een tweede projectovereenkomst gesloten, nu voor de duur van zes maanden en twee dagen. Deze tweede overeenkomst betrof tijdelijke werkzaamheden, inhoudende dienstverlening met betrekking tot het opzetten van een office-secretariaat en processen ten behoeve van de ondersteuning van het management van [stichting]. Deze werkzaamheden werden uitgevoerd door [medewerker 2].

3.4. Support ME heeft [stichting] facturen verzonden voor de kosten van het uitlenen. Omdat [stichting] nalatig was met betaling van de factuurbedragen, heeft Support ME eerst op 26 januari 2017 de dienstverlening aan [stichting] opgeschort en vervolgens op 9 februari 2017 de overeenkomsten met [stichting] ontbonden.

3.5. Bij vonnis van de rechtbank Limburg van 29 maart 2017 is [stichting] op vordering van Support ME bij verstek veroordeeld tot betaling van € 46.404,14 uit hoofde van openstaande facturen, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, en € 21.505,10 aan schadevergoeding, te vermeerderen met wettelijke rente. Dit verstekvonnis is op 25 april 2017 aan [stichting] betekend en op 10 juni 2017 aan [appellant] in persoon. Het vonnis is onherroepelijk geworden. Aan het vonnis is niet voldaan.

3.6. Support ME heeft op 15 maart 2018 de rechtbank Limburg verzocht om [stichting] failliet te verklaren. [stichting] heeft geen verweer gevoerd. Bij vonnis van 3 april 2018 van de rechtbank Limburg is [stichting] bij verstek failliet verklaard.

4. De procedure in eerste aanleg

4.1. In de onderhavige procedure heeft Support ME gevorderd dat de rechtbank:

I. Voor recht verklaart dat [appellant] onrechtmatig jegens Support ME heeft gehandeld;

II. [appellant] veroordeelt tot het betalen van een bedrag van € 218.435,46 aan Support ME, althans een zodanig bedrag als uw rechtbank in goede justitie vermeent te behoren;

III. [appellant] veroordeelt tot het betalen van de buitengerechtigde kosten ad € 6.775,00, althans een zodanig bedrag als uw rechtbank in goede justitie vermeent te behoren;

IV. [appellant] veroordeelt in de kosten van dit geding, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis en, voor het geval voldoening niet binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover, te rekenen vanaf veertien dagen na dagtekening van het vonnis tot aan de dag der algehele voldoening, alsmede [appellant] te veroordelen in de nakosten met een bedrag van € 131,- dan wel, indien betekening plaatsvindt, met een bedrag van € 199,- en de eventuele verdere executiekosten.

4.2. [appellant] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. De stellingen en verweren van partijen

komen hierna aan de orde, voor zover in hoger beroep van belang.

4.3. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank de vorderingen toegewezen, met dien verstande dat de vordering onder II is toegewezen tot een bedrag van € 77.103,46.

5. De beoordeling in hoger beroep

5.1. [appellant] heeft in hoger beroep vijf grieven aangevoerd. [appellant] heeft geconcludeerd tot het vernietigen van het bestreden vonnis en tot het alsnog afwijzen van de vorderingen.

Bevoegdheid

5.2. [appellant] heeft woonplaats in Duitsland, Support ME in Nederland. De bevoegdheid van de Nederlandse rechter volgt reeds uit art. 26 van de Brussel I bis-Verordening. [appellant] is immers in eerste aanleg verschenen en heeft daar de bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet betwist, terwijl er geen ander gerecht bestaat dat krachtens art. 24 van de Brussel I bis-Verordening bij uitsluiting bevoegd is.

Toepasselijk recht

5.3. Tussen partijen is niet in geschil dat op grond van art. 4 lid 1 van de Rome II-Verordening het Nederlands recht van toepassing is, omdat de schade, waarvan Support ME in dit geding vergoeding vordert, in Nederland is geleden.

Kern van het geschil

5.4. Support ME stelt dat [appellant] als bestuurder van [stichting] onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld in verband met het feit dat [stichting] haar vorderingen niet (volledig) heeft betaald.

Support ME verwijt in dit verband [appellant] het volgende, volgens haar eigen samenvatting (dagvaarding nr. 43):

“1) [appellant] heeft bewerkstelligd dan wel toegelaten dat [stichting] een wettelijke en/of contractuele verplichting jegens Support ME niet is nagekomen, terwijl hij redelijkerwijs had moeten voorzien dat Support ME hierdoor schade leed;

2) [appellant] heeft bewerkstelligd dan wel toegelaten dat Support ME door [stichting] onbetaald is gelaten, terwijl andere crediteuren wel werden voldaan (selectieve betaling);

3) [appellant] heeft bewerkstelligd dan wel toegelaten dat Support ME in het verhaal van haar vordering werd gefrustreerd.”

Support ME verlangt dat [appellant] bij wijze van schadevergoeding haar vorderingen op [stichting] betaalt, voor zover deze onbetaald zijn gebleven.

5.5. Uit het bestreden vonnis blijkt dat de rechtbank van oordeel is dat [appellant] een ernstig verwijt treft “dat valt binnen het bereik van selectieve betaling”, omdat niet blijkt dat hij zich heeft ingespannen om aan het verstekvonnis van 29 maart 2017 te voldoen, terwijl wel betalingen aan andere schuldeisers zijn gedaan en in elk geval gedeeltelijke betaling aan Support ME had kunnen plaatsvinden. De keus is volgens de rechtbank gemaakt om Support ME niet te betalen en andere schuldeisers wel, aldus de rechtbank. Voor het geval [appellant] daarmee geen actieve bemoeienis heeft gehad, “valt zijn totale nalatigheid om te zorgen voor betaling conform het verstekvonnis binnen het bereik van het geval van de bestuurder die toelaat dat selectief is betaald”. Op grond hiervan is [appellant] naar het oordeel van de rechtbank aansprakelijk voor het bedrag tot betaling waarvan [stichting] bij het eerdergenoemde verstekvonnis is veroordeeld. De grieven 1 en 2 hebben betrekking op dit oordeel.

5.6. De rechtbank is verder van oordeel dat geen redelijk denkend bestuurder na een dergelijk onherroepelijk verstekvonnis doorgaat met een kleine rechtspersoon als [stichting], zonder dat er voldoende zekerheid is dat deze rechtspersoon levensvatbaar is en op redelijke termijn aan het vonnis kan voldoen. Gesteld noch gebleken is volgens de rechtbank dat een redelijk denkend bestuurder na dit vonnis het bedrijf van [stichting] zou hebben voortgezet, en ook dat levert een ernstig verwijtbaar handelen op. Hierop heeft grief 3 betrekking.

5.7. De rechtbank heeft de vorderingen van Support ME afgewezen, voor zover die betrekking hebben op boetes die [stichting] volgens Support ME verschuldigd was.

Op deze beslissing hebben de grieven geen betrekking. Het hof neemt daarom aan dat het bestreden vonnis alleen in hoger beroep is voorgelegd, voor zover de vorderingen van Support ME zijn toegewezen.

Maatstaf bestuurdersaansprakelijkheid

5.8. Het gaat in dit geval om een schuldeiser die is benadeeld, omdat zijn vordering op een rechtspersoon onbetaald en onverhaalbaar is gebleven. Bij een dergelijke benadeling kan er grond zijn

voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor het geleden nadeel, indien hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon zijn wettelijke of contractuele verplichtingen niet is nagekomen (HR 8 december 2006 («JOR» 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen); *red.*), ECLI:NL:HR:2006:AZ0758). Daarvoor is echter wel vereist dat het handelen of nalaten van de bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is, dat hem daarvan, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 5 september 2014 («JOR» 2014/296, m.nt. Kroeze (Tulip Air); *red.*), ECLI:NL:HR:2014:2628, HR 17 januari 2020 («JOR» 2020/55, m.nt. Saleminck; *red.*), ECLI:NL:HR:2020:73).

Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult (HR 10 januari 1997 («JOR» 1997/29 (Staleman/Van de Ven); *red.*), ECLI:NL:HR:1997:ZC2243).

5.9. Naar het oordeel van het hof maakt het in deze zaak geen relevant verschil dat [appellant] geen vennootschap bestuurde, maar een stichting. Ook partijen hebben niet op een dergelijk verschil gewezen.

Selectieve betaling

5.10. Selectieve betaling van schuldeisers is op zichzelf niet onrechtmatig tegenover de schuldeiser die geen betaling heeft ontvangen, anders dan de rechtbank lijkt te hebben aangenomen. Er bestaat immers geen algemene regel op grond waarvan een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, steeds onrechtmatig handelt wanneer hij een schuldeiser vol doet vóór andere schuldeisers, ook als hij daarbij

niet rekening houdt met eventuele preferenties. Het staat (een bestuurder van) een vennootschap – dan ook – in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan (vgl. HR 26 maart 2010 («JOR» 2010/127, m.nt. Strik; *red.*), ECLI:NL:HR:2010:BK9654, rechtsoverweging 4.1.2). Dit uitgangspunt is bevestigd in het arrest van de Hoge Raad van 12 april 2019 («JOR» 2019/123, m.nt. Tekstra; *red.*), (ECLI:NL:HR:2019:576, rov. 3.5.1). Het uitgangspunt wordt wel aangeduid als de betaalautonomie van het bestuur.

5.11. De betaalautonomie houdt beleidsvrijheid in, maar wel binnen de grenzen van een behoorlijk bestuur. Een eigen afweging die een redelijk oordelende bestuurder met de voor het bestuur van de desbetreffende rechtspersoon vereiste bewaamheden in de gegeven omstandigheden nimmer zou hebben gemaakt, overschrijdt deze grenzen. De eigen afweging van de bestuurder om te bepalen welke schuldeisers wel en niet worden voldaan, is dus niet aan elke toets is onttrokken. Welke eisen in dat verband aan de eigen afweging van de bestuurder en het verantwoorden daarvan kunnen worden gesteld, hangt af van de omstandigheden van het geval.

5.12. In het zicht van het beëindigen van de activiteiten van een onderneming, met name bij insolventie, kan deze vrijheid van de rechtspersoon en de bestuurder beperkter zijn.

Dit geldt dan met name voor de keuze om wel betalingen te doen aan schuldeisers die aan de rechtspersoon zijn gelieerd of waarbij de bestuurder een persoonlijk belang heeft, maar niet aan andere schuldeisers, indien deze keuze niet door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd (HR 12 juni 1998 («JOR» 1998/107, m.nt. Van den Ingh (Coral/Stalt); *red.*), ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, rov. 3.4.3; HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, rov. 3.5.2).

5.13. Uit de stellingen van partijen blijkt dat de gedragingen die Support ME aan [appellant] verwijt, niet plaatsvonden in het zicht van het beëindigen van de activiteiten van de onderneming van [stichting]. Volgens Support ME was, in elk geval aanvankelijk, ook geen sprake van insolventie. Support ME heeft aangevoerd dat zij niet werd betaald, hoewel [stichting] wel degelijk beschikte over liquiditeiten en voldoende inkomsten had om Support ME te betalen (dagvaarding nr. 48).

Support ME heeft ook niet concreet gemaakt dat [stichting], in elk geval vóór het verzoek van Support ME tot faillietverklaring van [stichting], andere schulden onbetaald liet dan de schuld aan Support ME.

5.14. Verder blijkt uit de stellingen van partijen dat [appellant] weliswaar bestuurder was, maar feitelijk weinig bij [stichting] was betrokken. Support ME heeft volgens haar eigen stellingen steeds gesproken met [arts/medisch directeur]. [arts/medisch directeur] heeft Support ME al ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten meegedeeld dat [appellant] in Duitsland woonde en werkzaam was, druk was met zijn eigen kliniek en zich daarom niet of nauwelijks bemoeide met [stichting], dat het contact voor de dagelijkse gang van zaken moest verlopen via [arts/medisch directeur] en dat de financiële zaken en alle overige kwesties geheel overgelaten werden aan [arts/medisch directeur] (dagvaarding nr. 10).

De curator in het faillissement van [stichting] heeft dit kennelijk later aan Support ME bevestigd. Support ME heeft niet of niet voldoende weersproken dat juist is wat zij van de curator in het faillissement van [stichting] heeft vernomen, namelijk dat [appellant] zich niet of nauwelijks bemoeide met de gang van zaken binnen [stichting], maar die overliet aan [arts/medisch directeur], en dat hij ook het doen van betalingen overliet aan [arts/medisch directeur] (dagvaarding nr. 39). [appellant] zelf heeft bij conclusie van antwoord (nrs. 4.9 en 5.4) aangevoerd dat hij in naam bestuurder was, maar zonder salaris of onkostenvergoeding, dat hij nauwelijks in [stichting] werkte en dat hij niet persoonlijk betrokken was bij gedragingen die Support ME [stichting] verwijt. Ook dit is niet (voldoende) tegengesproken. Uit de bankoverzichten die Support ME in het geding heeft gebracht, blijkt verder niets van betalingen aan [appellant] of van betalingen waarbij hij een persoonlijk belang had.

5.15. Waar Support ME stelt dat het er meer op lijkt dat sprake was van betalingsonwil (dagvaarding nr. 47), verwijst Support ME naar betalingen die [stichting] aan anderen dan Support ME heeft gedaan en waarvan Support ME stelt dat die nodeloos of zonder rechtsgrond waren. In aanmerking genomen dat [appellant] het doen van betalingen heeft overgelaten aan [arts/medisch directeur], moet worden aangenomen dat het [arts/medisch directeur] was, die de betalingen namens [stichting] heeft gedaan. Support ME

heeft geen concrete feiten of omstandigheden naar voren gebracht die het oordeel rechtvaardigen dat [appellant] uit onwil betaling van Support ME achterwege heeft gelaten.

5.16. Gelet op het een en ander blijft in wezen ten aanzien van [appellant] alleen het verwijt over dat hij geen of onvoldoende toezicht heeft gehouden op het handelen van [arts/medisch directeur] en geen maatregelen heeft getroffen om ervoor te zorgen dat de schuld aan Support ME werd betaald. Daarmee heeft [appellant] volgens Support ME toegelaten dat de schuld aan Support ME onbetaald bleef.

5.17. In dit verband is van belang dat Support ME onvoldoende heeft aangevoerd om te oordelen dat het enkele feit dat [appellant] de gang van zaken en het doen van betalingen overliet aan [arts/medisch directeur], op zichzelf reeds zodanig onzorgvuldig jegens Support ME was dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt valt te maken ten aanzien van mogelijk onzorgvuldige handelingen van [arts/medisch directeur]. [arts/medisch directeur] had Support ME bovendien al ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten met [stichting] op de hoogte gesteld hoe de taakverdeling tussen haar en [appellant] was. Voor Support ME was dit kennelijk geen reden om van het sluiten van de overeenkomsten af te zien. Hetgeen Support ME heeft aangevoerd over de achtergrond van [arts/medisch directeur], met name dat zij failliet was of was geweest en betrokken was geweest bij een faillissement van [X] B.V., maakt dit niet anders. Feiten of omstandigheden waaruit volgt dat [appellant] op basis van deze faillissementen reden had om aan te nemen dat [arts/medisch directeur] ongeschikt was voor haar taak bij [stichting], zijn niet of niet voldoende naar voren gebracht.

5.18. Wel mocht van [appellant] als zorgvuldig handelend bestuurder, die was berekend voor zijn taak en deze taak nauwgezet uitvoerde, worden verwacht dat hij zou nagaan of de schuld aan Support ME kon worden betaald, gegeven andere betalingen die [stichting] had te doen, vanaf het moment dat hij van de schuld in kennis werd gesteld. [appellant] werd in november 2016 door Support ME op de hoogte gesteld van het onbetaald blijven van haar facturen (akte Support ME, prod. 11). [appellant] heeft toen (bij e-mail van 29 november 2016) aan Support ME laten weten dat hij met [arts/medisch directeur] bezig was om fi-

nancieringsmogelijkheden te onderzoeken (akte Support ME, prod. 14).

5.19. Uit de e-mail van 29 november 2016 valt op te maken dat [appellant] in overleg was getreden met [arts/medisch directeur] over de financiële situatie bij [stichting]. Het mag van [appellant] worden verwacht dat hij daarbij inzicht vroeg en kreeg in inkomsten en financiële verplichtingen van [stichting]. Indien hem daaruit bleek of moest blijken dat er voldoende middelen beschikbaar waren om Support ME te betalen en deze middelen niet daarvoor werden aangewend, maar voor het betalen van anderen, hoewel daartoe voor [stichting] geen verplichting of redelijke grond bestond, kan er reden zijn om te oordelen dat [appellant] persoonlijk een ernstig verwijt treft dat hij heeft toegelaten dat Support ME niet werd betaald.

5.20. Het hof tekent hierbij het volgende aan. De betaalautonomie van [stichting] brengt mee dat er op zichzelf geen reden was om [stichting] of haar bestuur verplicht te achten aan het betalen van de schuld aan Support ME voorrang te geven boven het betalen van andere schuldeisers of redelijke uitgaven. Het enkele feit dat Support ME op enig moment zich had voorzien van een executoriale titel voor verhaal van haar vordering, maakte dit niet anders. De titel maakte de vordering niet preferent, en bovendien tasten preferenties de betaalautonomie niet aan.

5.21. In wezen slagen hiermee reeds de grieven 1 en 2. De rechtbank heeft immers niets vastgesteld waaruit blijkt dat [stichting] haar betaalautonomie te buiten ging en dat [appellant] daarvan persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken.

5.22. In het verlengde hiervan slaagt ook grief 3. Gegeven de betaalautonomie van [stichting] valt niet in te zien dat [stichting] haar activiteiten had moeten beëindigen, alleen omdat zij Support ME niet kon betalen, maar andere schuldeisers wel. Bovendien heeft Support ME niet aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat [stichting] in de periode na het verstekvonnis niet levensvatbaar was en valt dit uit de stellingen van partijen ook niet op te maken. Integendeel, volgens Support ME had [stichting] voldoende inkomsten om haar te betalen.

Ten slotte is niet goed te begrijpen waarom het voortzetten van de onderneming van [stichting] onrechtmatig is jegens Support ME, hoewel Support ME geen werkzaamheden meer voor de voortgezette onderneming verrichtte. Ook bij het

beëindigen van de onderneming zou Support ME immers geen betaling op haar vordering hebben ontvangen. Verder is gesteld noch gebleken dat de mogelijkheden voor Support ME om haar vordering op [stichting] te verhalen, door het voortzetten van de onderneming zijn verslechterd.

5.23. Het slagen van de grieven brengt nog niet mee dat de vorderingen van Support ME hadden moeten worden afgewezen. Het hof moet immers nagaan of in de stellingen van Support ME die de rechtbank niet heeft besproken, wél een voldoende grondslag is gelegen voor het toewijzen van de vorderingen.

5.24. De kern van het betoog van Support ME op dit punt is dat [stichting] betalingen heeft gedaan, zonder dat daarvoor een rechtsgrond bestond, terwijl Support ME onbetaald werd gelaten. Voorop staat dat het er niet om gaat of Support ME betalingen noodzakelijk vindt en of die betalingen volgens Support ME een grondslag vinden in rechtsverhoudingen die tot betaling verplichtten. Het gaat erom of een redelijk oordelende bestuurder met de voor het bestuur van [stichting] vereiste bekwaamheden nimmer tot de afweging had kunnen komen om in de gegeven omstandigheden de betalingen in het belang van [stichting] te doen, ondertussen betaling van Support ME achterwege latend.

5.25. De betalingen waar Support ME zich tegen verzet, betreffen personeel, tankkosten en huur in de periode van 15 oktober 2016 tot en met 25 april 2018 (dagvaarding nrs. 66-69). Voor het overige heeft Support ME niet of onvoldoende gesteld dat de betalingen vallen buiten de grenzen van de betaalautonomie van het bestuur van [stichting].

5.25.1. De betalingen aan het personeel zijn betalingen aan [medewerker 3] en [medewerker 4].

In de periode van 15 oktober 2016 tot en met 25 april 2018 is aan hen € 26.791,62 betaald (dagvaarding nr. 66). Waarom Support ME aanneemt dat deze personen geen werkzaamheden voor [stichting] hebben verricht, maakt Support ME niet of onvoldoende duidelijk. De enkele omstandigheid dat [medewerker 4] eerder bij [X] B.V. langdurig ziek is geweest en een relatie van [arts/medisch directeur] was, maakt niet dat zij in de genoemde periode, bij [stichting], geen werkzaamheden heeft kunnen verrichten. Support ME heeft overigens ook niet concreet weersproken wat [appellant] in eerste aanleg heeft aangevoerd, namelijk dat [medewerker 4] werknemer was en

dat [medewerker 3] poetsvrouw was (conclusie van antwoord nr. 5.3).

Support ME heeft dus te weinig gesteld voor het oordeel dat [stichting] onverplicht of zonder redelijke grond betalingen aan [medewerker 3] en [medewerker 4] heeft gedaan.

5.25.2. De tankkosten bedragen in genoemde periode in totaal € 4.609,94 (dagvaarding nr. 67). De omstandigheid dat [stichting] geen eigen auto's had, dat het volgens Support ME ongebruikelijk is om tankkosten voor personeel te betalen, dat dergelijke kosten moeten worden gedeclareerd en dat niet is gebleken van afspraken over het vergoeden van dergelijke kosten, brengt niet mee dat [stichting] geen redelijke grond had om dergelijke kosten te vergoeden aan wie voor haar werkzaam was. Feiten of omstandigheden waaruit volgt dat dit anders is, zijn niet aangevoerd. Bovendien is een gemiddelde vergoeding van ongeveer € 250,00 per maand niet buitensporig te noemen.

5.25.3. De huur betreft een bedrag van € 1.150,00 per maand aan [verhuurder]. [appellant] heeft verklaard dat de beloning die [arts/medisch directeur] kreeg voor haar werk als medisch directeur/arts voor [stichting], was gelegen in het betalen van kosten voor [arts/medisch directeur], met name de huur en benzine (conclusie van antwoord nr. 5.3). Dat is aannemelijk, omdat niet blijkt van andere betalingen die als beloning voor de werkzaamheden van [arts/medisch directeur] kunnen gelden. Of hiermee werd beoogd inkomsten voor de curator in het faillissement van [arts/medisch directeur] verborgen te houden (dagv. nr. 68), doet in dit verband niet ter zake. Feiten of omstandigheden waaruit volgt dat [stichting] geen redelijke grond had om [arts/medisch directeur] te belonen voor haar werk of dat de beloning buiten proportie was, zijn gesteld noch gebleken.

5.26. Uit het voorgaande volgt dat [appellant] de aard en strekking van de besproken betalingen en de afweging om de betalingen te doen, voldoende heeft toegelicht. Ook is voldoende toegelicht waarom voorrang is gegeven aan deze betalingen boven het betalen van de schuld aan Support ME. De betalingen die [stichting] heeft gedaan, betreffen de lopende, maandelijksse kosten voor het in stand houden van de onderneming, met de daaruit te verkrijgen inkomsten, terwijl de schuld aan [stichting] betrekking had op kosten uit het verleden. De inkomsten uit de onderneming waren, zo volgt uit de stellingen van partijen, in elk geval geruime tijd voldoende om de lopende kosten te

voldoen, maar niet voldoende om daarnaast de schuld aan Support ME te betalen. Een dergelijke afweging overschrijdt naar het oordeel van het hof niet de grenzen van de betaalautonomie van het bestuur van [stichting]. Alles bij elkaar is daarom de conclusie dat Support ME te weinig heeft aangevoerd om te oordelen dat de betalingen die [stichting] heeft gedaan en waartegen Support ME bezwaar heeft, voor [appellant] redenen hadden moeten zijn om deze te verhinderen, ten voordele van het betalen van de schuld aan Support ME.

Andere verwijten

5.27. Support ME heeft verder nog gesteld dat het er de schijn van heeft dat contante betalingen door cliënten van [stichting] buiten de boeken en het bereik van schuldeisers werden gehouden (dagvaarding nr. 70). Naar het oordeel van het hof is dit slechts speculatie. Bovendien heeft Support ME geen feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit blijkt dat [appellant] hierbij was betrokken, of dat hij hiervan wist of moest weten, ook bij een naar redelijkheid te vergen toezicht.

5.28. Ten slotte heeft Support ME [appellant] verweten dat hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat verhaal van de vordering van Support ME op de inventaris van [stichting] is gefrustreerd (dagvaarding nr. 64). Support ME voert daartoe aan dat [stichting] bij een poging tot beslaglegging op 3 februari 2017 heeft meegedeeld dat de inventaris niet haar eigendom was en dat [stichting] daartoe een koopovereenkomst van 18 januari 2017 heeft getoond (akte Support ME prod. 25). Volgens Support ME is het vreemd dat [stichting] de inventaris aan [betrokkene] heeft verkocht en overgedragen, zonder daarvoor een koopprijs te verlangen, en zij stelt dat deze verkoop en overdracht niet in het belang van [stichting] waren.

5.29. De stellingen van Support ME berusten op een verkeerde lezing van de koopovereenkomst. Volgens de koopovereenkomst gaat het om inventaris die eigendom is van [betrokkene], die [betrokkene] ter beschikking had gesteld aan [X] B.V. en waarvan het gebruik na het faillissement van [X] B.V. is voortgezet door [stichting]. [stichting] verkoopt deze inventaris niet aan [betrokkene], maar [betrokkene] verkoopt deze inventaris aan [stichting], waarbij de eigendom naar [stichting] zou overgaan na betaling van de koopsom. Reeds om deze reden gaat het verwijt dat Support ME [appellant] op dit punt maakt, niet op. Support

ME heeft overigens ook geen feiten of omstandigheden naar voren gebracht waaruit volgt dat onjuist is wat in de koopovereenkomst is vermeld. Ten overvloede tekent het hof hierbij aan dat als het verwijt van Support ME terecht was geweest, haar schade beperkt zou zijn geweest tot de verkoopopbrengst van de inventaris. Wat de inventaris zou hebben opgebracht, heeft Support ME niet gesteld, zodat het hof haar geen bedrag aan schadevergoeding had kunnen toekennen.

5.30. De conclusie is dat ook in hetgeen Support ME verder nog heeft aangevoerd, geen grondslag is gelegen om te oordelen dat het handelen of nalaten van [appellant] ten opzichte van Support ME in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is geweest, dat hem daarvan, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De vorderingen van Support ME hadden daarom moeten worden afgewezen.

Buitengerechtelijke kosten en proceskosten eerste aanleg

5.31. De omstandigheid dat de vorderingen van Support ME niet toewijsbaar zijn, brengt mee dat zij ook geen aanspraak heeft op het vergoeden van buitengerechtelijke kosten.

Grief 4 slaagt dus. Bovendien had Support ME vanwege haar ongelijk in de proceskosten van de eerste aanleg behoren te worden veroordeeld. Ook grief 5 treft dus doel.

Slotsom

5.32. De grieven slagen. Omdat ook hetgeen Support ME in eerste aanleg heeft aangevoerd en de rechtbank onbesproken heeft gelaten, niet tot het toewijzen van de vorderingen van Support ME kan leiden, zal het hof het bestreden vonnis vernietigen, voor zover dit aan het hof is voorgelegd, en de vorderingen alsnog afwijzen.

Proceskosten

5.33. De proceskosten van beide instanties komen ten laste van Support ME, omdat zij in het ongelijk is gesteld. Het salaris van de advocaat van [appellant] wordt bepaald aan de hand van het liquidatietarief. Voor de eerste aanleg is dit het liquidatietarief dat gold op de dag waarop het bestreden vonnis is uitgesproken. Daarbij past het hof tarief VI toe, gelet op de vorderingen die Support ME in eerste aanleg heeft ingesteld. In

hoger beroep is het nu geldende liquidatietarief van toepassing. Daarbij past het hof tarief IV toe, omdat in hoger beroep alleen de vorderingen van Support ME aan de orde zijn, voor zover de rechtbank die heeft toegewezen. Met inachtneming hiervan stelt het hof de proceskosten tot heden aan de zijde van [appellant] als volgt vast: (...; *red.*).

6. De uitspraak

Het hof:

- 6.1. vernietigt het bestreden vonnis, voor zover het 5.1 tot en met 5.6 van het dictum betreft;
- 6.2. in zoverre opnieuw rechtdoende, wijst de vorderingen die de rechtbank heeft toegewezen als nog af;
- 6.3. veroordeelt Support ME in de proceskosten van beide instanties (...; *red.*); beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na de dag van deze uitspraak tot de dag van betaling;
- 6.4. verklaart dit arrest zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Deze zaak gaat over de vermeende aansprakelijkheid van een bestuurder van een stichting jegens een onbetaald gebleven crediteur, met een focus op het verwijt van selectieve betaling. Anders dan de rechtbank, oordeelt het hof dat de bestuurder niet aansprakelijk is. Dat is geen verrassende uitkomst gelet op de ruimte die de Hoge Raad aan het bestuur laat om bij krapte te kiezen welke schulden wel en welke niet worden betaald.

2. Deze uitspraak betreft het hoger beroep tegen het vonnis van de Rechtbank Limburg van 12 augustus 2020 (ECLI:NL:RBLIM:2020:6073). De stichting International Centre for Chronic Diseases werd in juni 2016 opgericht, op initiatief van de enige bestuurder van de stichting, die ik hierna X zal noemen. Support ME had in de maanden na de oprichting twee mensen bij de stichting gedetacheerd voor secretariële en andere ondersteunende diensten. Maar de facturen werden niet betaald, waarna Support ME haar overeenkomst met de stichting ontbond. In maart 2017 behaalde Support ME in een incassoprocedure een vonnis tegen de stichting, nadat de stichting verstek had laten gaan, maar ook dat

leidde niet tot betaling van de facturen. Een jaar later werd de stichting failliet verklaard, op verzoek van Support ME. Support ME probeerde vervolgens haar schade, de onbetaald gebleven facturen, op bestuurder X te verhalen. De rechtbank ging hierin mee en veroordeelde hem tot schadevergoeding. In hoger beroep was het ditmaal Support ME die niet verscheen, waarbij zij kennelijk vertrouwd op de devolutieve werking van het hoger beroep. Die kon echter niet voorkomen dat het hof de grieven deed slagen en het vonnis vernietigde. Bestuurder X gaat in dit hoger beroep dus "vrijuit".

3. Net als de rechtbank, beoordeelt het hof de gestelde aansprakelijkheid met de maatstaf die de Hoge Raad in verband met onbehoorlijk bestuur van nv's en bv's ontwikkelde; het "ernstig verwijt"-criterium. Het hanteren van deze maatstaf is logisch omdat hij bij art. 2:9 BW hoort, dat ook op de stichting van toepassing is (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2018, «JOR» 2019/75, m.nt. Wintgens-van Luijn). In het verlengde daarvan is het "ernstig verwijt"-criterium ook de maatstaf voor gevallen van vermeende externe aansprakelijkheid bij een stichting, zoals in deze kwestie (vgl. Hof Amsterdam 18 december 2018, «JOR» 2019/55, m.nt. Westenbroek, r.o. 3.7). De stichting is naar haar aard geen typische bedrijfsvorm voor ondernemerschap, terwijl dat ondernemen juist wel de rechtvaardiging is voor het hanteren van de hoge drempel van het "ernstig verwijt"-criterium (vgl. HR 20 juni 2008, «JOR» 2008/260, m.nt. Borrius (*Willemsen/NOM*)). Dat maakt de toepassing van het criterium bij de stichting echter niet problematisch. De eerste van de in *Staleman/Van de Ven* (HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. Maeijer) genoemde omstandigheden ter invulling van het criterium is de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten. Dat geeft de rechter ruimte om met de aard van de betrokken stichting rekening te houden. Overigens lijkt de stichting in het onderhavige geval volledig op de door haar gedreven onderneming gericht te zijn geweest zodat het feit dat het een stichting betrof, en dus geen nv of bv, feitelijk geen betekenis zal hebben gehad. Het hof lijkt daar ook op te doelen in r.o. 5.9.

4. Support ME verwijt de bestuurder dat haar facturen onbetaald bleven terwijl de stichting daarvoor wel de middelen had, in elk geval aanvankelijk. Daarnaast verwijt zij de bestuurder dat

andere schuldeisers in die periode wél werden betaald. Deze verwijten hebben karaktertrekken van zuivere betalingsonwil en van selectieve betaling. Deze twee archetypen zijn in elk geval dogmatisch van elkaar te onderscheiden. Zuivere betalingsonwil kenmerkt zich door de intentionele niet-nakoming door de vennootschap, terwijl die wel de financiële middelen heeft om de betrokken schuld te voldoen (of kan hebben; vgl. *Van Waning/Van Vliet*, HR 3 april 1992, als klassieker gepubliceerd in «JOR» 2021/262, m.nt. Van Bekkum). Kenmerkend voor selectieve betaling is dat de vennootschap (maar in dit geval dus de stichting) onvoldoende middelen heeft om al haar schulden te voldoen. Het gaat dan meestal om een noodlijdende onderneming. De bestuurder wordt door de financiële situatie gedwongen om te kiezen welke schulden wel en welke niet worden voldaan.

5. Het hof behandelt deze zaak vooral als een vermeend geval van selectieve betaling. Het signaleert in dat kader dat het in beginsel aan de bestuurder is om te bepalen welke schuld wel en welke niet wordt voldaan, onder verwijzing naar *ING/Zandvliet* (HR 26 maart 2010, «JOR» 2010/127, m.nt. Strik). Bartman heeft deze vrijheid bestempeld als de “betaalautonomie” van de bestuurder (AA 2011, p. 128). Die vrijheid is evenwel niet aan elke toets onttrokken, aldus het hof. En dat is juist. Selectieve betalingen aan partijen die aan de bestuurder gelieerd zijn, kunnen bijvoorbeeld tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder leiden; zie *Coral/Stalt* (HR 12 juni 1998, *NJ* 1998/727, m.nt. Van Schilfgaarde). De Hoge Raad overwoog in dat arrest dat in een dergelijk geval, van een betaling aan een gelieerde partij, de aansprakelijkheid van de bestuurder in beginsel is gegeven. Bartman en anderen hebben bepleit om deze “in beginsel”-regel uit te breiden naar alle selectieve betalingen die plaatsvinden vanaf het moment waarop de vennootschap in de “feitelijke liquidatiefase” is beland, dat wil zeggen wanneer duidelijk is geworden dat een faillissement onafwendbaar is. De Hoge Raad wilde hier echter niet aan, zelfs niet in een situatie waarin het bestuur zelf het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd, zo bleek niet zo lang geleden in het arrest *Ingwersen q.q./Kromme Leek BV c.s.* (HR 12 april 2020, «JOR» 2020/55, m.nt. Saleminck), waar het hof in dit arrest ook aan refereert. Zie verder hierover: Linskens & Van Thiel, ‘Selectieve betalingen

in het zicht van (mogelijke) insolventie – ruim baan voor de bestuurder?’, *O&F* 2020/4.

6. Het hof heeft in het eerste deel van zijn beoordeling zichtbaar te kampen met enerzijds een vonnis dat op belangrijke punten feitelijke constatering miste en anderzijds een gebrek aan stellingen vanuit Support ME, wat waarschijnlijk versterkt werd doordat Support ME niet in het hoger beroep verscheen. Uit r.o. 5.13 en 5.15 blijkt dat Support ME de zaak vooral als een kwestie van betalingsonwil had ingestoken, maar ook dat zij geen concrete feiten en omstandigheden naar voren heeft gebracht om dat te ondersteunen. Een gemiste kans dus. Wat overbleef, was de klacht dat Support ME niet, maar andere schuldeisers wél werden betaald. Maar daar komt de hiervoor genoemde betaalautonomie om de hoek kijken, die de bestuurder zeer veel vrijheid geeft om te kiezen welke schulden wel en welke niet worden voldaan. Het hof benadrukt dat nogmaals in r.o. 5.20. Die herhaling is een voorteken van wat er daarna volgt. Allereerst constateert het hof dat de rechtbank niet heeft vastgesteld waaruit blijkt dat de stichting (wellicht beter: de bestuurder) de betaalautonomie te buiten is gegaan (r.o. 5.22), zodat de daarop gerichte grieven alvast slagen. Heel correct gaat het hof vervolgens vanaf r.o. 5.24 onderzoeken of er stellingen van Support ME uit de eerste aanleg zijn die de rechtbank onbesproken heeft gelaten maar die het verwijt van selectieve betaling zouden kunnen ondersteunen. Het gaat in dat onderzoek vooral om toetsing van de redenen die X had aangevoerd waarom de andere schulden wél werden voldaan. Het betrof personeelskosten, tankkosten en huur. Deze worden door het hof, begrijpelijk, als instandhoudingskosten beoordeeld, terwijl de schuld aan Support ME een schuld uit het verleden was, zodat geen sprake was van ongeoorloofd selectief betalen. X wordt door het hof dus niet aansprakelijk gehouden jegens Support ME. De toetsing door het hof is technisch juist lijkt me en de uitkomst is, tegen de achtergrond van de keuzevrijheid die de bestuurder door de Hoge Raad wordt gegund, vast ook te rechtvaardigen. Toch lijkt de uitkomst ergens te wringen, omdat het lastig te verklaren is waarom Support ME almaar niet werd betaald, ook niet deels, en zij intussen alles uit de kast heeft gehaald om betaald te worden (incasso, beslag, bestuurdersaansprakelijkheid), maar uiteindelijk met lege handen achterbleef. Dat komt,

als ik het hof goed begrijp, dus vooral doordat het verwijt van betalingsonwil niet werd onderbouwd. Daar kon het hof niets aan doen.

mr. S.C.M. vanThiel
advocaat bij Evers Soerjatin

291

Peildatum voor intreden bestuurdersaansprakelijkheid bij onterecht gelegd beslag

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
15 juni 2021, zaaknr. 200.255.812,
ECLI:NL:GHARL:2021:5817
(mr. Sap, mr. Evers, mr. Bijl)
Noot mr. dr. G.J.P. Molkenboer

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Schade in verband met onterecht gelegd beslag door vennootschap. Bestuurder had op peildatum ernstig rekening moeten houden met mogelijkheid dat vordering waarvoor beslag was gelegd niet zou komen vast te staan en een vordering uit hoofde van schadevergoeding op vennootschap zou resterende. Persoonlijk ernstig verwijt. Verwijzing naar HR 4 april 2014, «JOR» 2015/1, m.nt. Verboom (Air Holland).

[BW art. 6:162]

Het gaat er in dit geval om of [appellant 3], als bestuurder, wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap (leggen en handhaven van beslag en vervangende zekerheid) tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Dit betekent dat voor een ernstig verwijt (...) voldoende is dat de bestuurder ten tijde van het hem verweten handelen of nalaten ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat ondanks de gestelde tegenvordering een vordering op de vennootschap zou resterende (HR 4 april 2014, «JOR» 2015/1, m.nt. Verboom (Air Holland)). Deze situatie is dus te onderschei-

den van de aansprakelijkheid van de vennootschappen zelf.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van [appellant 3] hebben Prowinko c.s. aangevoerd dat [appellant 3] reeds persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt op het moment dat de beslagen zijn gelegd, eind 2008. Dat standpunt volgt het hof niet. Aan [appellant 3] kan voor het leggen van het beslag in 2008 geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt alleen omdat de vennootschappen Nesia en Hesco op dat moment geen buffer hadden om een eventuele vordering op grond van onrechtmatig beslag te zijner tijd te kunnen voldoen.

De vraag is vervolgens of de aansprakelijkheid van [appellant 3] op een later moment is ingetreden. Hierbij is van belang dat de rechtbank van koophandel te Brussel op 14 mei 2013 de vorderingen van Nesia en Hesco op Prowinko c.s. integraal heeft afgewezen. Bij brieven van 18 november 2013 zijn Nesia c.s. door Prowinko c.s. gesommeerd om de beslagen c.q. de zekerheden op te heffen, waaraan zij niet hebben voldaan. Op dat moment hadden Nesia c.s. zich echter moeten realiseren dat de vordering waarvoor zij beslag hadden gelegd (c.q. zekerheid hadden laten stellen) niet zou komen vast te staan en dat zij tegenover Prowinko c.s. mogelijk schadeplichtig zouden worden. Voor de positie van [appellant 3] is daarbij van belang dat komt vast te staan dat hij op dat moment wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschappen niet aan hun verplichtingen zouden kunnen voldoen en geen verhaal zouden bieden. In dit kader hebben Prowinko c.s. gesteld dat de vennootschappen Nesia en Hesco gezien de bij hen bekende financiële gegevens technisch failliet zijn (en dat al waren ten tijde van de beslaghandelingen) en dat deze vennootschappen sinds 2009 geen jaarstukken meer hebben gepubliceerd, en hebben zij gewezen op het feit dat Hesco op 17 juni 2013 ontbonden is door de Belgische Kamer van Koophandel wegens het niet betalen van rekeningen. Dit laatste is door [appellant 3] niet betwist. Het lag vervolgens op zijn weg om gemotiveerd aan te geven en zo nodig te onderbouwen, dat de vennootschappen op 18 november 2013 in staat zouden zijn om een eventuele vordering tot vergoeding van schade te voldoen, of dat op een andere wijze verhaal mogelijk zou zijn. Hij moest er, na de uitspraak van de Belgische rechtbank van 14 mei 2013, immers ernstig rekening mee houden