

**JOR 2019/215, Hoge Raad 19-07-2019, ECLI:NL:HR:2019:1276, nr. 18/01481 (met annotatie van Thiel, S.C.M. van)**

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:HR:2019:1276, JONDR 2019/945, OR-Updates.nl 2019-0086 , NJB 2019/1864, Prg. 2019/236, RvdW 2019/920

**JOR 2019/215, Hoge Raad, 19-07-2019, ECLI:NL:HR:2019:1276, nr. 18/01481 (annotatie)**

[Open dit document in PDF formaat](#)

---

### Inhoudsindicatie

Persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder wegens niet voldoen aan stortingsplicht ex art. 2:180 lid 2 (oud) BW, Tournure in eindarrest a quo is onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd

---

### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

---

### Gegevens

<b>Instantie</b>	Hoge Raad
<b>Datum uitspraak</b>	19-07-2019
<b>Publicatie</b>	JOR 2019/215 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 10, 2019
<b>Annotator</b>	Thiel, S.C.M. van
<b>ECLI</b>	<a href="#">ECLI:NL:HR:2019:1276</a>
<b>Zaaknummer</b>	nr. 18/01481
<b>Rechtsgebied</b>	Ondernemingsrecht
<b>Overige publicaties</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• <a href="#">ECLI:NL:HR:2019:1276</a></li><li>• <a href="#">NJB 2019/1864</a></li><li>• <a href="#">RvdW 2019/920</a></li></ul>
<b>Rechter(s)</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• <a href="#">mr. Numann</a></li><li>• <a href="#">mr. Heisterkamp</a></li><li>• <a href="#">mr. Snijders</a></li><li>• <a href="#">mr. Tanja-van den Broek</a></li></ul>

- mr. Kroeze

1. Aabo Trading Drachten BV te Drachten,
2. Aabo Trading Almere BV te Almere,
3. Aabo Trading Breda BV te Breda,
4. Aabo Trading Eindhoven BV te Eindhoven,

eiseressen tot cassatie,

### **Partijen**

hierna gezamenlijk: Aabo,

advocaat: mr. M.J. van Basten Batenburg,

tegen

Y,

verweerder in cassatie,

advocaat: mr. J. den Hoed.

### **Regelgeving**

- BW art. 2:180 lid 2 (oud)
- BW art. 6:162
- Rv art. 150

## **Samenvatting**

---

Aabo heeft haar vordering tijdens de procedure aangevuld met een beroep op art. 2:180 lid 2, onder b, (oud) BW. Aabo verwees hierbij naar het verslag van de curator, dat Aabo niet eerder kon overleggen dan zij heeft gedaan en waarin de curator vaststelde dat niet was voldaan aan de stortingsplicht. Vervolgens heeft [verweerder] in eerste aanleg niet betwist dat niet was voldaan aan de stortingsplicht. In eerste aanleg was er dan ook geen aanleiding voor Aabo om nader in te gaan op het niet voldaan zijn aan de stortingsplicht. [Verweerder] heeft in hoger beroep de vraag of voldaan is aan de stortingsplicht alsnog tot onderwerp van debat gemaakt. Aabo heeft daarop ook gereageerd. Zij heeft opnieuw verwezen naar het verslag van de curator en bovendien gesteld dat uit de administratieve bescheiden niet blijkt dat sprake is geweest van een boeking van het bedrag in rekening-courant. In het licht van deze gang van zaken is niet voldoende duidelijk gemotiveerd waarom het hof van oordeel is dat het door Aabo gestelde (kennelijk: te) summier is en dat [verweerder] het gestelde voldoende heeft betwist.

Dat het hof niet gebonden was aan de in het tussenarrest neergelegde overwegingen over de stortingsplicht, nu daarin geen bindende eindbeslissingen waren verrat, doet hieraan niet af. Als het hof in het eindarrest een andere richting wilde inslaan dan in het tussenarrest, had het moeten toelichten waarom daarvoor is gekozen; dat vloeit voort uit de algemene eis van een behoorlijke motivering van rechterlijke beslissingen. Het hof heeft dat niet gedaan.

## **Uitspraak**

---

## *Conclusie Advocaat-Generaal*

---

(mr. De Bock)

In deze zaak is de stortingsaansprakelijkheid van art. 2:180 BW (oud) aan de orde. Heeft het hof miskend dat sprake is van een gerechtelijke erkenning? Is de twee-conclusie-regel geschonden? Is het hof bij zijn beslissing dat geen sprake is van aansprakelijkheid uitgegaan van de juiste bewijslastverdeling en is die beslissing voldoende begrijpelijk gemotiveerd? Heeft het hof met het oordeel dat het gaat om feiten en omstandigheden waarvan voorstelbaar is dat betrokkene daar niet uit eigen wetenschap kennis van heeft (en van hem daarom geen verdergaande motivering van zijn betwisting kon worden gevergd), de grenzen van de rechtsstrijd overschreden c.q. is dat oordeel voldoende begrijpelijk?

### **1. Feiten**

---

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan rov. 2.1 t/m 2.10 van het tussenarrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 16 mei 2017.<sup>1</sup>

1.1. [verweerder] (hierna: [verweerder]) is enig aandeelhouder en bestuurder van [A] B.V. (hierna: [A]). [A] is enig aandeelhouder en bestuurder (geweest) van [B] B.V. (hierna: [B]).

1.2. [B] is/was een bouwbedrijf. De onderneming is op 8 juli 2005 bij notariële akte opgericht door [D] B.V. (hierna: [D]), daarbij vertegenwoordigd door haar enig directeur, [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]).

1.3. Voorafgaand aan die oprichting is op 1 juli 2005 op rekening van [B] B.V. in oprichting (hierna: [B] i.o.), door [C] B.V. (hierna: [C]) een bedrag gestort van € 18.000,- met als omschrijving “overboeking tegoed tbv oprichting [B] BV”.

1.4. In een “Bankverklaring B inzake oprichting van een vennootschap (inzake saldo op de rekening als bedoeld in artikel 93a lid 1 sub b respectievelijk artikel 203 lid 1 sub b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek)” van 1 juli 2005 heeft de Rabobank aan de notaris ten overstaan van wie de oprichting van [B] heeft plaatsgevonden, bericht dat op de rekening van [B] i.o. een creditsaldo staat van € 18.000,- en “dat vermeld saldo volgens mededeling van de mede-ondergetekende(n), oprichters(s) van genoemde vennootschap, is ontstaan ten titel van storting op de bij de bij de oprichting van genoemde vennootschap te plaatsen aandelen”.

1.5. Op 5 juli 2005 is een bedrag van € 18.000,- van de rekening van [B] overgeboekt naar [C] onder de vermelding “overboeking tegoed”.

1.6. Op 11 april 2006 heeft [D] haar aandelen in [B] (180 aandelen van elk nominaal € 100,- tezamen het gehele geplaatste kapitaal) overgedragen aan [A]. De akte van aandelenoverdracht vermeldt dat blijkens het register van aandeelhouders al de aandelen zijn volgestort. In de akte (artikel 3 aanhef en sub a) is verder opgenomen dat de verkoper aan koper garandeert dat de aandelen zijn volgestort.

1.7. De koopsom voor de aandelen bedroeg € 35.065,-. Van die koopsom heeft [A] een bedrag van € 18.000,- voldaan door een schuld in rekening courant van € 18.000,- van [D] aan [B] over te nemen als haar schuld. Het restant van de koopsom is omgezet in een lening van [D] aan [A].

1.8. Diverse Aabo -vennootschappen hebben in de zomer van 2009 aan [B] bouwmaterialen verkocht en geleverd. Voor die leveringen zijn aan [B] in de periode van 1 juli 2009 tot en met 2 september 2009 verschillende facturen gezonden tot een totaalbedrag van € 71.503,69. Het

merendeel van de geleverde materialen was afkomstig van Aabo Trading Drachten B.V. (hierna: Aabo Drachten). De andere materialen waren afkomstig van Aabo Trading Almere B.V. (hierna: Aabo Almere), Aabo Trading Breda B.V. (hierna: Aabo Breda) en Aabo Trading Eindhoven B.V. (hierna: Aabo Eindhoven) (de vier vennootschappen gezamenlijk hierna te noemen: Aabo).

1.9. Op de overeenkomsten tussen Aabo en [B] waren telkens de algemene voorwaarden van Aabo van toepassing, op grond waarvan [B] bij niet-tijdige betaling gehouden was tot vergoeding van vertragingsrente en buitengerechtigde incassokosten.

1.10. [B] is op 10 november 2009 in staat van faillissement verklaard.

1.11. De curator in het faillissement van [B] heeft in het tweede verslag van 5 maart 2010 onder 7.4 over de stortingsverplichting op aandelen het volgende vermeld:

“Aan de verplichting tot volstorting van de aandelen is niet voldaan. Op 1 juli 2005 is € 18.000,- op de rekening van de vennootschap i.o. gestort door de vorige aandeelhouder [C] B.V. Op 5 juli 2005 is dit bedrag echter weer teruggestort onder de vermelding “Overboeking tegoed”. In de boekhouding van de vennootschap is dit bedrag ook niet als lening aan [C] geboekt. Ten tijde van de oprichting d.d. 8 juli 2005 stond het startkapitaal derhalve niet werkelijk ter beschikking van de vennootschap. De curator zal de aandeelhouder aanspreken tot volstorting van het minimumkapitaal van 18.000,-. Het feit dat niet is voldaan aan de volstortingsverplichting betekent voorts dat de bestuurder van [B] hoofdelijk aansprakelijk is voor elke tijdens zijn bestuur verrichte rechtshandeling waarvoor de vennootschap is verbonden (artikel 2:180 lid 2 BW).”

1.12. In het eindverslag van 2 mei 2011 heeft de curator gemeld dat met de aandeelhouder een betalingsregeling is getroffen ter zake van haar volstortingsverplichting op het geplaatste kapitaal van [B] en dat inmiddels het bedrag van € 18.000,- is voldaan.

Verdere aanspraken heeft de curator niet jegens [verweerder] ingesteld.

1.13. Aabo Almere, Aabo Breda en Aabo Eindhoven hebben bij akte van cessie van 26 april 2010 (prod. A bij akte overlegging producties van 27 mei 2010) hun vorderingen op [B], [verweerder] en [betrokkene 2] (de vader van [verweerder], hierna te noemen: [betrokkene 2].) uit hoofde van voormelde leveringen gecedeerd aan Aabo Drachten.

## ***2. Procesverloop***

---

2.1. Aabo heeft op 4 november 2009 conservatoir beslag gelegd op de woning van [verweerder].<sup>2</sup> Bij dagvaarding van 5 november 2009 heeft Aabo de rechtbank Groningen verzocht [verweerder], uitvoerbaar bij voorraad, te veroordelen tot betaling van een bedrag van in hoofdsom € 71.503,69, te vermeerderen met buitengerechtigde incassokosten en contractuele rente en met veroordeling van [verweerder] in de kosten van het geding. De hoofdsom is gebaseerd op de onbetaald gebleven facturen aan [B]. De vordering jegens [verweerder] als middellijk bestuurder van [B] is gebaseerd op onrechtmatig handelen in de zin van art. 6:162 BW. [verweerder] wordt verweten dat hij wist of behoorde te weten dat [B] haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en daarvoor ook geen verhaal zou bieden (de Beklamel-norm).

2.2. Bij verstekvonnis van 30 december 2009 heeft de rechtbank, uitvoerbaar bij voorraad, de vordering van Aabo toegewezen, met uitzondering van de incassokosten en met veroordeling van [verweerder] in de beslag- en proceskosten.

2.3. [verweerder] is bij dagvaarding van 4 februari 2010 in verzet gekomen tegen het verstekvonnis. Daarbij heeft hij tevens een incidentele vordering ex art. 223 Rv ingesteld, strekkende tot staking van de executie van het verstekvonnis.

2.4. Bij vonnis van 3 maart 2010 heeft de rechtbank een comparitie bevolen.

2.5. Voorafgaand aan de comparitie heeft Aabo op 27 april 2010 een akte genomen, waarbij zij producties in het geding heeft gebracht. In deze akte heeft zij tevens de grondslag van haar vordering aangevuld met een beroep op art. 2:180 lid 2 BW. Daarbij heeft zij gesteld dat inmiddels is gebleken dat [verweerder] als (middellijk) bestuurder van [B] niet heeft voldaan aan de stortingsplicht op de aandelen. Daarom is hij hoofdelijk aansprakelijk voor elke tijdens zijn bestuur verrichte rechtshandeling die de vennootschap heeft gebonden, waaronder begrepen de leveranties waarop de vorderingen van Aabo zijn gebaseerd.

2.6. De comparitie heeft plaatsgevonden op 27 mei 2010. De rechtbank heeft de zaak op die datum ambtshalve gevoegd met de zaak van Aabo tegen [betrokkene 2]. Aan die zaak is met een eindarrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een einde gekomen.<sup>3</sup> [betrokkene 2] is door het hof als feitelijk bestuurder hoofdelijk veroordeeld tot betaling van de vordering van Aabo Drachten. Het hof neemt de aansprakelijkheid van [betrokkene 2] aan op de grond dat hij als feitelijk bestuurder vanaf juli 2009 wist althans redelijkerwijs behoorde te weten dat [B] vanaf juli 2009 haar betalingsverplichtingen tegenover Aabo niet meer zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden (de Beklamel-norm). De zaak tussen Aabo en [betrokkene 2] speelt in cassatie geen rol meer. Ik wijs echter op de getuigenverklaringen die [verweerder] in de zaak tussen Aabo en [betrokkene 2] heeft afgelegd. [verweerder] heeft verklaard dat hij in de periode 2008/2009 hal-chef was bij [B] en dat zijn vader in die periode leidinggevende was bij [B]: zijn vader stuurde het personeel aan, deed de calculatie, de planning en de financiën. [verweerder] heeft verder verklaard dat hij er sinds de ziekte van zijn vader in 2009 alleen voor stond en zich sindsdien als het ware "voor de leeuwen gegooid voelde". Sinds het ongeval in 2008 werkte zijn vader weliswaar niet meer fulltime bij [B], maar bij afwezigheid van zijn vader werd niet gecalculeerd. De bestellingen bij Aabo werden "steeds in overleg en in opdracht van mijn vader" gedaan. Tijdens vakantieverblijf van zijn ouders van begin juli tot eind augustus 2009 in Spanje had [verweerder] telefonisch contact over de bestellingen met zijn vader (rov. 2.10). Het hof leidt uit de getuigenverklaringen van onder andere [verweerder] af dat [betrokkene 2] in de maanden juli tot 2 september 2009 via zijn zoon opdracht heeft gegeven de bestellingen bij Aabo te plaatsen (rov. 2.12).

2.7. De onderhavige zaak is na de comparitie verwezen naar de rol voor onder meer het nemen van een incidentele conclusie tot vrijwaring door [verweerder].

2.8. Bij vonnis van 16 juni 2010 heeft de rechtbank de incidentele vordering strekkende tot staking van de executie van het verstekvonnis toegewezen.

2.9. Bij incidentele conclusie van 28 juli 2010 heeft [verweerder] gevorderd [D] en [betrokkene 1] in vrijwaring te mogen oproepen.

2.10. Bij vonnis van 11 augustus 2010 heeft de rechtbank overwogen dat zij in het vrijwaringsincident geen grond ziet om afdoening van de hoofdzaak aan te houden (rov. 4.4.1). De rechtbank heeft de vordering van [verweerder] afgewezen en het verstekvonnis van 30 december 2009 bekrachtigd, met dien verstande dat de vorderingen van Aabo Almere, Aabo Breda en Aabo Eindhoven worden afgewezen vanwege de cessie van hun vorderingen aan Aabo Drachten.

2.11. In een aanvullend vonnis van 20 oktober 2010 heeft de rechtbank erkend dat abusievelijk geen beslissing is gegeven in het vrijwaringsincident (rov. 1.2). De rechtbank overweegt dat [verweerder] bij een beslissing daarover geen belang meer heeft. De vordering van [verweerder] om [D] en [betrokkene 1] in vrijwaring te mogen oproepen wordt afgewezen (rov. 1.4).

2.12. [verweerder] is op 10 november 2010 bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in hoger beroep gekomen tegen de vonnissen van 11 augustus 2010 en 20 oktober 2010.

2.13. [verweerder] is verder op 7 maart 2011 een bodemprocedure begonnen tegen [D] en [betrokkene 1].<sup>4</sup> In de procedure tegen [D] en [betrokkene 1] heeft [verweerder] zich op het standpunt gesteld dat nu de rechtbank heeft geoordeeld dat niet aan de volstortingsverplichting is voldaan terwijl [D] en [betrokkene 1] hadden gegarandeerd dat aan die verplichting was voldaan, zij jegens [verweerder] onrechtmatig hebben gehandeld en op grond van die onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor de daardoor door [verweerder] geleden schade.

2.14. Bij vonnis van 29 augustus 2012 heeft de rechtbank Groningen de vorderingen van [verweerder] tegen [D] en [betrokkene 1] afgewezen.<sup>5</sup> De rechtbank heeft geoordeeld, kort gezegd, dat de overnameovereenkomst waarin die garantie is opgenomen alleen geldt tussen [B] en [A] (rov. 4.9). De aansprakelijkheid kan evenmin worden gebaseerd op onrechtmatige daad, omdat het vereiste causale verband tussen de verweten gedraging (het niet voldoen aan de volstortingsverplichting) en het ontstaan van de schuld van [B] aan Aabo ontbreekt (rov. 4.10).

2.15. [verweerder] heeft hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis, maar partijen zijn tijdens de in die zaak in hoger beroep gehouden comparitie overeengekomen de procedure door te halen.

2.16. De memorie van grieven in hoger beroep in de onderhavige zaak is pas genomen op 14 juli 2015, nadat de procedure tegen [D] en [betrokkene 1] was geëindigd. Vervolgens heeft Aabo een memorie van antwoord genomen.

2.17. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft in de onderhavige zaak bij arrest van 9 februari 2016 een comparitie gelast, die op 10 oktober 2016 heeft plaatsgevonden. Van de comparitie is proces-verbaal opgemaakt.

2.18. Op 16 mei 2017 heeft het hof een tussenarrest gewezen.<sup>6</sup> Daarin stelt het hof voorop dat uit de op de grieven gegeven toelichtingen blijkt dat zij beogen aan het hof de vraag voor te leggen of is voldaan aan de volstortingsverplichting (rov. 4.5). Overwogen wordt dat als niet is voldaan aan de volstortingsverplichting, Aabo zich op [verweerder] kan verhalen (rov. 4.6). De vraag of aan de volstortingsverplichting is voldaan, spitst zich toe op de vraag of bij de oprichting van [B] was voldaan aan de volstortingsverplichting (rov. 4.8). Bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de volstortingsverplichting, komt het erop aan of het op 1 juli 2005 weer teruggeboekte bedrag van € 18.000,-- daadwerkelijk (in rekening-courantverhouding) ter beschikking is blijven staan aan [B] (i.o.) en is ook van belang of deze lening zakelijk verantwoord was – onder zakelijke voorwaarden is aangegaan – en of [B] (i.o.) desgewenst over dit bedrag kon blijven beschikken (rov. 4.17). Het hof overweegt dat het alvorens die vraag te beantwoorden, behoefte heeft aan nadere inlichtingen van [verweerder] (rov. 4.18). Het hof formuleert een aantal vragen met betrekking tot de volstorting (rov. 4.18). Voor het geval mocht blijken dat niet is voldaan aan de volstortingsplicht, houdt het hof partijen een aantal punten voor waarover partijen in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten (rov. 4.24).

Verder is door het hof overwogen dat Aabo haar stelling dat [verweerder] ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten wist of behoorde te weten dat [B] haar (betalings)verplichtingen uit de overeenkomsten met Aabo niet na zou komen en daar ook geen verhaal voor zou bieden, onvoldoende heeft uitgewerkt en onderbouwd. Schending van de Beklamel-norm door [verweerder] acht het hof dan ook niet toewijsbaar (rov. 4.23).

2.19. Hierna heeft [verweerder] een akte genomen en Aabo een antwoordakte.

2.20. Bij eindarrest van 16 januari 2018 heeft het hof het bestreden vonnis van 11 augustus 2010 en het verstekvonnis van 30 december 2009 vernietigd.<sup>7</sup> Daarbij is overwogen, kort samengevat, dat niet is komen vast te staan dat niet aan de volstortingsverplichting is voldaan (rov. 2.6). Het verzet van [verweerder] tegen het verstekvonnis van 30 december 2009 is gegrond verklaard en het hof heeft [verweerder] ontheven van de in dat vonnis tegen hem uitgesproken veroordelingen. Het vonnis van 20 oktober 2010 is door het hof bekrachtigd.

2.16. Aabo heeft bij op 10 april 2018 bij de Hoge Raad ingekomen procesinleiding – derhalve tijdig<sup>8</sup> – cassatieberoep ingesteld tegen zowel het tussenarrest van 16 mei 2017 als het eindarrest van 16 januari 2018. [verweerder] heeft verweer gevoerd en schriftelijke toelichting gegeven. Aabo heeft gerepliceerd.

### 3. Juridisch kader

---

3.1. Voordat ik de cassatieklachten bespreek, zal ik eerst ingaan op de volstortingsverplichting en stortingsaansprakelijkheid.

3.2. Art. 2:178 lid 2 BW (oud) bepaalde, tot de introductie van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht op 1 oktober 2012,<sup>9</sup> dat bij oprichting van een BV het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan ten minste € 18.000,- moest bedragen. De stortingsplicht voor aandeelhouders van een BV is geregeld in art. 2:191 BW. De volstortingsverplichting is de enige verplichting van aandeelhouders. Andere verplichtingen kunnen aan aandeelhouders niet tegen hun wil worden opgelegd (art. 2:175 lid 1, vierde zin BW en art. 2:192 BW).

3.3. Bij de oprichting kan in geld of in natura op de aandelen worden gestort. Bij een storting in geld was op grond van art. 2:203a BW (oud) een verklaring van de bank vereist die door de notaris aan de akte van oprichting werd gehecht. De bankverklaring bij storting in geld is in 1986 ingevoerd bij gelegenheid van de Nieuwe regeling voor het kapitaal van de BV.<sup>10</sup> Er waren twee soorten bankverklaringen, de a-verklaring en de b-verklaring. In de praktijk werd de b-verklaring het meest gebruikt; deze is ook in de onderhavige zaak afgegeven (zie de feiten onder 1.4). Deze verklaring hield in dat op een zeker tijdstip – ten vroegste vijf maanden voor de oprichting – de gestorte bedragen op een afzonderlijke rekening stonden die na de oprichting uitsluitend ter beschikking van de vennootschap zou staan en dat de vennootschap de stortingen in de oprichtingsakte aanvaardde. De reden dat in de praktijk vaak gebruik werd gemaakt van de b-verklaring, is dat de op de rekening gestorte gelden al voor de oprichting door de BV konden worden aangewend.<sup>11</sup> Door dergelijke onttrekkingen aan de bankrekening van de BV i.o. was het mogelijk dat het saldo van de bankrekening op het moment van de oprichting lager was dan het minimumkapitaal van € 18.000,-. Dat is in deze zaak ook het geval, nu op 5 juli 2005, vóór de oprichting van de vennootschap op 8 juli 2005, een bedrag van € 18.000,- van de bankrekening van de BV i.o. werd overgeboekt naar [C] (zie de feiten onder 1.3 en 1.5).

3.4. De gedachte die aan het minimumkapitaalvoorschrift van € 18.000,- ten grondslag lag, was dat dat bedrag werd gezien als “onderste” waarborg voor de degelijkheid en levensvatbaarheid van een BV.<sup>12</sup> Om voor wat betreft het minimumkapitaal aan de volstortingsverplichting te voldoen, moest het bedrag daadwerkelijk aan de vennootschap ter beschikking zijn gesteld: “die eis geldt, omdat dat minimum aan extra zekerheid, hoe bescheiden dat ook is, aan crediteuren moet worden geboden, en bovendien, en los daarvan, omdat het niet als verantwoord werd beoordeeld om een vennootschap met een nóg geringere draagkracht aan het verkeer te laten deelnemen.”<sup>13</sup> Het minimumkapitaalvoorschrift bood slechts een schijnzekerheid.<sup>14</sup> Het daadwerkelijk storten op de aandelen kon plaatsvinden in een periode van vijf maanden voorafgaand aan de oprichting van de BV. Op het moment dat een crediteur jaren later, zoals in het onderhavige geval Aabo in 2009, betaling wenst van zijn vordering biedt het voorschrift geen garantie dat het bedrag nog aanwezig is in het vermogen van de vennootschap.<sup>15</sup>

3.5. De wetgever verbond voor bestuurders een zware sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid aan het niet voldoen aan de volstortingsverplichting ten aanzien van het minimumkapitaal. De tekst van art. 2:180 lid 2, aanhef en onder b, BW (oud) luidde tot 1 oktober 2012 als volgt:

“De bestuurders zijn naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden in het tijdvak voordat:

(...)

b. het gestorte deel van het kapitaal ten minste het bij de oprichting voorgeschreven minimumkapitaal bedraagt.”

3.6. Het systeem van kapitaalbescherming is in 2012 gewijzigd bij de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (zie onder 3.2). Het minimumkapitaalvoorschrift van art. 2:178 lid 2 BW (oud) is geschrapt.<sup>16</sup> In verband met de afschaffing van het minimumkapitaalvoorschrift werd ook de bankverklaring van art. 2:203a BW<sup>17</sup> en de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder die was gekoppeld aan het niet tijdig naleven van de minimumstortingsplicht in de zin van art. 2:180 lid 2, aanhef en onder b, BW geschrapt.<sup>18</sup> De achtergrond van deze wijzigingen was dat systeem van kapitaalbescherming niet effectief was en onnodig belemmerend werkte voor het krijgen van toegang tot de BV-vorm.<sup>19</sup>

3.7. Door het hof, in rov. 4.7 van het tussenarrest, is terecht onderkend dat de wetgeving inmiddels is gewijzigd, maar dat de aansprakelijkheid van bestuurders voor schending van de minimumvolstortingsplicht – kortweg aangeduid als de stortingsaansprakelijkheid – op grond van het overgangsrecht nog van toepassing is op het onderhavige geschil.<sup>20</sup> In het NV-recht (art. 2:69 lid 2 BW) geldt overigens nog steeds een soortgelijke bepaling als art. 2:180 lid 2 BW (oud).<sup>21</sup>

3.8. De Hoge Raad heeft door de jaren heen enkele richtinggevende arresten gewezen over de volstortingsverplichting en de stortingsaansprakelijkheid. Ik noem in chronologische volgorde het arrest *Van Aken/Savelbergh*,<sup>22</sup> *Biggles*,<sup>23</sup> *WTN*<sup>24</sup> en *Bas-C*.<sup>25</sup> Aan de hand van deze rechtspraak kunnen verschillende gevallen worden onderscheiden.<sup>26</sup>

3.9. In *Van Aken/Savelbergh* uit 1981 ging het bij de oprichting van de BV om een storting in natura. Er werd een eenmanszaak met een negatief saldo ingebracht. Daarmee was volgens het hof niet aan de volstortingsverplichting voldaan en was de stortingsaansprakelijkheid van art. 2:180 lid 2 BW (oud) van toepassing. De Hoge Raad overwoog:<sup>27</sup>

“s Hofs oordeel dat Van Aken voor 31 okt. 1980 op de desbetreffende aandelen in het geheel niets heeft gestort, geeft geen blijk van een onjuiste opvatting van het begrip ‘storten’ in art. 180 en is voor het overige van feitelijke aard, zodat het in zoverre in cassatie niet op zijn juistheid kan worden getoetst. Het is in het licht van wat het Hof heeft vastgesteld omtrent hetgeen Van Aken heeft erkend – waaronder vooral van belang is diens erkenning dat ‘zijn eerder door hem gedreven eenmanszaak’ bij de inbreng tot storting op meerbedoelde aandelen een negatief saldo van f 142 530,70 opleverde – alsmede van de overgelegde bescheiden geenszins onbegrijpelijk. Dat oordeel behoefde ook geen nadere motivering, waarbij mede in aanmerking valt te nemen dat het onder de gegeven omstandigheden op de weg van Van Aken lag om te stellen wanneer en op welke wijze hij op zijn aandelen heeft gestort en uit de stukken niet blijkt dat hij in dit verband, behalve op de door het Hof in r.o. 4a en 4b vermelde akte van 31 okt. 1980 en de naar aanleiding daarvan opgemaakte ‘gewijzigde inbrengbalans’, op enig ander feit heeft gewezen dan op de door het Hof in r.o. 7 behandelde voorlopige koopakte van 3 febr. 1976; het subonderdeel voert ook niet aan dat Van Aken heeft gesteld dat voor 31 okt. 1980 op de aandelen, waarvoor hij in het geplaatst kapitaal van de besloten vennootschap heeft deelgenomen, enige storting in contanten heeft plaatsgevonden.”

3.10. Maeijer merkt in zijn noot onder het arrest op dat “[d]e door de wet in art. 180 lid 2 voor de b.v. (...) op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid voorziene storting, [ertoe] strekt, dat van meet af aan ook enige *daadwerkelijke* inbreng wordt ge[ë]ffectueerd [onderstreping A-G] (gecursiveerd; *red.*).”<sup>28</sup> Ook uit latere rechtspraak van de Hoge Raad, de hierna te bespreken *WTN*- en *Bas-C*-arresten, volgt dat de inbreng daadwerkelijk ter beschikking van de vennootschap moet worden gesteld. Om aan de volstortingsverplichting te voldoen moeten daadwerkelijk van buiten activa, in geld of in natura, in het vermogen van de BV vloeien.<sup>29</sup>

3.11. Maeijer heeft in zijn noot onder het arrest verder de volgende bijzondere regel van bewijslastverdeling afgeleid:<sup>30</sup>



“Indien niet uit de oprichtingsakte of aangehechte overeenkomst betreffende inbreng in natura blijkt dat bij de oprichting de minimaal vereiste storting heeft plaats gehad, is het aan de betrokken bestuurder-groot aandeelhouder die aan zijn hoofdelijke aansprakelijkheid wil ontkomen, om te stellen wanneer en op welke wijze hij heeft gestort.”

De zaak *Van Aken/Savelbergh* speelde voor de invoering van het vereiste van een bankverklaring bij storting in geld (art 2:203a BW) in 1986 (zie onder 3.3). Volgens Nieuwe Weme & Van Solinge kan uit het arrest worden afgeleid dat indien niet uit de oprichtingsakte of de aangehechte stukken blijkt dat de minimaal vereiste storting heeft plaatsgevonden, degene bij wie de aandelen zijn geplaatst, zal moeten stellen en aantonen dat en hoeveel hij heeft gestort. Dat geldt volgens hen ook voor de bestuurder-grootaandeelhouder die aan zijn hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 2:69/180 lid 2 BW wil ontkomen.<sup>31</sup>

3.12. In het *Biggles*-arrest van de Hoge Raad uit 1988 deed zich een zogenoemd “kasrondje” voor. Met een kasrondje wordt het verschijnsel bedoeld dat de vennootschap in oprichting de gestorte gelden kort na de volstorting terugboekt aan degene die heeft gestort, waarbij de ontstane schuld in rekening-courant bij de vennootschap wordt geboekt.<sup>32</sup> In het *Biggles*-arrest achtte de Hoge Raad een dergelijk kasrondje in beginsel niet ongeoorloofd:<sup>33</sup>

“De ten tijde van de oprichting van de vennootschap geldende wettelijke bepalingen stonden er niet aan in de weg dat volstorting van de aandelen van een op te richten besloten vennootschap plaatsvond voor de oprichting door middel van storting van het daartoe vereiste bedrag op een rekening van de BV in oprichting, noch dat het aldus ontvangen bedrag door de BV i.o. werd gebruikt en daartoe weer van de rekening werd opgenomen (alles op voorwaarde van bekrachtiging door de BV). Indien ‘s hofs arrest aldus moet worden gelezen dat het hof van oordeel is dat volstorting op deze wijze niet rechtsgeldig kan plaatsvinden, geeft het blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Indien het hof niet op grond van vorenbedoelde onjuiste rechtsopvatting maar op grond van de omstandigheden van het geval heeft geoordeeld dat Jacobs niet aan zijn verplichting tot volstorting heeft voldaan, is ‘s hofs oordeel zonder nadere motivering niet begrijpelijk. De omstandigheid dat de vennootschap in oprichting juridisch te vereenzelvigen valt met (‘staat voor’) haar oprichter Jacobs of een vennootschap onder firma van de beide oprichters, Jacobs en zijn zoon, is daarvoor niet redengevend; die situatie is in geval van oprichting van een nieuwe BV allerminst ongebruikelijk en heeft geen aanleiding gegeven tot bijzondere, voor die situatie geldende eisen met betrekking tot de volstorting der aandelen. De omstandigheid dat het gestorte bedrag door de vennootschap in oprichting op de in het arrest van het hof vermelde voorwaarden is uitgeleend aan Jacobs BV en dat als resultaat daarvan de vennootschap ten tijde van de oprichting slechts een naar het oordeel van het Hof niet opeisbare vordering op Jacobs BV met een kredietfaciliteit had, is daarvoor – ook in de evenvermelde situatie – evenmin redengevend. Onduidelijk is immers zonder nadere motivering waarom deze wijze van gebruik van haar vermogen door de vennootschap in oprichting leidt tot de conclusie dat geen volstorting van de aandelen heeft plaatsgevonden.”

3.13. Bij deze – in de woorden van Maeijer in zijn noot onder het arrest – “tolerante” uitspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de rechtsgeldigheid van een kasrondje speelt mee dat het hof zijn arrest “wel erg summier had gemotiveerd”.<sup>34</sup> Evenals *Van Aken/Savelbergh* speelde deze zaak nog voordat het vereiste van de bankverklaring in de zin van art. 2:203a BW bij storting in geld in 1986 in werking was getreden (zie onder 3.3).

3.14. In het *WTN*-arrest van de Hoge Raad uit 2000 was sprake van een zogenoemde “vestzakbroekzakoperatie”,<sup>35</sup> waarbij het te storten bedrag weliswaar op een afzonderlijke rekening ten name van de vennootschap in oprichting was bijgeschreven, maar de tegenwaarde daarvan tegelijkertijd was afgeschreven ten laste van een andere rekening die ook ten name van de BV i.o. stond. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof dat met een dergelijke operatie het gestorte

kapitaal niet daadwerkelijk door de oprichters aan de vennootschap ter beschikking is gesteld in stand. De Hoge Raad overwoog:<sup>36</sup>

“Blijkens haar ontstaansgeschiedenis heeft de in art. 2:203a neergelegde regeling ten doel zeker te stellen, dat geen oprichting van een vennootschap plaatsvindt zonder dat de oprichters het gehele volgens de akte van oprichting te storten kapitaal hetzij bij de oprichting hetzij op een eerder tijdstip (ten vroegste vijf maanden voor de oprichting gelegen) ter beschikking van de vennootschap hebben gesteld. Het zou niet met deze doelstelling stroken te aanvaarden dat de vennootschap (onderscheidenlijk, in geval van haar faillissement, haar curator) geen beroep kan doen op feiten en omstandigheden die meebrengen dat, alhoewel is voldaan aan de letter van art. 2:203a lid 1, aanhef en onder b, het gestorte kapitaal niet daadwerkelijk door de oprichters aan de vennootschap in oprichting ter beschikking is gesteld.”

3.15. De Hoge Raad geeft met dit oordeel volgens Maeijer in zijn noot onder het arrest aan “dat hij in voorkomende gevallen ernstig rekening wil houden met de strekking en doelstelling van wettelijke bepalingen betreffende het kapitaalbeschermingsrecht.”<sup>37</sup>

3.16. Deze woorden van Maeijer werden bevestigd in het *Bas-C*-arrest van de Hoge Raad uit 2003.<sup>38</sup> In dat arrest ging het om een zogenoemde “sigaar uit eigen doos”.<sup>39</sup> In die zaak had de “storting” plaatsgevonden ten laste van een positief saldo op de rekening van de B.V. i.o., dat was ontstaan door haar werkzaamheden in het stadium voor de oprichting en alle rechtshandelingen in het stadium voor de oprichting waren bekrachtigd. De Hoge Raad overwoog dat:<sup>40</sup>

“3.5 (...) de volstorting van de aandelen heeft plaatsgevonden met gebruikmaking van middelen die tot het vermogen van de vennootschap moeten worden gerekend. Omdat het bedrag van de storting is verkregen door het eerst aan het (toekomstig) vermogen van Bas-C BV te onttrekken, is niet voldaan aan het bepaalde in art. 2:178 lid 2.

3.6. Het vorenstaande wordt niet anders indien de stelling van De Bont juist zou zijn dat hij in dier voege over het saldo van de bankrekening van Bas-C BV i.o. heeft beschikt dat hij daaraan als oprichter een bedrag heeft onttrokken, welk bedrag hij vervolgens in privé aan Bas-C BV verschuldigd werd ten titel van geldleen nadat Bas-C BV deze onttrekkingen had bekrachtigd. Ook in dat geval staat immers vast dat De Bont niet het bedrag van het kapitaal daadwerkelijk vóór de oprichting aan Bas-C BV ter beschikking heeft gesteld, maar slechts een vordering ter hoogte van dat bedrag op zichzelf heeft doen ontstaan. Ook dit kan niet als een rechtsgeldige volstorting worden aangemerkt.

(...)

3.8. (...) Wat betreft de op art. 2:180 BW gebaseerde vordering van de curator geldt dat, zelfs indien na verwijzing komt vast te staan dat De Bont inmiddels heeft voldaan aan zijn stortingsplicht, hem dit niet kan baten omdat de afbetaling van de door hem gesloten lening dan heeft plaatsgevonden na het in art. 2:178 lid 2 BW genoemde tijdstip en mitsdien te laat om aan de in art. 2:180 BW bedoelde aansprakelijkheid te ontkomen.”

3.17. Huydecoper heeft in zijn conclusie voor het *Bas-C*-arrest gesteld dat het kasrondje in beginsel niet (meer) door de beugel kan.<sup>41</sup> Hij ziet geen principieel verschil tussen het kasrondje en de “sigaar uit eigen doos” die in het *Bas-C*-arrest aan de orde was. Het kasrondje is volgens Huydecoper:<sup>42</sup>

“een sigaar uit de doos van de ander misschien, maar dan wel een die, als alles zijn beslag heeft gekregen, gewoon weer in de oorspronkelijke doos blijkt te zijn teruggelegd.”

In zijn noot onder het arrest gaat Maeijer er echter vanuit dat een kasrondje onder omstandigheden nog geoorloofd is. Maeijer maakt bij het beoordelen van de vraag of met een kasrondje is voldaan aan de volstortingsverplichting het volgende onderscheid:<sup>43</sup>

“Ik zou thans willen onderscheiden al naar gelang het teruglenen plaats vindt vóór of na de oprichting van de BV. Vóór de oprichting ware ten aanzien van het teruglenen grote terughoudendheid te betrachten. In het licht van de onderhavige uitspraak zou al gauw kunnen worden geoordeeld dat het aldus bewerkstelligen van (slechts) een vordering ongeacht de daarbij bedongen voorwaarden de realiteit, het daadwerkelijke aan de storting heeft ontnomen. En dan geldt naast de alsnog na te komen stortingsplicht mogelijk ook de sanctie van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders aangeduid in lid 2 sub b van art. (169 en) 180 BW. (...).

Na de oprichting moet het eventuele teruglenen worden gezien vanuit een oogpunt van hetgeen behoorlijke bestuurlijke taakvervulling is vereist (art. 2:9 en 138 c.q. 248 BW). (...). Daarbij speelt mijns inziens nog steeds een belangrijke rol of het teruglenen op zakelijk verantwoorde en marktconforme wijze heeft plaats gevonden.”

3.18. Waar Maeijer nog schrijft dat bij teruglenen voor de oprichting “grote terughoudendheid” dient te worden betracht, trekken Van Solinge & Nieuwe Weme deze waarschuwing door tot een categorisch uitsluiten van teruglenen voor oprichting in alle gevallen, zelfs als de teruglening plaatsvindt op zakelijke en marktconforme voorwaarden.<sup>44</sup>

Assink plaatst vraagtekens bij de door Maijer voorgestelde cesuur tussen teruglenen *voor* en *na* oprichting.<sup>45</sup> Volgens hem kan uit de rechtspraak niet worden afgeleid dat er een absoluut verbod is voor de vennootschap om gelden terug te lenen ten laste van haar vermogen, ook niet als dat voor de oprichting gebeurt. Assink ziet de verhouding tussen de vraag (i) of de storting reëel is en (ii) of de lening vanuit de vennootschap gezien zakelijk verantwoord is, als volgt:<sup>46</sup>

“Met het eerste (reële storting) is het tweede (zakelijk verantwoorde condities) niet automatisch gegeven; andersom zal van een niet-reële storting in beginsel geen sprake zijn, indien de geldlening vanuit de vennootschap gezien op objectief zakelijk verantwoord condities heeft plaatsgevonden.”

3.19. In het onderhavige geval gaat het om de eerste vraag die Assink formuleert, namelijk of de storting reëel is. Als dat niet het geval is, kan dat leiden tot stortingsaansprakelijkheid op grond van art. 2:180 lid 2 BW (oud). De tweede vraag kan van belang zijn voor de eerste vraag. Als het teruglenen zakelijk verantwoord is, zal inderdaad in beginsel sprake zijn van een reële storting. Als het teruglenen niet zakelijk verantwoord is, hoeft dat echter niet noodzakelijk te betekenen dat géén sprake is van een reële storting. Het ontbreken van zakelijk verantwoorde condities bij het teruglenen van een gestort bedrag betekent niet dat geen sprake is van een reële storting, maar kan wel leiden tot onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder in de zin van art. 2:9 lid 2 BW (jegens de vennootschap) of art. 2:248 lid 1 BW (jegens de boedel). Onbehoorlijke taakvervulling is in het onderhavige geval, in een procedure van een bestuurder tegen een crediteur, niet aan de orde.

3.20. Naar mijn mening is er onvoldoende aanleiding om aan te nemen dat het teruglenen van het gestorte bedrag vóór oprichting van de vennootschap onder alle omstandigheden is uitgesloten. Beslissend zal zijn of de vennootschap daadwerkelijk kon blijven beschikken over het gestorte bedrag.<sup>47</sup> Het gegeven dat het teruglenen heeft plaatsgevonden vóór de oprichting, is echter wel een omstandigheid die kan meewegen bij de vraag of daadwerkelijk aan de volstortingsverplichting is voldaan.

3.21. Ter illustratie noem ik enkele uitspraken van feitenrechters. In een uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 20 juni 2012 werd hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 2:180 lid

2 aanhef en sub b BW aangenomen, omdat niet duidelijk was geworden dat de vennootschap nog daadwerkelijk over het geld kon blijven beschikken.<sup>48</sup>

“4.23. De rechtbank stelt vast dat het gestorte bedrag nog vóór de oprichtingsdatum van de vennootschap volledig is teruggestort op de rekening van de enig aandeelhouder die het bedrag eerst enkele dagen daarvoor had gestort. Niet duidelijk is in hoeverre de op te richten vennootschap na de terugstorting nog over het geld kon beschikken. Uit de terugboeking “conform opdracht” blijkt niet dat het ging om een lening. Uit de door [betrokkene 3] overgelegde jaarstukken van de verschillende vennootschappen blijkt ook niet dat de terugboeking van het stortingsbedrag is gedaan ten titel van een op zakelijke voorwaarden overeengekomen lening. Wat die zakelijk voorwaarden inhielden is door [betrokkene 3] ook niet gesteld. Zo is niet bekend of renteafspraken zijn gemaakt en of rentebetalingen ook hebben plaatsgevonden. De rechtbank is gelet op dit alles van oordeel dat niet is voldaan aan de stortingsplicht en dat [E] daarom als bestuurder naast de failliet hoofdelijk aansprakelijk is ex artikel 2:180 lid 2 sub b BW.”

In een uitspraak van de rechtbank Almelo van 8 juni 2011 werd een “kasrondje” wel aanvaard, omdat het teruggeboekte bedrag deel is blijven uitmaken van het vermogen van de vennootschap.<sup>49</sup>

“5.2. Met betrekking tot de vraag of de aandelen van Servecare zijn volgestort, overweegt de rechtbank als volgt. Door [gedaagde sub 2] is €18.000,= overgemaakt op de bankrekening van Servecare BV i.o. en ING heeft vervolgens een bankverklaring afgegeven.

De omstandigheid dat (een gedeelte groot €15.690,= van) voornoemd bedrag vervolgens is betaald aan de Holding impliceert niet, dat er geen rechtsgeldige volstorting zou hebben plaatsgevonden. Servecare verkreeg immers een vordering op de Holding en die vordering is ook als zodanig opgenomen in het fiscaal rapport. Gesteld noch gebleken is, dat die vordering niet als een reëel vermogensbestanddeel van Servecare zou zijn aan te merken.

In HR 18 november 1988 (NJ 1989, 699) is – kort samengevat – geoordeeld dat een kasrondje waarbij het op de aandelen gestorte geld renteloos en zonder zekerheid is teruggeleend, de rechtsgeldigheid van de storting niet aantast.

De rechtbank concludeert dat de aandelen van Servecare zijn volgestort.”

En tenslotte een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 3 april 2013, waarin een terugboeking ná de oprichting werd aanvaard, omdat het bedrag ter beschikking van de vennootschap was blijven staan.<sup>50</sup>

“4.5. (...). De kernvraag die moet worden beantwoord, is of [F] en/of gedaagde 2 hebben voldaan aan de volstortplicht als bedoeld in artikel 2:191 BW. Naar het oordeel van de rechtbank moet die vraag bevestigend worden beantwoord. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.6. Bij de oprichting op 7 november 2008 van Hi-Power is door [F] een bedrag van € 18.000 voor de aandelen gestort. Van deze storting is op 7 november 2008 een bankverklaring afgegeven door ING. Op 7 november 2008 stond genoemd bedrag dus ter beschikking aan Hi-Power. Op 11 november 2008 is vervolgens een bedrag groot € 17.800 betaald aan gedaagde 2 die op dat moment aandeelhouder was. Anders dan de curator betoogt, leidt dit niet zonder meer tot de conclusie dat het gestorte bedrag niet feitelijk ter beschikking van de opgerichte vennootschap heeft gestaan. Het aan gedaagde 2 doorgestorte bedrag is immers in de vorm van een vordering in rekening-courant op gedaagde 2 in privé opgevoerd op de balans van Hi-Power en heeft dus in de vorm van een vordering op gedaagde 2 ter beschikking gestaan van Hi-Power.

4.7. De omstandigheid dat aan de terugstorting geen schriftelijke overeenkomst van geldlening ten grondslag ligt – hetgeen door gedaagde 2 is erkend – rechtvaardigt niet zonder meer de conclusie dat er geen vordering uit hoofde van een lening kan zijn ontstaan. (...).”

3.22. Tegen deze achtergrond keer ik terug naar de onderhavige zaak. Uit de vaststaande feiten in de onderhavige zaak blijkt dat op 1 juli 2005 een storting op de aandelen in geld van € 18.000,- heeft plaatsgevonden en dat dit geldbedrag vóór de oprichting van de vennootschap, die heeft plaatsgevonden bij notariële akte op 8 juli 2005, weer is teruggestort (zie de feiten onder 1.3-1.5). Het hof kent geen bijzondere betekenis toe aan het feit dat het geldbedrag reeds vóór de oprichting weer is teruggestort. Ik verwijs naar rov. 4.14-4.17 van het tussenarrest van 16 mei 2017. In rov. 4.14 merkt het hof op dat [verweerder] zich (kennelijk) beroept op het *Biggles*-arrest en geeft het hof een uiteenzetting van de feiten en het oordeel in die zaak. In rov. 4.15 concludeert het hof dat de gang van zaken in de onderhavige zaak naar het oordeel van het hof in essentie niet afwijkt van de *Biggles*-casus. Het hof overweegt verder in rov. 4.15 onder meer dat het bedrag weliswaar voor de oprichting weer is teruggeboekt naar [C], maar volgens [verweerder] via de rekening-courantverhouding met [D] wel aan [B] i.o. en (na diens oprichting) aan [B] ter beschikking zou blijven staan. In rov. 4.16 houdt het hof het ervoor dat het *Biggles*-arrest zijn gelding heeft behouden voor zaken als de onderhavige, ook na de inwerkingtreding van art. 2:203a BW en na het *Bas-C*-arrest. Na een uiteenzetting over de *Bas-C*-zaak overweegt het hof in rov. 4.16 dat de situatie in het *Bas-C*-arrest verschilt van de onderhavige zaak in de zin dat in de onderhavige zaak wel een storting (in geld) namens de oprichter heeft plaatsgevonden en dat het gestorte kapitaal (via de rekening-courantverhouding met de oprichter) ter beschikking zou zijn blijven staan van de onderneming. In rov. 4.17 komt het hof vervolgens tot het oordeel dat het er bij de vraag of is voldaan aan de volstortingsverplichting op aankomt of het teruggeboekte bedrag daadwerkelijk ter beschikking is blijven staan aan [B] (i.o.) en dat daarbij ook van belang is of deze lening zakelijk verantwoord was en of [B] (i.o.) desgewenst over dit bedrag kon blijven beschikken.

3.23. Dit oordeel van het hof in rov. 4.14-4.17 van het tussenarrest staat in cassatie niet ter discussie. Tegen dit oordeel zijn door Aabo geen cassatieklachten gericht. Mijns inziens heeft het hof de juiste maatstaf aangelegd om te beoordelen of aan de volstortingsverplichting is voldaan. Het hof heeft de situatie van een kasrondje als in het *Biggles*-arrest terecht tot uitgangspunt genomen. Het hof heeft onder ogen gezien dat het bedrag weliswaar vóór de oprichting is teruggeboekt (rov. 4.15), maar oordeelt dat het aankomt op de vraag of het bedrag daadwerkelijk ter beschikking is blijven staan van [B] i.o. (rov. 4.17). De strenge opvatting waarin het *Biggles*-arrest zijn gelding heeft verloren en terugboeken vóór de oprichting in alle gevallen tot gevolg heeft dat van een reële storting geen sprake is, is mijns inziens terecht niet aanvaard door het hof.

#### **4. Bespreking van de cassatieklachten**

---

4.1. Het cassatiemiddel bestaat uit vijf onderdelen.

##### *Onderdeel 1: gerechtelijke erkenning*

4.2. Het *eerste* onderdeel klaagt dat het hof in zijn beslissingen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans een onbegrijpelijke motivering aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, door te miskennen dat [verweerder] in eerste aanleg in rechte heeft erkend dat niet was voldaan aan de volstortingsverplichting. Het hof had de erkenning, althans niet-betwisting, van [verweerder] van het niet voldaan zijn aan de volstortingsverplichting moeten onderkennen en daar in zijn oordelen vanuit moeten gaan.

4.3. De gerechtelijke erkenning is geregeld in art. 154 Rv. In lid 1 van die bepaling is de gerechtelijke erkenning gedefinieerd als “het in een aanhangig geding door een partij uitdrukkelijk erkennen van de waarheid van een of meer stellingen van de wederpartij.” De in art. 154 Rv

omschreven erkenning kan zowel betrekking hebben op de erkenning van feiten, de erkenning van rechtsgevolgen als de erkenning van de gehele vordering.<sup>51</sup>

4.4. De gerechtelijke erkentenis is geregeld in de afdeling over bewijs. De erkenning is echter geen bewijsmiddel; zij maakt bewijs *overbodig*.<sup>52</sup> De processuele rechtsgevolgen van de gerechtelijke erkentenis zijn verstrekkend. Ten aanzien van wat in rechte wordt erkend, wordt de rechtsstrijd beëindigd. Dat heeft tot gevolg dat de rechter hetgeen is erkend, als grondslag voor zijn beslissing moet aanvaarden.<sup>53</sup> Asser spreekt in dit verband van de erkenning als “een vorm van afstand van recht, een dispositieve handeling die gericht is op het teweegbrengen van een processueel rechtsgevolg (...).”<sup>54</sup>

4.5. De gerechtelijke erkentenis heeft gelding in het *aanhangige geding*. Een in eerste aanleg gedane gerechtelijke erkentenis blijft dus gelden in hoger beroep en cassatie.<sup>55</sup> Dat de gerechtelijke erkentenis zich beperkt tot een erkenning in het aanhangige geding, betekent ook dat buitengerechtelijke erkenningen niet onder de reikwijdte van de bepaling vallen.<sup>56</sup> De mogelijkheden tot herroeping van een gerechtelijke erkentenis zijn op grond van lid 2 van art. 154 Rv beperkt: aannemelijk moet zijn dat de erkenning door dwaling of niet in vrijheid is afgelegd.

4.6. Vanwege de verstrekkende gevolgen van de gerechtelijke erkentenis moet deze op grond van art. 154 lid 1 Rv *uitdrukkelijk* worden gedaan. De wetsgeschiedenis spreekt behalve over uitdrukkelijkheid ook over ondubbelzinnigheid:<sup>57</sup>

“Tevens is de gerechtelijke erkentenis een uitdrukkelijk, ondubbelzinnig, erkennen, een handeling waarop niet mag worden teruggekomen. Zij moet worden onderscheiden van een stilzwijgende erkentenis.”

De eis van uitdrukkelijkheid en ondubbelzinnigheid sluit dus de stilzwijgende erkenning uit.<sup>58</sup>

4.7. Gelet op de strenge eis van uitdrukkelijkheid van de gerechtelijke erkenning én de beperkte gronden om terug te komen op een gerechtelijke erkenning, mag niet te snel worden aangenomen dat sprake is van een gerechtelijke erkentenis.<sup>59</sup> Dat niet te snel een gerechtelijke erkentenis moet worden aangenomen, volgt ook uit een beschikking van de Hoge Raad uit 2006:<sup>60</sup>

“(…) Overigens heeft het hof niet blijk gegeven van een miskennis van het begrip gerechtelijke erkentenis in de zin van art. 154 Rv. en de gebondenheid daaraan, als bepaald in het tweede lid van dat artikel. Een partij die ter zitting ervan blijk geeft zich te verenigen met een aldaar door de rechter, vooruitlopend op zijn uitspraak en al of niet voorlopig, gegeven oordeel waarbij een of meer van de stellingen van de wederpartij worden aanvaard, geeft daarmee niet zonder meer te kennen dat zij de waarheid van die stelling of stellingen erkent in de zin van art. 154 lid 1 Rv. Daartoe is immers vereist dat die erkenning uitdrukkelijk en, mede met het oog op de slechts zeer beperkte gronden waarop de erkenning volgens het tweede lid van dat artikel kan worden herroepen, ondubbelzinnig betrekking heeft op de waarheid van de betrokken stellingen (vgl. de memorie van toelichting op art. 180 (oud) Rv., Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht, blz. 114). Indien genoemd oordeel vervolgens in de uitspraak is neergelegd, kan daarom de eerstgenoemde partij, indien zij van een tegen die uitspraak openstaand beroep gebruik maakt, alsnog bezwaren tegen dat oordeel inbrengen.”

4.8. Het onderdeel stelt dat [verweerder] in eerste aanleg ondubbelzinnig heeft erkend dat niet aan de volstortingsverplichting ex art. 2:180 BW (oud) was voldaan. Het onderdeel verwijst naar de incidentele conclusie tot oproeping in vrijwaring, waarin door [verweerder] onder meer het volgende is gesteld:

“7. [D] B.V. heeft dus op datum oprichting niet voldaan aan zijn volstortingsplicht, terwijl zij dat bij de levering van de aandelen wel aan [A] B.V. en de heer [verweerder] heeft gegarandeerd.

8. [verweerder] is dan ook van mening dat hij door Aabo niet aansprakelijk gehouden kan worden voor het niet voldaan hebben aan de volstortingsplicht van de aandelen. Nu [D] B.V. de garantie heeft gegeven de aandelen vol te storten, maar daaraan niet heeft voldaan, is zij daarvoor aansprakelijk.”

Volgens het onderdeel is [verweerder] pas in *hoger beroep* van standpunt veranderd ten aanzien van de vraag of aan de volstortingsverplichting was voldaan. Verwezen wordt naar het proces-verbaal van de comparitie van partijen bij het hof van 10 oktober 2016 (zie onder 1.5 van het middel). In het proces-verbaal is onder meer het volgende opgenomen (p. 2):

“*Voorzitter aan mr. Doornbos*: in de procedure die inmiddels door [verweerder] is gevoerd tegen [D] B.V. en [betrokkene 1] (hierna: gezamenlijk te noemen als [G]) stelde u zich op het standpunt dat de aandelen [B] niet volgestort waren. In deze procedure verwijst u naar de stellingen van [G] in die procedure dat er wel volstorting had plaatsgevonden. Hoe verhoudt zich dat tot elkaar?”

*Mr. Doornbos*: [verweerder] neemt in deze procedure de stellingen van [G] over dat de aandelen wel zijn volgestort en dat het geld dus niet is gestort bij wijze van een kasrondje. Het geldt heeft daadwerkelijk feitelijk ter beschikking gestaan van [B]. In het bijzonder in grief 3 ziet u dat terug.”

Mr. Doornbos beaamt verder tijdens de comparitie, zo blijkt uit het proces-verbaal (p. 3), dat “[d]e kern van de zaak inderdaad nog [betreft] de vraag of de aandelen zijn volgestort.” [verweerder] heeft zelf tijdens de comparitie verklaard (p. 3 proces-verbaal): “Toen was de opvatting nog dat er geen volstorting van de aandelen had plaatsgevonden.”

4.9. In het vonnis van 11 augustus 2010 heeft de rechtbank in de procedure tussen [verweerder] en Aabo als vaststaand feit aangenomen dat niet was voldaan aan de volstortingsplicht. Dat blijkt uit rov. 4.1, waarin de rechtbank de feiten als volgt vaststelt:

#### “4.1. *De feiten*

Op 1 juli 2005 is op rekening van [B] als vennootschap in oprichting, ter voldoening van de verplichting tot volstorting, door de vorige aandeelhouder, [C] BV, een bedrag gestort, maar dat bedrag is nadien teruggeboekt. Ten tijde van de oprichting van [B] op 5 juli 2005 stond het minimumkapitaal niet werkelijk ter beschikking van de vennootschap; ook nadien is niet voldaan aan de volstortingsverplichting.”

Verder overwoog de rechtbank in rov. 4.4.4 het volgende:

“4.4.4 Art. 2:180 bepaalt – voor zover hier van belang – dat een bestuurder naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk is voor elke tijdens zijn bestuur verrichte rechtshandeling waarvoor de vennootschap wordt verbonden in het tijdvak voordat het gestorte deel van het kapitaal tenminste het bij de oprichting bepaalde minimumkapitaal bedraagt.

Art. 2:11 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon, tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is.

Deze beide wetsbepalingen, bezien in combinatie met het gegeven dat in de zomer van 2009, toen [B] verplichtingen aanging jegens Aabo, [verweerder] junior bestuurder van [A] BV was, welke vennootschap bestuurder van [B] was, terwijl op dat moment niet was voldaan aan de volstortingsverplichting, bewerkstelligen dat Aabo zich thans kan verhalen op [verweerder] junior.”

4.10. De rechtbank kon het niet zijn voldaan aan de volstortingsplicht in rov. 4.1 en rov. 4.4.4 als vaststaand aannemen, nu dit door Aabo was gesteld (zie haar akte overlegging producties van 27

mei 2010, waarbij zij de grondslag van haar vordering had aangevuld met een beroep art. 2:180 lid 2 BW), en [verweerder] in zijn (daarvóór genomen) incidentele conclusie tot oproeping in vrijwaring óók stelde dat niet was voldaan aan de volstortingsplicht. Partijen waren het daarover dus eens. Ook ter comparitie heeft [verweerder], zo blijkt uit het proces-verbaal van de comparitie, niet betwist dat niet was voldaan aan de volstortingsplicht. Met betrekking tot de stortingsaansprakelijkheid is daar volstaan met een beroep op de regeling die [verweerder] met de curator had getroffen.

4.11. De rechtbank heeft niet overwogen dat zij het niet voldoen aan de volstortingsplicht als vaststaand feit heeft aangenomen, omdat sprake was van een gerechtelijke erkenning op dit punt van [verweerder]. Dat is begrijpelijk: het is immers gebruikelijk dat een (aanzienlijk) deel van de feiten door de wederpartij wordt erkend, hetzij expliciet hetzij impliciet. De rechtbank overweegt dan niet steeds bij elke feitelijke vaststelling dat die vaststelling berust op een gerechtelijke erkenning van de wederpartij. De omstandigheid dat de rechtbank in haar vonnis niet heeft overwogen dat een partij op een bepaald punt een gerechtelijke erkenning heeft gedaan, betekent *op zichzelf* dus niet dat geen sprake was van een gerechtelijke erkenning.

4.12. De vraag of sprake is van een gerechtelijke erkenning – en daarmee de noodzaak voor de rechter om daarover iets te overwegen – rijst pas als een partij terugkomt op een eerdere erkenning en *vervolgens* van haar wederpartij krijgt tegengeworpen dat dat terugkomen niet is toegestaan, omdat sprake is van een gerechtelijke erkenning in de zin van art. 154 lid 1 Rv. Dat “terugkomen op” en het bezwaar daartegen zal zich doorgaans voordoen in appel, waarna de appelrechter zal moeten beoordelen of in de procedure bij de rechtbank sprake is geweest van een gerechtelijke erkenning (zodat daarop niet kan worden teruggekomen in appel, behoudens de uitzondering van lid 2 van art. 154 Rv), of dat dat niet het geval is.

4.13. Grief 1 van [verweerder] is gericht tegen de vaststelling van de rechtbank onder 4.1, als geciteerd onder 4.9. In de toelichting op deze grief heeft [verweerder] onder meer gesteld dat Aabo ter comparitie van partijen haar vordering heeft aangevuld met een beroep op art. 2:180 BW, en dat hij ten onrechte niet in de gelegenheid is gesteld zich te verweren tegen deze eiswijziging. Verder heeft [verweerder] grief 3 gericht tegen rov. 4.4.4 van het vonnis. In de toelichting op deze grief stelde hij het volgende:

“09. Dit oordeel volgt eveneens niet uit het door de rechtbank – ten onrechte – als ‘feit’ gepresenteerde niet volgestort zijn van de aandelen [B] (4.1 – waartegen grief 1 zich richt) en is onder verwijzing naar de toelichting bij grief 1 eveneens onjuist. Zoals ook hiervoor reeds aangegeven had de rechtbank [verweerder] in de gelegenheid moeten stellen [C] B.V. in vrijwaring op te roepen, in welke procedure het al dan niet volgestort zijn van de aandelen aan de orde zou zijn gekomen.

10. De rechtbank heeft zich – kennelijk; dat blijkt immers niet uit enige overweging – enkel gebaseerd op een zijdens Aabo in het geding gebracht openbaar faillissementsverslag, waarin de curator stelt dat de aandelen niet volgestort zijn en dat zij de aandeelhouder van de gefailleerde vennootschap (...) zal aanspreken tot volstorting. Daarnaast was de curator voornemens een vordering in te stellen wegens bestuurdersaansprakelijkheid. [A] B.V. heeft in het kader van een minnelijke regeling een en ander met de curator geschikt; daarmee is geenszins en al helemaal niet jegens Aabo vast komen te staan dat de aandelen [B] niet volgestort waren.

(...)

16. [betrokkene 1] stelt zich op het standpunt dat aan alle formaliteiten voor volstorting is voldaan; de aandelen zijn door de oprichter volgestort in geld, er is een bankverklaring bij de oprichtingsakte gevoegd en de storting is de vennootschap aanvaard. Een en ander is in rekening-courant geboekt, op welke rekening-courant ook mutaties hebben plaatsgevonden, zodat van een volstrekt normale zakelijke rekening-courant tussen twee vennootschappen sprake was.



(...)

19. Bij vonnis van 29 augustus 2012 tussen [verweerder] en [betrokkene 1] heeft de rechtbank vermeden tot een ander oordeel te komen dan in het vonnis van 11 augustus 2010, door zich in het geheel niet uit te laten over de vraag of de aandelen al dan niet rechtsgeldig volgestort zouden zijn (r.o. 4.11), maar zijn de vorderingen van [verweerder] op andere gronden afgewezen.

(...)

22. In een aan de procedure tussen [verweerder] en Aabo gerelateerde vrijwaringsprocedure had de rechtbank niet kunnen volstaan met de opmerking 'De vraag of de aandelen van [B] rechtsgeldig zijn volgestort kan daarbij in het midden blijven', maar had de rechtbank, nu zij haar oordeel daarop baseert, een beslissing moeten nemen.

23. Dat oordeel had naar [verweerder] meent alsdan geluid dat wel degelijk sprake was van een rechtsgeldige volstorting van de aandelen."

4.14. De grieven 1 en 3, in onderlinge samenhang gelezen, tezamen met de daarop gegeven toelichting, laten redelijkerwijs geen andere lezing toe dan dat [verweerder] in zijn memorie van grieven betwistte dat niet voldaan was aan de volstortingsplicht. Daaraan doet niet af dat [verweerder] zijn betoog hierover deels in de sleutel heeft gezet van de (hypothetische) vraag wat in de vrijwaringsprocedure had moeten worden geoordeeld over de volstortingskwestie. Dat Aabo dit ook zo heeft begrepen, blijkt uit haar memorie van antwoord waarin zij onder punt 4 het volgende stelt:

"Welbeschouwd voert [verweerder] twee thema's op in de vijf grieven, te weten:

a. (...)

b. De vraag of de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat [verweerder] niet heeft voldaan aan zijn volstortingsverplichtingen ex artikel 2:180 BW als gevolg waarvan hij hoofdelijk aansprakelijk is voor de vorderingen van Aabo."

4.15. Hiermee had het op de weg van Aabo gelegen om in haar memorie van antwoord het verweer te voeren dat [verweerder] dat niet meer *kon* betwisten, omdat zij het niet volgestort zijn van de aandelen in eerste aanleg uitdrukkelijk had erkend. Een dergelijk verweer is echter door Aabo niet gevoerd. Onder punt 12 van de memorie van antwoord stelt Aabo wel het volgende: "Echter, in het kader van de diverse procedures kan [verweerder] ten aanzien van dat standpunt [het rechtsgeldig volgestort zijn van de aandelen] lichtelijk het "meewaaien met alle winden" worden verweten." Het daarop volgende betoog mondt echter niet uit in de stelling dat sprake is van een gerechtelijke erkenning door [verweerder] op het punt van volstorting. En onder punt 13 legt Aabo vervolgens nogmaals uit – onder verwijzing naar het faillissementsverslag van de curator – waarom haars inziens geen sprake was van een rechtsgeldige volstorting.

4.16. Bij gebreke van een dergelijk verweer van Aabo was er geen aanleiding voor het hof om te beoordelen of sprake was van een gerechtelijke erkenning van [verweerder] op het punt van het niet voldaan zijn aan de volstortingsplicht. Weliswaar had het hof eigener beweging kunnen constateren dat sprake was van een gerechtelijke erkenning.<sup>61</sup> Het hof was echter niet *verplicht* om dat ambtshalve vast te stellen, zeker niet nu het hof de kwestie wel ter comparitie aan de orde heeft gesteld (zie onder 4.8), en ook bij die gelegenheid door Aabo niet naar voren is gebracht dat sprake was van een gerechtelijke erkenning van [verweerder].

4.17. Hiermee faalt de klacht uit het eerste onderdeel.

*Onderdeel 2: de twee-conclusie-regel*

4.18. Het *tweede* onderdeel klaagt dat het hof de twee-conclusie-regel heeft miskend, voor zover het hof in de grieven van [verweerder] heeft gelezen dat [verweerder] daarin bestreed dat sprake was van voldoening aan de volstortingsplicht. Het gewijzigde standpunt van [verweerder] terzake is volgens het onderdeel pas ingenomen ter gelegenheid van de comparitiezitting in hoger beroep en dat is, gelet op de twee-conclusie-regel, te laat. Verder klaagt het onderdeel dat het oordeel van het hof op dit punt (rov. 4.5 en 4.8 tussenarrest en rov. 2 eindarrest) onbegrijpelijk is.

4.19. Anders dan het onderdeel tot uitgangspunt neemt, is wel degelijk bij memorie van grieven opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank over schending van de volstortingsverplichting. Ik verwijs naar grief 1 en grief 3, en de daarop gegeven toelichting (geciteerd onder 4.13). Daarmee falen de klachten.

#### *Onderdeel 3a: stelplicht en bewijslast stortingsaansprakelijkheid*

4.20. Het *derde* onderdeel klaagt in de eerste plaats dat rov. 2.3-2.6 van 's hofs eindarrest blijkt geven van een onjuiste rechtsopvatting, althans een onvoldoende begrijpelijke motivering, ten aanzien van de stelplicht en bewijslast die voortvloeien uit art. 2:180 lid 2, aanhef en sub b, BW (oud). Het onderdeel klaagt dat onjuist is dat de stelplicht en bewijslast volgens het hof op Aabo rusten. Het hof heeft miskend dat de bewijslast van het voldaan zijn aan de volstortingsverplichting op [verweerder] rust.

4.20. Op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv rust de bewijslast op de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten. In de onderhavige zaak beroept Aabo zich ex art. 2:180 lid 2 aanhef en sub b BW (oud) op hoofdelijke aansprakelijkheid van [verweerder] als bestuurder van [B] wegens het niet voldaan zijn aan de volstortingsverplichting. Daarmee rust de bewijslast van het niet zijn voldaan aan de volstortingsverplichting op Aabo. Uitzonderingen op deze hoofdregel zijn mogelijk. Uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kan een andere verdeling van de bewijslast voortvloeien, zo volgt uit het slot van art. 150 Rv.

4.21. In het al genoemde *Van Aken/Savelbergh*-arrest uit 1981 was van een dergelijke uitzondering sprake (zie onder 3.9). In dat arrest heeft de Hoge Raad aangenomen dat in de gegeven omstandigheden de bewijslast rustte op de bestuurder. De bestuurder diende te stellen wanneer en op welke wijze hij op zijn aandelen heeft gestort. Maeijer heeft uit het arrest de bijzondere regel afgeleid dat als niet uit de oprichtingsakte of de aangehechte overeenkomst betreffende inbreng in natura blijkt dat aan de minimum volstortingsverplichting is voldaan, het aan de bestuurder is om te stellen wanneer en op welke wijze hij op de aandelen heeft gestort (zie onder 3.11). De zaak speelde voor de invoering van het vereiste van een bankverklaring bij storting in geld (art. 2:203a BW). Nieuwe Weme & Van Solinge hebben uit het arrest afgeleid dat indien niet uit de oprichtingsakte of de aangehechte stukken blijkt dat de minimaal vereiste storting heeft plaatsgevonden, degene bij wie de aandelen zijn geplaatst, zal moeten stellen en aantonen dat en hoeveel hij heeft gestort. Dat geldt volgens hen ook voor de bestuurder-groootaandeelhouder die aan zijn hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 2:69/180 lid 2 BW wil ontkomen.<sup>62</sup>

4.23. In de onderhavige zaak doet zich echter niet voor dat een bankverklaring ontbreekt. Ook doet zich niet voor dat uit de bankverklaring niet blijkt dat en hoeveel op de aandelen is gestort.<sup>63</sup> Daarmee is de bijzondere regel uit *Van Aken/Savelbergh* in deze zaak niet aan de orde.

4.24. De feitenrechtspraak waarop het onderdeel een beroep doet (cassatiemiddel, voetnoot 4), leidt niet tot een andere conclusie. In de uitspraak van het hof Amsterdam *Abma q.q./Kooy*<sup>64</sup> waarin het overigens ging om een vordering van de curator tot volstorting van de aandelen – is de hoofdregel van art. 150 Rv juist bevestigd. In die zaak werd echter betekenis toegekend aan de omstandigheid dat het ging om een “slapende” vennootschap (rov. 5.5), zonder activa en passiva (rov. 5.6), waarvan de jaarstukken ontbraken (rov. 5.7). Onder deze omstandigheden bestond er volgens het hof gerede twijfel of de geplaatste aandelen door de oprichters wel waren volgestort

(rov. 5.8). Dat leidde ertoe dat volgens het hof uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeide dat de koper van de aandelen, de bewijslast droeg dat de oprichters van de vennootschap aan hun volstortingsverplichting hadden voldaan (rov. 5.9).

4.25. De zaak *Palstra q.q./Ten Camp* is een soortgelijke zaak,<sup>65</sup> waarin de rechtbank Utrecht tot het oordeel kwam dat er gerede twijfel bestond of de aandelen waren volgestort, gelet op de omstandigheden dat Ten Camp de aandelen in een vennootschap zonder bezittingen en schulden had gekocht (rov. 5.3), en hij bij de aandelenoverdracht niet naar de jaarstukken van de vennootschap had gevraagd (rov. 5.4). Onder deze omstandigheden rustte volgens de rechtbank op Ten Camp de bewijslast dat de aandelen zijn volgestort (rov. 5.7).

4.26. In de onderhavige zaak zijn geen (vergelijkbare) bijzondere omstandigheden vastgesteld of gebleken die een omkering van de bewijslast rechtvaardigen. Dat betekent dat het hof terecht de stelplicht en de bewijslast ten aanzien van de volstortingsverplichting volgens de hoofdregel van art. 150 Rv bij Aabo heeft gelegd. Voor zover het onderdeel klaagt over de bewijslastverdeling, faalt het derhalve.

#### *Onderdeel 3b en 4: onbegrijpelijk oordeel eindarrest over stelplicht Aabo*

4.27. *Onderdeel 3b* (onder 3.8 en 3.9) klaagt dat de motivering van het hof in het eindarrest onbegrijpelijk is, waar het hof in rov. 2.3 van het eindarrest overweegt dat “Aabo daarover [A-G: over de volstortingsplicht] in eerste aanleg nauwelijks iets heeft gesteld”, terwijl uit de overwegingen rov. 4.5, 4.6 en 4.8 van het tussenarrest geen andere conclusie mogelijk is dan dat het hof de stellingen van Aabo in voldoende mate uit de gedingstukken heeft kunnen afleiden, en dat het hof van oordeel was dat Aabo had voldaan aan haar stelplicht. In het eindarrest is het hof afgeweken van die lijn. Aabo heeft terzake ook voldoende gesteld: zij heeft immers verwezen naar het verslag van de curator van 5 maart 2010, waarin de curator heeft vermeld dat niet is voldaan aan de stortingsplicht.

4.28. Verder wordt bij het *vierde* onderdeel geklaagd dat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom Aabo niet aan haar bewijslast zou hebben voldaan, mede in het licht van de erkenning van [verweerder] in eerste aanleg en gelet op de inhoud van het verslag van de curator van 5 maart 2010.

4.29. Deze klachten lenen zich voor een gezamenlijke bespreking.

4.30. In het tussenarrest van 16 mei 2017 overweegt het hof het volgende:

“4.17 Met betrekking tot de vraag of is voldaan aan de volstortingsverplichting komt het er op aan of het op 1 juli 2005 gestorte en op 5 juli 2005 weer teruggeboekte bedrag daadwerkelijk (in rekening-courant verhouding) ter beschikking is blijven staan aan [B] (i.o.). Bij de beantwoording van deze vraag is ook van belang of deze lening zakelijk verantwoord was – onder zakelijke voorwaarden is aangegaan – en of [B] (i.o.) desgewenst over dit bedrag kon blijven beschikken. Volgens Aabo is dat niet het geval en is sprake geweest van een geconstelleerde constructie.

4.18. Alvorens die vraag te beantwoorden heeft het hof behoefte aan nadere inlichtingen van [verweerder]. Het hof overweegt in dat verband het volgende.

De jaarrekening van [B] over 2015 vermeldt dat het eigen vermogen per 8 juli 2005, zijnde de datum van oprichting, € 18.000,- bedroeg en per 31 december 2005 € 35.000,-. De toename van het eigen vermogen zou het gevolg zijn van “overige reserves” (winstbestemming). Het gestorte en opgevraagd kapitaal bedroeg per 8 juli 2005 en per 31 december 2005 ongewijzigd € 18.000,-.

In de balans van [B] per 8 juli 2005 is nog geen rekening-courant met groepsmaatschappijen opgenomen. Per 31 december 2005 wordt een rekening-courant met [C] van € 8.975,- en met [D] van € 11.750,- vermeld, met een rentepercentage van 5%.

Bij de aandelenoverdracht heeft [A] van de koopsom € 18.000,- voldaan door een schuld in rekening courant van € 18.000,- van [D] aan [B] over te nemen als haar schuld.

Tussen partijen is niet in geschil dat de rechtshandelingen verricht door [B] i.o. door [B] zijn bekrachtigd, zodat het hof daarvan ook zal uitgaan.

In het licht van deze gegevens uit de jaarrekening en de (gedeeltelijke) betaling van de koopsom bij de aandelenoverdracht, stelt het hof in het kader van de te beantwoorden vraag [verweerder] in de gelegenheid een nadere toelichting te geven, zoveel mogelijk onderbouwd met schriftelijke bescheiden, op de volgende vragen:

- wanneer is tussen [B] en [C] en/of [D] een rekening-courant verhouding ontstaan, en waaruit blijkt dat,
- welke (zakelijk) voorwaarden golden voor die rekening,
- kon [B] het saldo op de rekening op elk moment en volledig opvragen? Zo ja, waaruit blijkt dat en zo niet, welke voorwaarden golden voor het opvragen van het saldo door [B],
- indien ten tijde van de oprichting € 18.000,- is geboekt op de rekening-courant verhouding ten laste van [D]: wat is de reden voor het feit dat het bedrag van € 18.000,- is overgeboekt naar de rekening van [C] en is geboekt in de rekening-courantverhouding met [D] ?”

Vervolgens verwijst het hof de zaak naar de rol voor het nemen van een akte door [verweerder], om antwoord te geven op de gestelde vragen.

4.31. Nadat [verweerder] een akte heeft genomen en Aabo daarop bij antwoord-akte heeft gereageerd, overweegt het hof in het eindarrest van 16 januari 2018 het volgende.

“2.3. Het hof stelt bij zijn nadere beoordeling en in aanvulling op wat in het tussenarrest al is overwogen, voorop dat de stelplecht en bewijslast dat niet is voldaan aan de volstortingsverplichting rusten op Aabo.

Het hof stelt vast dat Aabo in eerste aanleg daarover nauwelijks iets heeft gesteld. Aabo heeft pas in haar akte overlegging producties van 27 mei 2010 de grondslag van haar vordering aangevuld met een beroep op artikel 2:180 lid 2 BW (oud), en heeft daarvoor niet meer gesteld dan dat “is gebleken dat [verweerder] als middellijk bestuurder van [B] B.V. niet heeft voldaan aan de volstortingsverplichting”. Aabo heeft bij de akte nog wel verschillende producties overgelegd, maar in de akte wordt het belang van die producties voor het beroep op artikel 180 lid 2 BW (oud) verder niet toegelicht. Uit het verdere procesverloop leidt het hof af dat alleen het in het tussenarrest onder 2.9 vermelde verslag van de curator in het faillissement van [B] (blijkbaar) daarop betrekking heeft (prod. D bij de akte). Het proces-verbaal van de daarop gevolgde comparitie van partijen vermeldt nog wel dat mr. Gijzen is begonnen met een korte toelichting op zijn akte overlegging producties, maar van een inhoudelijk nadere toelichting op zijn aangevulde grondslag blijkt uit dat proces-verbaal verder niet.

2.4. Door [verweerder] is betwist dat niet aan de volstortingsverplichting is voldaan. [verweerder] heeft in zijn akte na tussenarrest verklaard dat de eerste boeking op de rekening-courant heeft plaatsgevonden op 30 juni 2005, dat voor zover hem bekend geen bijzondere voorwaarden aan de rekening-courant verhouding waren gesteld, en dat over de wijze waarop en de voorwaarden waaronder door [betrokkene 1] uitvoering is gegeven aan de rekening-courant-verhouding

[betrokkene 1] en [betrokkene 4], de administrateur van [betrokkene 1] en [B], kunnen verklaren. Ter onderbouwing van zijn antwoorden heeft [verweerder] bij zijn akte als productie nogmaals de grootboekkaarten gevoegd (eerder overgelegd als productie 5 bij memorie van grieven) en zijn aanbod herhaald om [betrokkene 1] en [betrokkene 4] als getuigen te horen.

2.5. Weliswaar is deze betwisting in zichzelf summier en is niet op alle vragen van het hof antwoord gegeven, daar staat tegenover dat ook het door Aabo gestelde summier is. Daar komt bij dat het gaat om feiten en omstandigheden waarvan voorstelbaar is dat [verweerder] daar niet uit eigen wetenschap kennis van heeft. Het gaat immers om feiten van vóór het moment dat hij zeggenschap verkreeg in [B]. In die situatie kan van hem niet een verdergaande motivering van zijn betwisting worden gevergd.

2.6. Nu aldus het door Aabo gestelde voldoende is betwist, is niet komen vast te staan dat niet aan de volstortingsverplichting is voldaan. Het hof stelt vast dat door Aabo terzake geen bewijsaanbod is gedaan dat voldoet aan de daaraan in hoger beroep te stellen eisen. Aabo heeft alleen in eerste aanleg in haar inleidende dagvaarding, dus nog voorafgaand aan de aanvulling van haar gronden met een beroep op artikel 2:180 lid 2 BW (oud), een algemeen geformuleerd bewijsaanbod gedaan. Het hof ziet geen aanleiding Aabo ambtshalve met bewijs te belasten. Daarmee dient het niet voldaan zijn aan de volstortingsverplichting als grondslag voor de vorderingen van Aabo te worden verworpen.”

4.32. Het is de vraag hoe de geciteerde rechtsoverwegingen in het eindarrest zich verhouden tot de overwegingen in het tussenarrest. In het tussenarrest stelt het hof in rov. 4.17 terecht dat het erop aankomt of het op 1 juli 2005 gestorte en op 5 juli 2005 weer teruggeboekte bedrag daadwerkelijk (in rekening-courant verhouding) ter beschikking is blijven staan aan [B] (i.o.), en dat daarbij van belang is of deze lening zakelijk verantwoord was en of [B] (i.o.) desgewenst over dit bedrag kon blijven beschikken (zie ook onder 3.22-3.23). Als niet komt vast te staan dat het teruggeboekte bedrag daadwerkelijk ter beschikking is blijven staan aan [B], is immers niet voldaan aan de volstortingsplicht. Om deze vraag te kunnen beantwoorden legt het hof een aantal concrete vragen voor aan [verweerder]. In het eindarrest komt het hof niet terug op de verschillende vragen die het hof aan [verweerder] heeft voorgelegd, en wordt ook geen conclusie getrokken over de vraag “waar het op aan komt” (eindarrest, rov. 2.1), namelijk of het teruggeboekte bedrag daadwerkelijk (in rekening-courant) ter beschikking is blijven staan aan [B] (i.o.). In plaats daarvan stelt het hof vast dat [verweerder] niet op alle vragen antwoord heeft gegeven, maar dat daar tegenover staat dat ook het door Aabo gestelde summier is (rov. 2.5). Daarbij komt dat het gaat om feiten en omstandigheden waarvan voorstelbaar is dat [verweerder] daar niet uit eigen wetenschap kennis van heeft, zodat van hem niet een verdergaande motivering van zijn betwisting kan worden gevergd (rov. 2.5). Aldus is het door Aabo gestelde voldoende gemotiveerd betwist door [verweerder], en is niet komen vast te staan dat niet aan de volstortingsplicht is voldaan (rov. 2.6).

4.33. Hiermee maakt het hof in het eindarrest een opmerkelijke tournure. Het *tussenarrest* kan niet anders worden begrepen dan dat het hof van oordeel was dat Aabo de “stelplicht-drempel” had gepasseerd. Het hof heeft specifiek vermeld op welke punten *door [verweerder]* inlichtingen moesten worden verstrekt. Die inlichtingen had het hof nodig om de kernvraag te kunnen beantwoorden, namelijk of het teruggeboekte geld ter beschikking van [B] (i.o.) is blijven staan (zie rov. 4.18 tussenarrest). Het hof is er daarmee in het tussenarrest kennelijk vanuit gegaan dat Aabo voldoende had gesteld ter onderbouwing van haar stelling dat *niet* was voldaan aan de volstortingsplicht. Ik ga er vanuit dat het hof hierbij met name acht heeft geslagen op de omstandigheid dat het bedrag van € 18.000,- vóór oprichting teruggeboekt is door [B], terwijl per datum oprichting (8 juli 2015) in de balans van [B] geen rekening-courant met de groepsmaatschappijen was opgenomen (tussenarrest rov. 4.18). Voorts zal het hof in aanmerking hebben genomen – overeenkomstig de stellingen van Aabo<sup>66</sup> – dat de curator in zijn faillissementsverslag had opgenomen dat niet voldaan was aan de volstortingsplicht, en dat [verweerder] hierover een regeling had getroffen met de curator. In het *eindarrest* doet het hof als het ware een stap terug, en wordt Aabo tegengeworpen dat zij “nauwelijks iets heeft gesteld” (rov. 2.3) en dat het door haar gestelde “summier is” (rov. 2.5). Het hof bespreekt níet de inlichtingen

die [verweerder] in zijn akte heeft gegeven naar aanleiding van de door het hof gestelde vragen, en wat daaruit is af te leiden voor de beantwoording van de kernvraag. Niet alleen is dit niet te rijmen met de overwegingen in het tussenarrest, en de daarin door het hof aan [verweerder] voorgelegde vragen. Bovendien is niet duidelijk welke (aanvullende of meer gedetailleerde) stellingen van Aabo het hof had gewenst, welke stellingen het hof mist en en waarom het hof in het tussenarrest dan geen vragen aan Aabo heeft gesteld. Daarbij komt dat het verwijt dat het hof in het eindarrest maakt aan Aabo, over het uiterst summier toelichten van haar stellingen, niet terecht is. Op zichzelf is het juist dat Aabo in haar akte van 27 mei 2010 haar vordering heeft aangevuld met een beroep op art. 2:180 lid 2 BW. Maar dit kan niet als een onredelijk laat moment van eiswijziging worden aangemerkt. Aabo verwees hierbij naar het door haar als productie overgelegde faillissementsverslag van 5 maart 2010 (dat Aabo, gelet op de datum van dat verslag, niet eerder kon overleggen), waarin de curator zonder enig voorbehoud vaststelde dat niet voldaan was aan de stortingsplicht (zie de feitenvaststelling onder 1.11). Vervolgens heeft [verweerder], zoals hiervoor uiteen is gezet (zie onder 4.10-4.11), erkend dat niet was voldaan aan de stortingsplicht. In eerste aanleg was er dan ook geen enkele aanleiding voor Aabo om nader in te gaan op het niet voldaan zijn aan de stortingsplicht. Zoals gezegd, heeft [verweerder] de vraag of voldaan is aan de stortingsplicht in hoger beroep alsnog tot onderwerp van debat gemaakt. Aabo heeft daarop ook gereageerd: zij heeft opnieuw verwezen naar het faillissementsverslag en bovendien gesteld dat uit de administratieve bescheiden niet blijkt dat sprake is geweest van een boeking van het bedrag in rekening-courant.<sup>67</sup> In het licht van deze stellingen is mij niet duidelijk waarom het hof van oordeel is “dat het door Aabo gestelde summier is” (rov. 2.5) en dat [verweerder] het gestelde voldoende heeft betwist (rov. 2.6). Hierbij is nog op te merken dat het hof kennelijk niet bedoelt dat Aabo in haar antwoordakte na tussenarrest onvoldoende weersproken zou hebben wat [verweerder] in reactie op de vragen van het hof in zijn akte na tussenarrest naar voren heeft gebracht; [verweerder] had namelijk inhoudelijk niets nieuws met betrekking tot die vragen aangevoerd en deze gedeeltelijk ook onbeantwoord gelaten. Aabo heeft daarop in haar antwoordakte ook gewezen.

4.34. Weliswaar was het hof strikt genomen niet gebonden aan de in het tussenarrest neergelegde overwegingen over de volstortingsplicht, nu daarin geen bindende eindbeslissingen waren vervat. Dat doet er echter niet aan af dat het eindarrest wel op een begrijpelijke en inzichtelijke wijze zal moeten voortbouwen op het tussenarrest. Als het hof in het eindarrest een andere richting wil inslaan dan in het tussenarrest, zal moeten worden toegelicht waarom daarvoor is gekozen; dat vloeit voort uit de algemene eis van een behoorlijke motivering van rechterlijke beslissingen.<sup>68</sup> In het onderhavige geval heeft het hof dat naar mijn mening niet gedaan.

4.35. Ten slotte zij nog opgemerkt dat het door het hof gebezigde argument, “dat het gaat om feiten en omstandigheden waarvan voorstelbaar is dat [verweerder] daar niet uit eigen wetenschap kennis van heeft” (rov. 2.5), in gelijke mate – zo niet meer – geldt voor Aabo, als schuldeiser van [B].

4.36. Daarmee slagen de klachten van onderdeel 3b en 4.

#### *Onderdeel 5: de grenzen van de rechtsstrijd*

4.37. Het vijfde onderdeel klaagt dat het hof art. 24 Rv heeft geschonden door het in rov. 2.5 “voorstelbaar” te achten dat [verweerder] van bepaalde feiten of omstandigheden niet uit eigen wetenschap kennis heeft, en dat in die situatie geen verdergaande motivering van zijn betwisting kan worden geveerd. Nu dat een argument is dat [verweerder] in hoger beroep niet heeft aangevoerd, geeft het oordeel van het hof blijk van ontoelaatbare aanvulling van de stellingen van [verweerder]. Het onderdeel klaagt voorts dat het “voorstelbaar”-oordeel van het hof in rov. 2.5 blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel onbegrijpelijk is. Het is niet van belang of de bestuurder (al dan niet uit eigen wetenschap) kennis heeft van het niet voldaan zijn aan de volstortingsverplichting, omdat de volstortingsverplichting een kwalitatieve verplichting is die verbonden is aan het aandeelhouderschap.

4.38. Gelet op de context waarin het hof de gewraakte overweging doet – en met name de conclusie die daaraan wordt verbonden aan het slot van rov. 2.5, dat van [verweerder] geen verdergaande motivering van zijn betwisting kan worden gevegd –, begrijp ik deze zo, dat het hof van oordeel is dat [verweerder] in *bewijsnood* verkeert ten aanzien van de beantwoording van de door het hof gestelde vragen (in die zin dat de daarvoor benodigde informatie voor hem onbereikbaar is), en dat hem om die reden niet is tegen te werpen dat hij twee van de vier vragen niet heeft beantwoord. Het wel of niet *uit eigen wetenschap* kennis hebben over bepaalde feiten is immers op zichzelf geen argument waarom een partij haar stellingen niet zou hoeven te onderbouwen of te bewijzen.<sup>69</sup> Het is ook geen argument om een bewijsaanbod te passeren.

4.39. Op zichzelf is denkbaar dat de rechter eigener beweging uit de stellingen van een partij afleidt dat sprake is van bewijsnood en daar ambtshalve consequenties aan verbindt. Daarmee hoeft nog geen sprake te zijn van overschrijding van de grenzen van de rechtsstrijd.

4.40. In het onderhavige geval is de overweging echter niet goed te begrijpen, omdat [verweerder] met betrekking tot de beantwoording van de derde en vierde vraag in zijn akte na tussenarrest getuigenbewijs heeft aangeboden, door het horen van [betrokkene 1], voormalig aandeelhouder en bestuurder van [B] en (middellijk) aandeelhouder en bestuurder van [D] en [C] en [betrokkene 4] die de administratie van [betrokkene 1] en [B] verzorgde (akte 11 juli 2017, onder punt 4). Deze personen zijn kennelijk in staat om wél “uit eigen wetenschap” te verklaren over de kwestie. Het had voor de hand gelegen dat het hof deze getuigen had gehoord, om zo een antwoord op zijn vragen te krijgen.<sup>70</sup> Waar [verweerder] zélf heeft aangegeven *hoe* nadere informatie zou kunnen worden verkregen over de door het hof gestelde vragen, namelijk door een specifiek bewijsaanbod te formuleren, is niet begrijpelijk waarom het hof – in het voordeel van [verweerder] – overweegt dat (door mij zo opgevat) [verweerder] in bewijsnood verkeert en dat daarom van hem “niet een verdergaande motivering van zijn betwisting kan worden gevegd”.

4.41. Daarmee slaagt in zoverre ook de klacht van onderdeel 5.

---

## 5. Conclusie

---

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

---

## Hoge Raad

---

(...; red.)

### 2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerder] is enig aandeelhouder en bestuurder van [A] B.V. (hierna: [A]). [A] is enig aandeelhouder en bestuurder geweest van [B] B.V. (hierna: [B]). [B] oefende een bouwbedrijf uit.

(ii) [B] is op 8 juli 2005 bij notariële akte opgericht door [D] B.V. (hierna: [D]), daarbij vertegenwoordigd door haar enig directeur, [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]).

(iii) Voorafgaand aan die oprichting is op 1 juli 2005 op rekening van [B] B.V. in oprichting (hierna: [B] i.o.), door [C] B.V. (hierna: [C]) een bedrag gestort van € 18.000,- met als omschrijving “overboeking tegoed tbv oprichting [B] BV”.

(iv) In een bankverklaring op de voet van art. 2:203a lid 1 onder b (oud) BW van 1 juli 2005 heeft de Rabobank aan de notaris ten overstaan van wie de oprichting van [B] heeft plaatsgevonden,

bericht dat op de rekening van [B] i.o. een creditsaldo staat van € 18.000,- en “dat vermeld saldo volgens mededeling van de mede-ondergetekende(n), oprichters(s) van genoemde vennootschap, is ontstaan ten titel van storting op de bij de bij de oprichting van genoemde vennootschap te plaatsen aandelen”.

(v) Op 5 juli 2005 is een bedrag van € 18.000,- van de rekening van [B] overgeboekt naar [C] onder de vermelding “overboeking tegoed”.

(vi) Op 11 april 2006 heeft [D] haar aandelen in [B] (180 aandelen van elk nominaal € 100,-, tezamen het gehele geplaatste kapitaal) overgedragen aan [A]. De akte van aandelenoverdracht vermeldt dat blijkens het register van aandeelhouders al de aandelen zijn volgestort. In de akte is verder opgenomen dat de verkoper aan koper garandeert dat de aandelen zijn volgestort.

(vii) De koopsom voor de aandelen bedroeg € 35.065,-. Van die koopsom heeft [A] een bedrag van € 18.000,- voldaan door een schuld in rekening-courant van € 18.000,- van [D] aan [B] over te nemen als haar schuld. Het restant van de koopsom is omgezet in een lening van [D] aan [A].

(viii) Aabo heeft in de zomer van 2009 aan [B] bouwmaterialen verkocht en geleverd. Voor die leveringen zijn aan [B] in de periode van 1 juli 2009 tot en met 2 september 2009 verschillende facturen gezonden tot een totaalbedrag van € 71.503,69.

(ix) [B] is op 10 november 2009 failliet verklaard.

(x) De curator in het faillissement van [B] heeft in zijn verslag vermeld dat niet is voldaan aan de verplichting tot volstorting van de aandelen in [B].

(xi) Aabo Almere, Aabo Breda en Aabo Eindhoven hebben bij akte van cessie van 26 april 2010 hun vorderingen op [verweerder] uit hoofde van de hiervoor onder (viii) genoemde leveringen gecedeerd aan Aabo Drachten.

2.2. In deze procedure vordert Aabo schadevergoeding van [verweerder]. De grondslag van haar vordering komt neer op het volgende. Bij de oprichting van [B] is niet het voorgeschreven minimumkapitaal op de aandelen in [B] gestort. Ook na de oprichting, toen [A] bestuurder was van [B], is dit niet gebeurd. [A] is daarom op grond van art. 2:180 lid 2, aanhef en onder b, (oud) BW naast [B] hoofdelijk aansprakelijk voor elke tijdens haar bestuur verrichte rechtshandeling waardoor [B] is verbonden. [verweerder] was bestuurder van [A]. Op grond van art. 2:11 BW rust de aansprakelijkheid van [A] daarom tevens hoofdelijk op haar bestuurder [verweerder].

2.3. De rechtbank heeft de vordering van Aabo Drachten toegewezen. De vorderingen van de overige Aabo-vennootschappen zijn afgewezen in verband met de hiervoor in 2.1 onder (xi) genoemde cessie.

2.4. Het hof heeft de vordering van Aabo Drachten alsnog afgewezen. Voor zover in cassatie van belang heeft het hof in het tussenarrest onder meer het volgende overwogen:

“4.5. Het hof stelt bij de beoordeling van deze grieven voorop dat uit de op die grieven gegeven toelichtingen blijkt dat zij beogen aan het hof de vraag voor te leggen of is voldaan aan de volstortingsverplichting,

4.6. (...) Ook het hof gaat er derhalve vanuit dat als niet is voldaan aan de volstortingsverplichting, Aabo zich op [verweerder] kan verhalen,

(...)



4.8. De vraag of aan de volstortingsverplichting is voldaan spitst zich toe op de vraag of bij de oprichting van [B] was voldaan aan de volstortingsverplichting. De stellingen van [verweerder] houden niet in dat op enig moment nadien (alsnog) aan die volstortingsverplichting is voldaan. Het te storten bedrag aan minimumkapitaal bedroeg ten tijde van de oprichting van [B] € 18.000,-.

(...)

4.17. Met betrekking tot de vraag of is voldaan aan de volstortingsverplichting komt het er op aan of het op 1 juli 2005 gestorte en op 5 juli 2005 weer teruggeboekte bedrag daadwerkelijk (in rekening-courant verhouding) ter beschikking is blijven staan aan [B] (i.o.). Bij de beantwoording van deze vraag is ook van belang of deze lening zakelijk verantwoord was – onder zakelijke voorwaarden is aangegaan – en of [B] (i.o.) desgewenst over dit bedrag kon blijven beschikken. Volgens Aabo is dat niet het geval en is sprake geweest van een geconstelleerde constructie.

4.18. Alvorens die vraag te beantwoorden heeft het hof behoefte aan nadere inlichtingen van [verweerder]. Het hof overweegt in dat verband het volgende.

De jaarrekening van [B] over 2015 vermeldt dat het eigen vermogen per 8 juli 2005, zijnde de datum van oprichting, € 18.000,- bedroeg en per 31 december 2005 € 35.000,-. De toename van het eigen vermogen zou het gevolg zijn van “overige reserves” (winstbestemming). Het gestorte en opgevraagd kapitaal bedroeg per 8 juli 2005 en per 31 december 2005 ongewijzigd € 18.000,-.

In de balans van [B] per 8 juli 2005 is nog geen rekening-courant met groepsmaatschappijen opgenomen. Per 31 december 2005 wordt een rekening-courant met [C] van € 8.975,- en met [D] van € 11.750,- vermeld, met een rentepercentage van 5%.

Bij de aandelenoverdracht heeft [A] van de koopsom € 18.000,- voldaan door een schuld in rekening courant van € 18.000,- van [D] aan [B] over te nemen als haar schuld.

Tussen partijen is niet in geschil dat de rechtshandelingen verricht door [B] i.o. door [B] zijn bekrachtigd, zodat het hof daarvan ook zal uitgaan.

In het licht van deze gegevens uit de jaarrekening en de (gedeeltelijke) betaling van de koopsom bij de aandelenoverdracht, stelt het hof in het kader van de te beantwoorden vraag [verweerder] in de gelegenheid een nadere toelichting te geven, zoveel mogelijk onderbouwd met schriftelijke bescheiden, op de volgende vragen:

- wanneer is tussen [B] en [C] en/of [D] een rekening-courant verhouding ontstaan, en waaruit blijkt dat,
- welke (zakelijk) voorwaarden golden voor die rekening,
- kon [B] het saldo op de rekening op elk moment en volledig opvragen? Zo ja, waaruit blijkt dat en zo niet, welke voorwaarden golden voor het opvragen van het saldo door [B],
- indien ten tijde van de oprichting € 18.000,- is geboekt op de rekening-courant verhouding ten laste van [D]: wat is de reden voor het feit dat het bedrag van € 18.000,- is overgeboekt naar de rekening van [C] en is geboekt in de rekening-courantverhouding met [D] ?”

Het hof heeft de zaak vervolgens naar de rol verwezen voor het nemen van een akte door [verweerder] om antwoord te geven op de gestelde vragen.

2.5. Nadat [verweerder] een akte had genomen en Aabo daarop bij antwoordakte had gereageerd, heeft het hof in het eindarrest onder meer het volgende overwogen:

“2.1. In het tussenarrest heeft het hof overwogen dat het bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de volstortingsverplichting er op aankomt of het op 1 juli 2005 gestorte en op 5 juli 2005 weer teruggeboekte bedrag van € 18.000,- daadwerkelijk (in rekening-courant verhouding) ter beschikking is blijven staan aan [B] (i.o.), en dat het bij de beantwoording van die vraag ook van belang is of deze lening zakelijk verantwoord was – onder zakelijke voorwaarden is aangegaan – en of [B] (i.o.) desgewenst over dit bedrag kon blijven beschikken (rov. 4,17).

(...)

2.3. Het hof stelt bij zijn nadere beoordeling en in aanvulling op wat in het tussenarrest al is overwogen, voorop dat de stelplicht en bewijslast dat niet is voldaan aan de volstortingsverplichting rusten op Aabo.

Het hof stelt vast dat Aabo in eerste aanleg daarover nauwelijks iets heeft gesteld. Aabo heeft pas in haar akte overlegging producties van 27 mei 2010 de grondslag van haar vordering aangevuld met een beroep op artikel 2:180 lid 2 BW (oud), en heeft daarvoor niet meer gesteld dan dat “is gebleken dat [verweerder] als middellijk bestuurder van [B] B.V. niet heeft voldaan aan de volstortingsverplichting”. Aabo heeft bij de akte nog wel verschillende producties overgelegd, maar in de akte wordt het belang van die producties voor het beroep op artikel 180 lid 2 BW (oud) verder niet toegelicht. Uit het verdere procesverloop leidt het hof af dat alleen het in het tussenarrest onder 2.9 vermelde verslag van de curator in het faillissement van [B] (blijkbaar) daarop betrekking heeft (...). Het proces-verbaal van de daarop gevolgde comparitie van partijen vermeldt nog wel dat mr. Gijzen is begonnen met een korte toelichting op zijn akte overlegging producties, maar van een inhoudelijk nadere toelichting op zijn aangevulde grondslag blijkt uit dat proces-verbaal verder niet.

2.4. Door [verweerder] is betwist dat niet aan de volstortingsverplichting is voldaan. [verweerder] heeft in zijn akte na tussenarrest verklaard dat de eerste boeking op de rekening-courant heeft plaatsgevonden op 30 juni 2005, dat voor zover hem bekend geen bijzondere voorwaarden aan de rekening-courant verhouding waren gesteld, en dat over de wijze waarop en de voorwaarden waaronder door [betrokkene 1] uitvoering is gegeven aan de rekening-courant-verhouding [betrokkene 1] en [betrokkene 4], de administrateur van [betrokkene 1] en [B], kunnen verklaren. Ter onderbouwing van zijn antwoorden heeft [verweerder] bij zijn akte als productie nogmaals de grootboekkaarten gevoegd (...) en zijn aanbod herhaald om [betrokkene 1] en [betrokkene 4] als getuigen te horen.

2.5. Weliswaar is deze betwisting in zichzelf summier en is niet op alle vragen van het hof antwoord gegeven, daar staat tegenover dat ook het door Aabo gestelde summier is. Daar komt bij dat het gaat om feiten en omstandigheden waarvan voorstelbaar is dat [verweerder] daar niet uit eigen wetenschap kennis van heeft. Het gaat immers om feiten van vóór het moment dat hij zeggenschap verkreeg in [B]. In die situatie kan van hem niet een verdergaande motivering van zijn betwisting worden gevergd.

2.6. Nu aldus het door Aabo gestelde voldoende is betwist, is niet komen vast te staan dat niet aan de volstortingsverplichting is voldaan. Het hof stelt vast dat door Aabo terzake geen bewijsaanbod is gedaan dat voldoet aan de daaraan in hoger beroep te stellen eisen. Aabo heeft alleen in eerste aanleg in haar inleidende dagvaarding, dus nog voorafgaand aan de aanvulling van haar gronden met een beroep op artikel 2:180 lid 2 BW (oud), een algemeen geformuleerd bewijsaanbod gedaan. Het hof ziet geen aanleiding Aabo ambtshalve met bewijs te belasten. Daarmee dient het niet voldaan zijn aan de volstortingsverplichting als grondslag voor de vorderingen van Aabo te worden verworpen.”

### *3. Beoordeling van het middel*

3.1. Onderdeel 3 klaagt onder meer dat het hof een merkwaardige tournure maakt in rov. 2.3-2.6 van het eindarrest in het licht van rov. 4.17-4.18 van het tussenarrest. De motivering van het hof in het eindarrest is onbegrijpelijk, waar het hof in rov. 2.3 van het eindarrest overweegt dat Aabo over de stortingsplicht in eerste aanleg nauwelijks iets heeft gesteld, terwijl uit de rov. 4.5, 4.6 en 4.8 van het tussenarrest geen andere conclusie kan worden getrokken dan dat het hof de stellingen van Aabo in voldoende mate uit de gedingstukken heeft kunnen afleiden, en dat het hof van oordeel was dat Aabo had voldaan aan haar stelplicht. In het eindarrest is het hof afgeweken van die lijn.

3.2. Het hof heeft in rov. 4.18 van het tussenarrest specifiek vermeld op welke punten [verweerder] inlichtingen moest verstrekken. Het hof is daarbij kennelijk ervan uitgegaan dat het de kernvraag, namelijk of het teruggeboekte geld ter beschikking aan [B] (i.o.) is blijven staan, niet zonder deze inlichtingen kon beantwoorden.

In het eindarrest overweegt het hof dat Aabo in eerste aanleg “nauwelijks iets heeft gesteld” (rov. 2.3) en dat het door haar gestelde “summier is” (rov. 2.5). Het hof bespreekt niet de inlichtingen die [verweerder] in zijn akte heeft gegeven naar aanleiding van de door het hof gestelde vragen, en wat daaruit is af te leiden voor de beantwoording van de kernvraag. Dit is niet zonder meer te rijmen met de overwegingen in het tussenarrest, en de daarin door het hof aan [verweerder] voorgelegde vragen. Bovendien is niet duidelijk welke (aanvullende of meer gedetailleerde) stellingen van Aabo het hof op het oog had, welke stellingen het hof miste en waarom het hof in het tussenarrest dan geen vragen aan Aabo heeft gesteld.

Aabo heeft haar vordering tijdens de procedure aangevuld met een beroep op art. 2:180 lid 2, onder b, (oud) BW. Aabo verwees hierbij naar het verslag van de curator, dat Aabo niet eerder kon overleggen dan zij heeft gedaan en waarin de curator vaststelde dat niet was voldaan aan de stortingsplicht. Vervolgens heeft [verweerder] in eerste aanleg niet betwist dat niet was voldaan aan de stortingsplicht. In eerste aanleg was er dan ook geen aanleiding voor Aabo om nader in te gaan op het niet voldaan zijn aan de stortingsplicht. [verweerder] heeft in hoger beroep de vraag of voldaan is aan de stortingsplicht alsnog tot onderwerp van debat gemaakt. Aabo heeft daarop ook gereageerd. Zij heeft opnieuw verwezen naar het verslag van de curator en bovendien gesteld dat uit de administratieve bescheiden niet blijkt dat sprake is geweest van een boeking van het bedrag in rekening-courant. In het licht van deze gang van zaken is niet voldoende duidelijk gemotiveerd waarom het hof van oordeel is dat het door Aabo gestelde (kennelijk: te) summier is (rov. 2.5) en dat [verweerder] het gestelde voldoende heeft betwist (rov. 2.6).

Dat het hof niet gebonden was aan de in het tussenarrest neergelegde overwegingen over de stortingsplicht, nu daarin geen bindende eindbeslissingen waren vervat, doet aan het voorgaande niet af. Als het hof in het eindarrest een andere richting wilde inslaan dan in het tussenarrest, had het moeten toelichten waarom daarvoor is gekozen; dat vloeit voort uit de algemene eis van een behoorlijke motivering van rechterlijke beslissingen. In het onderhavige geval heeft het hof dat niet gedaan.

Daarmee slagen de hiervoor in 3.1.1 weergegeven klachten van onderdeel 3.

3.3. De onderdelen 4 en 5 behoeven geen behandeling. De overige klachten van het middel 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.

#### *4. Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 16 januari 2018;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing; veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

### Noot

---

1. Dit arrest gaat over een bestuurder die door een crediteur, een onbetaalde leverancier, op de voet van art. 2:180 lid 2 sub b BW (oud) persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld omdat, naar achteraf bleek, ten tijde van de betrokken levering niet aan de stortingsplicht van het minimumkapitaal was voldaan. Het hof koos in het eindarrest een heel andere benadering ten aanzien van het vereiste stellen en betwisten dan in het tussenarrest. Het eindarrest sloot daardoor op onbegrijpelijke wijze aan op het tussenarrest, wat de Hoge Raad in strijd acht met de algemene eis van een behoorlijke motivering. Het arrest is o.m. nuttig omdat in de bestuurdersaansprakelijkheidspraktijk wel vaker dit soort stelplichtperikelen spelen.

2. Ook in zaken over bestuurdersaansprakelijkheid geldt uiteraard als uitgangspunt dat de eiser, bijvoorbeeld de curator of een crediteur, voldoende gemotiveerd dient te stellen en, bij voldoende betwisting, zijn stellingen moet bewijzen (art. 150 Rv). Dit is een belangrijke waarborg voor de aangesproken bestuurder. Voor de eiser is deze verdeling echter niet zelden problematisch omdat hij doorgaans over (veel) minder informatie beschikt. Verder speelt de wetenschap van de bestuurder, ook al is deze geobjectiveerd, meestal een belangrijke rol terwijl deze voor een buitenstaander lastig aan te tonen is. De wetgever verzuchtte in dit verband in het begin van de jaren 80 dat de curator hierdoor “*een bijna onvervulbare bewijslast heeft. Hij moet aantonen dat ‘de toestand der vennootschap’ te wijten is aan de ‘grove schuld of grove nalatigheid’ van de bestuurder die hij wil aanspreken en hij moet bovendien de omvang aantonen van de schade, die daardoor is veroorzaakt*” (Kamerstukken II 16 631, nr. 3, p. 3). Dit leidde ertoe dat de positie van de curator in 1986 ingrijpend werd versterkt door de bewijsvermoedens van lid 2 van art. 2:138/248 BW. De Hoge Raad heeft vervolgens in *Blue Tomato* (HR 30 november 2007, «JOR» 2008/29, m.nt. Borrius) de regels voor de weerlegging van deze bewijsvermoedens als een spoorboekje uitgeschreven. Maar andersoortige eisers, zoals individuele crediteuren, hebben deze (wettelijke) steun in de rug niet. Zij moeten het op eigen kracht doen. Dat ervoer de weduwe Romme, die bestuurder Bakker persoonlijk aansprakelijk hield voor het feit dat de lijfrente die wijlen haar man vanuit de bv voor haar had bedongen, niet meer werd uitgekeerd (HR 10 juni 1994, *NJ* 1994/766, m.nt. Maeijer, *Romme/Bakker*). Romme brak een lans voor een “bijzondere regel” in de zin van art. 150 Rv, namelijk dat in dit soort situaties, waarin er sprake is van één aandeelhouder en één bestuurder, de bewijslast ten aanzien van de “Beklamel-verwijten” op de aangesproken bestuurder rust. De Hoge Raad ging hier echter niet in mee. Dat neemt niet weg dat in de rechtspraak intussen manieren zijn ontwikkeld om op een andere, minder vergaande manier hulp te bieden aan een eiser die zich in een achterstandspositie bevindt, bijvoorbeeld door van de aangesproken bestuurder te verlangen dat deze zijn verweer uitvoerig(er) motiveert (“verzwaarde stelplicht”, of – zuiverder – “verzwaarde betwistplicht”). Zie voor een recent voorbeeld Hof Arnhem Leeuwarden 23 oktober 2018, *NJF* 2018/659.

3. De onderhavige zaak draait, zoals vermeld, om art. 2:180 lid 2 sub b BW, dat door de invoering van de Flex-bv op 1 oktober 2012 is komen te vervallen. Bestuurders van een bv waren hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de bv die waren ontstaan zolang het minimumkapitaal (destijds € 18.000) niet was gestort. In gevallen waarin de schade (lees: de onbetaalde schuld) vóór inwerkingtreding van de Flex-bv is ontstaan, blijven de bestuurders ook na inwerkingtreding hoofdelijk aansprakelijk (art. V.1 Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht jo. art. 173 Overgangswet NBW). Voor de nv bestaat de sanctie nog steeds (art. 2:69 lid 2 sub b BW), zij het dat er in die gevallen vrijwel nooit stortingsproblematiek speelt.

4. De aansprakelijkheid van art. 2:69/180 lid 2 sub b BW geldt/gold “in het tijdvak” waarin niet aan de stortingsplicht is voldaan. Ook een bestuurder die pas na oprichting bestuurder wordt, kan dus op deze voet aansprakelijk zijn. In het onderhavige geval was er sprake van zo’n “opvolgend

bestuurder". Verder is de aansprakelijkheid tamelijk digitaal (zwart-wit) omdat er geen disculpatiemogelijkheid is, bijvoorbeeld door zich te beroepen op een positieve bankverklaring omtrent de storting van het minimumkapitaal. Die verklaring is/was op grond van art. 2:93a/203a BW een voorwaarde voor oprichting, maar beschermt dus niet tegen aansprakelijkheid indien zaken achteraf anders blijken te liggen.

5. Er zijn in de praktijk, vooral bij de bv, veel kronkelige wegen bewandeld om de stortingsplicht feitelijk te omzeilen. Bekende voorbeelden zijn de vestzak-broekzakconstructie en de sigaar-uit-eigen-dooconstructie. De Hoge Raad legde deze aan banden in *WTN* (HR 24 maart 2000, «JOR» 2000/81) respectievelijk *Bas-C* (HR 11 juli 2003, «JOR» 2003/193, m.nt. Groffen). In het onderhavige geval ging het om een andere variant, een zogenoemd kasrondje. De oprichter stortte € 18.000 op de bankrekening van de bv i.o. en boekte dit bedrag enkele dagen later, vóór oprichting, weer terug. Daarmee kon wél de positieve bankverklaring worden verkregen, maar stond er bij oprichting dus niets (meer) op de bankrekening. De Hoge Raad liet in *Biggles* (HR 18 november 1988, *NJ* 1989/699, m.nt. Maeijer) doorschemeren dat een dergelijke constructie onder omstandigheden toelaatbaar zou kunnen zijn. Sinds *Bas-C* (2003) is in lagere rechtspraak en door verschillende auteurs aangenomen dat een kasrondje inderdaad toelaatbaar is mits sprake is van een daadwerkelijke inbreng in de bv in die zin dat de bv over het gestorte bedrag kan blijven beschikken. Ook A-G De Bock, die in haar conclusie bij het onderhavige arrest uitvoerig op dit punt ingaat (par. 3.8 e.v.), is deze mening toegedaan. Of er sprake is van de bedoelde daadwerkelijkheid moet blijken uit de feiten, bijvoorbeeld of de terugboeking de vorm had van een lening onder zakelijke en marktconforme voorwaarden.

6. In het onderhavige geval beriep de eiser, een leverancier van bouwmaterialen, zich pas vrij laat op de stortingsaansprakelijkheid van de (opvolgende) bestuurder. Hij werd op dit spoor gezet door het faillissementsverslag dat kort voor de comparitie in eerste aanleg werd gepubliceerd. De rechtbank wees (ook na verstek) de vordering van de leverancier toe, waarop de bestuurder in beroep ging. De bestuurder verweerde zich bij het hof onder meer door te wijzen op de positieve bankverklaring en de garantie die hij van de oprichter/verkoper van de bv kreeg omtrent de storting. Het hof zette in een tussenarrest – gelet op de voormelde jurisprudentie: terecht – in op onderzoek naar de vraag of de teruggeboekte gelden daadwerkelijk aan de bv ter beschikking zijn blijven staan in de vorm van de beweerde RC-lening (ECLI:NL:GHARL:2017:4135). Het hof formuleerde in dat verband een aantal vragen die de bestuurder diende te beantwoorden. Dit betekent m.i. dat het hof meende dat de leverancier in voldoende mate aan zijn stelplicht omtrent de (niet-)storting had voldaan, in tegenstelling tot de bestuurder, die in dat verband geïnstrueerd werd om zijn verweer aanvullend te motiveren. Maar in het eindarrest (ECLI:NL:GHARL:2018:420) kiest het hof “bij nadere beoordeling” onverwacht een (heel) andere weg. Het overweegt simpelweg dat, nu de leverancier in zijn stellingen summier was geweest door in feite enkel op het verslag van de curator te wijzen, ook de betwisting van de bestuurder summier mocht zijn en deze dus volstond (r.o. 2.5 eindarrest hof, geciteerd in r.o. 4.18 van het onderhavige arrest). Daarbij woog het hof ook mee dat de betrokken bestuurder een opvolgende bestuurder was en dus niet zelf bij de oprichting betrokken was. De conclusie was dat de beweerde aansprakelijkheid niet vast was komen te staan en het (toewijzende) vonnis van de rechtbank werd vernietigd. A-G De Bock noemt deze actie van het hof een “opmerkelijke tournure”. Terecht vind ik, omdat de aanpak van het hof m.i. onjuist is. Op zichzelf is juist dat ook in geval van aansprakelijkheid op grond van art. 2:180 lid 2 BW de stelplicht en bewijslast ingevolge art. 150 Rv in beginsel op de eiser rusten, in dit geval de leverancier. Verder is in algemene zin juist dat er zwaardere eisen aan de betwisting gesteld mogen worden naarmate er concreter en meer onderbouwd door de aanlegger gesteld wordt (het stellen en de betwisting zijn in die zin communicerende vaten). Maar: wat concreet qua stellen c.q. betwisten verwacht mag worden, hangt ook nauw samen met het debat dat tussen partijen wordt gevoerd (vgl. Klaassen, Meijer & Sniijders, 2017/215) en van de manier waarop de rechter daar tijdens de procedure vorm aan geeft. In dit geval achtte het hof noodzakelijk dat er nadere stellingen rondom de terugboeking werden betrokken en het hof zag die taak kennelijk in het domein van de bestuurder liggen in de vorm van antwoorden op specifieke vragen. Dat lijkt mij logisch en juist. Gelet op het “digitale” karakter van art. 2:180 lid 2 BW (geen disculpatiemogelijkheid), de constatering van de curator

dat niet aan de stortingsplicht was voldaan, en het gegeven dat eiser (de leverancier) nóg minder dan gedaagde (de bestuurder) betrokkenheid bij de oprichting had, zie ik niet in wat er qua stelplicht nog méér van eiser verwacht had kunnen worden. Als dat gestelde in de ogen van de rechter onvoldoende is om tot beslissingen te komen, wat kennelijk het geval was, is m.i. de aangewezen weg om gedaagde te belasten met de verzwaarde stelplicht en dat deed het hof ook in het tussenarrest, maar daar kwam het dus ten onrechte in het eindarrest op terug. Let op: het gaat hier niet over een terugkomen op een bindende eindbeslissing, er was toen nog immers geen beslissing, maar wel om een inconsistente lijn van het hof ten aanzien van het stellen en de betwisting. Daardoor kwam het eindarrest als een verrassing, terwijl de ironie is dat het hof de aanvullende vragen juist opgaf om een verrassingsbeslissing te voorkomen (r.o. 4.24 tussenarrest hof). In het onderhavige arrest grijpt de Hoge Raad daarom in mijn ogen terecht in door te concluderen dat deze gang van zaken in strijd is met de algemene eis van een behoorlijke motivering, het eindarrest te vernietigen en de zaak naar een ander hof te verwijzen voor verdere behandeling en beslissing.

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

### Voetnoten

---

1)

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 mei 2017, [ECLI:NL:GHARL:2017:4135](#).

2)

Zie prod. 9 bij akte overlegging producties van 2 december 2009.

3)

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, [ECLI:NL:GHARL:2014:2715](#).

4)

Zie prod. 1 bij memorie van grieven.

5)

Zie prod. 8 bij memorie van grieven.

6)

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 mei 2017, [ECLI:NL:GHARL:2017:4135](#).

7)

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 januari 2018, [ECLI:NL:GHARL:2018:420](#).

8)

Binnen de driemaandentermijn van art. 402 lid 1 Rv.

9)

*Stb.* 2012, 299. Zie voor de invoering *Stb.* 2012, 301.

10)

*Stb.* 1985, 656.

11)

*Kamerstukken II* 1984/85, 16551, nr. 15, p. 4. Zie ook HR 24 maart 2000, [ECLI:NL:HR:2000:AA5258](#), *NJ* 2000/354 m.nt. J.M.M. Maeijer (*WTN*), rov. 3.3.

12)

Aldus A-G Huydecoper onder 10 van zijn conclusie ([ECLI:NL:PHR:2003:AF4595](#)) voor HR 11 juli 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF4595](#), *NJ* 2003/630 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bas-C*).

13)

Zie, met verwijzingen naar de wetsgeschiedenis, A-G Huydecoper onder 11 van zijn conclusie ([ECLI:NL:PHR:2003:AF4595](#)) voor HR 11 juli 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF4595](#), *NJ* 2003/630 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bas-C*).

14)

*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 24.

15)

M.L. Lennarts & J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 47), Deventer: Kluwer 2004, p. 12.

16)

*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 39-40.

17)

*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 61.

18)

*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 40.

19)

*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 26-27.

20)

Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32426, nr. 3, p. 18, onder verwijzing naar art. V.I lid 1 van de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (*Stb.* 2012, 300) waarin art. 173 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing is verklaard. Vgl. rov. 4.7 van het tussenarrest.

21)

Zie ook, mede naar aanleiding van het onderhavige tussenarrest, J. van Bekkum & L. Stoppels, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2017', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 152), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 38-39.

22)

HR 26 juni 1981, [ECLI:NL:HR:1981:AG4219](#), NJ 1982/450 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Aken/Savelbergh*).

23)

HR 18 november 1988, [ECLI:NL:HR:1988:AD0505](#), NJ 1989/699 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Biggles*).

24)

HR 24 maart 2000, [ECLI:NL:HR:2000:AA5258](#), NJ 2000/354 m.nt. J.M.M. Maeijer (*WTN*).

25)

HR 11 juli 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF4595](#), NJ 2003/630 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bas-C*).

26)

Zie ook B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 1), Deventer: Kluwer 2013, p. 549.

27)

HR 26 juni 1981, [ECLI:NL:HR:1981:AG4219](#), NJ 1982/450 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Aken/Savelbergh*), rov. 3.

28)

Maeijer sub 1 van zijn noot onder HR 26 juni 1981, [ECLI:NL:HR:1981:AG4219](#), NJ 1982/450 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Aken/Savelbergh*).

29)

Zie bijv. ook *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 26 en M.L. Lennarts & J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 47), Deventer: Kluwer 2004, p. 12.

30)

Maeijer sub 1 van zijn noot onder HR 26 juni 1981, [ECLI:NL:HR:1981:AG4219](#), NJ 1982/450 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Aken/Savelbergh*).

31)

*Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/110.

32)



*Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/110. Zie ook de conclusie van A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2003:AF4595) sub 13 voor HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4595, NJ 2003/630 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bas-C*).

33)

HR 18 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0505, NJ 1989/699 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Biggles*), rov. 3.3.

34)

Maeijer sub 1 van zijn noot onder HR 18 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0505, NJ 1989/699 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Biggles*). Zie ook Maeijer sub 2 van zijn noot onder HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4595, NJ 2003/630 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bas-C*).

35)

De term is ontleend aan Maeijer sub 3 van zijn noot onder HR 24 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5258, NJ 2000/354 m.nt. J.M.M. Maeijer (*WTN*).

36)

HR 24 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5258, NJ 2000/354 m.nt. J.M.M. Maeijer (*WTN*), rov. 3.3.

37)

Maeijer sub 4 van zijn noot voor HR 24 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5258, NJ 2000/354 m.nt. J.M.M. Maeijer (*WTN*).

38)

HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4595, NJ 2003/630 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bas-C*).

39)

De term is ontleend aan het cassatiemiddel van mr. E. van Staden ten Brink onder 1.1 in die zaak. Zie ook sub 12 van de conclusie van A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2003:AF4595) voor, en sub 1 van de noot van Maeijer onder, HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4595, NJ 2003/630 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bas-C*).

40)

HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4595, NJ 2003/630 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bas-C*), rov. 3.5-3.6 en 3.8.

41)

Conclusie A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2003:AF4595) sub 13 voor HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4595, NJ 2003/630 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bas-C*): "Voor het verschijnsel dat bekend staat als "kasrondje" [voetnoten verwijderd, A-G] lijkt mij bijvoorbeeld duidelijk, dat daardoor gewoonlijk niet aan de (minimum)stortingsplicht wordt voldaan."

42)

Conclusie A-G Huydecoper ([ECLI:NL:PHR:2003:AF4595](#)) sub 13 voor HR 11 juli 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF4595](#), NJ 2003/630 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bas-C*).

43)

Maeijer, sub 2 (met verdere verwijzingen naar literatuur en rechtspraak), van zijn noot onder HR 11 juli 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF4595](#), NJ 2003/630 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bas-C*). Zie bijv. ook J.N. Schutte-Veenstra, 'De stortingsplicht in geld bij oprichting: WTN en Bas-C', in: E.E.G. Gepken-Jager & J.N. Schutte-Veenstra (red.), *LT. Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vito Timmerman* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 44), Deventer: Kluwer 2003, p. 264: "Uit het voorgaande maak ik op – anders dan de A-G in zijn conclusie bij het Bas-C-arrest – dat een gewoon kasronde nog altijd geoorloofd is, tenminste uit het oogpunt van de stortingsplicht. Er wordt immers daadwerkelijk vermogen voor of bij oprichting aan de BV ter beschikking gesteld. Echter direct na oprichting wordt dit vermogen aan de BV onttrokken." Zie voorts B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 1), Deventer: Kluwer 2013, p. 548: "De toekomstige aandeelhouder heeft bij een dergelijk zogenoemd 'kasronde' immers het bedrag daadwerkelijk voor de oprichting aan de vennootschap ter beschikking gesteld, zij het dat vervolgens een vordering van de vennootschap in oprichting ter hoogte van datzelfde bedrag op die toekomstige aandeelhouders is ontstaan; het gestorte bedrag maakt dan, zij het inmiddels in de vorm van voornoemde vordering, nog steeds deel uit van het vermogen van de vennootschap."

44)

*Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/110: "Vóór de oprichting lijkt teruglenen in alle gevallen tot gevolg te hebben dat geen sprake is van reële storting, zelfs als de teruglening plaatsvindt op zakelijke en marktconforme condities. (...) Anders nog HR 18 november 1988, NJ 1989, 699 (*Biggles*)." In gelijke zin *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa* 2013/129.

45)

B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 1), Deventer: Kluwer 2013, p. 551 (voetnoot 172).

46)

B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 1), Deventer: Kluwer 2013, p. 550.

47)

Aldus ook C.J. Groffen sub 1 van zijn noot onder Rechtbank 's-Hertogenbosch 20 juni 2012, [ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8973](#), JOR 2012/282 m.nt. C.J. Groffen: "In het onderhavige geval was er – zoals zo vaak – een kasronde. Het te storten bedrag werd enkele dagen na storting voorafgaand aan de oprichting teruggeboekt op de rekening van de oprichter. De Hoge Raad heeft eerder geoordeeld dat een kasronde voorafgaand aan de oprichting op zichzelf de rechtsgeldigheid van de storting niet aantast (HR 18 november 1988, NJ 1989, 699), zelfs niet als er geen zakelijke voorwaarden voor een lening zijn overeengekomen. De vraag is of de hiervoor genoemde latere jurisprudentie [de WTN- en Bas-C-arresten, A-G] hieraan afbreuk doet. Ik denk van niet. Indien kan worden vastgesteld dat de vennootschap (in oprichting) een vordering heeft verkregen op een oprichter/aandeelhouder zodanig dat het gestorte bedrag, weliswaar in een andere vorm, nog steeds onderdeel is van het vermogen van de vennootschap, heeft de vennootschap daadwerkelijk de beschikking gekregen over het gestorte bedrag. De vraag of er vervolgens verstandig met dit vermogen is omgegaan en de voorwaarden van de lening voldoende zakelijk zijn vastgesteld betreft (on)behoorlijk bestuur en niet kapitaalbescherming." Zie ook reeds C.J. Groffen sub 5 van zijn noot onder Rechtbank 's-Gravenhage 4 maart 1998, JOR 1998/74 en C.J. Groffen sub 1 van zijn noot onder Gerechtshof Amsterdam 22 juni 2006, JOR 2006/233. Zie verder bijv. W.J. Oostwouder,

'Over storting (in geld) bij de BV, 'vestzak-broekzakconstructies', 'sigaren uit eigen doos' en 'kasrondjes' onder huidig en toekomstig recht', *TvOB* 2006-3, p. 78-79.

48)

Rechtbank 's-Hertogenbosch 20 juni 2012, [ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8973](#), *JOR* 2012/282 m.nt. C.J. Groffen, rov. 4.23.

49)

Rechtbank Almelo 8 juni 2011, [ECLI:NL:RBALM:2011:BR1493](#), *JIN* 2011/604, rov. 5.2.

50)

Rechtbank Noord-Holland 3 april 2013, [ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ7251](#), *RO* 2013/46, rov. 4.5-4-7.

51)

*Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/109.

52)

*Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/113. Zie ook MvT, Parl. Gesch. nieuw bewijsrecht, p. 114. Zie verder bijv. onder 2.2, met verdere verwijzingen, van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent ([ECLI:NL:PHR:2017:941](#)) voor HR 27 oktober 2017, [ECLI:NL:HR:2017:2788](#) en onder 3.33 van de conclusie van A-G Hartlief ([ECLI:NL:PHR:2018:581](#)) voor HR 28 september 2018, [ECLI:NL:HR:2018:1777](#).

53)

*Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/113.

54)

*Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/113.

55)

*Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/118.

56)

MvT, Parl. Gesch. nieuw bewijsrecht, p. 114. Zie ook *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/114.

57)

MvT, Parl. Gesch. nieuw bewijsrecht, p. 114.

58)

Zie hierover ook *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/116.

59)

Zie bijv. W. Heemskerk, 'Hoe zat het ook alweer met... de gerechtelijke erkenning?', *Advocatenblad* 2001, p. 425: "Art. 181 Rv [huidig art. 154 Rv, A-G] (...) leidt als instrument voor de rechter waarschijnlijk een nagenoeg slapend bestaan, omdat partijen enerzijds niet gauw de juistheid van stellingen van hun wederpartijen uitdrukkelijk plegen te erkennen en anderzijds gemakkelijk met een summiere onderbouwing van het misverstand van een erkenning kan worden teruggekomen." Zie ook *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/116 en Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs*, 2014, nr. 64.

60)

HR 17 februari 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AU4616](#), *NJ* 2006/156, *JBPR* 2006/75 m.nt. A. Knigge (*Life fit/Life Health*), rov. 3.4.3.

61)

Vgl. ook *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/116, waarin Asser in verband met de bespreking van de gerechtelijke erkenning verwijst naar de steeds actievere opstelling van de rechter in het proces en de in dat kader verrichte afbakening van geschilpunten door de rechter.

62)

*Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/110.

63)

Zie bijv. J.N. Schutte-Veenstra, 'De curator en de stortingsplicht op aandelen', *TvI* 1995/6, p. 127.

64)

Gerechtshof Amsterdam 10 maart 1994, [ECLI:NL:GHAMS:1994:AC1358](#), *NJ* 1995, 32 (*Abma q.q./Kooy*).

65)

Rechtbank Utrecht 21 augustus 1996, [ECLI:NL:RBUTR:1996:AD2595](#), *NJ* 1997, 271 (*Palstra q.q./Ten Camp*).

66)

Memorie van antwoord onder punt 13 en 14.

67)

Memorie van antwoord onder punt 13.

68)

HR 4 juni 1993, [ECLI:NL:HR:1993:ZC0986](#), *NJ* 1993/659 (*Vredo/Veenhuis*).

69)

Zie over het problematische karakter van het onderscheid tussen feiten die wel of niet uit eigen wetenschap kenbaar zijn *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/171 en R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid* (BPP nr. XI) 2011, par. 6.6.3.

70)

Vgl. bijv. Rechtbank Oost-Nederland 16 januari 2013, [ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0445](#).