

waarin de Hoge Raad uitmaakte dat voor het uitoefenen van stemrecht op aandelen ter benoeming van een bestuurder, de volmacht daar expliciet melding van moest maken. Ik vraag me af of dat werkelijk nodig zou moeten zijn als het concept van de akte dat bij de volmacht is gevoegd hiervan wel melding maakt, maar het is inmiddels niet ongebruikelijk dat een volmacht expliciet melding maakt van de bevoegdheidsverlening aan de gevolmachtigde om stem uit te brengen op de aandelen die worden overgedragen. Dit kan nodig zijn voor het goedkeuren van de overdracht in het geval van een voor overdracht vereiste goedkeuring van de algemene vergadering en voor de benoeming of het ontslag van bestuurders van de vennootschap waarvan aandelen worden overgedragen.

15. De wetgever en het publiek hebben hoge verwachtingen omtrent de tussenkomst van de notaris en met recht. Meer en meer lijken echter aan de notaris bovenmenselijke krachten en eigenschappen te worden toegedicht. Diens tussenkomst zou niet alleen adviserend, ordenend en constaterend moeten zijn, maar zou er, zo rijst soms de indruk, ook toe moeten leiden dat iedere betrokkene nadien beter af is dan daarvoor. Een juridische Superman met messiaanse trekken. Hoewel het beeld aansprekende kanten heeft, denk ik dat deze verwachtingen te hoog gespannen zijn (zie ook Quist, Top 2014, nummer 6, nummer 502, Conversie van aandelen). De consument lijkt overigens niet altijd even bereid om voor de praktische inlossing van deze hoge verwachtingen, die zich ook goeddeels aan het zicht van de consument pleegt te onttrekken, een redelijke prijs te betalen. Echter, dat N in het gegeven geval ook de laagstgelegen lat niet haalt, behoeft geen betoog.

16. Een notariële akte heeft een sterke bewijskracht en vormt een executoriale titel. Deze bijzondere eigenschappen worden daaraan toegekend doordat de notaris op grond van art. 43 Nwa de partijen bij de akte moet *belehren* en de notaris zich ervan dient te vergewissen dat hetgeen in de akte staat, overeenkomt met hetgeen partijen voor ogen hebben. Dat dus de akte met de overeengekomen inhoud wordt gepasseerd. Op een moment dat partijen tijdig tevoren is medegedeeld. Noblesse oblige.

P.H.N. Quist,
notaris te Amsterdam

180

Aansprakelijkheid bestuurder voor waardeloze zekerheidsstelling echtgenoot-medebestuurder

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
26 februari 2019, nr. 200.130.528/01,
ECLI:NL:GHSHE:2019:702
(mr. Kikkers, mr. Hulskes, mr. Beurskens)
Noot mr. dr. C. Spierings

Persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder na faillissement. Door echtgenoot-medebestuurder verstrekte zekerheidsstelling is waardeloos als gevolg van constructie via huwelijksvermogensrecht. Persoonlijke garantstelling maakt deel uit van ten behoeve van vennootschap gemaakte afspraken. Bestuurder heeft geweten van (waardeloosheid van) borgstelling, had daarvan althans behoren te weten, en had zekerheidsstelling moeten verhinderen. Bestuurder treft persoonlijk ernstig verwijt.

[BW art. 6:162]

Het hof overweegt dat [geïntimeerde 1] als bestuurder van [materieel], ook jegens hen die zaken deden met [materieel], gehouden was tot een behoorlijke taakvervulling. Als bestuurder was ook zij er verantwoordelijk voor dat namens [materieel] geen verplichtingen werden aangegaan waarvan zij wist dat [materieel] die niet zou kunnen waarmaken. [Geïntimeerde 1] heeft het door [appellant] gestelde karakter van het bedrijf – een familiebedrijf onder bestuur van twee echtelieden – niet betwist. Bij een dergelijk bedrijf mag in beginsel worden aangenomen dat beide bestuurders met de gang van zaken in het bedrijf en met de financiële gesteldheid ervan bekend zijn. Dat geldt des te meer indien de vennootschap te kampen heeft met financiële problemen en een beoogde aankoop dreigt te stranden omdat de vennootschap niet tot de verlangde contante betaling bij aflevering in staat is. De financiële situatie is dan zodanig ernstig dat des te meer mag worden aangenomen dat alle bestuurders ervan weten, van de financiële problemen in het algemeen, maar

ook van de praktische consequenties ervan voor de concrete bedrijfsvoering. In elk geval behoren beide bestuurders, en dus ook [geïntimeerde 1], dan van een en ander op de hoogte te zijn.

Het verwijt van [appellant] dat [geïntimeerde 1] met de onderhavige transactie en de afwikkeling daarvan door een aflevering tegen het afgeven van een wisselbrief met een persoonlijke borgstelling van [geïntimeerde 2] in plaats van de door [appellant] bedongen contante betaling, bekend is geweest of heeft behoren te zijn, slaagt. [Geïntimeerde 1] heeft verder niet betwist dat het ook haar bekend was dat [geïntimeerde 2] in privé niet over enig vermogen beschikte waarop [appellant] haar vordering zou kunnen verhalen indien die vordering door [materieel] onbetaald zou worden gelaten.

In de gegeven omstandigheden kan ook [geïntimeerde 1] er persoonlijk een ernstig verwijt van worden gemaakt dat zij als bestuurder van [materieel] heeft toegelaten dat [geïntimeerde 2] namens [materieel] heeft gehandeld zoals hij heeft gedaan en dat zij hem daarvan niet heeft weerhouden.

Mr. P. de Ferm, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de rechtspersoon naar Belgisch recht [de vennootschap], appellant in principaal hoger beroep, geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep, verweerder in het incident tot zekerheidstelling ex art. 224 Rv,

hierna te noemen: [appellant],
advocaat: mr. D.J.A. van den Berg,
tegen

1. Y

[geïntimeerde 1],
geïntimeerde in principaal hoger beroep,
appellante in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep,
eiseres in het incident ex art. 224 Rv,
advocaat: B. Vermue,

2. X,

[geïntimeerde 2],
geïntimeerde in principaal hoger beroep,
in hoger beroep niet verschenen,

3. Stichting Administratiekantoor [concern I] Concern,

geïntimeerde in principaal hoger beroep,
hierna afzonderlijk te noemen: StAK Concern,
in hoger beroep niet verschenen,

4. Stichting Administratiekantoor [concern II] Concern II,

geïntimeerde in principaal hoger beroep,
hierna afzonderlijk te noemen: StAK Concern II,
in hoger beroep niet verschenen,
hierna gezamenlijk te noemen: [geïntimeerden c.s.].

(...; red.)

12. De verdere beoordeling

12.1. Nu de curator de procedure heeft overgenomen, zal thans verder kunnen worden beslist in de hoofdzaak (in principaal en voorwaardelijk incidenteel hoger beroep) en in het door [geïntimeerde 1] opgeworpen incident tot zekerheidstelling. Het hof zal hierna de appellerende partij in de hoofdzaak (tevens geïntimeerde in het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep en verweerder in het incident) blijven aanduiden als [appellant].

De vordering van [geïntimeerde 1] tot zekerheidstelling ex artikel 224 Rv

12.2. Naar [geïntimeerde 1] zelf al heeft onderkend, is er voor toewijzing van de vordering in het incident geen wettelijke grond. [appellant] is, evenals de curator die de procedure heeft overgenomen, gevestigd in België. Nu België en Nederland beide partij zijn bij het Haags Rechtsvorderingsverdrag 1954, brengt artikel 224 lid 2 Rv in verbinding met artikel 17 lid 1 van voormeld verdrag mee dat aan [appellant] geen verplichting tot zekerheidstelling voor proceskosten kan worden opgelegd. De incidentele vordering zal daarom worden afgewezen, met veroordeling van [geïntimeerde 1] in de kosten van het incident.

Het principaal hoger beroep

12.3.1. Het gaat in deze zaak om het volgende:

a. (Productie) [de vennootschap] was een onderneming die zich bezighield met de fabricage van bedrijfsvoertuigen.

b. [materieel] Materieel B.V. (verder: [materieel]) had als bedrijfsvoering de bouw en levering van tankwagens. [beheer] Beheer B.V. (verder: [beheer] Beheer) was enig aandeelhouder en bestuurder van [materieel]. Bestuurder van [beheer] Beheer was [holding] Holding B.V. (verder: [holding]). [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] waren daarvan bestuurders. De aandelen van [beheer] Beheer BV waren in handen van de stichting

STAK Concern, waarvan [geïntimeerde 1] voorzitter/bestuurder was.

c. [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] zijn in 1983 te Waalwijk gehuwd. Zij zijn huwelijkse voorwaarden overeengekomen die zij hebben doen inschrijven in het openbaar huwelijksgoederenregister ter griffie van de rechtbank's-Hertogenbosch. Ten tijde van de huwelijkssluiting was Waalwijk gelegen binnen het rechtsgebied van die rechtbank. Nadien zijn de arrondissementsgrenzen gewijzigd en is Waalwijk onder het rechtsgebied van de rechtbank Breda komen te vallen.

d. Op 10 juni 2008 is [appellant] met [materieel] de verkoop overeengekomen van twaalf tankchassis voor een totaalbedrag van € 340.200,= (€ 28.350,= per stuk). Omdat [materieel] niet kon voldoen aan het bij [appellant] gebruikelijke beding van volledige betaling voorafgaande aan de levering, heeft [appellant] op verzoek van [geïntimeerde 2] ingestemd met een uitgestelde betaling onder de voorwaarde dat als zekerheid een door [appellant] te trekken wisselbrief voor de koop som zou worden verstrekt. [appellant] heeft voor de twaalf tankchassis op 1 juli 2008 aan [materieel] twaalf facturen gestuurd voor genoemd bedrag (prod. 2 inl. dagv.).

e. Op 26 september 2008 is aan [appellant] door ING België N.V. een wisselbrief (prod. 13 inl. dagv.) uitgegeven voor het bedrag van € 340.200,= met als vervaldatum 30 november 2008. [geïntimeerde 2] heeft die wisselbrief voor de betrokkene, [materieel], ondertekend met de toevoeging "zaakvoerder". Daarnaast heeft [geïntimeerde 2] de wisselbrief voor "aval voor rekening van de betrokkene" getekend.

f. Onder aan de hiervoor genoemde facturen van 1 juli 2008 is voorts de navolgende tekst getypt: "Bijkomende betalingsgaranties ivm uitstel van betaling Ik, [geïntimeerde 2], bevestig bij ondertekening van deze wissel tbv 340.200,00 euro, dat ik zowel persoonlijk als familiaal garant sta voor de 100% betaling hiervan mocht mijn vennootschap(pen) in gebreke blijven ten opzichte van [de vennootschap]". Achter die tekst is op iedere afzonderlijke factuur een paraaf geplaatst, waarvan [geïntimeerde 2] in de door [de vennootschap] tegen hem gevoerde procedure onder nummer 203020/ HA ZA 09-727 op de comparitie van 18 november 2009 heeft verklaard: "(...) ik kan mij niet herinneren dat ik die paraaf heb gezet, maar het zou kunnen dat ik deze betalingsgarantie in de

emotie en de druk van het moment heb getekend. (...)" (prod. 2 cva).

g. [geïntimeerde 2] heeft per e-mail van 17 december 2008 aan [appellant] verzocht om verlenging van (de vervaldatum van) de wisselbrief met twee maanden, waarna [appellant] bij e-mail van 29 december 2008 heeft bericht akkoord te gaan met een verlenging van de vervaldatum tot 28 januari 2009.

h. Uiteindelijk zijn tien tankchassis aan [materieel] geleverd. Twee chassis zijn door [materieel] niet afgenomen. [materieel] heeft alle tankchassis onbetaald gelaten.

i. [materieel] en [beheer] Beheer zijn op 2 februari 2009 in staat van faillissement verklaard. Het faillissement van [materieel] is door de rechtbank Breda op 17 januari 2012 bij gebrek aan baten opgeheven (prod. 28 mvg).

j. Omdat [materieel] in gebreke bleef met betaling van de facturen, heeft [appellant] de wisselbrief na de vervaldatum aangeboden aan ING België N.V., met het verzoek tot betaling daarvan over te gaan. Op 2 februari 2009 heeft ING België N.V. de wissel onbetaald retour gezonden aan [appellant], vanwege het faillissement van [materieel].

k. [appellant] heeft [geïntimeerde 2] op grond van zijn privé-ondertekening van de wissel voor aval en op grond van de op de facturen gestelde borgtochten aangesproken tot betaling van de door [materieel] onbetaald gelaten factuurbedragen van in totaal € 340.200,=, te vermeerderen met wettelijke rente, en tot vergoeding van de kosten van door [appellant] ten laste van [geïntimeerde 2] gelegd beslag. In het daarover tussen die partijen gevoerde rechtsgeding heeft [geïntimeerde 2] het verweer gevoerd dat (i) hij de wissel niet in privé voor aval heeft ondertekend, maar als bestuurder van [beheer] Beheer en (ii) dat zijn echtgenote, [geïntimeerde 1], op de voet van het bepaalde in art. 1:89 BW de vernietiging van de ondertekening voor aval en van de borgtochten heeft ingeroepen. In hoger beroep (zaak HD 200.071.533) heeft dit hof bij arrest van 14 mei 2013 deze wren verworpen en de vordering van [appellant] tegen [geïntimeerde 2] alsnog toegevoegd (prod. 29 mvg).

l. [geïntimeerde 2] heeft aan deze veroordeling niet voldaan en biedt daarvoor geen verhaal.

m. [appellant] heeft, krachtens op 26 november 2010 door de Voorzieningenrechter van de rechtbank Breda verleend verlot, op die datum ten laste van [geïntimeerde 1] beslag doen leggen op de

door [geïntimeerde 1] gehouden certificaten van aandelen op naam die zijn uitgegeven door STAK Concern en STAK Concern II. Deze stichtingen hebben geweigerd om de beslagen op de voet van het bepaalde in art. 717 juncto 715 lid 1 juncto 474c lid 4 Rv aan te tekenen in de certificaathoudersregisters. Nadat [geïntimeerde 1] bij vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda bij vonnis van 29 december 2010 (prod. 5 cva) in reconventie was veroordeeld tot medewerking aan zodanige aantekening, zijn deze beslagen op 3 januari 2011 alsnog aangetekend in de certificaathoudersregisters. (Het hof verwijst voor een uitgebreider overzicht van de verschillende door [appellant] ten laste van [geïntimeerde 2] en/of [geïntimeerde 1] gelegde beslagen en het lot daarvan naar de opsomming van de feiten in 3.1 van het bestreden vonnis van 20 maart 2013.)

12.3.2. [appellant] heeft bij inleidende dagvaarding van 10 december 2010 [geïntimeerde 1], [geïntimeerde 2], STAK Concern en STAK Concern II in het onderhavige geding in eerste aanleg betrokken. [appellant] heeft in dat geding de in r.o. 6.1.1. van het tussenarrest van 19 juli 2016 gerelateerde vorderingen ingesteld.

12.3.3. De rechtbank wees bij het vonnis waarvan beroep van 20 maart 2013 die vorderingen, waarvan in hoger beroep alleen de vorderingen 1 tot en met 4 nog relevant zijn, af. De rechtbank oordeelde met betrekking tot die vorderingen, kort samengevat en voor zover in hoger beroep nog van belang, als volgt.

– *Huwelijkse voorwaarden*

[geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] hebben voldaan aan de in art. 1:116 BW opgenomen bepaling betreffende de inschrijving van de huwelijkse voorwaarden in het huwelijksgoederenregister. Zij hebben deze op de juiste wijze ingeschreven in het register van de rechtbank binnen het rechtsgebied waarvan Waalwijk ten tijde van de huwelijksvoltrekking was gelegen. Zij kunnen die voorwaarden daarom aan [appellant] tegenwerpen. De omstandigheid dat Waalwijk nadien tot het rechtsgebied van de rechtbank Breda is gaan behoren, doet daaraan niet af (r.o. 3.7).

– *Onrechtmatige daad*

(i) Van een stromanconstructie is niet gebleken (r.o. 3.14).

(ii) Aan [geïntimeerde 1] kan het inroepen van de vernietigbaarheid van de borg- en garantstelling

als onrechtmatig worden verweten (r.o. 3.17), maar [appellant] heeft niet onderbouwd dat zij daardoor schade heeft geleden (r.o. 3.18).

(iii) Er is geen sprake van persoonlijke aansprakelijkheid van [geïntimeerde 1] als (indirect) bestuurder van [materieel] op de voet van het Beklammel-arrest of het arrest New Holland Belgium/Oosterhof (r.o. 3.21).

(iv) Van een situatie als aan de orde in het arrest Kloosterbrink/Eurocommerce is geen sprake (r.o. 3.22 e.v.).

– *Pauliana*

Er is onvoldoende gesteld voor het beroep op de Pauliana van art. 3:45 BW (r.o. 3.31).

– *Conservatoire beslagen*

Ten aanzien van de aantekening van de beslaglegging op de certificaten slaagt het verweer van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] dat voor de sanctie van art. 444b Rv geen grond is, nu zij de beslagen, waarvan hun vordering tot opheffing is afgewezen, direct na die afwijzing alsnog hebben aangetekend in de registers (r.o. 3.33 en 3.34).

12.3.4. [appellant] bestrijdt met grief 1 het oordeel van de rechtbank inzake de huwelijkse voorwaarden. Met grief 2 wordt opgekomen tegen de oordelen (i) en (iii) inzake de onrechtmatige daad. Grief 4 is gericht tegen de oordelen betreffende de conservatoire beslagen, grief 5 tegen die betreffende de Pauliana. Grief 6 heeft naast de andere grieven geen zelfstandige betekenis. Die grief vloeit voort uit de daaraan voorafgaande grieven en is gericht tegen de afwijzing van de vorderingen van [appellant] en de veroordeling van [appellant] in de proceskosten. In grief 3 gaat [appellant] in op de wijziging van haar eis en de vermeerdering van haar vordering in hoger beroep met een vordering tot vergoeding van schade tot het bedrag van € 52.070,57, wegens advocaatkosten en proceskosten die zij in de procedure tegen [geïntimeerde 2] heeft moeten maken voor haar verweer tegen het beroep op de vernietiging van de borg- en garantstelling door [geïntimeerde 1] (zie voor de in hoger beroep gewijzigde vorderingen r.o. 6.2.1 van het tussenarrest van 19 juli 2016).

12.3.5. In het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep bestrijdt [geïntimeerde 1] met grief 1 het oordeel van de rechtbank in de rechtsoverwegingen 3.17 en 3.18 van het vonnis van 20 maart 2013 dat [geïntimeerde 1] het inroepen van de vernie-

tigbaarheid van de borg- en garantstelling als onrechtmatig moet worden verweten.

12.3.6. Het hof is met de rechtbank (r.o. 3.2 vonnis 20 maart 2013) van oordeel dat de Nederlandse rechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen. Nu tegen de toepassing door de rechtbank van het Nederlandse recht geen grief is gericht, zal ook het hof uitgaan van de toepasselijkheid van dat recht.

De huwelijkse voorwaarden, grief 1 in principaal hoger beroep

12.4. Grief 1 in het principaal hoger beroep faalt. [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] hebben hun huwelijksvoorwaarden op de juiste wijze geregistreerd. [appellant] had van het gemaakt zijn van die voorwaarden derhalve kennis kunnen nemen. De vraag of [appellant] daarvan mogelijk geen kennis heeft gekregen ten gevolge van onjuiste of onvolledige informatie van de rechtbank Breda, is in de relatie [appellant] – [geïntimeerde 2]/[geïntimeerde 1] niet relevant. In die relatie komt, nu [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1] aan hun registratieverplichting hebben voldaan, de onkundigheid van [appellant] voor rekening van [appellant] zelf.

Persoonlijk onrechtmatig handelen van [geïntimeerde 1] als (indirect) bestuurder van [materieel], grief 2 en subgrief 2.2 in principaal hoger beroep

12.5.1. Bij de bespreking van deze grondslag van de vordering zal het hof [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] verder gemakshalve aanduiden als bestuurders van [materieel] – zoals overigens ook [geïntimeerden c.s.] zelf (cva 32) wel hebben gedaan – en de toevoeging “indirect” achterwege laten.

12.5.2. Het hof zal verder uitgaan van de in het arrest van dit hof van 14 mei 2013 in de zaak tussen [appellant] en [geïntimeerde 2] gegeven oordelen (a) dat [geïntimeerde 2] de wisselbrief persoonlijk voor aval heeft getekend en (b) dat, indien van de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW geen sprake is, het beroep van [geïntimeerde 1] ex art. 1:89 BW op de vernietigbaarheid van de ondertekening voor aval moet worden verworpen. [geïntimeerde 1] heeft onvoldoende feiten of omstandigheden aangevoerd die in het onderhavige geding aanleiding geven voor andere oordelen (het hof komt op de kwestie onder (a) terug in r.o. 12.7.3.).

12.5.3. [appellant] bestrijdt niet het oordeel van de rechtbank dat in dit geval geen sprake is van een situatie als aan de orde in het arrest Kloosterbrink/Eurocommerce (oordeel iv, r.o. 12.3.3.). Hetgeen de rechtbank daarover heeft overwogen, behoeft derhalve verder geen bespreking.

12.5.4. [appellant] stelt in de toelichting op grief 2 dat zij [geïntimeerde 1] persoonlijk aansprakelijk acht op de voet van de zogenaamde Beklamel-norm (HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521). [appellant] verwijt [geïntimeerde 1], kort samengevat, dat zij als bestuurder van [materieel] heeft toegelaten dat haar medebestuurder [geïntimeerde 2] namens [materieel] jegens [appellant] een verplichting – het afgeven van een wissel met een persoonlijke borgstelling van haar bestuurder [geïntimeerde 2] – is aangegaan waarvan zowel [geïntimeerde 2] als [geïntimeerde 1] wisten of behoorden te weten dat [materieel] deze niet zou kunnen nakomen en daarvoor geen verhaal zou bieden. Daarmee heeft, zo stelt [appellant], niet alleen [geïntimeerde 2], die namens [materieel] de wisselbrief heeft afgegeven, persoonlijk onrechtmatig jegens [appellant] gehandeld, maar geldt hetzelfde voor [geïntimeerde 1]. Het gaat hier volgens [appellant] om een namens de rechtspersoon aangegane verplichting waarvoor [geïntimeerde 1] als bestuurder mede verantwoordelijk was, waarmee zij bekend was of heeft behoren te zijn en waarvan ook zij heeft behoren te weten dat de rechtspersoon die verplichting niet zou kunnen nakomen en daarvoor geen verhaal zou bieden. Volgens [appellant] kan [geïntimeerde 1] persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt van het feit dat zij als bestuurder van [materieel] het hiervoor omschreven handelen van haar medebestuurder [geïntimeerde 2] heeft toegelaten. In grief 2 komt [appellant] op tegen het andersluidende oordeel van de rechtbank over deze grondslag (r.o. 3.21 vonnis).

12.5.5. In subgrief 2.2 bestrijdt [appellant] voorts hetgeen de rechtbank over de door haar gestelde “stromanconstructie” heeft overwogen (r.o. 3.14 vonnis). Volgens [appellant] heeft de rechtbank haar stellingen op dit punt niet juist gelezen. [appellant] heeft niet betoogd dat [geïntimeerde 2] en/of [geïntimeerde 1] een stromanconstructie hebben opgezet met het doel om [appellant] te benadelen. Zij heeft gesteld dat [geïntimeerde 1] onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij een constructie heeft opgezet waarin [geïntimeerde 2]

als vertegenwoordiger van [materieel] naar voren werd geschoven, terwijl hij geen enkel verhaal bood en zijn gehele vermogen bij [geïntimeerde 1] was ondergebracht. Het hof zal dit verwijt verder beschouwen als een onderdeel van de feiten en omstandigheden die [appellant] aan het door haar gestelde onrechtmatig handelen van [geïntimeerde 1] ten grondslag heeft gelegd. Het hof zal de stelling van [appellant] inzake de “stromanconstructie” in die zin betrekken bij de bespreking van grief 2.

12.5.6. In het onderhavige geding heeft [appellant] alleen [geïntimeerde 1] aangesproken op een handelen als bestuurder dat haar persoonlijk aansprakelijk doet zijn. Het gestelde persoonlijk onrechtmatig handelen van [geïntimeerde 2] zal hierna dan ook alleen worden besproken in verband met het aan [geïntimeerde 1] verweten onrechtmatig handelen.

12.6.1. In zijn arrest van 8 december 2006 (Ontvanger/Roelofsen («JOR» 2007/38; red.), ECLI:NL:HR:2006:AZ0758) heeft de Hoge Raad ten aanzien van een persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap het volgende overwogen: “3.5 (...) Het gaat (...) om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, nr. C98/208, NJ 2000, 295).

Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen ver-

haal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.”

12.6.2. [appellant] stelt terecht dat ook een bestuurder die niet zelf namens de vennootschap heeft gehandeld persoonlijk onrechtmatig kan hebben gehandeld jegens een crediteur van de vennootschap en dat een bestuurder ook door nalaten persoonlijk onrechtmatig kan hebben gehandeld.

12.6.3. [appellant] noemt bij het door haar aan [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1] gemaakte verwijt in het bijzonder de persoonlijke borgstelling van [geïntimeerde 2] als verplichting waarvan [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1] hebben geweten of behoren te weten dat deze een “lege huls” was omdat [geïntimeerde 2] niet over enig vermogen of inkomsten beschikte waarop [appellant] zich zou kunnen verhalen. Het hof merkt daarover allereerst op dat de borgstelling een verplichting van [geïntimeerde 2] (en niet van [materieel]) jegens [appellant] inhield en in zoverre niet zonder meer op één lijn kan worden gesteld met een namens de vennootschap aangegane verplichting waarvan de bestuurder wist dat de vennootschap daaraan niet zou kunnen voldoen. Dat neemt niet weg dat de persoonlijke borgstelling van [geïntimeerde 2] onderdeel uitmaakte van de door [geïntimeerde 2] namens en ten behoeve van [materieel] met [appellant] gemaakte afspraken en dat [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1] als bestuurders van [materieel] van het maken

van die afspraken in de gegeven omstandigheden mogelijk persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het hof zal hierna beoordelen of de door [appellant] gestelde feiten en omstandigheden tot de conclusie leiden dat [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1] persoonlijk aansprakelijk moeten worden gehouden voor de benadeling van [appellant] door het onbetaald en onverhaalbaar zijn gebleven van haar vordering op [materieel].

12.7.1. Of aan een bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen of nalaten, hangt af van alle omstandigheden van het geval. Bij de beantwoording van die vraag is mede van belang de vraag wat van de bestuurder al dan niet mocht worden verwacht in het kader van een behoorlijke vervulling van zijn bestuurstaak (als omschreven in art. 2:9 BW).

12.7.2. [appellant] heeft als bijzondere omstandigheden van het geval onder meer genoemd:

– [materieel] was een familiebedrijf, waarvan [geïntimeerde 1] en haar echtgenoot bestuurders waren. Het is onaannemelijk dat [geïntimeerde 1] van het handelen van haar echtgenoot geen weet heeft gehad. Gezien haar functie binnen het bedrijf had zij daarvan in elk geval weet van behoren te hebben.

– [geïntimeerde 1] wist dat [appellant] slechts tegen contante betaling leverde; in elk geval heeft zij dat behoren te weten.

– Ten tijde van de levering van de tankchassis was [materieel] niet in staat deze tegen contante betaling af te nemen. Ook dat moet [geïntimeerde 1] hebben geweten; in elk geval behoorde zij het te weten.

– [appellant] was slechts bereid tot aflevering zonder contante betaling indien degelijke zekerheden voor een uitgestelde betaling werden verstrekt (daaronder de wisselbrief met een aval van [geïntimeerde 2] persoonlijk).

– [appellant] mocht die zekerheid gelijkstellen aan een aan contante betaling gelijkwaardige zekerheid, omdat [geïntimeerde 2] had verklaard dat hij in privé wel wat waard was.

– [geïntimeerde 1] moet van de nadere betalingsafpraak tussen [geïntimeerde 2] en [appellant] hebben geweten.

– [geïntimeerde 1] wist dat een persoonlijke garantstelling door [geïntimeerde 2] een lege huls was. Zij heeft namelijk zelf met [geïntimeerde 2] de constructie opgesteld waarin al diens vermogen naar haar werd overgeheveld en waardoor

[geïntimeerde 2] niet (meer) over enig vermogen beschikte waarop een crediteur zich zou kunnen verhalen.

– [materieel] heeft aan haar betalingsverplichting niet voldaan en biedt daarvoor geen verhaal. Zij is op 2 februari 2009 in staat van faillissement verklaard.

12.7.3. In het onderhavige geding kan als onvoldoende gemotiveerd betwist ervan worden uitgegaan dat (i) [appellant] door toedoen van [geïntimeerde 2] – namens [materieel] – heeft ingestemd met de levering van de tankchassis tegen afgifte van (onder meer) een wisselbrief, versterkt met een persoonlijke borgstelling (aval) van [geïntimeerde 2], en dat (ii) [appellant] mocht verwachten dat daarmee een deugdelijke garantie voor de betaling van de tankchassis werd gegeven. [geïntimeerde 1] betwist de stelling van [appellant] dat [geïntimeerde 2] de wisselbrief persoonlijk voor aval heeft getekend; volgens [geïntimeerde 1] heeft [geïntimeerde 2] dit gedaan in zijn hoedanigheid van bestuurder van [beheer] Beheer. Uitgangspunt voor het hof is dat een natuurlijke persoon die een rechtshandeling aangaat dit voor zichzelf doet en niet namens een andere (rechts) persoon. De handtekening van [geïntimeerde 2] onder de aval-clausule in de wisselbrief gaat niet vergezeld van enige verwijzing naar [beheer] Beheer. Onder de handtekening staat uitsluitend “[geïntimeerde 2]”. Op de wissel komt de naam [beheer] Beheer zelfs in het geheel niet voor. De enkele betwisting van [geïntimeerde 1] dat [geïntimeerde 2] genoemde handtekening niet namens zichzelf heeft gezet, is in dit licht onvoldoende. [appellant] verwijst verder naar hetgeen zij heeft aangevoerd in de procedure tussen [de vennootschap] en [geïntimeerde 2], die leidde tot het arrest van het hof van 14 mei 2013 en het daarin door het hof gegeven oordeel dat [geïntimeerde 2] de wisselbrief persoonlijk voor aval heeft getekend. Het hof kwam destijds tot dat oordeel omdat [appellant] op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van [geïntimeerde 1] komen heeft mogen aannemen dat [geïntimeerde 1] met de borgstelling van [geïntimeerde 2] instemde. [geïntimeerde 1] heeft in de onderhavige procedure onvoldoende feiten of omstandigheden aangevoerd die het hof aanleiding geven voor een ander oordeel. heeft verder niet betwist dat [geïntimeerde 2], toen hij namens [materieel] de afspraken voor de levering van de tankchassis (waaronder het in plaats van een contante beta-

ling afgeven van een wisselbrief met daaraan verbonden een persoonlijke borgstelling van [geïntimeerde 2]) maakte, wist of behoorde te weten dat zijn persoonlijke borgstelling niets waard was, omdat hij niet over enig vermogen of inkomen beschikte waarop [appellant] de vordering op [materieel] zou kunnen verhalen bij niet betaling van die vordering door [materieel]. [geïntimeerde 1] heeft evenmin het belang van [appellant] bij de borgstelling betwist, gelet op de financiële gesteldheid van [materieel], die ten tijde van de levering van de tanks niet tot de verlangde contante betaling in staat was. Uit het feit dat [materieel] enkele maanden later is gefailleerd, kan worden geconcludeerd dat [materieel] ten tijde van de levering niet alleen maar incidenteel in betalingsnood heeft verkeer. [geïntimeerde 1] heeft de stelling van [appellant] – dat het in het faillissement van [materieel] niet eens tot een uitkering aan de preferente crediteuren is gekomen en dat het er bij [materieel] ten tijde van het aangaan van de wisselbrief zeer slecht voorstond (mvg 59) – niet weersproken. Zij heeft harerzijds ook niets aangevoerd dat tot een andere conclusie kan leiden.

12.7.4. Voormelde feiten en omstandigheden rechtvaardigen naar het oordeel van het hof de conclusie dat [geïntimeerde 2] als bestuurder van [materieel] onrechtmatig jegens [appellant] heeft gehandeld. Hij heeft, wetende dat [appellant] niet zonder een verzekerde betaling tot aflevering van de tankchassis wenste over te gaan, een zekerheid aangeboden waarvan hij wist dat deze waardeloos was. En hij deed dat op een moment dat [materieel] zelf niet aan haar financiële verplichting voor de geleverde tankchassis kon voldoen en in een zodanig slechte financiële situatie verkeerde dat hij er op zijn minst ernstig rekening mee moest houden dat [materieel] de vordering in het geheel niet zou kunnen voldoen en daarvoor ook geen verhaal zou bieden. [geïntimeerde 2] heeft aldus jegens [appellant] niet de zorgvuldigheid in acht genomen die van hem/[materieel] in de tussen hen bestaande klant/verkoper-relatie mocht worden verwacht. Hiervan valt [geïntimeerde 2] persoonlijk een ernstig verwijt te maken, nu hij welbewust tegen beter weten in aan [appellant] een onjuiste voorstelling van zaken over de kwaliteit van de zekerheid heeft gegeven.

12.7.5. Daarmee komt de vraag aan de orde of ook aan [geïntimeerde 1] als medeverantwoordelijk bestuurder van het handelen van [geïntimeerde 2]

een zodanig ernstig verwijt kan worden gemaakt dat zij persoonlijk jegens [appellant] aansprakelijk moet worden gehouden voor de schade die [appellant] leidt doordat de wisselbrief niet tot betaling heeft geleid en [appellant] haar vordering, na het niet-betalen door [materieel], op [materieel] noch op [geïntimeerde 2] (op grond van diens persoonlijke borgstelling) heeft kunnen verhalen. Het hof overweegt daarover als volgt.

12.7.6. Als bestuurder van [materieel] was [geïntimeerde 1], ook jegens hen die zaken deden met [materieel], gehouden tot een behoorlijke taakvervulling. Als bestuurder was ook zij er verantwoordelijk voor dat namens [materieel] geen verplichtingen werden aangegaan waarvan zij wist dat [materieel] die niet zou kunnen waarmaken. [geïntimeerde 1] heeft het door [appellant] gestelde karakter van het bedrijf – een familiebedrijf onder bestuur van twee echtelieden – niet betwist. Bij een dergelijk bedrijf mag in beginsel worden aangenomen dat beide bestuurders met de gang van zaken in het bedrijf en met de financiële gesteldheid ervan bekend zijn. Dat geldt des te meer indien de vennootschap te kampen heeft met financiële problemen en een beoogde aankoop als die van de tankchassis dreigt te stranden omdat de vennootschap niet tot de verlangde contante betaling bij aflevering in staat is. De financiële situatie is dan zodanig ernstig dat des te meer mag worden aangenomen dat alle bestuurders ervan weten, van de financiële problemen in het algemeen, maar ook van de praktische consequenties ervan voor de concrete bedrijfsvoering. In elk geval behoren beide bestuurders, en dus ook [geïntimeerde 1], dan van een en ander op de hoogte te zijn.

12.7.7. Gelet op het voorgaande kon [geïntimeerde 1] er niet mee volstaan om de met concrete feiten en omstandigheden onderbouwde stelling van [appellant] – dat [geïntimeerde 1] met de door [geïntimeerde 2] namens [materieel] aangegane verplichting bekend is geweest, in elk geval heeft behoren te zijn geweest – slechts te betwisten met een blote ontkenning van die stelling en het enkele verweer dat zij met de desbetreffende overeenkomst en het vervolg daarvan ten tijde van aangaan van die verplichting niet bekend is geweest of behoorde te zijn. Van haar mocht, zeker in de gegeven omstandigheden, worden verwacht dat zij gemotiveerd aangaf dat en waarom zij daarvan niet heeft geweten en heeft behoren te weten. [geïntimeerde 1] heeft dat niet, althans

niet voldoende gemotiveerd gedaan. Zij heeft niets gesteld over bijvoorbeeld de omvang van het bedrijf, de hoeveelheid transacties in het bedrijf en/of een taakverdeling tussen de bestuurders die meebracht dat zij van de onderhavige transactie geen weet heeft gehad en ook niet behoorde te hebben. [geïntimeerde 1] heeft enkel gesteld dat zij niet betrokken was bij de operationele bedrijfsvoering van [materieel] (mva 18). Zonder nadere, door [geïntimeerde 1] niet gegeven toelichting, is dat echter geen voldoende onderbouwing van haar verweer dat zij als bestuurder van [materieel] met de desbetreffende transactie niet bekend was of heeft behoren te zijn. Naar het oordeel van het hof heeft [geïntimeerde 1] de stelling van [appellant], dat [geïntimeerde 1] met de transactie bekend is geweest of heeft behoren te zijn, dan ook onvoldoende gemotiveerd betwist. Het verwijt van [appellant] dat [geïntimeerde 1] met de transactie inzake de tankchassis en de afwikkeling daarvan door een aflevering tegen het afgeven van een wisselbrief met een persoonlijke borgstelling van [geïntimeerde 2] in plaats van de door [appellant] bedongen contante betaling, bekend is geweest of heeft behoren te zijn, slaagt. [geïntimeerde 1] heeft verder niet betwist dat het ook haar bekend was dat [geïntimeerde 2] in privé niet over enig vermogen beschikte waarop [appellant] haar vordering zou kunnen verhalen, indien die vordering door [materieel] onbetaald zou worden gelaten.

12.7.8. Naar het oordeel van het hof kan ook [geïntimeerde 1] in de gegeven, hiervoor omschreven omstandigheden, er persoonlijk een ernstig verwijt van worden gemaakt dat zij als bestuurder van [materieel] heeft toegelaten dat [geïntimeerde 2] namens [materieel] heeft gehandeld zoals hij heeft gedaan en dat zij hem daarvan niet heeft weerhouden. Het hof voegt daar volledigheidshalve nog het volgende aan toe. Indien [geïntimeerde 1] met haar stelling, dat zij niet bij de operationele bedrijfsvoering van [materieel] betrokken was, heeft willen betogen dat zij alleen in naam bestuurder van [materieel] was, leidt dat niet tot een andere conclusie. In dat geval valt haar persoonlijk al helemaal ernstig te verwijten dat zij haar verantwoordelijkheid als bestuurder niet heeft genomen en met de gang van zaken niet bekend is geweest.

Grief 2 en subgrief 2.2 slagen derhalve.

Gevolg van het falen van grief 1 en het slagen van grief 2 in het principaal hoger beroep

12.8.1. Het falen van grief 1 in het principaal hoger beroep betekent dat ten aanzien vordering I van [appellant] in hoger beroep niet tot een ander dan het door de rechtbank gegeven oordeel (afwijzing van vordering I) wordt gekomen.

12.8.2. Het slagen van grief 2 in het principaal hoger beroep leidt ertoe dat de primaire vordering onder II alsnog zal worden toegewezen en wel voor het volledige bedrag ad€ 340.200,= zoals gevorderd. Het hof overweegt in dit verband dat de vordering van [appellant] jegens [geïntimeerde 1] een schadevergoedingsvordering is en dat de schade waarvoor [geïntimeerde 1] op grond van haar onrechtmatig handelen jegens [appellant] aansprakelijk is niet zonder meer kan worden gelijkgesteld aan de met [materieel] overeengekomen – maar door haar niet betaalde – koopprijs ad € 340.200,= (dan wel het gelijke bedrag waarvoor [geïntimeerde 2] zich borg heeft gesteld). Anderzijds heeft [geïntimeerde 1] niet ten gronde betwist dat de door [appellant] geleden schade dient te worden berekend op basis van de niet-ontvangen koopprijs voor de chassis. [geïntimeerde 1] heeft zich in verband met de omvang van de door haar verschuldigde schadevergoeding ook niet beroepen op enig causaliteitsverweer. Wel heeft [geïntimeerde 1] aangevoerd, zoals ook [geïntimeerde 2] dat in de eerdere procedure heeft gedaan, dat de “vermeende koopsom” voor de twaalf chassis moet worden vermindert met de koopsom van de twee niet-geleverde chassis, althans de waarde daarvan (cva nr. 7). Het hof begrijpt dat [geïntimeerde 1] op die grond ook betwist dat [appellant] jegens haar aanspraak kan maken op het volledige bedrag van € 340.200,= aan schadevergoeding. Het hof verwerpt dit verweer als zijnde onvoldoende onderbouwd in het licht van de aanvullende – en als zodanig niet, althans niet voldoende gemotiveerd weersproken – stellingen van [appellant] (cvr nr. 7, antwoordakte nrs. 2-3). Deze stellingen komen erop neer: (1) dat sprake was van twaalf volledig conform de specificaties van [materieel] gebouwde chassis en (2) dat, zoals het hof het begrijpt, de twee niet-afgenomen chassis daardoor voor [appellant] geen waarde van betekenis hebben gehad. De nadere stellingen van [geïntimeerde 1] over de rechtsgevolgen van het faillissement van [materieel] (cvd nrs. 10-11), neerkomend op een beroep op de feitelijke onmogelijkheid voor [materieel]

om af te nemen, treffen geen doel. [appellant] heeft er terecht op gewezen (antwoordakte nr. 3) dat het faillissement van [materieel] niet heeft afgedaan aan de betalingsverplichting van laatstgenoemde uit hoofde van de met [appellant] gesloten overeenkomst. [appellant] heeft daarnaast, onweersproken, gesteld dat die overeenkomst nadien niet is ontbonden en dat de curator de vordering van [appellant] ook voor het volledige bedrag van € 340.200,= heeft erkend.

[geïntimeerde 1] zal daarom worden veroordeeld tot betaling van € 340.200,= aan [appellant]. De wettelijke rente over dit bedrag is toewijsbaar als door [appellant] gevorderd (vanaf 28 januari 2009). Nu de schadevordering van [appellant] wordt toegewezen, heeft zij geen belang bij een afzonderlijke verklaring voor recht inzake het onrechtmatig handelen van [geïntimeerde 1] waarop die toewijzing is gegrond. Het hof zal dat onderdeel van de vordering – nog afgezien van het feit dat het weinig specifiek is geformuleerd – niet toewijzen.

12.8.3. Nu de primaire vordering onder II zal worden toegewezen, heeft [appellant] bij bespreking van grief 5 in het principaal hoger beroep, welke grief de subsidiaire vordering onder II betreft, geen belang. Het hof zal die grief daarom verder niet bespreken.

Vordering III, grief 3 in het principaal hoger beroep en het voorwaardelijke incidenteel hoger beroep

12.8.4. Het – zoals reeds aangegeven in r.o. 12.5.2. door het hof niet gehonoreerde – beroep van [geïntimeerde 1] op de vernietigbaarheid van de borgstelling ex art. 1:88 BW staat, naar [geïntimeerde 1] terecht heeft opgemerkt, los van het hiervoor als onrechtmatig aan haar als bestuurder van [materieel] verweten handelen. De kosten die [appellant] heeft moeten maken in het geding tegen [geïntimeerde 2], waarin [geïntimeerde 2] als verweer een beroep op die ingeroepen vernietigbaarheid heeft gedaan, kunnen daarom niet worden beschouwd als een gevolg van het in de onderhavige procedure vastgestelde aan [geïntimeerde 1] persoonlijk toerekenbare onrechtmatig handelen als bestuurder. Afgezien daarvan gaat het om kosten die voortvloeien uit een procedure tussen [appellant] en [geïntimeerde 2] en betreft het kosten waarvoor, afgezien van uitzonderlijke situaties waarin een procespartij misbruik van procesrecht zou kunnen worden verweten, een vergoeding in de proceskostenver-

oordeling gelegen moet worden geacht. [appellant] heeft niets gesteld dat het hof kan leiden tot het oordeel dat sprake is van een dergelijk misbruik. De door [appellant] in hoger beroep ingestelde vordering III zal daarom worden afgewezen.

12.8.5. Gezien het voorgaande is aan de voorwaarde waaronder het incidenteel hoger beroep is ingesteld, niet voldaan, zodat de voorwaardelijke incidentele grief – inhoudende dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat [geïntimeerde 1] door het beroep op de vernietigbaarheid van de borgtocht onrechtmatig jegens [appellant] heeft gehandeld – geen bespreking behoeft. Voor zover [geïntimeerde 1] in het kader van de voorwaardelijke grief mede is ingegaan op maatstaven voor bestuurdersaansprakelijkheid, zijn die aspecten bij de bespreking van grief 2 in het principaal hoger beroep betrokken. De vraag of het beroep van [geïntimeerde 1] op de vernietigbaarheid van de borgstelling al dan niet onrechtmatig moet worden geacht, is bovendien een andere vraag dan de vraag of [appellant] op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van [geïntimeerde 1] komen heeft mogen aannemen dat [geïntimeerde 1] met de borgstelling van [geïntimeerde 2] instemde. Dat laatste was de grondslag waarop het hof in de zaak tegen [geïntimeerde 2] het beroep van [geïntimeerde 1] op de vernietigbaarheid van de borgstelling heeft afgewezen en welk oordeel het hof, zoals eerder is gebleken, onderschrijft.

Vordering IV en vordering V, grief 4 in het principaal hoger beroep

12.9.1. Grief 4 in het principaal hoger beroep is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat er geen grond is om [geïntimeerden c.s.] hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het bedrag waarvoor de conservatoire beslagen zijn gelegd. Volgens [appellant] had de rechtbank die vordering tegen de administratiekantoren (geïntimeerden 3 en 4) moeten toewijzen, omdat zij – totdat [geïntimeerde 1] bij het vonnis in kort geding van 29 december 2010 tot medewerking daaraan werd veroordeeld – niet hebben voldaan aan hun verplichting tot aantekening van de conservatoire beslagen in de certificaathoudersregisters als voorgeschreven in art. 715 jo. art. 717 jo. art. 474c lid 4 Rv en daarop in de artikelen 474c lid 7 jo. 444b Rv de gevorderde sanctie is gesteld. [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1] moeten volgens [appellant] daartoe worden veroordeeld, omdat

het aan hun weigerachtige (onrechtmatige) houding is te wijten dat de administratiekantoren niet direct tot aantekening van de beslagen zijn overgegaan.

12.9.2. Het hof verwerpt deze grief. Art. 444b lid 1 Rv geeft de mogelijkheid om de door [appellant] genoemde sanctie te verbinden aan een gebrek aan medewerking aan de vereiste aantekening. Het is aan de rechter voorbehouden om die mogelijkheid al dan niet te benutten. Het hof volgt de rechtbank in haar oordeel dat, nu de beslagen na afwijzing van de vordering tot opheffing van de beslagen alsnog in de registers zijn aangetekend, voor toepassing van de sanctie geen aanleiding is. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat niet is gesteld of gebleken dat [appellant] enig nadeel heeft ondervonden van het feit dat [geïntimeerden c.s.] niet direct aan de verplichting tot aantekening hebben voldaan.

Het hof ziet bovendien niet in welk belang [appellant] bij deze vordering heeft voor zover deze tegen [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1] is ingesteld, nu tegen hen de vordering tot betaling van een bedrag van € 340.200,=, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 28 januari 2009, al is/zal worden toegewezen en [geïntimeerde 2] al in de kosten van het beslag is verwezen.

12.9.3. Het hof deelt eveneens het oordeel van de rechtbank dat [appellant] onvoldoende heeft gesteld om te kunnen concluderen tot een aan [geïntimeerde 1] en/of [geïntimeerde 2] persoonlijk toe te rekenen onrechtmatig handelen vanwege het feit dat zij in hun hoedanigheid van bestuurders van de administratiekantoren de beslagen niet hebben willen aantekenen. Bovendien heeft [appellant] niets gesteld over enige schade die zij specifiek door de niet-directe aantekening van de beslagen heeft geleden.

De hierop betrekking hebbende vorderingen zijn dus terecht afgewezen door de rechtbank (in eerste aanleg zijn deze vorderingen aangeduid met III en IV, en in hoger beroep met IV en V).

Conclusie

12.10.1. Gezien het hiervoor overwogene, zal het vonnis waarvan beroep worden vernietigd voor zover gewezen tussen [appellant] en [geïntimeerde 1]. Tegen [geïntimeerde 1] zal alsnog vordering II worden toegewezen zoals aangegeven in r.o.

12.8.2. [geïntimeerde 1] zal verder als de groten-deels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van de eerste aanleg en in die van het

principaal hoger beroep worden verwezen. Deze kosten zullen worden gesteld op 50% van het bedrag dat normaal voor toewijzing in aanmerking komt, nu het hoger beroep er niet toe leidt dat de veroordeling van [appellant] in de proceskosten van de eerste aanleg ten aanzien van [geïntimeerde 2], STAK Concern en STAK Concern II komt te vervallen. Voor het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep zal een kostenveroordeling achterwege kunnen blijven nu aan bespreking van dat hoger beroep niet wordt toegekomen.

12.10.2. Het hof zal ook de door [appellant] gevorderde uitvoerbaarverklaring bij voorraad toewijzen. Het hof ziet in hetgeen door [geïntimeerde 1] is aangevoerd onvoldoende aanleiding om die vordering niet toe te wijzen noch om aan daaraan enige voorwaarde te verbinden. Het door [appellant] meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

12.10.3. Onder de proceskosten vordert [appellant] ook de kosten van drie gelegde beslagen (prod. 14 t/m 16 inl. dagv.). Het eerste beslag betreft een beslag ten laste van [geïntimeerde 2]. Voor vergoeding van de kosten daarvan door [geïntimeerde 1] bestaat geen grond. Het tweede beslag (beslagrekest d.d. 28 oktober 2010) is wel mede ten laste van [geïntimeerde 1] gelegd. Het betreft een op 8 november 2010 gelegd beslag op alle door [geïntimeerde 1] gehouden certificaten van aandelen van de administratiekantoren. Dit beslag is voor wat betreft [geïntimeerde 1] enkel gegrond op de door [appellant] gestelde huwelijksgoederengemeenschap tussen haar en [geïntimeerde 2]. Dit beslag is door de voorzieningenrechter van de rechtbank bij vonnis van 26 november 2010 (prod. 1 cva incident ex art. 843a Rv eerste aanleg) (deels) opgeheven omdat van een huwelijksgoederengemeenschap geen sprake was. Nu het hof tot datzelfde oordeel is gekomen, is er voor vergoeding van de kosten van dit beslag evenmin grond. Daarmee resteren de ten laste van [geïntimeerde 1] op 26 november 2010 gelegde beslagen. De kosten van deze beslagen komen wel voor vergoeding in aanmerking. Het hof zal de desbetreffende vordering van [appellant] toewijzen tot het bedrag van (...; red.).

12.10.4. [appellant] en [geïntimeerde 1] hebben over en weer op punten nog bewijs is aangeboden. Het gaat hier echter om punten die ofwel niet ter zake dienende zijn ofwel geen feiten of omstandigheden betreffen die, indien bewezen, tot een ander dan het hiervoor gegeven oordeel kunnen

leiden. Het hof zal die bewijsaanbiedingen daarom passeren.

12.10.5. Ten aanzien van de andere geïntimeerden zal het vonnis waarvan beroep worden bekrachtigd, met dien verstande dat de proceskostenveroordeling in eerste aanleg in die zin zal worden aangepast dat de veroordeling van [appellant] in de proceskosten jegens [geïntimeerde 2], STAK Concern en STAK Concern II nader zal worden bepaald op 50% van het door de rechtbank toegewezen bedrag, nu het hoger beroep ertoe heeft geleid dat de veroordeling van [appellant] in de proceskosten van de eerste aanleg ten aanzien van [geïntimeerde 1] is komen te vervallen. [appellant] zal ten aanzien van [geïntimeerde 2], STAK Concern en STAK Concern II in de proceskosten van het hoger beroep worden verwezen, welke kosten tot op heden worden begroot op nihil.

13. De uitspraak

Het hof:

In het incident tot zekerheidstelling ex artikel 224 Rv:

wijst de vordering af;

veroordeelt [geïntimeerde 1] in de proceskosten van het incident (...; red.);

In het principaal hoger beroep:

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover gewezen tussen [appellant] en [geïntimeerde 1], en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt [geïntimeerde 1] om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [appellant] een bedrag van € 340.200,= te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente ex art. 6:119 BW over dat bedrag vanaf 28 januari 2009 tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt [geïntimeerde 1] tot vergoeding van de beslagkosten ten bedrage van (...; red.) aan [appellant];

wijst de (in hoger beroep gewijzigde) vorderingen van [appellant] jegens [geïntimeerde 1] voor het overige af;

veroordeelt [geïntimeerde 1] in de proceskosten van beide instanties (...; red.);

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep ten aanzien van de overige geïntimeerden, met dien verstande dat de proceskostenveroordeling van de eerste aanleg in die zin zal worden aangepast dat de kosten ten aanzien van hen nader worden begroot op (...; red.);

veroordeelt [appellant] ten aanzien van deze overige geïntimeerden in de proceskosten van het hoger beroep en begroot die kosten op nihil; verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Een bestuurder wordt in privé aangesproken voor het toestaan dat haar medebestuurder en tevens echtgenoot een waardeloze persoonlijke zekerheidsstelling heeft afgegeven ten gunste van een contractuele wederpartij. Het Hof 's-Hertogenbosch gaat mee in de stellingen van de curator van de inmiddels failliete wederpartij en oordeelt dat de bestuurder inderdaad persoonlijk aansprakelijk is.

2. De feiten lagen als volgt. De heer X en mevrouw Y waren (indirect) bestuurders van een vennootschap, in het arrest aangeduid als "Materieel BV" (hierna: Materieel). Materieel voerde een onderneming in de bouw van tankwagens. Materieel bestelde twaalf tankchassis voor in totaal ruim € 340.000 bij een vennootschap naar Belgisch recht die ik hierna zal aanduiden als leverancier. De leverancier leverde normaal gesproken alleen tegen contante betaling, maar ging in dit geval akkoord met uitgestelde betaling. Daar stond tegenover dat er zekerheid werd verschaft voor de betaling van de koopsom. ING België gaf een wisselbrief uit, die ook werd ondertekend door de heer X "voor aval" (als borg). Daarnaast is op de facturen die de leverancier aan Materieel stuurde een tekst getypt waarin de heer X verklaarde als "bijkomende betalingsgarantie" dat hij "zowel persoonlijk als familiaal" garant stond voor de betaling van de facturen. De leverancier heeft tien chassis geleverd, maar zijn vordering tot betaling van de koopsom voor de tankchassis blijft onbetaald. De leverancier probeert te trekken onder de wissel, maar ING België weigert uit te betalen omdat Materieel inmiddels failliet is verklaard. Het faillissement wordt uiteindelijk in 2012 opgeheven vanwege een gebrek aan baten. Ook de leverancier gaat uiteindelijk failliet, waarna de curator de procedure namens de leverancier heeft voortgezet.

3. De appellant (in eerste instantie de leverancier zelf en later diens curator) spreekt na het faillissement van Materieel de heer X aan tot betaling van het factuurbedrag voor de chassis op grond van zijn garantstellingen. De heer X beroept zich

erop dat zijn echtgenote, tevens medebestuurder, mevrouw Y de garantstellingen heeft vernietigd op grond van art. 1:89 BW. Dit verweer wordt verworpen en de heer X wordt (in hoger beroep) veroordeeld tot betaling van de vordering van appelland. De heer X betaalt echter niet en biedt ook geen verhaal, omdat zijn bezittingen op naam van zijn echtgenote staan. In de onderhavige procedure spreekt de appelland zowel de heer X als mevrouw Y als twee verschillende StAK's aan. Uiteindelijk spitst de zaak zich toe op de rol van mevrouw Y als indirect bestuurder van Materieel. Volgens de appelland is zij persoonlijk aansprakelijk voor de vordering van de leverancier, omdat zij heeft toegelaten dat de heer X zich persoonlijk garant stelde voor een verplichting waarvan zij wist of behoorde te weten dat hij daarvoor geen verhaal zou bieden.

4. De op art. 6:162 BW gebaseerde vordering is een variant op de klassieke Ontvanger/Roelofsen-norm (HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38) die inhoudt dat een bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden als hij namens de vennootschap een verplichting aangaat terwijl hij weet dat de vennootschap die niet na zal komen en dat de vennootschap geen verhaal zal bieden. In de situatie die leidde tot het arrest was de aansprakelijkheid van mevrouw Y echter niet gebaseerd op het feit dat de vennootschap geen verhaal bood, maar dat de garantstelling van haar medebestuurder de heer X een lege huls bleek.

5. Externe bestuurdersaansprakelijkheid heeft tot doel een crediteur de gelegenheid te geven om, als de vennootschap als contractuele wederpartij geen verhaal biedt, zich te verhalen op degene die namens de vennootschap heeft gehandeld. In het onderhavige geval bood ook die persoon geen verhaal en week de (curator van de) crediteur uit naar de medebestuurder. De vordering slaagt. Het hof erkent dat de borgstelling van de heer X geen verplichting was van de vennootschap en dat het verwijt dat werd gemaakt aan mevrouw Y niet zonder meer op één lijn kan worden gesteld met een namens de vennootschap aangegane verplichting waarvan de bestuurder wist dat de vennootschap daaraan niet zou kunnen voldoen. Dat neemt echter niet weg dat de garantstelling van de heer X deel uitmaakte van de ten behoeve van Materieel gemaakte afspraken.

6. Uiteindelijk komt de afweging van het hof neer op de vraag of aan mevrouw Y een persoonlijk voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt als gevolg waarvan de leverancier schade heeft geleden. Het handelen (of beter gezegd nalaten) van mevrouw Y leverde volgens het hof een persoonlijk ernstig verwijt op. Daarvoor is doorslaggevend dat mevrouw Y getrouwd was met de heer X en dat zij met Materieel een familiebedrijf runde. Mevrouw Y wist dus, of had moeten weten, van het handelen van haar echtgenoot. Ook had zij moeten weten van de (uitzonderlijke) afspraak tussen de leverancier en haar echtgenoot, en het belang van de garantstelling. Mevrouw Y had bovendien met de heer X de constructie opgetuigd waarin al het vermogen van de heer X naar haar werd overgeheveld en waardoor de heer X niet meer over enig vermogen beschikte waarop de leverancier zich kon verhalen. Het hof concludeert dat niet alleen de heer X, maar ook mevrouw Y persoonlijk aansprakelijk is voor de factuurbedragen van de tankchassis. Het hof rekt de Ontvanger/Roelofsen-norm danig op. Toch is de uitkomst – voor de lezer – billijk. De casus is dusdanig specifiek dat er wellicht geen algemene lessen over de reikwijdte van de norm van Ontvanger/Roelofsen uit kunnen worden getrokken, maar het is allicht een goede illustratie van de flexibiliteit van de norm van het persoonlijk ernstig verwijt.

C. Spierings,
advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam en
fellow van het Onderzoekcentrum Onderneming
& Recht van de Radboud Universiteit

181

Vennootschappelijke werking van overeenkomst tussen UBO's in familiebedrijf

Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp
Middelburg
13 maart 2019, nr. HA ZA15-375,
ECLI:NL:RBZWB:2019:1450
(mr. Louwerse, mr. Van Geloven, mr.
Hermans)
Noot mr. J.M. Blanco Fernández

Belang bij rechtsvordering en toepassing begrip "belanghebbende" ex art. 2:15 lid 3 sub a BW. Vennootschapsrechtelijke werking overeenkomst tussen UBO's/familieleden. Besluiten die familielid/UBO in onderneming zeggenschap ontnemen, zijn vernietigbaar wegens strijd met overeenkomst en daarmee art. 2:8 BW . Aard en inhoud van tussen familieleden overeengekomen gezamenlijke invloed bepalen mede belang van vennootschap . Sprake van onrechtmatig handelen jegens familielid en bevel tot zijn benoeming als commissaris.

[BW art. 2:8, 2:15 lid 1 aanhef en sub b, 3:303, 6:162]

Art. 2:15 lid 3 sub a BW bepaalt dat een vordering tot vernietiging van een besluit van een orgaan van een rechtspersoon kan worden ingesteld door iemand die een redelijk belang heeft bij de nakoming van de verplichting die niet is nagekomen. Het moet daarbij gaan om een eigen belang van degene die vernietiging vordert. [Eiser sub 1] heeft een eigen belang bij vernietiging van de *ava*-besluiten van 28 maart 2014, aangezien hij commissaris is geweest van [gedaagde sub 1]. Daarnaast hebben [eiser sub 1] en [eiser sub 2] beiden de *settlement agreement* (hierna: SA) getekend en ook in zoverre een eigen belang bij de vordering, voor zover de vordering is gebaseerd op de SA. Voorts geldt dat een redelijk belang als bedoeld in art. 2:15 lid 3 sub a BW ook hebben degenen die tot de kring van betrokken behoren in de zin van art. 2:8 BW. De rechtbank is van oordeel dat zowel [eiser sub 1] als [eiser sub 2] als

verschaffer van risicodragend kapitaal een economisch belang heeft dat op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder, zodat zij behoren tot de kring van betrokkenen in de zin van art. 2:8 BW. Nu zij belanghebbenden zijn in de zin van art. 2:15 lid 3 sub a BW, hebben zij tevens een belang bij hun vordering als bedoeld in art. 3:303 BW.

De SA heeft vennootschapsrechtelijke werking in die zin dat, nu geen rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van [eiser sub 1] en hem in strijd met de in de SA beoogde gezamenlijke zeggenschap van de familie [B] welbewust iedere invloed binnen de [gedaagde sub 1] Groep is ontnomen, de besluiten in strijd zijn met art. 2:8 BW. Dat de vennootschap geen partij is bij deze SA doet daar niet aan af, aangezien de SA in dit opzicht eigenlijk niet meer is dan een bevestiging van de reeds bestaande gezamenlijke invloed van de familie [B] binnen de [gedaagde sub 1] Groep, welke invloed [X] en [Y] ook altijd hebben onderkend. Door onder deze omstandigheden [eiser sub 1] niet bij de besluitvorming te betrekken, hem daarvan zelfs niet op de hoogte te stellen en de besluiten in feite te nemen met geen ander doel dan [eiser sub 1] welbewust zijn zeggenschap binnen de [gedaagde sub 1] Groep te ontnemen, is gehandeld in strijd met de jegens [eiser sub 1] en [eiser sub 2] in acht te nemen redelijkheid en billijkheid.

De rechtbank verwerpt het standpunt van [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] dat zij niet gebonden zijn aan de SA nu dit niet in het belang is van de vennootschap. Onder het belang van de vennootschap dient immers meer te worden verstaan dan alleen het bestendig succes van de onderneming die [gedaagde sub 1] doet voeren (HR 4 april 2014, «JOR» 2014/290, m.nt. De Haan (Cancun)). In geval van een vennootschapsstructuur zoals de onderhavige, waarin de zeggenschap altijd in handen is geweest van de familie en [eiser sub 1], [C] en [D] als leden van die familie al sinds 1997 als commissaris van de rvc van de vennootschap hebben gefunctioneerd, door welke positie zij beslissende zeggenschap konden uitoefenen over de wijze waarop de onderneming van [gedaagde sub 1] werd gedreven en de inkomsten die uit [gedaagde sub 1] werden gerealiseerd, wordt het belang van de vennootschap mede bepaald door de aard en inhoud van de tussen die leden van de familie overeengekomen gezamenlijke invloed binnen de [gedaagde sub 1] Groep.