

JOR 2014/48, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 12-03-2013,

ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4088, 200.097.098/01 (annotatie)

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden locatie Leeuwarden
Datum uitspraak: 12-03-2013
Publicatie: JOR 2014/48 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 2, 2014
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. D.J.F.F.M. Duynstee
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4088
Zaaknummer: 200.097.098/01
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4088 • JIN 2013/70 met annotatie van G.T. Flapper en J. Stikkelbroeck • RO 2013/39 • RN 2013/69 • RF 2013/54 • JONDR 2013/527 • RI 2013/91 • OR-Updates.nl 2013-0100
Rechtsgebied: Insolventierecht
Rubriek: Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Van der Pol • mr. Van Rijssen • mr. Tubben
Partijen: RCI Financial Services BV te Amsterdam, appellante, advocaat: mr. T.P. Hoekstra, tegen J.E. Kastrop te Zeewolde, geïntimeerde, niet verschenen.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 2 - 9

Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid, Bestuurder aansprakelijk jegens kredietverlener voor schade ontstaan doordat de door hem bestuurde vennootschappen tweede pandrecht hebben gevestigd terwijl eerste pandrecht was toegezegd, Criterium, Stelplicht, Verwijzing naar HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38

Ga direct naar

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

Samenvatting

Het gaat in deze zaak om de benadeling van een schuldeiser van de Kastrop-vennootschappen, appellante, door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van haar vordering. Voor dit nadeel kan naast aansprakelijkheid van de Kastrop-vennootschappen zelf ook geïntimeerde als bestuurder aansprakelijk zijn. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 8 december 2006, **«JOR» 2007/38** (Ontvanger/Roelofsen) overwogen dat daarbij twee gevallen moeten worden onderscheiden. In de eerste plaats het geval waarin de bestuurder namens de vennootschap heeft gehandeld en in de tweede plaats het geval waarin de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Zowel in het ene als het andere geval mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld als hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ingeval de bestuurder namens de vennootschap heeft gehandeld, kan persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie is gerechtvaardigd dat hem ter zake van deze benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden (de "Beklamel-norm"). Ingeval de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt, 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 kan in ieder geval sprake 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. Appellante baseert haar vordering erop dat de Kastrop-vennootschappen haar een pandrecht eerste in rang hadden moeten verstrekken, maar dat een pandrecht van lagere rang is verstrekt. De vraag is of dit verwijt persoonlijke aansprakelijkheid van geïntimeerde meebrengt. De beoordeling van die vraag aan de hand van de hiervoor weergegeven juridische normen wordt gecompliceerd door het volgende. In deze zaak moeten twee verbintenissen worden onderscheiden. In de eerste plaats de verbintenis waarbij de Kastrop-vennootschappen zich jegens appellante hebben verbonden tot het verlenen aan laatstgenoemde van een pandrecht eerste in rang. In de tweede plaats de daarmee te securiseren verbintenis op grond waarvan de Kastrop-vennootschappen gehouden waren het hun door appellante verleende krediet terug te betalen. In de feitelijke grondslag van haar vordering plaatst appellante de niet-naleving van de verbintenis tot vestiging van een eerste pandrecht door de Kastrop-vennootschappen in het licht van de Beklamelnorm, waarbij het erom gaat of de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan waarvan hij bij het aangaan wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Het nadeel voor appellante bestaat erin dat als gevolg van het gewraakte handelen (het aangaan van de verbintenis tot vestiging van een eerste pandrecht) een andere verbintenis (die tot terugbetaling van het krediet) niet werd nageleefd. Anders gezegd, door de verstrekking van een tweede pandrecht werd bewerkstelligd dat de verbintenis tot terugbetaling van het krediet niet werd nagekomen. Het handelen van geïntimeerde dient daarom getoetst te worden aan de tweede norm: was het handelen of nalaten van geïntimeerde ten opzichte van appellante in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt treft? Dat is met name het geval als komt vast te staan dat hij wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de Kastrop-vennootschappen tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zouden nakomen en ook geen verhaal zouden bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Dit criterium (ontleend aan de Beklamel-norm van het eerste criterium) stelt voor bestuurdersaansprakelijkheid cumulatief als vereiste dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen voldoet en dat zij geen verhaal biedt voor de daardoor ontstane schade. Nu het tweede criterium in de hier geschetste zin het eerste omvat, wordt de door appellante gegeven grondslag ruim opgevat. Het komt erop aan of geïntimeerde bij het namens de vennootschappen aangaan van de verplichting tot het verlenen van een pandrecht dat eerste in rang was, heeft voorzien of heeft behoren te voorzien dat de Kastrop-vennootschappen hun verplichting tot terugbetaling niet zouden nakomen en dat verhaal van de daaruit voortvloeiende schade niet mogelijk zou zijn. Appellante heeft echter geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat voor geïntimeerde, op het moment dat hij namens de door hem bestuurde vennootschappen op 6 januari 2005 de verplichting aanging tot het verlenen van een pandrecht dat "eerste in rang is", voorzienbaar was dan wel behoorde te zijn dat die vennootschappen geen verhaal zouden bieden voor de schade van appellante. Zij heeft ter invulling van het genoemde vereiste voor aansprakelijkheid van geïntimeerde niet aan haar stelplicht voldaan. Om die reden komt de vordering van appellante

wegens onvoldoende onderbouwing niet voor toewijzing in aanmerking.

Uitspraak

(...; *red.*)

De beoordeling

1.1. De feiten

1.2. De rechtbank heeft in rechtsoverweging 2 (2.1. tot en met 2.9.) van het bestreden vonnis feiten vastgesteld, waartegen geen grief is gericht of anderszins van bezwaren is gebleken. Deze feiten staan daarmee ook in het hoger beroep vast en dienen voor zover thans nog relevant, samen met hetgeen verder is komen vast te staan, tot grondslag voor de beoordeling van het geschil in hoger beroep.

1.3. Kastrop en zijn echtgenote waren tot medio 2007 bestuurders van de besloten vennootschappen Van Rossem Groep B.V. (hierna: Van Rossem Groep) en MCD Groep B.V. (hierna: MCD Groep).

1.4. Van Rossem Groep was op haar beurt bestuurder van de besloten vennootschappen:

- a. Autobedrijf Van Rossem Harderwijk B.V. (hierna: Van Rossem Harderwijk);
- b. Autobedrijf Van Rossem Dronten B.V. (hierna: Van Rossem Dronten);
- c. Autobedrijf Van Rossem Lelystad B.V. (hierna: Van Rossem Lelystad);
- d. Autobedrijf Van Rossem Emmeloord B.V. (hierna: Van Rossem Emmeloord);
- e. Autobedrijf Van Rossem Putten B.V. (hierna: Van Rossem Putten).

Hierna gezamenlijk ook aan te duiden als: de Renault-vestigingen.

1.5. MCD Groep was op haar beurt bestuurder van de besloten vennootschappen:

- f. MCD Harderwijk B.V. (hierna: MCD Harderwijk);
- g. Mobiliteitscentrum Van Rossem Dronten B.V. (hierna: MCD Dronten);
- h. MCD Lelystad B.V. (hierna: MCD Lelystad).

Hierna gezamenlijk ook aan te duiden als: de Nissan-vestigingen.

1.6. Alle vennootschappen onder 1.4 en 1.5 worden hierna gezamenlijk ook aangeduid als de Kastrop-vennootschappen.

1.7. Tussen de Renault-vestigingen en de ABN-AMRO bank (hierna: de bank) is op 3 mei 1999 een kredietovereenkomst tot stand gekomen. De onderhandse akte waarin deze is vastgelegd is ondertekend door Kastrop en vermeldt onder meer het volgende:

“De Kredietnemer krijgt op basis van de aan ABN AMRO verstrekte informatie een krediet in rekening-courant ter beschikking tegen de in deze overeenkomst met bijbehorende bijlage vermelde condities. Het krediet dient ter financiering van de bedrijfsuitoefening van de Kredietnemer.

Omvang faciliteit f 1.000.000,=

(...)

Zekerheden en verklaringen

– Pandrecht voorraden.

Steeds uiterlijk aan het begin van elke maand ontvangt ABN AMRO een opgave van de occasions van de Kredietnemer en het uitstaande crediteurensaldo voor zover het betreft niet-betaalde per de daaraan voorafgaande maand-ultimo.

– Pandrecht vorderingen.

– De Kredietnemer is tot nader aankondiging vrijgesteld van de verplichting om ABN AMRO periodiek in het bezit te stellen van een gespecificeerde en rechtsgeldig ondertekende opgave van de aan ABN AMRO te verpanden vorderingen. Deze vrijstelling zal door enkele aankondiging van ABN AMRO komen te vervallen.”

1.8. De Renaultvestigingen hebben in 2001 aan de bank pandrecht verleend op de voorraden en/of vorderingen van de Renaultvestigingen. Daartoe is een pandakte opgemaakt, die op 18 juni 2001 is geregistreerd bij de belastingdienst, dienst accijnzen en successie (akte overlegging producties, productie 12). Deze akte vermeldt voor zover hier van belang het volgende:

“1. De Pandgever:

– geeft hierbij zijn huidige en toekomstige voorraden aan de Bank in pand.

– verbindt zich hierbij zijn huidige en toekomstige vorderingen aan de Bank in pand te geven.

2. De in deze akte bedoelde inpandgeving strekt tot zekerheid voor de voldoening van al hetgeen de Pandgever aan de Bank nu of te eniger tijd verschuldigd is of zal zijn, uit welken hoofde ook, in en/of buiten rekening-courant, en al of niet in het gewone bankverkeer.”

De akte is tijdens de Renaultvestigingen ondertekend door Kastrop.

Tussen alle Kastrop-vennootschappen alsmede Van Rossum Groep enerzijds en de bank anderzijds is op 24 januari 2005 een kredietovereenkomst tot stand gekomen. De onderhandse akte waarin deze is vastgelegd is ondertekend door Kastrop en vermeldt onder meer het volgende:

“De Kredietnemer krijgt op basis van de aan ABN AMRO verstrekte informatie een krediet in rekening-courant ter beschikking tegen de in deze overeenkomst met bijbehorende bijlage vermelde condities. Het krediet dient ter financiering van de bedrijfsuitoefening van de Kredietnemer.

Omvang facilititeit € 3.300.000,=

De kredietnemer kan van het rekening/courant krediet gebruik maken tot maximaal de som van 75% van de RDC-waarde van de door de Kredietnemer betaalde en aan ABN AMRO verpande gebruikte personenwagens en tot maximaal 75% van de inkoopwaarde of, indien deze lager is, de door ABN AMRO te bepalen marktwaarde van de door de Kredietnemer betaalde en aan ABN AMRO verpande nieuwe personenwagens en 70% van het totaalbedrag van de aan ABN AMRO conveniërende vorderingen, uiteraard met inachtneming van het maximumbedrag van het krediet.

(...)

Zekerheden en verklaringen

– Pandrecht voorraden.

Aan het begin van elke maand ontvangt ABN AMRO een opgave van de voorraden van de Kredietnemer en het

uitstaande crediteurensaldo voor zover het betreft niet-betaalde leveranciers per de daaraan voorafgaande maand-ultimo.

– Pandrecht gebruikte personenwagens, tweede in rang, van MCD Lelystad B.V. en van MCD Harderwijk B.V.

Aan het begin van elke maand ontvangt ABN AMRO een opgave van deze personenwagens en het uitstaande crediteurensaldo voor zover het betreft niet-betaalde leveranciers per de daaraan voorafgaande maand-ultimo.

– Pandrecht vorderingen.

Ofschoon de Kredietnemer gehouden is deze vorderingen doorlopend aan ABN AMRO te verpanden, kan de Kredietnemer tot nader aankondiging van ABN AMRO volstaan met

ABN AMRO aan het begin van elke maand in het bezit te stellen van een rechtsgeldig ondertekende pandlijst waarin deze vorderingen zijn gespecificeerd (wijziging).

– Pandrecht inventaris.

– Op grond van artikel 18 van de Algemene Voorwaarden van ABN AMRO strekken alle zaken, waardepapieren en effecten die ABN AMRO of een derde voor haar uit welken hoofde ook van of voor de Kredietnemer onder zich heeft of krijgt, alle aandelen in verzameldepots als bedoeld in de Wet giraal effectenverkeer die zij onder haar beheer heeft of krijgt, en alle bestaande en toekomstige vorderingen van de Kredietnemer op ABN AMRO uit welken hoofde ook ABN AMRO tot pand voor al hetgeen zij uit welken hoofde ook van de Kredietnemer te vorderen heeft of zal hebben ABN AMRO aanvaardt hierbij dit pandrecht.

Voor zover deze goederen nog niet aan ABN AMRO zijn verpand, al dan niet bij voorbaat, tot zekerheid van de hiervoor genoemde verplichtingen van de Kredietnemer, geldt deze Kredietovereenkomst als pandakte en worde voor de verpanding noodzakelijke mededeling voor zover nodig hierbij geacht te zijn gedaan.”

1.9. Door alle Kastrop-vennootschappen, alsmede Van Rossumgroep, is aan de bank pandrecht en volmacht verleend. Daartoe is een “COMBI-PANDAKTE met VOLMACHT voor Voorraden en/of Inventaris en/of Vorderingen” tot stand gebracht, die is ondertekend op 6 januari 2005 en op 4 maart 2005 is geregistreerd bij de belastingdienst, dienst accijnzen en successie. Deze akte vermeldt voor zover hier relevant het volgende:

“1. De Pandgever verbindt zich hierbij tot verpanding aan de Bank van al zijn navolgende Goederen:

zijn huidige en toekomstige Voorraden

zijn huidige en toekomstige Inventaris

zijn huidige en toekomstige Vorderingen

en geeft deze Goederen hierbij, voor zover het toekomstige Goederen betreft bij voorbaat, aan de Bank in pand. De Bank aanvaardt deze verpanding.

2. De in deze akte bedoelde verpanding strekt tot zekerheid voor de voldoening van al hetgeen de Pandgever aan de Bank nu of te eniger tijd verschuldigd is of zal zijn, uit welken hoofde ook, in en/of buiten rekening-courant, en al of niet in het gewone bankverkeer.

3. De Pandgever verklaart dat hij tot de verpanding bevoegd is, en verbindt zich er voor zorg te dragen dat het pandrecht van de Bank eerste in rang is en dat op de Goederen geen ander beperkt recht (zoals een ander pandrecht dan het onderhavige of een recht van vruchtgebruik) en geen beslag of retentierecht rust of zal rusten.

4. (...)

5. In aanvulling op de A.B.V. verleent de Pandgever hierbij volmacht aan de Bank, al dan niet vertegenwoordigd door haar procuratiehouders, om deze Goederen, te allen tijde en bij herhaling, namens de Pandgever aan zichzelf te verpanden, en daarbij namens de Pandgever met zichzelf te handelen, en alles te doen wat daartoe dienstbaar kan zijn. De Bank is met inbegrip van maar niet beperkt tot de mogelijkheid tot verpanding bij notariële akte. Deze volmacht is onvoorwaardelijk en onherroepelijk; en doet niet af aan de opeisbaarheid van de verplichting van de Pandgever om de verpanding zelf tot stand te brengen.

6. In afwijking van hetgeen daaromtrent in de A.B.V. is bepaald wordt onder 'Vorderingen' in de A.B.V., deze akte en vervolgakten verstaan: alle huidige en toekomstige vorderingen (of gedeelten daarvan) die de Pandgever nu of te eniger tijd op enige natuurlijke persoon, juridische entiteit heeft en/of zal hebben, zowel geldvorderingen als niet-geldvorderingen daaronder begrepen, en al dan niet opeisbaar, onder voorwaarde of tijdsbepaling, alles in de ruimste zin."

Deze akte is zijdens de Kastrop-vennootschappen en Van Rossum Groep ondertekend door Kastrop.

1.10. RCI maakt deel uit van de Renault S.A.S. groep, die participeert in Nissan Motor Corp die op haar beurt 100% aandeelhoudster is van Nissan Nederland B.V. RCI verzorgt onder meer de financiering ten behoeve van de wederverkoop van Renault en Nissan-voertuigen op kleinhandelsniveau.

1.11. Met de onder 1.4. en 1.5. genoemde Kastrop-vennootschappen zijn door RCI zogenoemde mantelovereenkomsten gesloten, die namens de afzonderlijke Kastrop-vennootschappen telkens door Kastrop zijn ondertekend op de onder 1.13. genoemde data. In de overeenkomsten wordt de betreffende Kastrop-vennootschap aangeduid als "Dealer". De afzonderlijke overeenkomsten zijn geregistreerd bij de belastingdienst, dienst registratie en successie (art. 3:239 lid 1 BW).

1.12. Deze overeenkomsten zijn voor zover hier van belang gelijkkluidend en vermelden, onder meer het volgende:

"2. Doel van de overeenkomst

2.1. RCI biedt de Dealer door het sluiten van deze Mantelovereenkomst financiering voor de Productgroepen 1 tot en met 10 aan.

2.2. De in het voorgaande artikellid bedoelde financiering komt tot stand door de bevestiging conform het bepaalde in artikel 2.8 door RCI van een door de Dealer bij RCI ingediende kredietaanvraag danwel door betaling door RCI aan Importeur of aan een andere leverancier, indien van toepassing, indien en voor zover dit eerder is.

2.3. Nadat de financiering aldus tot stand is gekomen zal RCI voor de Dealer het aan de financiering verbonden factuurbedrag aan Importeur of aan de betreffende andere leverancier, indien van toepassing, voldoen, indien en voor zover zij dit nog niet heeft gedaan.

(...)

5. Zekerheden – conservatoire maatregelen

5.1. Zekerheden en informatieplicht

(...)

5.1.4. Tot meerdere zekerheid voor de betaling van het krediet en van al hetgeen de Dealer overigens aan RCI, direct of indirect, uit hoofde van deze Mantelovereenkomst verschuldigd is en/of te eniger tijd verschuldigd zal worden, vestigt de Dealer hierbij (bij voorraad) een eerste pandrecht ten behoeve van RCI, gelijk RCI hierbij dit pandrecht (bij voorbaat) van de Dealer aanvaardt:

a. alle vorderingen die de Dealer nu of te eniger tijd jegens Importeur of derden heeft c.q. zal hebben uit hoofde van

het Dealercontract en/of enige andere tussen Importeur en de Dealer gesloten overeenkomst(en), RCI zal aan Importeur mededeling doen van het vorenbedoelde pandrecht;

b. zijn huidige voorraad Nieuwe Auto's, Demo's, Vervangend Vervoer, Huurauto's, Occasions, Ex-lease auto's, Signalisatie, Inventaris en Onderdelen alles voor zover door RCI gefinancierd en ongeacht waar deze zaken zich bevinden;

c. bij voorbaat: Nieuwe Auto's, Demo's, Vervangend Vervoer, Huurauto's, Occasions, Ex-lease auto's, Signalisatie, Inventaris en Onderdelen die de Dealer in de toekomst zal verwerven, zulks op het moment dat Dealer de eigendom daarvan verkrijgt, voor zover door RCI gefinancierd en ongeacht waar deze zich alsdan bevinden;

d. bij voorbaat: alle ingevolge in deze overeenkomst vermelde verzekering(en) verkregen vorderingen op de desbetreffende verzekeraars.

Eventuele accessoires en uitrusting die in het kader van de normale bedrijfsuitoefening aan een Product door de Dealer zijn of worden toegevoegd, worden geacht mede te zijn verpand aan RCI.

5.1.5. De Dealer verklaart dat hij tot het verpanden van de in het vorige artikel vermelde zaken bevoegd is en dat daarop geen beperkte rechten van derden rusten. De Dealer verklaart voorts dat hij de in dat artikellid vermelde zaken niet reeds (bij voorbaat) aan een derde heeft overgedragen en evenmin daarop ten behoeve van een derde (bij voorbaat) een beperkt recht heeft gevestigd en dat hij dat ook niet zal doen. Ten bewijze van het bepaalde in dit artikellid zal de Dealer aan RCI een, aan de hand van een door RCI verstrekt concept opgestelde, verklaring verstrekken van de huisbankier van de Dealer, dan wel van overige bankiers aan wie door de Dealer beperkte rechten zijn verleend, in welke verklaring deze bankier afstand doet van de hem verleende beperkte rechten, voor zover deze botsten met de zekerheidsrechten die de Dealer krachtens deze Mantelovereenkomst verstrekt danwel dient te verstrekken aan RCI."

1.13. De mantelovereenkomsten zijn geregistreerd bij de belastingdienst op de volgende data:

- a. Van Rossem Harderwijk op 10 maart 2004;
- b. Van Rossem Dronten op 9 oktober 2006;
- c. Van Rossem Lelystad op 10 maart 2004;
- d. Van Rossem Emmeloord op 9 maart 2004;
- e. Van Rossem Putten op 9 oktober 2006;
- f. MCD Harderwijk op 17 februari 2006;
- g. MCD Dronten op 17 februari 2006;
- h. MCD Lelystad: op deze overeenkomst is geen stempel met dagtekening van de belastingdienst vermeld.

1.14. Op 26 april 2006 is een akte getiteld Hoofdelijkheidsverklaring ondertekend door de Kastrop-vennootschappen, Van Rossem Groep en RCI. In die akte worden de Kastrop-vennootschappen gezamenlijk aangeduid als "schuldenaar" en Van Rossem Groep als "hoofdelijk medeschuldenaar". In de akte is onder meer het volgende vermeld:

"1. De schuldenaar en de medeschuldenaar verbinden zich hierbij hoofdelijk jegens RCI voor al hetgeen de schuldenaar, uit hoofde van door RCI aan de schuldenaar verleend dan wel te verlenen krediet, schuldig is of zal worden RCI.

(...)

4. De hoofdelijke verbondenheid van de schuldenaar en de medeschuldenaar blijft van kracht, zolang de schuldenaar enige verplichting jegens RCI heeft of zal kunnen hebben uit hoofde van door RCI aan de schuldenaar verleend dan wel te verlenen krediet. De schuldenaar en medeschuldenaar doen hierbij jegens RCI uitdrukkelijk afstand van alle hoofdelijk verbonden schuldenaren toekomstige rechten en verweermiddelen.”

De akte is namens de Kastrop-vennootschappen en Van Rossem Groep ondertekend door Kastrop met op de akte een registratiestempel van de belastingdienst.

1.15. De bank heeft de kredietrelatie met de Kastrop-vennootschappen bij brief van 18 april 2007 opgezegd tegen 15 mei 2007. Op 16 mei 2007 heeft de bank pandbeslag gelegd.

1.16. De bank heeft op 16 mei 2007 executoriaal pandbeslag gelegd op onder meer de nieuwe en gebruikte voertuigen van de Kastrop-vennootschappen. Op 28 juni 2007 heeft RCI executoriaal pandbeslag gelegd op de door haar gefinancierde Renault en Nissan voertuigen, alsmede op de door haar gefinancierde gebruikte voertuigen.

1.17. Nissan Nederland en Renault Nederland hebben in juni respectievelijk juli 2007 de dealerrelaties met de Kastrop-vennootschappen beëindigd. Bij beëindiging van de dealerrelaties waren de Kastrop-vennootschappen aan RCI een bedrag verschuldigd. In de dagvaarding in eerste aanleg stelt RCI dat het in totaal gaat om € 7.292.658,70. In haar memorie van grieven gaat zij echter uit van een totale vordering van € 6.178.225,64. Nu voor de toe of afwijzing van de vordering in de onderhavige procedure niet van belang is of van het eerste of tweede bedrag wordt uitgegaan zal het hof uitgaan van het laatst genoemde (laagste) bedrag.

1.18. Op 25 juni 2007 heeft RCI een verzoek als bedoeld in artikel 3:251lid 1 BW gedaan aan de voorzieningenrechter van de rechtbank Zwolle-Lelystad tot onderhandse verkoop van de in beslag genomen voertuigen.

1.19. Tussen partijen is overleg gevoerd over de wijze van onderhandse verkoop, hetgeen niet tot overeenstemming heeft geleid. Daarop heeft RCI bij brief van 22 juli 2007 het verzoek tot onderhandse verkoop ingetrokken.

1.20. Vervolgens zijn de in pandbeslag genomen voertuigen in de periode 25 juli tot en met 30 juli 2007 openbaar verkocht. De veiling is verzorgd door veilingbureau BVA Auctions B.V. (hierna: BVA). De totale veilingopbrengst bedroeg € 4.385.316,70. Daarvan heeft BVA een bedrag van € 3.202.288,35 uitgekeerd aan de bank en een bedrag van € 1.183.028,35 aan RCI.

1.21. De Kastrop vennootschappen zijn daarop in staat van faillissement verklaard.

Op 22 augustus 2007 : MCD Groep, Van Rossem Dronten, Van Rossem

Lelystad en Van Rossem Emmeloord.

Op 30 augustus 2007: Van Rossem Groep en Van Rossem Putten.

Op 5 september 2007: Van Rossem Harderwijk, MCD Lelystad,

MCD Harderwijk en MDC Dronten,

1.22. Bij exploit van 10 maart 2009 heeft RCI conservatoir beslag doen leggen op een aantal onroerende zaken van Kastrop.

2. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

2.1. RCI vordert betaling van € 1.907.611,30, vermeerderd met de wettelijke rente. De grondslag daarvoor is dat Kastrop jegens haar onzorgvuldig heeft gehandeld door namens de Kastrop-vennootschappen verplichtingen tot verlening van eerste pandrechten aan te gaan terwijl hij wist of behoorde te begrijpen dat de Kastrop-vennootschappen daaraan niet of niet binnen een redelijke termijn zouden kunnen voldoen en geen verhaal zouden bieden voor de

voorzienbare schade die RCI dientengevolge zou lijden. Kastrop betoogt dat hij niet hoefde te begrijpen dat aan RCI geen eerste pandrecht kon worden verleend.

2.2. De rechtbank heeft de vorderingen van RCI afgewezen. Daartoe heeft zij overwogen dat de pandakte van de bank ruimer geredigeerd is dan de onderliggende kredietovereenkomst. Voor de uitleg van de pandakte dient de uitlegger te rade te gaan bij de onderliggende kredietovereenkomst. De tekst van die overeenkomst is, aldus de rechtbank, uitgangspunt voor de uitleg van de pandakte. Gelet hierop is het Kastrop niet aan te rekenen dat hij meende zijn verplichtingen tot het vestigen van eerste pandrechten jegens RCI niet te schenden.

3. De grief

3.1. De enige door RCI opgeworpen grief is gericht tegen de rechtsoverwegingen 4.5. en 4.6. van het bestreden vonnis:

“4.5. Aan het feit dat de pandakte ruimer is opgesteld dan de onderliggende overeenkomst komt naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen doorslaggevende betekenis toe. Voor de uitleg van de pandakte dient de uitlegger immers te rade te gaan bij de contractuele verhouding tussen pandgever en pandhouder. De werkelijke bedoeling van partijen staat centraal en de tekst van de onderliggende overeenkomst dient ook als uitgangspunt te dienen voor de uitleg van de pandakte.

Gelet hierop is het Kastrop niet aan te rekenen dat hij in de veronderstelling verkeerde dat op grond van de met ABN AMRO gesloten kredietovereenkomsten geen pandrecht was gevestigd op de door RCI gefinancierde auto's. Kastrop zag zich in zijn zienswijze gesterkt door de handelwijze van ABN AMRO.

4.6. Onder deze omstandigheden kan niet worden geconcludeerd dat Kastrop zijn plichten op grove wijze heeft veronachtzaamd. De rechtbank is dan ook van oordeel dat Kastrop geen (ernstig) verwijt kan worden gemaakt.”

3.2. In de bestreden overweging legt de rechtbank de bewoordingen van de pandakte uit. De rest van de overwegingen verwijst naar die uitleg en haakt daarbij aan.

3.3. De bestreden overwegingen komen erop neer dat de pandakte dient te worden uitgelegd aan de hand van de onderliggende (krediet)overeenkomst. Omdat de verpandingsplicht in de overeenkomst beperkter is omschreven dan die in de pandakte, dient de ruimer verwoorde verpandingsplicht in de (jongere) pandakte ook beperkt te worden uitgelegd. Kastrop mocht daarom van die beperkte verpandingsplicht uitgaan, aldus de rechtbank.

3.4. In de grief wordt deze (methode van) uitleg bestreden. Het hof oordeelt dienaangaande dat de onder 3.3. beschreven wijze van uitleg onjuist is daar zij niet overeenstemt met de bestaande opvattingen in de rechtspraak aangaande de uitleg van overeenkomsten.

3.5. Bij de uitleg van een pandakte geldt de zogenoemde Haviltexnorm (HR 20 september 2002, *NJ* 2002, 610 («**JOR**» **2002/210**, m.nt. NEDF onder **JOR 2002/211** (*ING/Muller q.q.*); *red.*)). De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het aan op de zin die partijen in de gegeven, omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de uit te leggen bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Bij deze uitleg dient de rechter rekening te houden met alle bijzondere omstandigheden van het gegeven geval. In zijn hiervoor genoemde arrest van 20 september 2002 heeft de Hoge Raad aangaande de uitleg van een pandakte bepaald dat de omstandigheid dat een overeenkomst de titel vormt voor de vestiging van een – tegen derden in te roepen – pandrecht, op zichzelf niet rechtvaardigt een andere dan de zojuist beschreven maatstaf toe te passen.

3.6. Voor de vaststelling van de omvang van de verpandingsplicht jegens de bank zijn zowel de bewoordingen van pandakte als die van de kredietovereenkomst van belang, alsmede de overige omstandigheden van het geval. De uitleg van de bewoordingen van de pandakte wordt niet bepaald door alleen of met name de onderliggende overeenkomst. Ook die pandakte geeft de partijbedoeling weer en bepaalt (mede) de inhoud van de overeenkomst. De onderliggende

overeenkomst is voor de uitleg van de akte niet zonder belang, maar zij is daarvoor niet maatgevend. Juist omdat de pandakte van latere datum is dan de kredietovereenkomst, ligt het voor de hand dat bij afwijking daarvan van de kredietovereenkomst eerder de akte dan de overeenkomst doorslaggevend is.

3.7. De inhoud van de pandakten bepalen daarmee de omvang van de verpandingsplicht. Zij zijn op dit punt helder verwoord en geven mede door hun beperkte omvang geen aanleiding te menen dat Kastrop de daarin besloten verpandingsplicht niet heeft begrepen of gekend. Dat de pandakte ruimer is geformuleerd dan de overeenkomst doet aan de verpandingsverplichting slechts in zoverre af dat de ruimere verplichting pas ontstond op het moment van ondertekening van de pandakte. Voordien bestond slechts de beperktere in de kredietovereenkomst omschreven verpandingsplicht. Nu de grief slaagt wat betreft de uitleg van de pandakte worden ook de daarop gebaseerde overwegingen terecht bestreden.

3.8. Te weten: “Gelet hierop is het Kastrop niet aan te rekenen dat hij in de veronderstelling verkeerde dat op grond van de met ABN AMRO gesloten kredietovereenkomsten geen pandrecht was gevestigd op de door RCI gefinancierde auto's.”

en

“Onder deze omstandigheden kan niet worden geconcludeerd dat Kastrop zijn plichten op grove wijze heeft veronachtzaamd. De rechtbank is dan ook van oordeel dat Kastrop geen (ernstig) verwijt kan worden gemaakt.”

3.9. Nu de grief slaagt dient het hof alsnog te beoordelen of de vordering van RCI toewijsbaar is, waarbij op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep alle verweren van Kastrop, voor zover niet in het vorenstaande door het hof reeds verworpen, moeten worden betrokken. Daartoe overweegt het hof het volgende.

Toerekenbare tekortkoming door de Kastrop-vennootschappen

4. De rechtbank gaat er in de bestreden overwegingen kennelijk en impliciet van uit dat de Kastrop-vennootschappen (a) jegens RCI waren gehouden tot het vestigen van eerste pandrechten op de bestaande en nieuwe (door RCI gefinancierde) voertuigen en (b) dat zij die verplichting niet hebben nageleefd en (c) dat zij daarmee te kort zijn geschoten jegens RCI. Dit naar het oordeel van het hof terecht. De Kastrop-vennootschappen hebben zich verplicht tot vestiging van een eerste pandrecht ten behoeve van RCI op (onder meer) de door RCI geleverde voertuigen. Kastrop weerspreekt dat niet maar betoogt dat hem schending van die verplichting niet valt aan te rekenen vanwege onduidelijkheid in de contractuele relatie met de bank. Zelfs als sprake zou zijn van onduidelijkheid jegens de bank in die contractuele relatie, het hof heeft al overwogen dat dit niet het geval is, dan valt niet in te zien waarom die onduidelijkheid aan RCI als derde zou kunnen worden tegengeworpen. Daarmee moet het er in deze procedure voor worden gehouden dat de Kastrop-vennootschappen jegens RCI toerekenbaar te kort zijn geschoten.

Aansprakelijkheid van Kastrop als bestuurder

5. Het gaat in deze zaak derhalve om de benadeling van een schuldeiser van de Kastrop-vennootschappen, RCI, door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering (het aan de Kastrop-vennootschappen verleende krediet).

6. Voor dit nadeel kan naast aansprakelijkheid van de Kastrop-vennootschappen zelf, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, ook Kastrop als bestuurder aansprakelijk zijn. De Hoge Raad heeft daarbij in zijn arrest van 8 december 2006, LJN: [AZ0758](#), NJ 2006, 569 ([«JOR» 2007/38 \(Ontvanger/Roelofsen\)](#); red.) overwogen dat daarbij twee gevallen moeten worden onderscheiden. In de *eerste* plaats het geval waarin de bestuurder namens de vennootschap heeft gehandeld en in de *tweede* plaats het geval waarin de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt.

7. Zowel in het ene als het andere geval mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld als hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

8. Ingeval de bestuurder *namens* de vennootschap heeft gehandeld kan persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder 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 verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie is gerechtvaardigd dat hem ter zake van deze benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden (hierna kort aan te duiden als de "Beklamel-norm").

9. Ingeval de bestuurder heeft *bewerkstelligd of toegelaten* dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt 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 kan in ieder geval sprake 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.

10. RCI baseert haar vordering er – kortgezegd – op dat de Kastrop-vennootschappen RCI een pandrecht eerste in rang hadden moeten verstrekken maar dat een pandrecht van lagere rang is verstrekt. De vraag waarom het in deze zaak draait is of dit verwijt persoonlijke aansprakelijkheid van Kastrop meebrengt. De beoordeling van die vraag aan de hand van de juridische normen weergegeven onder 6 tot en met 9, wordt gecompliceerd door het volgende. In deze zaak moeten twee verbintenissen worden onderscheiden. In de eerste plaats de verbintenis waarbij de Kastrop-vennootschappen zich jegens RCI hebben verbonden tot het verlenen aan laatstgenoemde van een pandrecht eerste in rang. In de tweede plaats de daarmee te securiseren verbintenis op grond waarvan de Kastrop-vennootschappen gehouden waren het hen door RCI verleende krediet terug te betalen.

11. In de feitelijke grondslag van haar vordering plaatst RCI de niet-naleving van de verbintenis tot vestiging van een eerste pandrecht door de Kastrop-vennootschappen in het licht van de Beklamelnorm, waarbij het erom gaat of de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan waarvan hij bij het aangaan wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.

12. Zoals gezegd bestaat het nadeel voor RCI er in dat als gevolg van het gewraakte handelen (het aangaan van de verbintenis tot vestiging van een eerste pandrecht) een andere verbintenis (die tot terugbetaling van het krediet) niet werd nageleefd. Anders gezegd, door de verstrekking van een tweede pandrecht werd bewerkstelligd dat de verbintenis tot terugbetaling van het krediet niet werd nagekomen. Het handelen van Kastrop dient daarom getoetst te worden aan de tweede norm (weergegeven onder 9): was het handelen of nalaten van Kastrop ten opzichte van RCI in gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt treft? Dat is met name het geval als komt vast te staan dat hij wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de Kastrop-vennootschappen tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Dit criterium (ontleent aan de Beklamel-norm van het eerste criterium) stelt voor bestuurdersaansprakelijkheid cumulatief als vereiste dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen voldoet *en* dat zij geen verhaal biedt voor de daardoor ontstane schade.

13. Nu het tweede criterium in de hier geschetste zin het eerste omvat, zal het hof de door RCI gegeven grondslag ruim opvatten. Het komt erop aan of Kastrop bij het namens de vennootschappen aangaan van de verplichting tot het verlenen van een pandrecht dat eerste in rang was heeft voorzien of heeft behoren te voorzien dat de Kastrop-vennootschappen hun verplichting tot terugbetaling niet zouden nakomen *en* dat verhaal van de daaruit voortvloeiende schade niet mogelijk zou zijn.

14. In de onderbouwing van haar grondslag lijkt RCI te steunen op de omstandigheid dat Kastrop *door* het aangaan van de verplichting tot verlening van een eerste pandrecht onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof zal deze grondslag welwillend lezen en er vanuit gaan dat daarmee is bedoeld dat Kastrop namens de door hem bestuurde vennootschappen een verplichting is aangegaan waarvan hij van meet af aan wist, dan wel behoorde te weten dat die vennootschappen geen eerste pandrecht zouden (kunnen) verlenen. Zelfs indien dit zou komen vast te staan, geldt het volgende.

15. Zoals gezegd onder 13 is sprake van een cumulatief vereiste. RCI heeft echter geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat voor Kastrop, op het moment dat hij namens de door hem bestuurde vennootschappen op 6 januari 2005 (zie 1.9.) de verplichting aanging tot het verlenen van een pandrecht dat “eerste in rang is”, voorzienbaar was dan wel behoorde te zijn dat die vennootschappen geen verhaal zouden bieden voor de schade van RCI.

16. De pandrechten zijn in mei 2007 door de bank uitgewonnen, zodat RCI onder andere feiten en omstandigheden had moeten stellen aangaande de in januari 2005 voor Kastrop voorzienbare vermogenstoestand van de vennootschappen in mei 2007, de toen te verwachten omvang van het vorderingsrecht van RCI in mei 2007 en de toen te verwachten omvang van de vordering van de bank als eerst gerechtigde pandhouder. Nu zelfs een begin van zo'n onderbouwing ontbreekt, heeft RCI ter invulling van het genoemde vereiste voor aansprakelijkheid van Kastrop, niet aan haar stelplicht voldaan. Om die reden komt de vordering van RCI wegens onvoldoende onderbouwing niet voor toewijzing in aanmerking.

Slotsom

17. Hoewel de gronden waarop het hof zijn beslissing baseert andere zijn dan die waarop de rechtbank zich baseert, oordeelt ook het hof dat de vordering van RCI dient te worden afgewezen. Een toereikende grondslag daarvoor is niet gebleken. Hoewel de grief terecht is voorgedragen kan zij niet leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis. Kastrop is in hoger beroep niet verschenen zodat een proceskostenveroordeling achterwege blijft.

De beslissing

Het gerechtshof:

verwerpt het hoger beroep en bekrachtigt het vonnis waarvan beroep.

Noot

1. In deze zaak hebben de pandgevers zich verplicht tot het vestigen van een eersterangs pandrecht, maar wegens het bestaan van een ouder pandrecht is slechts een pandrecht van lagere rang gevestigd. De vraag waar het om draait, is of dit persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder oplevert. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend en gaat in dit kader ook uitgebreid in op uitleg van de betrokken pandaktes.

2. De bestuurder was tot medio 2007 samen met zijn echtgenote (middellijk) bestuurder van een aantal vennootschappen. Deze vennootschappen waren actief in de automotive-branche en verkochten Renaults en Nissans. Tot zekerheid van door ABN AMRO verstrekte leningen heeft een deel van de vennootschappen in 2001 onder meer een eersterangs pandrecht gevestigd op de autovoorraden. RCI, dat deel uitmaakt de Renault S.A.S.-groep, verzorgt onder meer de financiering ten behoeve van de wederverkoop van Renault en Nissan-voertuigen op kleinhandelniveau. RCI heeft in dat verband in de periode 2004-2006 met de vennootschappen mantelovereenkomsten gesloten waarbij ten behoeve van RCI onder meer een “eersterangs” pandrecht is gevestigd op de door RCI gefinancierde autovoorraden. De bestuurder heeft daarbij – ten onrechte – verklaard dat er geen pandrechten/bepaalde rechten van derden (bij voorbaat) op de voorraden rustten. In april 2007 zegt de bank de kredietovereenkomst op per 15 mei 2007. Een dag later legt de bank executoriaal pandbeslag op alle nieuwe en gebruikte voertuigen van de vennootschappen. Ruim een maand later legt RCI executoriaal pandbeslag op alle door haar gefinancierde voertuigen. Bij uitwinning blijkt dat de bank een ouder pandrecht heeft waardoor RCI zich voor een gedeelte van de door haar verstrekte kredieten niet op de opbrengst kan verhalen. Kort na de executieverkoop zijn de vennootschappen in staat van faillissement verklaard.

3. In rechte vordert RCI vervolgens van de bestuurder betaling van haar restantvordering. RCI stelt dat de bestuurder jegens haar onzorgvuldig heeft gehandeld door namens de vennootschappen verplichtingen tot verlening van eerste pandrechten aan te gaan terwijl hij wist of behoorde te begrijpen dat de vennootschappen daaraan niet of niet binnen een redelijke termijn zouden kunnen voldoen en geen verhaal zouden bieden voor de schade die RCI dientengevolge zou lijden. In eerste aanleg heeft de rechtbank de vorderingen van RCI afgewezen. Het lijkt erop dat de bestuurder

zich heeft verweerd door aan te voeren dat er geen sprake kan zijn van een persoonlijk ernstig verwijt omdat hij meende dat op basis van de kredietovereenkomst met ABN AMRO geen pandrecht ten behoeve van de bank was gevestigd. Dat verweer slaagt. Volgens de rechtbank is de bestuurder niet aan te rekenen dat hij in de veronderstelling verkeerde dat op grond van de met de bank gesloten kredietovereenkomsten *geen* pandrecht ten behoeve van de bank was gevestigd op de door RCI gefinancierde auto's. De rechtbank vervolgt dat onder die omstandigheden niet kan worden geconcludeerd dat de bestuurder zijn plichten op grove wijze heeft veronachtzaamd en dat er dan ook geen sprake is van een (ernstig) verwijt aan het adres van de bestuurder. De rechtbank onderbouwt haar overweging door de pandakte uit te leggen aan de hand van de onderliggende (krediet)overeenkomst met de bank. Omdat de verpandingsplicht in de (eerdere) kredietovereenkomst beperkter is omschreven dan die in de (latere) pandakte, dient de ruimer verwoorde verpandingsplicht in de (latere) pandakte ook beperkt te worden uitgelegd. De bestuurder mocht daarom van die beperkte verpandingsplicht uitgaan. Een overweging waar het nodige op af te dingen is. Met succes richt RCI een grief tegen deze overweging.

4. Bij de uitleg van een pandakte geldt de Haviltexnorm. Zie HR 20 september 2002, **«JOR» 2002/210**, m.nt. NEDF onder **«JOR» 2002/211** (*ING/Muller q.q.*). De Hoge Raad heeft aangaande de uitleg van een pandakte bepaald dat de omstandigheid dat een overeenkomst de titel vormt voor de vestiging van een – tegen derden in te roepen – pandrecht, op zichzelf niet rechtvaardigt een andere dan de hiervoor genoemde norm toe te passen. Het hof overweegt dat voor de vaststelling van de omvang van de verpandingsplicht jegens de bank zowel de bewoordingen van de pandakte als die van de kredietovereenkomst van belang zijn, alsmede de overige omstandigheden van het geval. De uitleg van de bewoordingen van de pandakte wordt niet bepaald door alleen of vooral de onderliggende overeenkomst. Ook de pandakte geeft de partijbedoeling weer en bepaalt (mede) de inhoud van de overeenkomst. De onderliggende overeenkomst is voor de uitleg van de akte niet zonder belang, maar zij is daarvoor niet maatgevend. Mijns inziens terecht merkt het hof voorts op dat juist omdat de pandakte van latere datum is dan de kredietovereenkomst, het voor de hand ligt dat bij afwijking van de kredietovereenkomst, eerder de akte dan de overeenkomst doorslaggevend is (r.o. 3.6). Overigens meen ik dat er in dit geval veel voor te zeggen is groot gewicht te doen toekomen aan de letterlijke (en in dit geval duidelijke) tekst van de pandakte. Zie verder voor de uitleg van pandaktes F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Uitlegkwesties naar aanleiding van verpanding en cessie van vorderingen', in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: Boom 2009, A.J. Verdaas, 'Moet een cessie- of pandakte toch meer objectief worden uitgelegd?', *Tvl* 2012/2 en F.J.L. Kaptein, 'Subjectieve uitleg van cessie- en pandakten: niet bepaald objectief', *WPNR* 2013/6974.

5. Nu de grief van RCI slaagt, dient het hof alsnog te beoordelen of de vordering van RCI toewijsbaar is, waarbij op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep alle verweren van de bestuurder moeten worden betrokken. In hoger beroep komt het hierdoor (weer) op het volgende neer: is de bestuurder persoonlijk aansprakelijk voor de schade die RCI heeft geleden doordat de vennootschappen slechts een pandrecht van lagere rang hebben gevestigd, terwijl zij verplicht waren tot vestiging van een pandrecht eerste in rang? Aan de hand van het arrest HR 8 december 2006, **«JOR» 2007/38** (*Ontvanger/Roelofsen*) bespreekt het hof de twee toepasselijke normen voor persoonlijke aansprakelijkheid. De Hoge Raad onderscheidt twee typen van gevallen waarin naast de vennootschap ook een bestuurder aansprakelijk kan zijn.

i. De bestuurder heeft namens de vennootschap gehandeld, waarbij als maatstaf is 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 aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, de Beklamelnorm (HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. Maeijer (*Beklamel*)); en

ii. De bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt, waarbij als maatstaf geldt dat hij voor schade van de schuldeiser aansprakelijk kan 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 weten 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.

Zie hierover ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 469.

6. Volgens het hof heeft RCI de niet-naleving van de verbintenis tot vestiging van een eerste pandrecht door de bestuurder in het licht van de Beklamefnorm geplaast. Het hof wijst er echter op dat het nadeel voor RCI erin is gelegen dat als gevolg van het aangaan van de verbintenis tot vestiging van een eerste pandrecht een *andere* verbintenis (die tot terugbetaling van het krediet) niet werd nageleefd. Anders gezegd, door de verstrekking van een tweede pandrecht werd bewerkstelligd dat de verbintenis tot terugbetaling van het krediet niet werd nagekomen. Daarmee komt het hof niet uit bij de Beklamefnorm maar bij de tweede norm uit Ontvanger/Roelofsen. Zie r.o. 12-13.

7. Bij beide criteria uit Ontvanger/Roelofsen is van belang dat de vennootschappen als gevolg van het handelen (of toelaten van handelingen) *ook* geen verhaal zouden bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Op dit punt loopt de vordering van RCI stuk. Niet zozeer inhoudelijk, maar wel procesrechtelijk. RCI heeft volgens het hof nagelaten feiten en omstandigheden te stellen waaruit volgt dat voor het voor de bestuurder, op het moment dat hij namens de door hem bestuurde vennootschappen de verplichtingen aanging tot het verlenen van een pandrecht dat “eerste in rang is”, voorzienbaar was dan wel behoorde te zijn dat die vennootschappen geen verhaal zouden bieden voor de schade van RCI in 2007. RCI had feiten en omstandigheden moeten stellen aangaande de in 2005 voor de bestuurder voorzienbare vermogenstoestand van de vennootschappen in mei 2007, de toen te verwachten omvang van het vorderingsrecht van RCI in mei 2007 en de toen te verwachten omvang van de vordering van de bank als eerste gerechtigde pandhouder (r.o. 16). “Nu zelfs een begin van zo’n onderbouwing ontbreekt” wordt de vordering van RCI afgewezen. Ik merk daarbij op dat de regels van art. 150 Rv ook in dit geval van toepassing zijn en RCI – in principe – de bewijslast (en het bewijsrisico) draagt, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Zie HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766, m.nt. Maeijer (*Romme/Bakker*); HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 35 (*Frans Verlinden/NMB*) en recenter Hof Amsterdam 3 juli 2012, [«JOR» 2012/283](#), m.nt. Van Thiel (*Van den Boogert/Wanders Coatings*) over de bewijslast en (verzwaarde) stelplicht in Beklamefnorm-situaties. Anders dan het hof meent, mag naar mijn mening van RCI niet worden verlangd dat zij feiten en omstandigheden moet stellen over de op het tijdstip van de (eerste) vestiging van de pandrechten ten behoeve van de bank in 2005 voor de bestuurder voorzienbare vermogenstoestand van de vennootschappen in mei 2007. Het lijkt mij juist om het handelen van de bestuurder te toetsen op het moment (voornamelijk gelegen in 2006) dat de vennootschappen de mantelovereenkomsten met RCI zijn aangegaan waarbij er nogmaals een “eerste” pandrecht werd gevestigd ten behoeve van RCI.

8. Tot slot een opmerking over de toepassing door het hof van de maatstaven uit het arrest Ontvanger/Roelofsen. Bij het lezen van dit arrest dringt de vraag zich op of de criteria ontleend aan dat arrest wel passend zijn in een zaak als deze en of ze juist worden toegepast. Ik doel dan in het bijzonder op het criterium dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te weten dat er geen verhaal zal zijn voor de schade. Als dit gesteld noch gebleken is, zal de vordering hier zeer waarschijnlijk op worden afgewezen. Zo ook in dit geval. Ik vraag mij echter af of er dan voldoende aandacht is voor de ruimte die Ontvanger/Roelofsen biedt dat er zich ook andere omstandigheden kunnen voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen (zie r.o. 3.5, tweede alinea, in fine). Is het vestigen van een tweederangs pandrecht waar de vennootschap zich tot vestiging van een eersterangs pandrecht had verbonden waardoor een crediteur met een forse restschuld blijft zitten niet een dergelijke andere omstandigheid? De verplichting tot het verstrekken van zekerheid door een leningnemer om het kredietrisico zoveel mogelijk af te dekken, is in de regel een essentieel onderdeel van een leningsovereenkomst. Als op het moment van het verstrekken van die zekerheid al evident is, althans zou moeten zijn, dat die zekerheid ondeugdelijk is, en uiteindelijk ook blijkt dat de zekerheid niet afdoende is, komt het mij onbillijk voor dat de bestuurder in een dergelijk geval de dans ontspringt enkel en alleen op de grond dat de onverhaalbaarheid van de hierdoor ontstane schade toen niet voorzienbaar was.

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam