

commentaar op	Gerechtshof Den Haag 25-11-2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4441
datum	10-12-2015
auteur	A.P. Koburg

Gerechtshof Den Haag 25-11-2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4441

Een Beklamel-vordering en de verzwaarde stelplicht van de aansprakelijk gestelde DGA

Op de individuele schuldeiser die een Beklamel-vordering stelt, rust de bewijslast omtrent de wetenschap van de bestuurder dat zijn handelen schade zou toebrengen aan de betreffende schuldeiser. Het is voor een schuldeiser in de regel niet eenvoudig dergelijke wetenschap aan te tonen. Voor het aantonen van wetenschap van de bestuurder zijn veelal financiële gegevens vereist waarover de bestuurder bij uitstek beschikt, althans behoort te beschikken. De bewijslast van de schuldeiser kan op verschillende manieren worden verlicht. Sinds *Romme/Bakker* (HR 10 juni 1994, *NJ* 1994/766) is duidelijk dat tot een omkering van de bewijslast kan worden gekomen indien sprake is van bijzondere omstandigheden. Ongeacht of de rechter al dan niet besluit tot een omkering: de wijze waarop en met name op grond van welke bijzondere omstandigheden de bewijslast wordt verdeeld tussen partijen, dient te worden gemotiveerd door de rechter. Niet alleen een omkering van de bewijslast kan uitkomst bieden, ook kan op grond van bijzondere omstandigheden een verzwaarde stelplicht op de bestuurder rusten (zie P. van Schilfgaarde hierover in zijn annotatie bij HR 20 november 1998, *NJ* 1999/684, *Wijsmuller*). In de te bespreken uitspraak volgt het hof de kantonrechter ten aanzien van het hanteren van verzwaarde stelplicht (r.o. 2.6). De uitspraak laat mijns inziens zien dat een verzwaarde stelplicht de facto een omkering van de bewijslast kan inhouden. De vraag is of er i.c. voldoende bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan een verzwaarde stelplicht is aangenomen.

De feiten

Appellant is enig bestuurder en tevens enig aandeelhouder ('DGA') van een BV ('de BV') waarin een internationaal transportbedrijf wordt gedreven. In 2001 heeft de BV een overeenkomst gesloten met DCB Energy BV ('DCB'). Op grond hiervan heeft DCB aan de BV tankpassen verstrekt, die de BV op haar beurt aan de chauffeurs heeft verstrekt. Facturatie door DCB aan de BV vond na het tanken plaats. Op 21 juni 2013 heeft de BV een eigen aangifte tot faillietverklaring gedaan en op 25 juni 2013 is de BV failliet verklaard. De facturen van DCB verzonden op 17 en 24 juni 2013 over de periode van 11 juni 2013 tot en met 21 juni 2013 zijn onbetaald gebleven. Uit het faillissementsverslag van 3 juli 2014 blijkt dat de vordering van de bank geheel is voldaan. Tot zekerheid van terugbetaling had de BV ten behoeve van de bank haar debiteuren en bedrijfsmiddelen verpand. Na voldoening van de bank resteerde een boedelvordering, een preferente vordering van de fiscus en 29 concurrent crediteuren (totaal bedrag aan concurrent crediteuren: € 347.044,85). Op 25 november 2014 is het faillissement geëindigd.

De overwegingen van het hof

DCB, een van de concurrent crediteuren, heeft een Beklamel-vordering ingesteld jegens appellant. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen (r.o. 2.3). Het hof overweegt onder meer: 'De kantonrechter heeft bij de beoordeling van het verweer van appellant tegen de stelling dat hij – kort gezegd – deze wetenschap had of behoorde te hebben, een verzwaarde stelplicht ten laste van appellant gehanteerd, zoals appellant terecht constateert in zijn memorie van grieven. Het hof volgt de kantonrechter daarin. *Er is sprake geweest van leveranties door DCB Energy in een periode waarin de BV zich in zwaar weer bevond (waarover hieronder meer); deze leveranties vonden plaats kort voor en zelfs op de dag waarop namens de BV het faillissement is aangevraagd, terwijl appellant de volledige zeggenschap had over de BV.* Onder deze omstandigheden moet van appellant verlangd worden dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter onderbouwing van zijn verweer dat hij – kort gezegd – de Beklamel-norm niet heeft overtreden. Voor de goede orde merkt het hof op dat dit niet betekent dat de bewijslast op appellant rust (vergelijk HR 10 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1393 *Romme/Bakker*).' [cursiveringing AK]

Het hof motiveert de verzwaarde stelplicht op grond van de volledige zeggenschap van de bestuurder en *bijkomende* omstandigheden dat de leveranties plaatsvonden terwijl de BV zich in zwaar weer bevond, kort voor en op de dag van de faillissementsaanvraag. Ik concentreer mij eerst op de bijkomende omstandigheden: (1) de BV bevond zich in zwaar weer en (2) leveranties waren kort voor en op de dag van de faillissementsaanvraag. Vervolgens ga ik in op de gepastheid van een verzwaarde stelplicht bij een Beklamel-vordering.

Ad (1) De BV verkeerde in zwaar weer

De BV had al enkele jaren last van onder druk staande tarieven. Er was sprake van teruglopende resultaten en er waren liquiditeitsproblemen. De betwisting van de DGA dat hij de Beklamel-norm heeft geschonden bestaat eruit dat de BV een groot aantal debiteuren had in de relevante periode en van debiteuren de toezegging had gekregen om uiterlijk voor of op 21 juni 2013 te

betalen. De vermogenspositie van de BV was goed, de liquiditeitspositie was grilloos. Concreter dan dit maakt de DGA het niet en dat is niet genoeg. Het hof overweegt: 'Al met al is, zo concludeert het hof, onduidelijk gebleven van welke debiteuren de BV welke betalingen verwachtte en welke versterking van de liquiditeitspositie aldus het vertrouwen rechtvaardigde dat de BV aan haar betalingsverplichtingen, onder anderen aan DCB Energy, zou kunnen voldoen. Appellant heeft evenzeer nagelaten te onderbouwen dat de vermogenspositie van de BV 'goed' was, zoals hij heeft gesteld.(...) *Het voorgaande* leidt ertoe dat het hof de stellingen van DCB Energy, waarin de persoonlijke ernstige verwijtbaarheid van appellant besloten ligt, in het licht van de verzwaarde stelplicht, als onvoldoende gemotiveerd betwist door appellant moet beoordelen.' [cursivering AK]

Het gegeven dat de BV geruime tijd in zwaar weer verkeerde, keert zich in wezen tegen appellant. Indien een vennootschap in zwaar weer verkeert, kan dit tot gevolg hebben dat (steeds) meer rekening gehouden dient te worden met de belangen van de crediteuren van de vennootschap. De invulling van het vennootschappelijk belang, het richtsnoer van de bestuurder, verschiet van kleur. Impliciet lijkt in de overwegingen van het hof besloten te liggen dat uit het onbetaald blijven van DCB blijkt dat de DGA zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van crediteuren en dat hem derhalve een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden.

De vraag die in dit verband gesteld dient te worden is of van de DGA als bestuurder met volledige zeggenschap van een geruime tijd in financieel zwaar weer verkerende BV meer wordt gevergd en hem daarom 'eerder' een persoonlijke ernstig verwijt treft (zie recent: Th. P.J. Hanssen, 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015-6, p. 186-198). De benadering van het hof lijkt dit laatste wel te suggereren. Het is interessant om het oordeel van het hof te vergelijken met dat van het Gerechtshof Amsterdam (Hof Amsterdam 3 juli 2012, *JOR* 2012/283 m.nt. S.M.C. van Thiel). In deze zaak was de rechtbank van een verzwaarde stelplicht uitgegaan en werd geoordeeld dat de bestuurder hieraan niet had voldaan. Het hof acht de grieven tegen het oordeel van de rechtbank gegrond en overweegt (r.o. 3.18 en 3.19): 'Hiervoor is al aangehaald dat de rechtbank heeft overwogen dat de jaarcijfers van Amstel weliswaar eind 2004 een zorgwekkende situatie laten zien, die in 2005 en 2006 verder is verslechterd, maar dat op zichzelf deze cijfers niet de conclusie rechtvaardigen dat de vereiste wetenschap aan de zijde van [appellant] aanwezig was. Het hof komt niet tot een ander oordeel dan de rechtbank. *De omstandigheid dat een vennootschap in zwaar weer verkeert, kan niet zonder meer de conclusie dragen dat degene die feitelijk de gang van zaken binnen de vennootschap bepaalde jegens haar schuldeisers onrechtmatig handelt door nieuwe verplichtingen namens de vennootschap aan te gaan.* Daaraan doet niet af dat naar bedrijfseconomische inzichten verdedigbaar is dat op het moment waarop een onderneming een negatief eigen vermogen en een ongezonde liquiditeitspositie heeft, de onderneming feitelijk op het randje van insolventie verkeert, zoals – naar het hof begrijpt – Wanders bij pleidooi in hoger beroep heeft willen benadrukken. *Het enkele ontbreken van een bepaalde (gezonde) liquiditeitspositie en/of een zeker eigen vermogen kan niet tot 'bestuurdersaansprakelijkheid' leiden.* Beslissend daarvoor zijn de bijzondere omstandigheden van het geval en niet de enkele (gangbare) bedrijfseconomische inzichten. Dat zou neerkomen op een miskennis van het uitzonderlijke karakter van de persoonlijke aansprakelijkheid van degene die de vennootschap heeft gebonden door verplichtingen namens haar aan te gaan.

De financiële toestand van Amstel was bij het aangaan van de verplichtingen met Wanders weliswaar zorgwekkend, maar de door Wanders aangevoerde omstandigheden, ook in onderlinge samenhang gezien, zijn geen (bijzondere) feiten en omstandigheden die in dit geval de gevolgtrekking kunnen rechtvaardigen dat [appellant] namens Amstel heeft gecontracteerd in de wetenschap, of terwijl hij redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ingevolge die tekortkoming te lijden schade.' [cursivering AK]

Uiteraard dient de uitspraak van het Hof Amsterdam te worden gelezen in het licht van de specifieke omstandigheden. Zo gold als uitgangspunt dat de kosten die de schuldeiser in rekening had gebracht in beginsel uit de opbrengst van de opdracht van een derde konden worden voldaan. Ook overwoog het Hof Amsterdam dat de voor de uitvoering van deze opdracht benodigde materialen bij de schuldeiser waren besteld. In de onderhavige zaak was hier geen duidelijkheid over. De DGA had hier gesteld dat hij toezeggingen van debiteuren tot voldoening van vorderingen had gekregen (r.o. 2.7). Tegelijkertijd is voorstelbaar dat – gezien de aard van de onderneming – de tankbeurten ten behoeve van door de vennootschap voor afnemers te verrichten diensten waren. Het is zeer wel mogelijk dat het voor de bestuurder een keuze betrof tussen niet tanken of het niet verrichten van diensten voor afnemers. Dat laatste zou waarschijnlijk in een schadevergoedingsvordering van de afnemers jegens de vennootschap hebben geresulteerd en daarmee het passief hebben vergroot. De bestuurder zal met andere woorden een afweging gemaakt moeten hebben tussen het al dan niet verrichten van de transporten en de hiermee gemoede kosten.

Ad (2) Kort voor en op dag faillissementsaanvraag

Dat de BV in zwaar weer verkeerde, is niet de enige omstandigheid. Ook het feit dat de leveranties kort voor en op de dag van de faillissementsaanvraag hebben plaatsgevonden is een *bijkomende* omstandigheid. Het lijkt erop dat de DGA slechts heeft beaamd en kon beamen dat er is getankt en dat hij, als enig aandeelhouder, op enig moment heeft besloten tot het indienen van een faillissementsaanvraag. Met name omdat de DGA de volledige zeggenschap heeft, wordt deze omstandigheid hem zwaar aangerekend lijkt het. Het hof besteedt hier verder geen overwegingen aan en dat maakt dat deze door het hof juist als bijkomend (!) gekwalificeerde omstandigheid lastig te begrijpen is. Geldt ook hier niet de al onder (1) aangestipte belangenafweging van de

bestuurder in het kader van de voortzetting van zijn bedrijf? (Zie ook hierover de van het besproken arrest gemaakte samenvatting INS-Updates.nl 2015-0013.) Bovendien is de vraag wat de bestuurder dan wel had moeten doen. Inherent aan het stoppen met de onderneming, op welk moment dan ook, is dat crediteuren mogelijkerwijs niet meer voldaan kunnen worden. Sterker nog, het stoppen met de onderneming en in het bijzonder de faillissementsaanvraag zal in de regel worden gedaan omdat schuldeisers niet meer volledig kunnen worden voldaan. Er zullen met andere woorden altijd facturen onbetaald blijven op welk moment een faillissementsaanvraag dan ook wordt gedaan.

De verzwaarde stelplicht

Hoewel op de bijkomende omstandigheden het een en ander is af te dingen, is voor het hanteren van een verzwaarde stelplicht wel wat te zeggen. Een Beklamel-vordering volgt veelal nadat een in zwaar weer verkerende vennootschap het toch niet heeft gered en failliet is verklaard. Interessant is dat deze omstandigheid de uitoefening van de bestuurstaak beïnvloedt en het vennootschappelijk belang van kleur laat verschieten (zie hierover recent: Th.P.J. Hanssen, 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015-6, p. 186-198). Een verzwaarde stelplicht past hierbij, zeker omdat de informatie die de rechter nodig heeft om het geschil goed te kunnen beoordelen zich in overwegende mate bevindt bij de bestuurder (M. Kremer, in: *SDU Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, aant. C4 bij art. 150 Rv. Zie specifiek over de eenpersoonsvennootschap: H.E. Boschma, *De Eenpersoons-BV* (diss. RUG), p. 145 en ook M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. RUG), p. 251-254). Een omkering van de bewijslast is hiervoor een te zwaar middel. Dat zou immers betekenen dat tot uitgangspunt wordt genomen dat een bestuurder van een vennootschap in zwaar weer in beginsel een persoonlijk ernstig verwijt treft.

Indien een Beklamel-vordering volgt, brengt het hanteren van de verzwaarde stelplicht mee dat de betreffende bestuurder achteraf verantwoording dient af te leggen over zijn handelen. Hiervoor is een strenge toets of er bijkomende omstandigheden zijn cruciaal, omdat de verzwaarde stelplicht anders in feite een omkering van de bewijslast inhoudt en de vraag gesteld kan worden of nog wel een hoge drempel voor aansprakelijkheid geldt als wenselijk geacht door de Hoge Raad in *RCI/Kastrop* (HR 5 september 2014, *NJ* 2015/22).