

dat, afgezien van die connotaties, de Hoge Raad zich ten principale uitspreekt over de eigen rechtssubjectiviteit van de personenvennootschap. Dat antwoord kan richting geven in kwesties als in de hierboven afgedrukte uitspraak.

6. Zie overigens over de afzonderlijke lotgevallen van de vorderingen van de crediteuren van een vof jegens de vof en jegens de vennoten HR 13 december 2002, «JOR» 2003/32 (*Bon Appetit*) en 15 maart 2013, «JOR» 2013/133 (*Advocatenmaatschap*) beide m.nt. Blanco Fernández.

J.M. Blanco Fernández,  
advocaat te Amsterdam

## 33

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp  
Leeuwarden  
4 december 2018, nr. 200.179.439/01,  
ECLI:NL:GHARL:2018:10525  
(mr. Janse, mr. Hofstee, mr. Smit)  
Noot mr. M. Mussche

**Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Beklame­norm. Wetenschap naar objectieve maatstaven. Verschil in kennis tussen bestuurder en wederpartij is bepalend bij beoordeling van onrechtmatigheid.**

[BW art. 2:11, 6:162]

*Appellanten baseren hun vordering op schending van de Beklame­norm. Zij hebben gesteld dat Oostland Projecten als bestuurder namens de vennootschap Oostland Grondposities de koopovereenkomst II en de projectovereenkomst is aangegaan terwijl zij wist c.q. redelijkerwijs had moeten weten dat DHL als financier haar toezeggingen niet gestand zou doen en dus dat Oostland Grondposities haar verplichtingen uit deze overeenkomsten niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de daaruit voortvloeiende schade. Het gaat daarbij om wetenschap aan de zijde van de bestuurder die moet worden beoordeeld naar objectieve maatstaven. Daarvoor is niet voldoende dat de bestuurder rekening diende te houden met de mogelijkheid dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, maar vereist*

*is dat de niet-nakoming redelijkerwijs was te verwachten (HR 26 juni 2009, «JOR» 2009/221, m.nt. Borrius, ECLI:NL:HR:2009:BI0468).*

*De door appellanten gestelde feiten en omstandigheden kunnen niet los worden gezien van het geheel, waaronder met name de eigen wetenschap aan de zijde van appellanten. Bij aansprakelijkheid op de Beklame­grond komt het aan op een verschil in kennis tussen de namens de vennootschap handelend bestuurder en de wederpartij. Indien de bestuurder beschikt over zodanige informatie dat hij weet of behoort te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de daaruit voortvloeiende schade, handelt hij onrechtmatig door zonder die informatie te delen namens de vennootschap de overeenkomst aan te gaan. Daardoor wordt immers ten onrechte de schijn van kredietwaardigheid van die vennootschap gewekt. Indien echter een (professioneel handelende) partij ongeveer net zoveel informatie heeft over de wijze waarop de vennootschap met wie zij handelt haar financiële verplichtingen uit de te sluiten overeenkomst van plan is te financieren als de bestuurder van die vennootschap, kan niet gezegd worden dat die bestuurder onrechtmatig handelt indien die informatie zodanig is dat redelijkerwijs te verwachten valt dat de financiering niet zal slagen en de bestuurder (toch) namens de vennootschap de overeenkomst sluit. In dat geval immers kan ook de wederpartij van de vennootschap (naar objectieve maatstaven te beoordeelen) dat verwachten. Van het wekken van schijn van kredietwaardigheid is dan geen sprake. Eigen schuld is dan niet aan de orde, de onrechtmatigheid ontbreekt. Pas indien de bestuurder over zoveel meer wezenlijke informatie beschikt dat hij wel en de wederpartij niet redelijkerwijs kan verwachten dat de financiering niet van de grond zal komen, handelt hij in beginsel onrechtmatig door de wederpartij die aanvullende informatie te onthouden en toch te contracteren. De conclusie is dat indien de informatie waarover Oostland Projecten beschikte met betrekking tot de (identiteit en achtergronden van de) financier en de wijze van de voorgenomen financiering al zodanig was dat zij wist of behoorde te weten dat DHL de financiering niet zou verstrekken, die informatie ook (naar objectieve maatstaven) bij appellanten bekend was. Op grond daarvan kan geen sprake zijn van aansprakelijkheid op de Beklame­grond.*

1. *Woongemeenschap van ouderen 'Perumahan' Holding BV* te Houten,  
 2. *De Toverberg BV* te Wezep,  
 appellanten,  
 gezamenlijk te noemen: Perumahan c.s.,  
 advocaat: mr. C. Geffroy,  
 tegen  
 1. [geïntimeerde sub 1],  
 2. *Anjo Beheer BV* te Mariënberg,  
 3. *B.M.O. Mariënberg BV* te Mariënberg,  
 geïntimeerden,  
 gezamenlijk te noemen: [geïntimeerden] c.s.,  
 advocaat: mr. E.A.M. Claassen.

(...; red.)

## 2. De vaststaande feiten

2.1. Als gesteld en niet weersproken staan tussen partijen vast de feiten zoals door de rechtbank weergegeven in rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.10 van het tussenvonnissen van 19 juni 2013. Die feiten, aangevuld met enkele in hoger beroep vastgestelde feiten, komen op het navolgende neer.  
 2.2. De Toverberg drijft een onderneming die zich bezighoudt met managementdiensten en (het begeleiden van) projectontwikkeling. Perumahan is een dochtervennootschap van De Toverberg. De bestuurder van genoemde vennootschappen, mevrouw [B] (hierna: [B]) had een zorgconcept ontwikkeld. Voor de uitvoering hiervan in het algemeen en voor de ontwikkeling van een aangekochte locatie in Nieuwegein in het bijzonder had [B] investeerders nodig.  
 2.3. Oostland Grondposities B.V. (hierna: Oostland Grondposities) was in 2010 een volledige dochter van Oostland Projecten B.V. (hierna: Oostland Projecten), die tevens de statutair bestuurder was. Uit de bij inleidende dagvaarding overgelegde en niet weersproken producties blijkt verder het volgende. Statutair bestuurders van Oostland Projecten waren (1) BMA Vastgoed B.V. (hierna: BMA) en (2) B.M.O. Mariënberg B.V. (geïntimeerde sub 3, hierna: B.M.O.). Zij waren ieder alleen/zelfstandig bevoegd. Bestuurder van B.M.O. was Anjo Beheer B.V. (geïntimeerde sub 2, hierna: Anjo Beheer) en bestuurder van Anjo Beheer was [geïntimeerde1] (geïntimeerde sub 1).  
 De andere "tak" verliep als volgt: bestuurder van BMA was BMA Holding B.V. Bestuurders van BMA Holding B.V. waren [C] Bergentheim

Holding B.V. (met als bestuurder [C]) en Probrink Beheer B.V. (met als bestuurder Provoorde Holding B.V., die als bestuurder had [D])

2.4. De Toverberg en Oostland Grondposities hebben op 2 april 2010 een overeenkomst gesloten, de zogenoemde "mantelovereenkomst". De overeenkomst voorziet er kort gezegd in dat partijen op projectbasis woonzorggebouwen voor senioren zullen ontwikkelen (op te verwerven onroerend goed), waarbij De Toverberg voor rekening van Oostland Grondposities de projectontwikkelingsfase uitvoert, Oostland Grondposities de bouw en realisatie voor haar rekening neemt, Oostland Grondposities de gebouwen in eigendom verwerft en verhuurt aan Zorggroep De Laren, die de zorg gaat verlenen op basis van het door [B] voor De Toverberg ontwikkelde zorgconcept.

2.5. Ter uitvoering van een project als bedoeld in de mantelovereenkomst zijn De Toverberg en Oostland Grondposities, ter zake van een project te Nieuwegein, eveneens op 2 april 2010 een nadere overeenkomst ("de projectovereenkomst") aangegaan. De Toverberg en Oostland Grondposities zijn hierbij overeengekomen dat een aantal onroerende zaken te Nieuwegein (verder: "de onroerende zaken") door tussenkomst van De Toverberg door Oostland Grondposities worden aangekocht van Perumahan voor een bedrag van € 3.100.000 kosten koper. In de projectovereenkomst is voorts, voor zover van belang, vermeld: "4. Kosten

4.1. Partij B [Oostland Grondposities hof] vergoedt aan partij A [De Toverberg – hof] de kosten van de reeds uitgevoerde werkzaamheden in de fase die aan de ondertekening van dit Project vooraf is gegaan voor een bedrag van € 442.227 alsmede een aanbrenghpremie van € 270.000.

4.2. Tevens vergoedt Partij B aan Perumahan Holding B.V. de kosten die in relatie staan tot de deelneming in de Izaak [F] C.V. die thans nog eigenaar is van het betreffende onroerend goed en die Perumahan Holding moet maken om het onroerend goed te kunnen verkrijgen, alsmede een vergoeding voor nog uitstaande verplichtingen in het kader van activiteiten van de Izaak [F] C.V.; alles bij elkaar een bedrag van € 430.000.

4.3. Voor de activiteiten van Partij A, die zij in het kader van de verdere ontwikkeling van het Project zal verrichten (Projectontwikkelingsfase), ontvangt zij een vergoeding van Partij B van € 262.108.

4.4. Daarnaast ontvangt Partij A van Partij B een vergoeding ineens voor het ter beschikking stellen van het zorgconcept ten bedrage van € 150.000.

4.5. Het betalingschema is als volgt:

- a. de betaling van de vergoedingen ex artikel 4.1. en 4.2 vinden plaats op 12 april 2010,
- b. de vergoeding ex artikel 4.4 wordt betaald maximaal twee weken na verlening van de bouwvergunning,
- c. de betalingen ex artikel 4.3 geschieden volgens onderstaand schema:

Eerste termijn van € 101.054,00 start ontwikkeling  
Tweede termijn van € 101.054,00 na verlenen vergunning

Derde termijn van € 30.000,00 start bouw

Vierde termijn van € 30.000,00 na oplevering bouw”

4.5. Alle bedragen hierboven in dit artikel 4 genoemd zijn exclusief BTW. Betaling van de bedragen ex artikel 4.5, sub c geschiedt binnen 30 dagen na ontvangst factuur.

De projectovereenkomst is door [B] namens De Toverberg getekend. Zij tekende ook “voor akkoord” voor Perumahan. [C] (hierna: [C]) heeft namens Oostland Grondposities getekend. “Voor akkoord” tekende voorts [E] (hierna: [E]), namens “D&H International Investment and Construction Co.” (hierna ook te noemen: DHI).

2.6. Vooruitlopende op de mantel- en projectovereenkomst heeft Oostland Grondposities bij overeenkomst van 8 maart 2010 (verder: “koopovereenkomst II) de onroerende zaken gekocht van Perumahan. Blijkens de koopovereenkomst dient Oostland Grondposities uiterlijk 15 maart 2010 een bankgarantie te stellen voor € 310.000,- (artikel 4.1) en is de levering voorzien op 12 april 2010 (artikel 3). Verder is bepaald dat bij – samengevat – wanprestatie de nalatige partij eenzelfde bedrag als boete is verschuldigd, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding en vergoeding van kosten van verhaal (artikel 10 lid 2). In artikel 19 (“Overige bepalingen”) is voorts het volgende overeengekomen:

“19.1 Koper heeft met ‘D&H International Investment and Construction Industrial Trade CO’ (adres: [...] Turkije) een samenwerkingsovereenkomst gesloten waarbij DHI voornamelijk optreedt als financier.

D&HI staat garant voor nakoming van de in de aanhef genoemde koopsom alsmede de in artikel 4 genoemde bankgarantie. Verkoper is van deze samenwerking op de hoogte.

19.2 Verkoper en koper hebben met betrekking tot het verkochte een projectovereenkomst getekend, welke overeenkomst onlosmakelijk is verbonden met deze overeenkomst, e.e.a. bij partijen genoegzaam bekend,

19.3 Verkoper heeft het verkochte aangekocht per 1 februari 2010. De voorwaarden en bepalingen van deze aankooptransactie zijn vastgelegd in een koopovereenkomst tussen verkoper en ‘[F] C.V.’, [...], welke op 20 februari 2010 is getekend.

Alle voorwaarden en bepalingen van voornoemde overeenkomst zijn van overeenkomstige toepassing op deze overeenkomst van koop en verkoop”. Koopovereenkomst II is door [B] en [C] namens respectievelijk Perumahan en Oostland Grondposities getekend. [E] heeft getekend “Ten blijke van goedkeuring van D&H International Investment en Construction Industrial Trade Co en garantstelling voor betaling/financiering van de koop en waarborgsom”.

2.7. Perumahan heeft de onroerende zaken gekocht van [F] C.V. (hierna: [F]), te weten bij overeenkomst die door haar is ondertekend op 4 maart 2010 en door [F] op 10 maart 2010 (verder: “koopovereenkomst I”). Genoemde partijen zijn geen financieringsvoorbehoud overeengekomen. In artikel 10 lid 2 is bepaald – samengevat – dat bij wanprestatie de nalatige partij aan de wederpartij een boete van € 310.000 is verschuldigd, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding en kosten van verhaal.

2.8. Voorafgaand aan de totstandkoming van koopovereenkomsten I en II, namelijk op 2 maart 2010 heeft [E] aan [B] een kopie van zijn e-mail aan [C] gezonden. Deze e-mail vermeldt voor zover van belang:

“Hoi Albert

Ik heb eens goed zitten kijken naar de tijdslijn die we volgens mij ‘echt’ nodig hebben om met de Toverberg/Zorggroep de Laren safe te zitten. En dat dan alles ook verwerkt kan worden met de koopovereenkomst. Zowel de koopovereenkomst van BMA naar [G]. Als de koopovereenkomst van [G] naar haar verkopende partij.

1. Waarborgsom storting of bankgarantie uiterlijk 15 maart 2010 stellen.

2. Afname/transport 12 april 2010 bij de notaris. Ik moet alles ongeveer twee weken doorschuiven omdat de financiering voor dit project niet is meegenomen in de begroting die is opgemaakt eind vorig jaar. Maar we hebben wel ruimte gemaakt voor de eerste afname in de samenwerking.

Ik heb de afgelopen periode zitten sleutelen aan de deal, en ik heb toestemming gekregen om een eerste financiering van ruim 75M op te nemen in onze begroting voor 2010 voor het ontwikkelen en bouwen van projecten tussen BMA en de Toverberg/Zorggroep de Laren. Dit kan en mag ik uitbreiden naar 300M voor de aankomende 3 tot 5 jaar.

Om te kunnen samenwerken met [G] hebben wij voor de eerste afname ruimte moeten creëren en dat is ook gelukt in de begroting. Zoals je weet zitten Dolf en Yilmaz nu de aankomende dagen tot zaterdag in Turkije om alles af te ronden.

Ik kan zoals het nu eruit ziet alles qua interne financiering naar BMA nakomen voor de aankomende periode. Maar dan heb ik wel de ruimte nodig om alles projecten per prioriteit te laten passeren. En de Toverberg/Zorggroep de Laren heeft ook een hoge prioriteit, maar is wel als laatste aan het lijstje bijgevoegd als project. En daarom hebben we ruimte kunnen creëren om tot een snelle afname te komen.

Daarom verzoek ik jou om de koopovereenkomst op te maken met de hierboven genoemde datums, en dan kan je wat mij betreft vandaag met [G] de overeenkomst tekenen. Ik kan mij niet voorstellen dat de uiteindelijke verkopende partij hier moeilijk over gaat doen. Uiteindelijk heeft [G] naar hun laten zien dat ze snel kunnen afnemen. En ik neem aan de ook de verkopende partij weet dat de financiële moeizaam is.

Ik hoop dat jullie met elkaar tot een overeenstemming kunnen komen, en wanneer we eerder kunnen afnemen, zullen we vanuit BMA dit ook zeker doen. Ik heb gewoon meer marge in de tijd nodig om alles goed te regelen voor BMA. Dus ook voor [G] en haar organisatie.”

2.9. DHI heeft direct noch indirect het project gefinancierd. Als gevolg daarvan heeft Oostland Grondposities – ook nadat haar een redelijke termijn voor nakoming was gesteld – haar verplichtingen uit de mantelovereenkomst, de projectovereenkomst en de koopovereenkomst II niet kunnen nakomen.

2.10. Als gevolg van de tekortkoming in koopovereenkomst II heeft Perumahan haar verplichtingen uit koopovereenkomst I jegens [F] niet kunnen nakomen en is zij in verzuim geraakt. [F] heeft koopovereenkomst I op 15 september 2010 ontbonden.

[F] maakt aanspraak op de verschuldigde boete van € 310.000,- en op aanvullende schadevergoeding, vermeerderd met rente en kosten.

2.11. Perumahan heeft bij brief van 16 september 2010 koopovereenkomst II ontbonden en aanspraak gemaakt op de contractuele boeten en overige kosten. De Toverberg heeft bij brief van 2 december 2010 de mantelovereenkomst en de projectovereenkomst ontbonden en aanspraak gemaakt op schadevergoeding.

### 3. De vordering en de beslissing in eerste aanleg

3.1. Perumahan c.s. hebben Oostland Grondposities en haar (middellijke) bestuurders, waaronder [geïntimeerden] c.s., en verder ook [E] gedagvaard en gevorderd, samengevat, de gedaagden hoofdelijk te veroordelen tot betaling:

– aan Perumahan van een bedrag van € 310.000,- vermeerderd met rente en kosten;

– aan De Toverberg een bedrag van € 1.318.437,80, vermeerderd met rente en kosten.

3.2. Aan die vorderingen hebben Perumahan c.s. ten grondslag gelegd dat Oostland Grondposities toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de projectovereenkomst en de koopovereenkomst II, zodat Oostland Grondposities de daardoor geleden schade dient te vergoeden. Uit dien hoofde hebben Perumahan c.s. jegens Oostland Grondposities aanspraak gemaakt op betaling van de onder 3.1 genoemde bedragen aan contractuele boete, respectievelijk schadevergoeding. Daarnaast hebben zij de (middellijk) bestuurders (hoofdelijk) voor genoemde bedragen aangesproken uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid wegens, kort gezegd, schending van de Beklamelnorm. Ten slotte, maar dat is voor het onderhavige hoger beroep niet van belang, hebben Perumahan c.s. [E] voor genoemde bedragen aangesproken.

3.3. [geïntimeerden] c.s. zijn aanvankelijk niet verschenen. De overige gedaagden hebben verweer gevoerd en een vordering in reconventie ingesteld (opheffing beslagen en verklaring voor recht dat gelegde beslagen onrechtmatig zijn).

3.4. De rechtbank heeft in haar vonnis van 19 juni 2013 geoordeeld dat Oostland Grondposities toerekenbaar is tekortgeschoten. Voorts heeft zij de verschenen (middellijk) bestuurders toegelaten tot tegenbewijs tegen een aantal door de rechtbank voorshands bewezen geachte feiten die naar haar oordeel de conclusie rechtvaardigen dat, kort gezegd, in strijd met de Beklamelnorm is gehandeld.

Vervolgens hebben getuigenverhoren plaatsgevonden. Ter rolle van 16 oktober 2013 hebben [geïntimeerden] c.s. het verstek gezuiverd. Bij rolbeslissing van 27 november 2013 heeft de rechtbank dat bevestigd en bepaald dat [geïntimeerden] c.s. tegelijk met een conclusie na enquête een conclusie van antwoord mogen nemen. Daarna zijn de getuigenverhoren hervat. Vervolgens zijn conclusies na enquête genomen en van de zijde van [geïntimeerden] c.s. tevens een conclusie van antwoord en (na de conclusie van enquête van Perumahan c.s.) een conclusie van dupliek. Bij eindvonnis van 5 augustus 2015, hersteld bij vonnis van 4 november 2015, heeft de rechtbank in conventie de vorderingen tegen [geïntimeerden] c.s. (en [E]) afgewezen en tegen de andere gedaagden gedeeltelijk toegewezen, en in reconventie de vorderingen afgewezen.

#### 4. De vordering in hoger beroep

4.1. Perumahan c.s. hebben hoger beroep ingesteld van het vonnis van 5 augustus 2015 voor zover gewezen tegen geïntimeerden (waarbij het hof het niet noemen van B.M.O. Mariënberg in de kop van de memorie van grieven als een kennelijke vergissing beschouwt). De procedure is (administratief) gevoegd geweest met het hoger beroep dat was ingesteld door een aantal van de andere gedaagden in conventie (bij het hof bekend onder 200.180.299/01). Deze procedure is doorgehaald en zal hierna worden aangeduid als “de doorgehaalde procedure”.

Perumahan c.s. hebben, onder vermeerdering van eis, gevorderd (samengevat) vernietiging van het vonnis van 5 augustus 2015, en veroordeling van [geïntimeerden] c.s. tot betaling van:

- aan Perumahan: € 1.037.368,- vermeerderd met rente en kosten;
- aan De Toverberg: € 1.318.437,80 vermeerderd met rente en kosten.

Tegen de eiswijziging als zodanig hebben [geïntimeerden] c.s. geen bezwaar aangevoerd. Het hof ziet ambtshalve geen reden om de eiswijziging in strijd te achten met de eisen van een goede procesorde. Het hof zal dan ook recht doen op de gewijzigde eis.

#### 5. De processtukken

5.1. [geïntimeerden] c.s. hebben bij memorie van antwoord enkele producties overgelegd. Perumahan c.s. hebben hierop nog niet gereageerd en waren daartoe ook niet verplicht. Om die reden

zal het hof vooralsnog niet in het nadeel van Perumahan c.s. met deze producties rekening houden. Mocht niet kunnen worden beslist zonder een reactie van Perumahan c.s. op deze producties, dan zal de zaak daartoe naar de rol worden verwezen.

#### 6. De beoordeling van de grief

##### Inleiding

6.1. Het gaat in dit hoger beroep om de vraag of Perumahan c.s. [geïntimeerden] c.s. met succes aansprakelijk kunnen houden voor de schade die zij stellen te hebben geleden door het feit dat Oostland Grondposities de projectovereenkomst en de koopovereenkomst II toerekenbaar niet is nagekomen. Zij gronden die aansprakelijkheid op hun stelling dat [geïntimeerden] c.s., evenals de overige (middellijke) bestuurders van Oostland Grondposities persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt doordat zij Oostland Grondposities koopovereenkomst II en de projectovereenkomst hebben laten aangaan terwijl zij wisten c.q. redelijkerwijs behoorden te begrijpen dat Oostland Grondposities haar verplichtingen uit deze overeenkomsten niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de daaruit voortvloeiende schade (schending van de zogenoemde Beklamelnorm).

6.2. [geïntimeerden] c.s. hebben de verweren van de andere (middellijke) bestuurders tot de hunne gemaakt: zij bestrijden dat Oostland Grondposities toerekenbaar is tekortgeschoten, zij betwisten dat de (middellijk) bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld, zij doen een beroep op eigen schuld van Perumahan c.s. en zij betwisten de schade(omvang). Daarnaast hebben [geïntimeerden] c.s. als “eigen” verweer aangevoerd dat hen persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt aangezien zij niet betrokken waren bij het aangaan van de gewraakte overeenkomsten en daar zelfs niet van op de hoogte waren.

6.3. De rechtbank heeft geoordeeld dat Oostland Grondposities toerekenbaar is tekortgeschoten en dat de bestuurders, met uitzondering van [geïntimeerden] c.s., aansprakelijk zijn voor de daaruit voortvloeiende schade, met echter een vermindering van 40% op grond van eigen schuld. [geïntimeerden] c.s. zijn volgens de rechtbank niet aansprakelijk, omdat hen persoonlijk geen ernstig verwijt valt te maken.

6.4. Perumahan c.s. hebben dat oordeel met hun enige *grief* bestreden.

6.5. [geïntimeerden] c.s. hebben in antwoord daarop hun verweer in eerste aanleg gehandhaafd. Daarnaast hebben [geïntimeerden] c.s. een aantal van de standpunten van de appellanten in de doorgehaalde procedure tot het hunne gemaakt, onder overlegging van de in die zaak genomen memorie van grieven. Perumahan c.s. hebben daar nog niet op kunnen reageren. Nu het hof (behoudens het hieronder in 6.7 te verwerpen verweer) echter niet toekomt aan nieuwe verweren die in de doorgehaalde zaak in hoger beroep zijn aangevoerd, is dat ook niet nodig.

#### *Devolutieve werking van het hoger beroep*

6.6. De devolutieve werking van het hoger beroep brengt mee dat het hof, indien de grief van Perumahan c.s. terecht zou zijn voorgedragen, alsnog dient te beoordelen of Oostland Grondposities toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomsten en of Oostland Projecten als bestuurder onrechtmatig jegens Perumahan c.s. heeft gehandeld. Het hof acht het doelmatig om, alvorens de grief te bespreken, eerst zijn oordeel over deze twee geschilpunten te geven, ook omdat zij logischerwijs voorafgaan aan de vraag naar de aansprakelijkheid van [geïntimeerden] c.s.

#### *Toerekenbare tekortkoming?*

6.7. Door de appellanten in de doorgehaalde zaak is in dat hoger beroep betoogd dat artikel 19 van koopovereenkomst II zo moet worden uitgelegd dat Oostland Grondposities alleen dan de gronden hoefde af te nemen indien de financiering door DHI werkelijk zou worden verstrekt. Nu dat niet is gebeurd, is geen sprake van een tekortkoming door Oostland Grondposities, althans is deze niet toerekenbaar.

Het hof overweegt dat in eerste aanleg de appellanten in de doorgehaalde zaak hebben erkend dat sprake is van een tekortkoming (conclusie van antwoord onder 16). Nu [geïntimeerden] c.s. de stellingen van bedoelde partijen in eerste aanleg hebben omarmd, geldt die erkenning mede als hun erkenning. Daarmee is sprake van een gerechtelijke erkenning (154 Rv) en een gedekt verweer (348 Rv), reden waarom dat verweer nu niet in hoger beroep kan worden gevoerd.

Het hof onderschrijft wat de rechtbank heeft overwogen inzake de toerekenbaarheid van de tekortkoming (vonnis 19 juni 2013 rov. 5.3.2). Voor zover [geïntimeerden] c.s. onder verwijzing

naar het standpunt van appellanten in de doorgehaalde zaak betogen dat partijen een andere risicoverdeling zijn overeengekomen, dragen zij van dat bevrijdend verweer de bewijslast (zie art. 6:75 BW en T.M. Parl. Gesch. 6, p. 264). Nu dat bewijs door [geïntimeerden] c.s. niet is aangeboden, gaat het hof aan dit verweer voorbij. Ook acht het hof onvoldoende onderbouwd dat de tekortkoming (in beide overeenkomsten) niet ernstig genoeg zou zijn om de ontbinding van die overeenkomsten te rechtvaardigen.

#### *Bestuurdersaansprakelijkheid, inleiding*

6.8. Het hof zal nu ingaan op de gestelde bestuurdersaansprakelijkheid. Hierbij zal het hof eerst aangeven wat het beoordelingskader is voor vorderingen met een grondslag als de onderhavige, daarna ingaan op enkele processuele implicaties en ten slotte ingaan op de vraag of en in hoeverre in de onderhavige zaak de vordering op de gestelde grondslag kan worden toegewezen.

#### *Beoordelingskader*

6.9. Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als zojuist bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Zie

HR 5 september 2014 («JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK; *red.*), ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015, 22, RCI Financial Services/K.

6.10. In geval van benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering kan volgens vaste rechtspraak (zie met name het arrest van de Hoge Raad d.d. 8 december 2006 («JOR» 2007/38, ECLI:NL:HR: 2006:AZ0758, NJ 2006, 659, Ontvanger/Roelofsen) 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 («JOR» 2000/56; *red.*), ECLI:NL:HR:2000:AA4873, NJ 2000, 295).

6.11. Voor de, in deze zaak relevante, onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat, kort gezegd, 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 verhaal 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 (de zogenoemde Beklamelnorm naar HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990, 286).

6.12. In de, hier niet relevante, onder (ii) bedoelde gevallen gaat het kort gezegd om frustratie van betaling en verhaal.

6.13. Het ligt daarbij bij zowel de hiervoor onder (i) als de onder (ii) bedoelde gevallen op de weg van de benadeelde crediteur om per aangesproken bestuurder te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat de betreffende bestuurder persoonlijk jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld.

6.14. In dit geval is het zo dat Oostland Projecten de statutair bestuurder was van Oostland Grondposities. [geïntimeerden] c.s. waren middellijke bestuurders, via de lijn als weergegeven in rov. 2.3. Art. 2:11 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Artikel 2:11 BW is van toepassing in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Daaronder valt ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is gebaseerd op art. 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid rust dan tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. Dit betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt echter wel dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.

Zie HR 17 februari 2017 («JOR» 2017/121, m.nt. Leijten (K/Le Roux Fruit Exporters; *red.*), ECLI:NL:HR:2017:275.

#### *Processuele implicaties*

6.15. Uit het voorgaande volgt dat het op de weg ligt van Perumahan c.s. feiten te stellen en bij betwisting te bewijzen waaruit kan volgen dat Oostland Projecten als statutair bestuurder jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld. Indien zij daarin slagen, dan zijn [geïntimeerden] c.s. hoofdelijk aansprakelijk voor de als gevolg van die onrechtmatige daad ontstane schade, tenzij [geïntimeerden] c.s. stellen en bij betwisting be-

wijzen dat hen persoonlijk geen ernstig verwijt valt te maken. Feit is dat in de onderhavige procedure in hoger beroep Oostland Projecten geen partij is. Noodzakelijk is dat niet omdat van een ondeelbare rechtsverhouding geen sprake is. Dat dit tot gevolg kan hebben dat het hof in de onderhavige zaak omtrent de aansprakelijkheid van Oostland Projecten tot een ander oordeel komt dan in de verhouding tussen Perumahan c.s. en Oostland Projecten is bepaald door het eindvonnis van de rechtbank in samenhang met de afspraken die ten grondslag liggen aan de doorhaling van het hoger beroep in de procedure tussen die partijen, maakt dat niet anders.

*Aansprakelijkheid van Oostland Projecten B.V.?*

6.16. Als gezegd gronden Perumahan c.s. de aansprakelijkheid van alle door hen aangesproken (middellijke) bestuurders op schending van de Beklamelnorm. Uit het voorgaande volgt dat die stelling aldus moet worden verstaan dat dit als ernstig te kwalificeren verwijt wordt gemaakt aan Oostland Projecten als statutair bestuurder en dat de aansprakelijkheid van de middellijke bestuurders, waaronder die van [geïntimeerden] c.s., op grond van artikel 2:11 BW daaruit voortvloeit. Bij de verdere weergave van de stellingen van Perumahan c.s. en van het oordeel van de rechtbank (die bedoeld onderscheid ook niet maakt) zal van die lezing worden uitgegaan.

6.17. Perumahan c.s. stellen dat gelet op een aantal, hierna te noemen, feiten en omstandigheden bij Oostland Projecten “ernstige twijfel bestond, althans behoorde te bestaan” of DHI de financiering wel zou (kunnen) verstrekken (conclusie d.d. 26 oktober 2011, onder 12). Naar het hof (mede uit hun overige stellingen) begrijpt, bedoelen zij te stellen dat Oostland Projecten de vennootschap (Oostland Grondposities) de koopovereenkomst II en de projectovereenkomst hebben laten aangaan terwijl zij wist c.q. redelijkerwijs had moeten weten dat DHI haar toezeggingen niet gestand zou doen en dus dat Oostland Grondposities haar verplichtingen uit deze overeenkomsten niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de daaruit voortvloeiende schade.

Het gaat daarbij om wetenschap aan de zijde van de bestuurder die moet worden beoordeeld naar objectieve maatstaven. Daarvoor is niet voldoende dat de bestuurder *rekening diende te houden met de mogelijkheid* dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, maar is ver-

eist dat de niet-nakoming redelijkerwijs was te verwachten (Hoge Raad 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0468, JOR 2009,221 (m.nt. Borrius; *red.*)).

De hiervoor bedoelde, door Perumahan c.s. aangevoerde, feiten en omstandigheden zijn, kort gezegd, de volgende factoren:

(i) dat DHI een “vage Turkse partij was” die in Nederland niet te goeder naam en faam bekend staat, (ii) dat de financier gesteund werd door de Turkse overheid zonder dat valt in te zien waarom de Turkse overheid een private partij zou financieren (iii) dat de financiering deel uitmaakte van een veel grotere financiering door DHI aan BMA, bestaande uit irreëel hoge bedragen, (iv) dat geen financieringsovereenkomst is aangegaan met DHI, (v) dat DHI geen due diligence onderzoek naar BMA heeft gedaan, geen antecedentenonderzoek heeft uitgevoerd naar de aan BMA verbonden natuurlijke personen, geen bestuurlijke invloed heeft opgeëist in BMA, geen zekerheden heeft bedongen en geen professionele begeleiding heeft ingeroepen ter zake van de financiering en (vi) dat de bestuurders van Oostland Grondposities voor het aangaan van de overeenkomsten berichten hebben ontvangen over mogelijke betalingsproblemen bij DHI.

6.18. De rechtbank heeft in haar tussenvonnis van 19 juni 2013 deze feiten en omstandigheden voorshands bezeugd geacht “gelet op hun onderbouwing”, behoudens tegenbewijs. Bedoelde feiten en omstandigheden rechtvaardigen volgens de rechtbank de conclusie dat Oostland Projecten wist of redelijkerwijs kon weten dat DHI haar toezeggingen niet gestand zou doen (rov. 5.5.7 vonnis 19 juni 2013), tenzij komt vast te staan dat, zoals door haar nog is gesteld, een betaling van 35 miljoen euro onderweg was, waaruit het project zou worden voldaan, en dit bedrag door de instrumenterende bank is geweigerd. De rechtbank heeft in haar eindvonnis geoordeeld dat het tegenbewijs niet is geleverd en dat Oostland Projecten dus een ernstig verwijt kan worden gemaakt (rov. 2.8 eindvonnis).

De rechtbank heeft naar aanleiding van het verweer van de (middellijke) bestuurders van Oostland Grondposities dat Perumahan c.s. net zoveel informatie had omtrent de beoogde financiering als Oostland Projecten overwogen (rov. 5.6.1 van het vonnis van 19 juni 2013) dat voor de beantwoording van de vraag of Oostland Projecten een ernstig verwijt kan worden gemaakt niet relevant



is over welke wetenschap Perumahan c.s. inzake de financiering beschikten bij het aangaan van de overeenkomst. Wetenschap aan de zijde van Perumahan c.s. kan volgens de rechtbank wel tot de conclusie leiden dat sprake is van eigen schuld aan de zijde van Perumahan c.s. De rechtbank heeft de (middellijke) bestuurders van Oostland Grondposities daarvan het bewijs opgedragen. In het eindvonnis heeft de rechtbank geoordeeld, samengevat, dat [B] goed geïnformeerd was over DHI en nauw betrokken is geweest bij de gesprekken over financiering door DHI. Zij was mogelijk minder goed geïnformeerd dan [C]/BMA (degene die feitelijk handelde voor Oostland Projecten, hof), maar toch voldoende om aan te nemen dat zij evenveel wist omtrent de financiering als [C]/BMA (rov. 2.34 vonnis van 5 augustus 2015.). De rechtbank concludeerde op grond hiervan tot aanwezigheid van 40% eigen schuld aan de zijde van Perumahan c.s. Daartoe overwoog de rechtbank dat de causale bijdrage aan de zijde van Perumahan c.s. van iets minder gewicht is dan die van Oostland Projecten omdat Oostland Projecten, anders dan Perumahan c.s., tevens wist dat DHI haar verplichtingen uit een eerdere leningsovereenkomst van 4,5 miljoen niet was nagekomen.

6.19. Naar het oordeel van het hof kunnen de hiervoor in rov. 6.17 met (i) tot en met (vi) aangeduide, door Perumahan c.s. gestelde feiten en omstandigheden niet los worden gezien van het geheel, waaronder met name de eigen wetenschap aan de zijde van Perumahan c.s. Bij aansprakelijkheid op de Beklamelgrond komt het aan op een verschil in kennis tussen de namens de vennootschap handelend bestuurder en de wederpartij. Indien de bestuurder beschikt over zodanige informatie dat hij weet of behoort te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de daaruit voortvloeiende schade, handelt hij onrechtmatig door zonder die informatie te delen namens de vennootschap de overeenkomst aan te gaan. Daardoor wordt immers ten onrechte de schijn van kredietwaardigheid van die vennootschap gewekt. Indien echter een (professioneel handelende) partij ongeveer net zoveel informatie heeft over de wijze waarop de vennootschap met wie zij handelt haar financiële verplichtingen uit de te sluiten overeenkomst van plan is te financieren als de bestuurder van die vennootschap, kan niet gezegd worden dat die bestuurder onrechtma-

tig handelt indien die informatie zodanig is dat redelijkerwijs te verwachten valt dat de financiering niet zal slagen en de bestuurder (toch) namens de vennootschap de overeenkomst sluit. In dat geval immers kan ook de wederpartij van de vennootschap (naar objectieve maatstaven te beoordelen) dat verwachten. Van het wekken van schijn van kredietwaardigheid is dan geen sprake. Eigen schuld is dan niet aan de orde, de onrechtmatigheid ontbreekt. Pas indien de bestuurder over zoveel meer wezenlijke informatie beschikt dat hij wel en de wederpartij niet redelijkerwijs kan verwachten dat de financiering niet van de grond zal komen, handelt hij in beginsel onrechtmatig door de wederpartij die aanvullende informatie te onthouden en toch te contracteren.

6.20. Uit de getuigenverklaringen blijkt naar het oordeel van het hof dat Perumahan c.s. in de kern ongeveer net zoveel relevante informatie hadden (of naar aanleiding van verstrekte gegevens en gebleken feiten bij redelijkerwijs van hen te vergen navraag hadden kunnen hebben) over de (identiteit en achtergronden van de) financier en de wijze van de voorgenomen financiering als Oostland Projecten. Met name was voor [B] duidelijk dat de financiering van de overeenkomsten niet uit eigen middelen van Oostland Grondposities diende te komen maar uit een door (bemiddeling van) een in Turkije gevestigde externe partij (DHI) te verschaffen krediet met behulp van gelden die moesten vrijkomen uit “trading”. Zij is als bestuurder van Perumahan c.s. aanwezig geweest bij meerdere gesprekken met de koper, waarbij in elk geval op 20 januari 2010 en enkele keren daarna (verklaring [B]) ook een vertegenwoordiger van DHI ([E]) aanwezig was en waarbij het (in elk geval op 20 januari 2010) ging om de (wijze van) financiering. Zij wist met name ook dat de te verstrekken gelden uit “trading” dienden te komen (zie haar eigen verklaring), wat door haar werd begrepen als “handelen met geld” en waarvan niet is gesteld of gebleken dat zij daar verder navraag naar heeft gedaan.

Het hof onderschrijft wat de rechtbank heeft overwogen in rechtsoverweging 2.34 van het eindvonnis op basis van de daaraan voorafgaande motivering (waarin [B] is aangeduid als [B]):

“Uit de verklaringen, mede in onderlinge samenhang gelezen, volgt dat [B] goed geïnformeerd was over DHI. Aangenomen kan worden dat [B] nauw betrokken is geweest bij de gesprekken over de financiering met [E]. Mogelijk minder goed

dan [C]/BMA, maar toch voldoende om aan te nemen dat zij evenveel wist omtrent de financiering als [C]/BMA. Het probleem lijkt echter veel meer te zijn dat noch [C] noch [B] erg kritisch zijn geweest in hun houding naar DHI. Mogelijk verblind door de enorme bedragen die DHI in het vooruitzicht stelde of de wens de projecten uit te voeren, hebben zowel [C]/BMA als [B] nagelaten gedegen onderzoek te doen en hebben zij gevaren op de informatie die [E] hun verstrekke. Daarbij kan [B] zich niet verschuilen achter de stelling dat DHI voor haar geen partij was en dus niet van belang. [B] wist immers dat BMA voor de financiering van de transactie afhankelijk was van DHI.”

Volgens de verklaring van [H], de bouwadviseur van Perumahan c.s., bestonden bij het aangaan van de overeenkomst bij beide partijen nog onduidelijkheden en onzekerheden over de financiering (zie zijn schriftelijke verklaring en zijn verklaring als getuige). [B] heeft als getuige weliswaar verklaard dat zij de e-mail van [E] d.d. 2 maart 2010 (zie rov. 2.8) zag als “groen licht” maar eerder (toen zij nog ontkende die e-mail destijds te hebben gezien) wierp zij Oostland Projecten juist tegen dat deze uit die e-mail had kunnen opmaken dat sprake was van de nodige reserves wat betreft de te verstrekken financiële middelen en had moeten concluderen dat sprake was van een wankel basis (akte overlegging producties 30 maart 2011 onder 13 en 14).

6.21. Het voorgaande brengt het hof tot de conclusie dat indien de informatie waarover Oostland Projecten beschikte met betrekking tot de (identiteit en achtergronden van de) financier en de wijze van de voorgenomen financiering al zodanig was dat zij wist of behoorde te weten dat DHI de financiering niet zou verstrekken, die informatie ook (naar objectieve maatstaven) bij Perumahan c.s. bekend was. Op grond daarvan kan geen sprake zijn van aansprakelijkheid op de Bekamelgrond. Voor zover Perumahan c.s. bedoeld hebben te stellen dat de hiervoor bedoelde – gedeelde – informatie nog onvoldoende was om redelijkerwijs te moeten verwachten dat de financiering niet door zou gaan maar dat Oostland Projecten over zodanige wezenlijke (want risico-verhogende) extra informatie beschikte dat (alleen zij en niet Perumahan c.s.) wist of behoorde te weten dat de financiering niet rond zou komen, overweegt het hof als volgt.

6.22. Het feit dat Oostland Projecten wist dat er geen op schrift gestelde financieringsovereenkomst bestond tussen DHI en Oostland Grondposities dan wel BMA kwalificeert niet als zodanige extra informatie. Het hof sluit zich wat dat betreft aan bij wat de rechtbank heeft overwogen in rov. 5.5.4 van het vonnis van 19 juni 2013:

“De rechtbank is van oordeel dat het al dan niet bestaan van een financieringsovereenkomst ten behoeve van Oostland Grondposities niet doorslaggevend is voor de vraag of betaling door Oostland Grondposities voldoende verzekerd was. Een voldoende concrete en betrouwbare – in de zin dat de (middellijk) bestuurders ervan uit mochten gaan dat deze toezegging gestand zou worden gedaan – toezegging dat financiering zal plaatsvinden is immers op zichzelf (ook) voldoende. Uit de afwezigheid van een (schriftelijke) financieringsovereenkomst kan dus niet worden afgeleid dat financiering niet ‘rond zou komen’. In dit verband is mede van belang dat gesteld noch gebleken is dat indien wél sprake zou zijn geweest van een financieringsovereenkomst, daaruit volgt dat Oostland Grondposities in dat geval wel voldoende verzekerd zou zijn geweest van financiering. Van een voldoende concrete toezegging is zeker sprake, gelet op de garantie die is gegeven in artikel 19.1 van koopovereenkomst II. Anders dan De Toverberg c.s. ingang wil doen vinden is het niet slechts Perumahan die een beroep kan doen op de garantie – hetgeen iets anders is dan het exclusief aan Perumahan toekomende recht om de garantie in te roepen. Indien er – in samenhang met de overige omstandigheden – immers geen reden was om aan de toekomstige gestanddoening van de garantie te twijfelen, mochten de (middellijk) bestuurders uitgaan van een voldoende verzekerde financiering en zijn zij hoe dan ook niet aansprakelijk. In die zin kan ook Oostland Grondposities c.s. een ‘beroep’ doen op deze bepaling.”

6.23. Ook het gegeven dat DHI geen of weinig onderzoek zou hebben gedaan naar BMA en geen zekerheden of zeggenschap zou hebben bedongen, wat door Oostland Projecten na getuigenverhoren overigens is betwist, levert naar het oordeel van het hof niet de extra kennis op als hiervoor bedoeld in rov. 6.21.

6.24. Hetzelfde geldt voor het niet doorgaan van een eerdere door DHI aan BMA te verstrekken lening van 4 of 4,5 miljoen euro. Door [C] is als getuige verklaard dat deze geldlening nog niet was

nagekomen omdat ook die gelden beschikbaar moesten komen uit 'trading', dat hij daarvan stukken had gezien en vertrouwen had in een goede afloop. [E] heeft verklaard dat aanvankelijk over een lening werd gesproken maar dat nadien werd overgestapt naar een mogelijke verdere samenwerking en mogelijke participatie. Het hof leidt daaruit af dat in hun beleving (waarvan niet is gebleken dat die objectief ongegrond was) geen sprake was van wanprestatie maar van een lening die nog niet afgewikkeld was en die misschien zou opgaan in een meer omvattende financiering of participatie. Tegen die achtergrond valt niet in te zien dat het niet doorgaan van de lening kwalificeert als extra informatie als bedoeld in rechtsoverweging 6.21.

6.25. Ook overigens hebben Perumahan c.s. onvoldoende gesteld om de conclusie te kunnen dragen dat Oostland Projecten beschikten over de extra informatie als bedoeld in rechtsoverweging 6.21.

6.26. Perumahan c.s. hebben in eerste aanleg nog een subsidiaire grondslag genoemd: de bestuurders hebben nagelaten rechtsmaatregelen tegen DHI te nemen (akte 30 maart 2011 onder 7, conclusie van repliek in conventie onder 12 en 32). Zij hebben die grondslag echter niet of nauwelijks feitelijk onderbouwd. Zij hebben geen feiten gesteld waaruit kan volgen dat en hoe Oostland Grondposities op korte termijn (Perumahan c.s. ontbonden op 16 september 2010 koopovereenkomst II) betaling door DHI had kunnen afdwingen en dat en waarom het onrechtmatig is geweest dat haar bestuurder dit heeft nagelaten. Daar komt bij dat Perumahan c.s. zelf stellen dat de garantstelling in artikel 19 van de koopovereenkomst ten behoeve van hen is afgegeven en Oostland Grondposities zich daar niet op kan beroepen (conclusie van dupliek in reconventie tevens akte houdende uitlating producties onder 8). Dat roept de vraag op waarom zijzelf niet DHI tot betaling hebben gedwongen als dat mogelijk was. Het hof gaat wegens onvoldoende onderbouwing aan deze grondslag voorbij.

#### Slotsom

6.27. Gelet op het voorgaande slaagt het door [geïntimeerden] c.s. omarmde verweer van de andere (middellijke) bestuurders in eerste aanleg dat Oostland Projecten niet onrechtmatig heeft gehandeld. Het gevolg daarvan is dat ook [geïntimeerden] c.s. niet via artikel 2:11 BW aansprake-

lijk zijn. Dit betekent dat de grief van Perumahan c.s. onbesproken kan blijven omdat deze uiteindelijk, op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep, geen doel kan treffen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd (onder verbetering van gronden), onder afwijzing van de vermeerderde eis. Perumahan c.s. zullen als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep (...; *red.*).

#### De beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep: bekrachtigt het vonnis van 5 augustus 2015 van de rechtbank Overijssel, locatie Zwolle, waarvan beroep; veroordeelt Perumahan c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*); verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad; wijst af het meer of anders gevorderde.

#### NOOT

1. *Inleiding.* Deze uitspraak bevat een voor de praktijk relevante uitleg van de Beklamelnorm. Het hof overweegt dat voor schending van de Beklamelnorm niet alleen de kennis van de handelende bestuurder bepalend is. Waar het op aankomt, is een verschil in kennis tussen de namens de vennootschap handelende bestuurder en de wederpartij van de vennootschap. Dit aspect van de Beklamelnorm komt niet expliciet tot uiting in de standaardarresten Beklamel (HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286) en Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38), maar is volledig in lijn met de ratio daarvan. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft dat in dit arrest op heldere wijze uiteengezet.

2. *Feiten.* Oostland Projecten BV en haar dochter Oostland Grondposities BV (gezamenlijk: Oostland) wilden investeren in een zorgconcept dat was ontwikkeld door De Toverberg BV en haar dochtervennootschap Perumahan (gezamenlijk: Perumahan c.s.). Oostland werd, via een aantal holdings, bestuurd door de zelfstandig bevoegde bestuurders C, D en E. Perumahan c.s. werd destijds bestuurd door B. In 2010 zijn Perumahan c.s. en Oostland overeenkomsten aangegaan op grond waarvan Oostland onroerende zaken zou verwerven van Perumahan c.s. Op grond van

die overeenkomsten was Oostland verplicht om gedurende de ontwikkeling van het project verschillende premies te betalen aan Perumahan c.s. Namens Perumahan c.s. zijn de overeenkomsten getekend door B en namens Oostland zijn de overeenkomsten getekend door (alleen) C. De overeenkomsten zijn ter goedkeuring en garantstelling ook getekend door DHI, de beoogde financier van Oostland.

3. *Het geschil.* De beoogde financiering van Oostland door DHI is uitgebleven. Daardoor kon Oostland haar verplichtingen jegens Perumahan c.s. niet nakomen. Perumahan c.s. heeft daarop schadevergoeding uit onrechtmatige daad gevorderd van de (indirecte) bestuurders van Oostland. Zij beriep zich op schending van de Beklamelnorm: bij het aangaan van de overeenkomsten zouden zij hebben geweten of redelijkerwijs hebben behoren te begrijpen dat Oostland die contractuele verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden, hetgeen een persoonlijk ernstig verwijt oplevert. De wetenschap van de bestuurders bleek volgens Perumahan c.s. onder andere uit het feit dat DHI een vage Turkse partij was die door de Turkse overheid werd gesteund, dat de financiering deel uitmaakte van een grotere financiering van irreële omvang, dat er geen schriftelijke financieringsovereenkomst met DHI was en dat de bestuurders van Oostland vóór het aangaan van de overeenkomsten al op de hoogte zouden zijn van betalingsproblemen bij DHI.

4. *Eerste aanleg.* De rechtbank achtte de onder 3 genoemde feiten voorshands bewezen en oordeelde dat de Beklamelnorm was geschonden. Oostland werd toegelaten tot het leveren van tegenbewijs dat, zoals zij had gesteld, DHI een betalingsopdracht van € 35 miljoen had gegeven waarmee het project zou worden gefinancierd, maar dat de betrokken bank deze betaling heeft geweigerd (zie r.o. 6.18 van het arrest). Deze tegenbewijsopdracht lijkt mij onjuist. Een betaling(sopdracht) van na de datum van contractsluiting is irrelevant voor de vraag of Oostland op het moment van contracteren Beklamelkennis had. Praktische gevolgen had een en ander overigens niet: de rechtbank oordeelde dat tegenbewijs niet was geleverd en dat de bestuurders van Oostland aansprakelijk waren. Wel hield de rechtbank rekening met het door hen gevoerde verweer dat Perumahan c.s. net zoveel informatie hadden over de beoogde financiering

door DHI als zij zelf. Op grond daarvan was de rechtbank van oordeel dat de schade voor 40% is veroorzaakt door omstandigheden die aan Perumahan c.s. zelf kunnen worden toegerekend. Eisers hadden volgens de rechtbank dus 40% eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW. 5. *Hoger beroep.* Anders dan de rechtbank plaatst het hof het verweer van Oostland niet in de sleutel van de causaliteit, maar van de onrechtmatigheid. Het hof overweegt dat de kennis die appellanten hadden over DHI niet los kan worden gezien van het door hen aan geïntimeerden gemaakte Beklamelverwijt. In r.o. 6.19 zet het hof op fraaie wijze de kern van Beklamelkennis uiteen: “Indien de bestuurder beschikt over zodanige informatie dat hij weet of behoort te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de daaruit voortvloeiende schade, handelt hij onrechtmatig door *zonder die informatie te delen* [curs. annotator] namens de vennootschap de overeenkomst aan te gaan. Daardoor wordt immers ten onrechte de schijn van kredietwaardigheid van die vennootschap gewekt.”

6. *Kennisverschil is cruciaal.* Met deze benadering slaat het hof de spijker op zijn kop. Beklamelaansprakelijkheid komt er in de kern op neer dat een potentiële contractspartij onwetend wordt gehouden over de kans dat jegens haar niet zal worden nagekomen. Als er geen sprake is van een kennisverschil, is het aangaan van de overeenkomst niet onrechtmatig, ook als nakoming uiterst onzeker is. De beoogde wederpartij kan dan haar eigen risico-inschatting maken en besluiten niet met de vennootschap in zee te gaan. Dit element van de Beklamelnorm komt onvoldoende tot uitdrukking in de meeste jurisprudentie. De standaardoverweging uit het arrest Ontvanger/Roelofsen knoopt slechts aan bij de kennis van de namens de vennootschap handelende bestuurder. Daarom is de door het hof gehanteerde toevoeging “zonder die informatie te delen” (gearsiveerd in nr. 7) wat mij betreft zeer welkom. Dat geeft een bestuurder in geval van “Beklameltwijfel” bovendien de mogelijkheid om in plaats van afzien van contractsluiting de potentiële contractspartij voor contractsluiting te informeren over het risico dat niet kan worden nagekomen (zie ook M. Mussche, ‘Het

informereren van crediteuren als verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid', *MvO* 2015, 1, p. 35-39).

7. *Eerdere jurisprudentie*. De benadering van het hof is niet volledig nieuw. Uit het arrest Verlinden/Amstelland (HR 5 november 1999, «JOR» 2000/10, r.o. 2.22) kan al worden opgemaakt dat er geen grond is voor Beklamelaansprakelijkheid als de eisende partij het risico op niet-nakoming zelf ook kende. De Rechtbank Midden-Nederland deed een paar jaar geleden een uitspraak in lijn met die gedachte (Rb. Midden-Nederland 23 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6918, r.o. 4.6). Er wordt echter ook wel eens voor een andere aanvliegroute gekozen. Het Hof Den Haag honoreerde in 2014 een dergelijk verweer omdat de Beklamelnorm niet zou strekken tot bescherming van de contractspartij die op de hoogte was van het risico op niet-nakoming (Hof Den Haag 26 maart 2013, zaak 200.058.403/01, kenbaar uit het arrest *Tulip Air*). Terecht heeft de Hoge Raad deze relativiteitsredenering niet in stand gelaten (zie HR 5 september 2014, «JOR» 2014/296, m.nt. Kroeze (*Tulip Air*), r.o. 3.6.3).

8. *Aanscherping van de Beklamelnorm*. Om onduidelijkheid in de kiem te smoren, is het wenselijk als de Hoge Raad bij gelegenheid de formulering van de Beklamelnorm aanscherpt naar het voorbeeld van het hof in deze zaak. De Beklamelnorm is pas geschonden als sprake is van een kennisverschil, dus als de bestuurder wél en de contractspartij geen objectieve wetenschap had van het risico op niet-nakoming. Als de contractspartij tot op zekere hoogte, maar niet volledig geïnformeerd was, kan de door de rechtbank gehanteerde benadering in beeld komen. De Beklamelnorm is dan geschonden, maar de schade kan mede zijn veroorzaakt door onvoorzichtigheid van de benadeelde partij zelf. In dat geval dient de rechter de schade te verdelen naar evenredigheid van ieders aandeel in het veroorzaken daarvan.

9. *Doorbraakbepaling art. 2:11 BW*. Als het hof had geoordeeld dat de Beklamelnorm wel was geschonden, waren geïntimeerden waarschijnlijk evenmin aansprakelijk bevonden. De appelprocedure richtte zich namelijk slechts tegen E en zijn holdings. De bestuurder die de overeenkomsten namens Oostland had getekend, C, was geen partij in hoger beroep. Uit het arrest blijkt niet van enig persoonlijk verwijt dat aan geïnti-

meerden kon worden gemaakt. Appellanten waren daarom afhankelijk van art. 2:11 BW voor het slagen van hun vordering. Op grond van die bepaling konden geïntimeerden aansprakelijk worden gehouden als bestuurders van Oostland. Zij zouden zich vervolgens individueel kunnen disculperen door te stellen en bewijzen dat hun geen persoonlijk ernstig verwijt treft van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd (zie het arrest *Le Roux Fruit Exporters*, HR 17 februari 2017, «JOR» 2017/121). Het hof had de zaak eenvoudig langs die weg kunnen afdoen: omdat het disculpatieverweer door geïntimeerden in ieder geval slaagt, hoeft de vraag of de Beklamelnorm is geschonden niet meer te worden beantwoord. Het is prijzenswaardig dat het hof niet voor deze *easy way out* heeft gekozen, maar een rechtsvormend oordeel heeft geveld.

M. Mussche,  
advocaat te Utrecht

## Bank- en effectenrecht

### 34

Hof van Justitie EU  
4 oktober 2018, nr. C-571/16,  
ECLI:EU:C:2018:807  
(Da Cruz Vilaça, Levits, Borg Barthet, Berger, Biltgen)  
Noot prof. mr. D. Busch en mr. S.A.M. Keunen

**Prejudiciële beslissing. Europees financieel toezicht. Beperking van aansprakelijkheid Bulgaarse financiële toezichthouder is in strijd met Unierecht. Toerekenbaarheid van onrechtmatige daad bij aansprakelijkheid lidstaat voor particuliere schade.**

[VEU art. 4 lid 3; Wft art. 1:25d]

*Art. 4 lid 3 VEU en de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid verzetten zich tegen een nationale regeling die het recht van particulieren om schadevergoeding te verkrijgen afhankelijk stelt van de aanvullende voorwaarde dat de betrokken nationale autoriteit de schade opzettelijk heeft veroorzaakt.*