Ondernemingsrecht

23

Hoge Raad
21 december 2018, nr. 18/00660
ECLI:NL:HR:2018:2388
ECLI:NL:PHR:2018:1321
(mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Snijders, mr. Polak, mr. Du Perron)
(concl. A-G mr. Valk)
Noot M. Poelsema

Aansprakelijkheid bestuurders. Onrechtmatige daad.

Contractenrecht. Koopovereenkomst paard. Vernietiging wegens dwaling. Persoonlijke aansprakelijkheid bestuurders verkopende vennootschap voor terug te betalen koopprijs; frustreren verhaal op vennootschap; HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (Ontvanger/Roelofsen). Aansprakelijkheid tussenpersoon; verzwijgen relevante informatie; causaal verband met schade.

[BW art. 6:98, 6:162, 6:228; RO art. 81]

Het onderdeel is in belangrijke mate gebaseerd op rechtsoverweging 3.5 van HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 inzake Ontvanger/[...]. Die overweging luidt:
''Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Het gaat in een geval als het onderhavige om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, nr. C98/208, NJ 2000/295).
Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen 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. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.
In de onderhavige zaak wordt – zoals hiervoor in 3.3 weergegeven – aan bestuurder verweten dat hij als bestuurder van de fiscale eenheid onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de Ontvanger doordat hij onbehoorlijk en in strijd met de terzake bestaande wettelijke verplichtingen heeft gehandeld door, naar de kern genomen, de fiscale eenheid niet of niet tijdig dan wel niet juist en volledig aangiften omzetbelasting te laten doen waardoor de Ontvanger is benadeeld. De Ontvanger heeft zich primair dus onmiskenbaar beroepen op de hiervoor onder (ii) bedoelde aansprakelijkheid.''
Geen van de klachten treft doel.
Dat het hof heeft aangenomen dat [B] inderdaad geen verhaal biedt, volgt uit rechtsoverweging 2.15. In de eerste zin van die overweging zegt het hof dat Melisa gemotiveerd heeft gesteld dat [eiser 2] [B] kennelijk in een positie heeft gebracht dat de vennootschap, anders dan op 26 oktober 2011, niet meer in staat was aan haar restitutieverplichting te voldoen. In het vervolg van de overweging oordeelt het hof dat [eiser 2] dit onvoldoende heeft bestreden, waarbij het hof onder verwijzing naar HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:ZC056415 (Van Waning/Van der Vliet) overweegt dat het op de weg van [eiser 2] lag om aannemelijk te maken dat geen sprake was van betalingsonwil bij hem als bestuurder. Dit werkt het hof vervolgens nader uit door te zeggen dat in het bijzonder van [eiser 2] verwacht had mogen worden dat hij nader zou hebben uitgelegd waaraan de koopsom voor [...] is besteed of welke ontwikkelingen in [B] ertoe hebben geleid dat de vennootschap op 26 november 2011 nog wel, maar nadien niet meer in staat was de koopsom, zelfs niet deels, te restitueren. Ook hierin ligt besloten dat het hof heeft aangenomen dat [B] geen verhaal biedt. De onder 3.14 sub 1 bedoelde klacht treft dus geen doel. Het oordeel van het hof is ook niet onvoldoende gemotiveerd.

1. [*eiser 1*], voorheen [eiser 1],
gevestigd te [vestigingsplaats],
2. [*eiser 2*],
wonende te [woonplaats],
3. [*eiseres 3*],
wonende te [woonplaats],
eisers tot cassatie,
advocaat: mr. J. den Hoed,
tegen
Melisa Internationales Reitzentrum Gmbh,
gevestigd te Mannheim, Duitsland,
verweerster in cassatie,
advocaten: mr. P.A. Fruytier en mr. J.F. de Groot.

Eisers zullen hierna gezamenlijk ook worden aangeduid als [eisers]. Verweerster zal hierna ook worden aangeduid als Melisa.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1. Inleiding en samenvatting
1.1. Deze zaak betreft het vervolg van een dispuut over de koop van een paard. De koopovereenkomst is vernietigd op grond van wederzijdse dwaling, maar de verkopende vennootschap retourneert de koopsom van € 320.000,= niet. Het hof heeft de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de vennootschap aangenomen op de grond dat zij het verhaal van de vordering van de koper op het vermogen van de vennootschap hebben gefrustreerd. Daarnaast heeft het hof de aansprakelijkheid van

een ruiter van het paard aangenomen op de grond dat deze de dierenarts die de aankoopkeuring heeft verricht, onvolledig heeft geïnformeerd.
1.2. Het eerste onderdeel betreft de aansprakelijkheid van de ruiter, het tweede dat van een van de bestuurders. Mijns inziens treft geen van de klachten van het middel doel.

2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:[1]
2.1.1. Melisa heeft bij overeenkomst van 9 mei 2011 (hierna: de koopovereenkomst) de merrie [...] (hierna: [...]) gekocht van [B] B.V. (hierna: [B]) voor € 320.000,=. [eiseres 3] heeft bemiddeld bij de koop op grond van een bemiddelingsopdracht. De koopovereenkomst houdt onder meer in dat de koper verklaart het paard te kopen met de bedoeling het als wedstrijdpaard in te zetten en dat de verkoper verklaart zich daarvan bewust te zijn.
2.1.2. Enig bestuurder van [B] is [A] B.V. (hierna: [A]),[2] die bij het aangaan van de koopovereenkomst met Melisa werd vertegenwoordigd door haar enig bestuurder [eiser 1], die op haar beurt werd vertegenwoordigd door [eiser 2], haar enig bestuurder.
2.1.3. [...] is voor de aankoop door Melisa vanaf veulen in eigendom geweest bij [B], [eiser 2] dan wel de dochter van [eiser 2]. Van juni 2010 tot mei 2011 is [...] op stal geweest bij [eiseres 3]. [eiseres 3] heeft met [...] wedstrijden gereden in juli (3), augustus (1), september (2), oktober (2) en november (1) 2010, alsmede in januari (2), februari (1) en april (2) 2011. Hij heeft geen wedstrijden gereden in december 2010 en maart 2011.
2.1.4. De FEI (Fédération Equestre Internationale) recognition card (paspoort voor wedstrijden) van [...] vermeldt bij 'Details of ownership': '[eiser 2] [adres]' en als datum '11.04.2006'.
2.1.5. [...] is voorafgaand aan de koop op 2 mei 2011 in opdracht van Melisa klinisch en röntgenologisch onderzocht door dierenarts [betrokkene 1]. Deze heeft positief geadviseerd over de aankoop.
2.1.6. Op 10 mei 2011 is [...] aan Melisa geleverd. Nadat [...] is getransporteerd naar Oostenrijk, met de bedoeling van Melisa haar daar tussen 12 en 15 mei 2011 aan een wedstrijd te laten deelnemen, vertoonde zij tekenen van kreupelheid. [...] is op 12 en 13 mei 2011 onderzocht door de aan de wedstrijd verbonden dierenarts [betrokkene 2]. ''The horse was brought to the clinic due to lameness and after the groom and the staff of Melisa (...) discovered a swelling on the left front leg of the horse. In trot [...] showed lameness on the left front leg (4/5).2.1.7. Naar aanleiding van de zwelling aan het linker voorbeen en tekenen van kreupelheid, is [...] op 24 mei, 2 juni en 11 juni 2011 opnieuw onderzocht door dierenarts [betrokkene 1]. Na op 24 mei en 2 juni geen afwijkingen te hebben geconstateerd, constateerde hij op 11 juni onderhuidse knobbeltjes.
2.1.8. [betrokkene 1] heeft [...] doorverwezen naar dierenkliniek De Bosdreef in België. In het verslag van het op 16 juni 2011 in die kliniek gehouden MRI-onderzoek is onder andere vernield: ''Firm swelling left front high in the pastern (...) After clipping and shaving there'2.1.9. [betrokkene 1] heeft het volgende in zijn rapport van 23 juni 2011 opgemerkt:
''Buigproef LV +, reeds pijnlijk bij passieve flexie
Thv achterzijde van linker voor kogel zijn binnen en buitenkant 2 kleine, harde knobbeltjes te voelen.
(...) Zeer verdacht voor neuroma vorming.
Als ik de grooms vraag sinds wanneer deze knobbeltjes er zijn, zeggen ze mij dat ze enkele dagen voordien opgemerkt hebben. Bij mijn vorige onderzoeken heb ik deze knobbeltjes ook nooit gevoeld.''

En
''* 02/05/11: Het paard [...] werd bij mij op de praktijk aangeboden voor aankooponderzoek in opdracht van Melisa Internationales, [betrokkene 3]. Ruiter [eiseres 3] was met [...] gekomen.
(...)
Opmerking:
Bij vraag aan de ruiter [eiseres 3] of [...] een geschiedenis heeft van medische problemen antwoord hij dat er eigenlijk geen medische problemen geweest zijn, zolang hij de merrie berijdt. [...] was enkel behandeld geweest in linker achter knie en in SI gewricht (rug).
(...)
* Besluit
[...] heeft links voor aan de achterzijde van de kogel aan de binnen- en buitenzijde een neuroma vorming thv digitale zenuwen. De kleine dwarse (horizontale) littekens in de huid thv de neuroma's, duiden op een chirurgische ingreep en dit om de zenuwen (nervus digitales palmares) door te snijden en dit om pijn in het onderste deel van het lidmaat weg te nemen.
Dit moet zeker enkele maanden voor aankoop (of aankoopkeuring was op 02/05/11) gebeurd zijn, want ik heb nooit enige recente huid incisies waargenomen (hechtingen, afgeschoren haar, ...)
Hiervan werd niet verteld tegen mij door [eiseres 3], toen ik vroeg naar de medische geschiedenis van [...] bij het aankooponderzoek.''
2.1.10. Dierenarts [betrokkene 4] gaat in een brief van 1 september 2009 aan de amazone van [...], mevrouw [betrokkene 3], in op een vijftal aan hem gestelde vragen. De brief heeft voor zover relevant de volgende inhoud:
''[vraag:] 1/ Is de neurectomie uitgevoerd minimaal 5 weken voor het onderzoek van 16 Juni.
[antwoord [betrokkene 4]:] Vanuit ons standpunt van 1 enkel onderzoek op 16 juni 2011 is het onmogelijk de neurectomie te antedateren. Echter volgende opmerkingen. De huidwonden waren volledig geheeld en vertoonden geen enkele tekenen van zwelling. Bovendien was de vacht volledig terug gegroeid. Dit volledige herstel duurt minimaal enkele weken (meer dan 4, vermoedelijk zelfs enkele maanden).
(...)
[vraag:] 3/ Wat is de normale herstelperiode van een neurectomie?
[antwoord [betrokkene 4]:] De normale herstelperiode voor chirurgisch uitgevoerde neurectomie's is 4 tot 6 weken. Daarna komt het paard terug in het werk en wordt de intensiteit progressief opgevoerd.
(...)
Conclusie
Er zijn voldoende aanwijzingen om te stellen dat het paard [...] een chirurgische neurectomie heeft ondergaan voor de aankoop. Paarden die een neurectomie ondergaan worden door de FEI niet toegelaten tot competitie. Dergelijke paarden kunnen dus niet als competitie-sportpaard aangeboden worden. Dat de littekens niet te detecteren waren op een klassiek keuringsonderzoek is normaal, aangezien scheren met een scheermesje nodig is om ze te kunnen opmerken.''
2.1.11. De brief van dierenarts [betrokkene 5] aan Wede & Wensing advocaten van 4 oktober 2011 houdt voor zover relevant het volgende in:
''2. Het veterinaire verslag van dierenkliniek Bosdreef toont onomstotelijk aan dat hier een neurectomie is uitgevoerd aan het linker voorbeen.
3. Het is gezien de mij ter beschikking staande gegevens niet met zekerheid vast te stellen wanneer deze neurectomie is uitgevoerd wat men wel kan stellen is dat er een bepaalde tijd voor

1 Vergelijk het arrest van het hof van 14 november 2017 onder 2.2.
2 In de feitelijke instanties procespartij.

staat om de wonden volledig te laten genezen en dat het haar ter plaatse weer volledig is aan gegroeid, deze tijd zal tussen de 4 en 6 weken bedragen.
4. In het kader van een veterinaire keuring dient er met scherpte te worden gekeken naar het mogelijk voorkomen van neurectomie littekens, het is dan ook enigszins verbazend dat deze bij de aankoopkeuring niet zijn opgemerkt en na enige tijd blijkbaar wel duidelijk aanwezig waren mede gezien de verklaring van de Bosdreef d.d. 16 juni 2011.
Een mogelijke verklaring zou kunnen zijn dat de littekens toen nog niet bestonden.''
2.1.12. In een brief van 7 oktober 2011 vermeldt Dr. vet. med. [betrokkene 6] met betrekking tot [...] (door haar aangeduid als [...]):
''The abovementioned mare was for training in the stable of Mr. [eiseres 3], Weert, from June 2010 until May 2011.''' 2.1.13. In verband met een door de rechtbank in het kader van een verzoekschriftprocedure gelast voorlopig deskundigenonderzoek, heeft prof. dr. A. Barneveld [...] klinisch onderzocht in aanwezigheid van de advocaten van partijen, mr. F.W.M. Groot en mr. S.A. Wensing. In zijn rapport van 20 november 2013 doet prof. Barneveld voor zover relevant als volgt verslag van zijn bevindingen:
''II. Ten aanzien van de geconstateerde littekens
[inleiding op de vragen]
Blijkens de verklaringen van de desbetreffende dierenartsen zijn noch bij de aankoopkeuring op 2 mei 2011, noch bij de levering van het paard op 10 mei 2011 of bij de verschillende kreupelheidsonderzoeken op 12 en 24 mei en 11 juni 2011 aan het linker voorbeen van het paard [...] littekens geconstateerd.
In het raam van het MRI-onderzoek op 16 juni 2011 werd de vacht ter plaatse geschoren met een scheermesje. Daarop werden toen horizontale littekens met zichtbare steekkanalen hechtdraad geconstateerd.
Vraag 4
Hoe aannemelijk is dat deze littekens door trauma zijn veroorzaakt?
[antwoord prof. Barneveld:] Gelet op het voorgaande over de exacte locatie van de verdikkingen t.h.v. de binnen en buiten zenuw, de presentatie van de littekens, de MRI beelden en het aanwezig zijn van neuromen kan ik mij niet voorstellen dat deze littekens door trauma zijn veroorzaakt.
Vraag 5
Wat is (eventueel gemiddeld) de herstelperiode van de huid na het uitvoeren van een neurectomie, dan wel, in algemene zin, een chirurgische ingreep, aan het linker voorbeen van een paard als [...]?
[antwoord prof. Barneveld:] Het is niet goed mogelijk om deze vraag exact te beantwoorden. Variatie wordt veroorzaakt op basis van de ingreep, de hechtmethode, het individu, de locatie en eventuele complicaties e.d. Ook het begrip herstelperiode is nogal vaag. Daarom kom ik tot de formulering dat de meer in het oog springende symptomen van de chirurgische ingreep na 4-6 weken verdwenen zullen zijn.
Vraag 6
Indien wegens het uitvoeren van een neurectomie, dan wel, in algemener zin, een chirurgische ingreep, aan het linker voorbeen van een paard als [...] de vacht ter plaatse wordt weggeschoren, hoeveel tijd is er (eventueel gemiddeld) gemoeid met het terug groeien van de vacht tot een lengte dat de scheerplek bij normale observatie niet meer zichtbaar is?
[antwoord prof. Barneveld:] Het is niet goed mogelijk deze vraag exact te beantwoorden. Variatie wordt veroorzaakt op basis van de methode van scheren (mes/tondeuse), in de weken daarvoor ook al geschoren, jaargetijde, medicatie, individu e.d. Daarom kom ik tot de formulering in algemene zin [dat] na 4-6 weken bij normale observatie een eerder scheren niet meer valt waar te nemen.
Vraag 7
Moeten de geconstateerde littekens ten tijde van de aankoopkeuring op 2 mei 2011 waarneembaar en/of voelbaar zijn geweest?
[antwoord prof. Barneveld:] Ik kan niet met 100% zekerheid verklaren dat ten tijde van de aankoopkeuring op 2 mei 2011 de geconstateerde littekens waarneembaar en/of voelbaar zijn geweest. Immers, de geconstateerde littekens zijn pas op 16 juni 2011 vastgesteld. In theorie (zie antwoorden op de vragen 5 en 6) zou het mogelijk zijn dat een neurectomie na 3 mei 2011 heeft plaatsgevonden.
Echter, dit is in tegenspraak met de veterinaire onderzoeken d.d. 12 en 24 mei 2011. Een reden dat het niet waargenomen zou kunnen zijn, kan voortkomen uit de ongebruikelijke plaats (hoog in de kootholte en dus ± 7 cm hoger) waar de neurectomie heeft plaatsgevonden. In mijn 38 jaar orthopedische ervaring heb ik dit slechts enkele keren gezien. (...) Het zou ook mogelijk kunnen zijn dat de neuromen op 2 mei 2011 nog wat kleiner en minder sensibel waren. Echter, bij het onderzoek in september 2013 waren de bevindingen van het klinisch onderzoek vergelijkbaar met het onderzoek in juni 2011 (...) Dit suggereert dat de bevindingen van juni 2011 reeds in een 'steady state' waren en daardoor ook al meerdere maanden oud zouden zijn. Eventueel zou het ook mogelijk zijn, dat het paard in mei 2011 onder invloed stond van medicatie die ontstekingremmend en/of verdovend op de verdikkingen inwerkt. (...) Overigens heb ik in het dossier hier geen enkele aanwijzing voor aangetroffen.
Concluderend ben ik van mening dat het opmerkelijk is dat de geconstateerde littekens niet waargenomen of gevoeld zijn. Het begrip/woord 'moeten' gaat mij te ver. De bijzondere locatie van de littekens en een andere omvang en gevoeligheid ten tijde van de aankoopkeuring en een eventuele medicatie zouden van invloed geweest kunnen zijn op de verdikkingen en daardoor op de diagnostische mogelijkheden.''
2.1.14. In een brief van 17 juni 2011 van de advocaat van Melisa aan [B], ter attentie van [eiser 2], is namens Melisa geklaagd omtrent de vastgestelde neurectomie, is de koopovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd dan wel ontbonden en is terugname van [...] tegen terugbetaling van de koopprijs verlangd. Melisa heeft vervolgens bij aangetekende brief van 1 augustus 2011 aan [B] verklaard de koopovereenkomst te ontbinden dan wel te vernietigen.
2.1.15. Op 26 augustus 2011 heeft Melisa ten laste van [B] conservatoir beslag doen leggen onder de Rabobank op de bankrekening van [B] waarop zij de koopsom voor [...] heeft voldaan. Ten tijde van het beslag stond op deze rekening een bedrag van € 3.178,40.
2.1.16. Bij vonnis in kort geding van 24 oktober 2011 (hierna: het kortgedingvonnis) heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam [B] als volgt veroordeeld:[3]
''gebiedt [B] om, binnen 48 uur na betekening van dit vonnis, [...] bij Melisa af te halen en weer in bezit te nemen, op straffe van een dwangsom van € 2.500,= per dag of gedeelte daarvan dat [B] daarmee in gebreke blijft, met een maximum van € 200.000,=;
gebiedt [B] om binnen 48 uur na betekening van dit vonnis over te gaan tot restitutie van de koopsom ad € 320.000,= met dien

3 Vergelijk productie 1, 1.6 bij dagvaarding in eerste aanleg.

verstande dat Melisa eerst genoegzame zekerheid (...) tot een bedrag van € 200.000,= dient te stellen;
veroordeelt [B] in de kosten van dit kort geding, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Melisa bepaald op € 3.628,01 aan verschotten en op € 816,= aan salaris voor de advocaat;
verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
wijst af het meer of anders gevorderde.''
Blijkens de overwegingen van het vonnis diende de bankgarantie te gelden totdat in de hoofdzaak een executabel vonnis is gewezen.
2.1.17. [B] heeft [...] opgehaald bij Melisa en weer in bezit genomen. De koopprijs is niet terugbetaald. [B] heeft bij exploten van 21 november 2011 en 23 januari 2012 hoger beroep ingesteld tegen het kortgedingvonnis.
2.1.18. In een brief van 26 oktober 2011 heeft de advocaat van [B], mr. S.A. Wensing, aan de advocaat van Melisa geschreven:
''De proceskostenveroordeling zal worden overgemaakt. Cliënte zal het paard morgen dan wel overmorgen laten ophalen. Graag verneem ik van u omgaand waar het paard zich bevindt en bij wie de vervoerder van cliënte zich kan melden. Na het verkrijgen van de bankgarantie zal cliënte de koopsom aan uw cliënt voldoen. Cliënte behoudt zich ter zake van het instellen van het hoger beroep alsmede het entameren van een bodemprocedure nog alle rechten voor.
Mag ik omgaand van u vernemen.''
2.1.19. Op 13 december 2011 heeft de deurwaarder aan [B] een bankgarantie van 8 december 2011 betekend. In de bankgarantie is zekerheid gesteld voor een bedrag van € 200.000,=. De bankgarantie is afgegeven door de Rabobank. [B] heeft de rechtsgeldigheid van de betekening betwist omdat deze niet 'in persoon' had plaatsgevonden. Daarnaast heeft [B] zich op het standpunt gesteld dat de termijn van 48 uur na betekening van het kortgedingvonnis was verstreken en dat de in de bankgarantie genoemde datum van 18 november 2011, waarvoor Melisa een bodemprocedure aanhangig had moeten maken, niet in acht is genomen. Op een nieuwe conceptbankgarantie heeft [B] niet gereageerd. [B] heeft zich op het standpunt gesteld dat de nieuwe bankgarantie te laat was voorgesteld om alsnog bedoelde zekerheid te stellen.
2.1.20. Melisa heeft op grond van het kortgedingvonnis op 7 februari 2012 executoriaal beslag gelegd onder Rabobank Roosendaal-Woensdrecht. Deze heeft verklaard dat er geen rechtsverhouding meer bestaat tussen haar en [B].
2.1.21. [B] heeft bij brief van haar raadsman van 17 juli 2012 verklaard dat zij niet in staat is de koopsom te restitueren omdat er nagenoeg geen activa meer zijn in de onderneming.
2.1.22. In verband met de aansprakelijkstelling van de bestuurder heeft Melisa beslag laten leggen op de bezittingen van de bestuurder. Dit beslag is opgeheven. Een bedrag van ruim € 400.000,= is op de derdengeldenrekening van de advocaat van Melisa gestort.
2.2. Melisa heeft in eerste aanleg [B], [A] en [eisers] gedagvaard. Melisa heeft, kort samengevat, gevorderd: (i) een verklaring voor recht dat zij de koopovereenkomst rechtsgeldig heeft vernietigd althans ontbonden, (ii) hoofdelijke veroordeling van [B], [A] en [eisers] tot betaling van € 320.000,=, (iii) hoofdelijke veroordeling van [B], [A] en [eisers] tot betaling van € 36.212,54 (schadevergoeding voor betaalde commissiegelden en kosten voor stalling, behandeling en grooms), (iv) alles met rente en proceskosten.
2.3. Melisa heeft aan haar vordering ten opzichte van de (indirect) bestuurder(s) van [B] ten grondslag gelegd dat zij de koopovereenkomst zijn aangegaan terwijl zij wisten of redelijkerwijs behoorden te begrijpen dat [B] deze niet (tijdig) zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Melisa ten gevolge van de wanprestatie heeft geleden. Daarnaast heeft zij aan haar vordering ten grondslag gelegd dat de (indirect) bestuurder(s) hebben bewerkstelligd dat [B] de als gevolg van de vernietiging uit de wet voortvloeiende verplichting om de koopsom terug te betalen niet is nagekomen en ook niet zal kunnen nakomen. Aan haar vordering ten opzichte van [eiseres 3] heeft Melisa ten grondslag gelegd dat [eiseres 3] onrechtmatig heeft gehandeld nu hij door het consulteren van veearts [betrokkene 6] wist van mankementen aan de linker voorvoet van [...] en hierover heeft gezwegen tegenover Melisa en [betrokkene 1]. Dit terwijl onaannemelijk is dat de tekenen van kreupelheid die [...] op 11 mei 2011 vertoonde door [eiseres 3] voor de levering op 10 mei 2011 niet zouden zijn waargenomen of bij normale oplettendheid niet hadden kunnen worden waargenomen.
2.4. De rechtbank heeft bij vonnis van 10 juni 2015 voor recht verklaard dat Melisa de koopovereenkomst rechtsgeldig heeft vernietigd en [B] veroordeeld tot betaling van de bedragen € 320.000,= en € 36.212,54 plus wettelijke handelsrente en de proceskosten. De rechtbank heeft de overige vorderingen van Melisa afgewezen. Ten aanzien van de bestuurder van [B] heeft de rechtbank in dat verband overwogen dat voor (bestuurders-) aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is vereist dat de bestuurder voorafgaand aan het sluiten van de koopovereenkomst wist dat de neurectomie bij [...] is uitgevoerd. Alleen in die situatie zou aan de bestuurder een voldoende ernstig verwijt kunnen worden gemaakt als vereist voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid. Ten aanzien van [eiseres 3] heeft de rechtbank overwogen dat Melisa onvoldoende heeft onderbouwd dat [eiseres 3] wist van de neurectomie en evenmin heeft gesteld dat [eiseres 3] voor de verkoop van [...] kreupelheid heeft geconstateerd en die niet aan Melisa of [betrokkene 1] heeft gemeld.
2.5. Bij exploot van 10 september 2015 is Melisa in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank. In hoger beroep was nog uitsluitend de verhouding tussen Melisa enerzijds en [A] en [eisers] anderzijds aan de orde.
2.6. In hoger beroep heeft Melisa haar vordering gewijzigd.[4] Naast de reeds in eerste aanleg gevorderde hoofdelijke veroordeling van [A] en [eisers] vorderde Melisa in hoger beroep ten aanzien van de (indirect) bestuurder(s):
1. primair: een verklaring voor recht dat zij onrechtmatig jegens Melisa hebben gehandeld, nu zij bij het aangaan van de koopovereenkomst met betrekking tot het paard [...] wisten of behoorden te weten dat het paard was geneurectomeerd;
2. subsidiair: een verklaring voor recht dat zij ten opzichte van Melisa onrechtmatig hebben gehandeld omdat (i) zij, in het geval dat [B] nog over vermogen beschikt om haar verplichtingen uit het vonnis van 10 juni 2015 na te komen, nalaten dit vermogen daartoe aan te wenden ofwel (ii) zij als (indirect) bestuurder(s) vermogen aan [B] hebben onttrokken en aldus hebben bewerkstelligd dat dit vermogen niet meer voor verhaal door Melisa ter beschikking staat, in beide gevallen terwijl zij wisten of behoorden te weten dat dit tot gevolg zou hebben dat [B] haar verplichtingen niet zou nakomen en haar vermogen daarvoor ook geen verhaal zou bieden.
Ten aanzien van [eiseres 3] vorderde Melisa in hoger beroep:
3. een verklaring voor recht dat hij jegens Melisa onrechtmatig heeft gehandeld door tijdens de aankoopkeuring van [...] te verzwijgen dat het paard was geneurectomeerd, dan wel door daarbij aan de dierenarts over de veterinaire historie van het paard onjuiste en/of onvolledige informatie te verschaffen.

4 Vergelijk het arrest van 14 november 2017 onder 2.4.

2.7. Bij arrest van 14 november 2017 heeft het hof onder meer als volgt geoordeeld:
a. De bestuurder van een rechtspersoon kan, indien de vordering van een schuldeiser van de rechtspersoon onbetaald blijft en onverhaalbaar is, onder bijzondere omstandigheden jegens die schuldeiser wegens onzorgvuldig handelen tot schadevergoeding gehouden zijn. Dat zal zich – voor zover hier van belang – kunnen voordoen (i) als de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden en (ii) als de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar betalingsverplichting niet nakomt (frustratie van verhaal). In een dergelijk geval is vereist dat de bestuurder persoonlijk een (voldoende) ernstig verwijt kan worden gemaakt (onder 2.7).[5]
b. Om frustratie van verhaal te kunnen aannemen behoeft niet aan de voorwaarde te zijn voldaan dat de bestuurder, toen de rechtspersoon door het aangaan van een overeenkomst een verplichting op zich nam, wist dat de vennootschap haar verplichtingen uit die overeenkomst niet zou kunnen nakomen (onder 2.11).
c. [eiser 2] heeft onrechtmatig jegens Melisa gehandeld door verhaal van haar vordering te frustreren. [eiser 2] valt in dit verband een ernstig verwijt te maken. Dit gedrag moet worden toegerekend aan [eiser 1] en [de bestuurder]. Reeds bij brief van 17 juli 2011 (die ter attentie van [eiser 2] is gestuurd) heeft Melisa duidelijk gemaakt dat (en waarom) zij de koop van [...] wilde terugdraaien, dat zij terugname van [...] door [B] verlangde en op restitutie van de koopsom stond. [eiser 2] en daarmee ook [eiser 1] en [de bestuurder] moesten dan ook vanaf de brief van 17 juli 2011 ernstig rekening houden met het bestaan van een verplichting van [B] tot terugbetaling van de koopsom. Vanaf dat moment moest [B] – en haar (indirect) bestuurder(s) – erop toezien dat [B] haar verplichting tot restitutie zoveel mogelijk zou kunnen nakomen (onder 2.12).
d. [B] heeft ook in deze bodemprocedure gesuggereerd dat zij op 26 oktober 2011[6] had kunnen betalen (onder 2.13). [B] heeft vervolgens eisen gesteld aan de door Melisa te verstrekken zekerheid die niet zijn terug te voeren op het dictum van het vonnis van de voorzieningenrechter van 24 oktober 2011. Uiteindelijk heeft de raadsman van [B] (eerst) bij brief van 17 juli 2012 verklaard dat [B] ''thans'' over nagenoeg geen activa meer beschikte (onder 2.14).
e. Melisa heeft aangevoerd dat [eiser 2] [B] kennelijk in een positie heeft gebracht dat de vennootschap, anders dan op 26 oktober 2011, niet meer in staat was aan haar restitutieverplichting te voldoen. De stellingen die [eiser 2] hiertegen heeft ingebracht vormen geen toereikende weerlegging van de stellingen van Melisa. In een geval als dit, waarin [eiser 2] (indirect) de volledige zeggenschap heeft in [B], lag het op zijn weg aannemelijk te maken dat [B] werkelijk in betalingsonmacht verkeerde, en er dus geen sprake was van betalingsonwil bij de bestuurder.[7] Nu [eiser 2] dit heeft nagelaten, gaat het hof aan zijn verweer voorbij. Vast staat daarmee dat sprake is van betalingsonwil en van onrechtmatig handelen van [eiser 2], welk onrechtmatig handelen moet worden toegerekend aan [eiser 1] en [A] (onder 2.15).
f. Wat [eiseres 3] betreft heeft te gelden dat uit de verklaring van [betrokkene 6] blijkt dat [...], terwijl zij in de stal van [eiseres 3] verbleef in de periode van juni 2010 tot mei 2011, is behandeld aan het ''left front fetlock joint'' in verband met positieve flexion testen in 2010 en 2011 (onder 2.17). [A] en [eisers] hebben niet weersproken dat [eiseres 3] hiermee bekend was. Het door Melisa gestelde verband tussen deze behandelingen en (mogelijke) kreupelheid is door [eiseres 3] onvoldoende gemotiveerd betwist. [A] en [eisers] hebben bovendien niet weersproken dat informatie over de behandelingen voor Melisa relevant was in het kader van de aankoopkeuring (onder 2.18).
g. [eiseres 3] heeft onrechtmatig gehandeld jegens Melisa. Het hof gaat er daarbij van uit dat het gebrek aan [...] aan het licht zou zijn gekomen indien [betrokkene 1] volledig zou zijn geïnformeerd, nu [eiseres 3] de stellingen van Melisa op dit punt niet, althans onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. De schade is, in dit geval, het bedrag dat resulteert als de hele transactie wordt weggedacht. Allereerst is dat de schade die het gevolg is van de omstandigheid dat [...] niet beantwoordde aan de overeenkomst. Daarnaast bestaat de schade uit de kosten die zij heeft moeten maken aan [...] na de koop; deze kosten zou zij immers niet gemaakt hebben als de koop wordt weggedacht (onder 2.17[8]).
2.8. Bij procesinleiding gedateerd 14 februari 2018 hebben [eisers][9] – tijdig – cassatie ingesteld tegen het arrest van het hof. Melisa heeft een verweerschrift ingediend. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten, waarna [eisers] van repliek hebben gediend. Melisa heeft afgezien van dupliek.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het middel bestaat uit twee onderdelen. Het *eerste onderdeel* valt uiteen in drie subonderdelen, in de procesinleiding aangeduid als 'klacht Ia', 'klacht Ib' en 'klacht Ic', en richt zich tegen (de tweede)[10] rechtsoverwegingen 2.17 en 2.18, waar het hof [eiseres 3] uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk houdt voor de schade van Melisa. Deze overwegingen luiden als volgt: ''2.17. [eiseres 3] heeft gezien het vorenoverwogene onrechtmatig gehandeld jegens Melisa. Aannemelijk is dat Melisa daardoor schade heeft geleden. Het hof gaat er daarbij vanuit dat het gebrek aan [...] aan het licht zou zijn gekomen indien [betrokkene 1] volledig zou zijn geïnformeerd, nu [eiseres 3] de stellingen van Melisa op dit punt niet, althans onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. De schade is, in dit geval, het bedrag dat resulteert als de hele transactie wordt weggedacht. Allereerst is dat de schade die het gevolg is van de omstandigheid dat [...] niet beantwoordde aan de overeenkomst. De schade voor Melisa is de koopprijs van het – inmiddels teruggeleverde – paard, waarvoor zij € 320.000,= heeft betaald. Weliswaar heeft Melisa tot dat bedrag een vordering op [B], maar duidelijk is dat [B] voor die vordering geen verhaal biedt. Daarnaast bestaat de schade uit de kosten die zij heeft moeten maken aan [...] na de koop; deze kosten zou zij immers niet gemaakt hebben als de koop wordt weggedacht. Melisa heeft deze kosten gespecificeerd in productie 1.2.11 bij dagvaarding. Geïntimeerden hebben deze schade voor wat [eiseres 3] betreft niet voldoende gemotiveerd betwist. Het verweer bij conclusie van antwoord onder 77 dat de vordering van Melisa niet onderbouwd is en evenmin deugdelijk gespecificeerd ontbeert, gelet op de specificatie van Melisa, iedere grond. Dat niet valt in te zien dat com-

5 Het hof verwijst naar HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamel) en HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/[...]).
6 Vergelijk onder 2.1.18 hiervoor.
7 Het hof verwijst naar HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564, NJ 1992/411 m.nt. J.M.M. Maeijer (Van Waning/Van der Vliet).
8 Na rechtsoverwegingen 2.17 en 2.18 op pagina 10 van het arrest, nummert het hof op pagina's 10 (slot) en 11 opnieuw twee rechtsoverwegingen als 2.17 en 2.18. Hier wordt de tweede rechtsoverweging 2.17 op pagina 10 en 11 van het arrest bedoeld.
9 [A] is in cassatie geen procespartij meer.
10 Vergelijk voetnoot 8 hiervoor.

missiekosten geïntimeerden, wederom voor wat [eiseres 3] betreft, kunnen worden aangerekend omdat causaal verband en relativiteit ontbreken is zonder nadere toelichting, die ontbreekt, te vaag.
De schade moet derhalve worden gewaardeerd op € 320.000,= + € 36.212,54. Grief 5 slaagt.
2.18. Melisa vordert hoofdelijke veroordeling van geïntimeerden met betrekking tot de volledige schade. De gevorderde hoofdelijke veroordeling wordt niet betwist en is daarmee toewijsbaar voor zover de veroordeling ziet op het schadebedrag van € 320.000,= en de proceskosten. Voor hoofdelijke veroordeling van de bestuurder tot betaling van € 36.212,54 bestaat geen grond. In zoverre zal de vordering worden afgewezen. Voorts vordert Melisa ten aanzien van geïntimeerden vergoeding van de wettelijke handelsrente. Nu de grondslag van de vorderingen bestaat uit onrechtmatige daad, is geen sprake van een handelsovereenkomst en bestaat daarmee geen basis de wettelijke handelsrente toe te wijzen. Evident is dat Melisa aanspraak maakt op rente. Deze aanspraak wordt als zodanig niet betwist, evenmin als de ingangsdatum, hetgeen voor het hof aanleiding is de wettelijke rente toe te wijzen met ingang van de door Melisa gevorderde datum.''
3.2. *'Klacht Ia'* behelst een rechtsklacht en een motiveringsklacht. Volgens de rechtsklacht heeft het hof miskend dat het moest beoordelen of de schade (onder meer die ter grootte van de koopprijs van € 320.000,=) in conditio sine qua non-verband staat tot de onrechtmatige daad van [eiseres 3] en volgens de motiveringsklacht is de beslissing van het hof onvoldoende gemotiveerd. Daarbij wijst [eiseres 3] erop dat [B] (volgens het hof door toedoen van [eiser 2]) niet overgaat tot terugbetaling van de koopsom.
3.3. Mijns inziens kunnen deze klachten geen doel treffen. In de overwegingen van het hof ligt besloten dat het hof heeft aangenomen dat tussen de schade en de onrechtmatige daad van [eiseres 3] een conditio sine qua non-verband bestaat. Het hof heeft immers overwogen dat als [eiseres 3] [betrokkene 1] (de dierenarts die de aankoopkeuring heeft verricht, hiervoor onder 2.1.5) volledig had geïnformeerd, het gebrek aan [...] aan het licht zou zijn gekomen (de tweede rechtsoverweging 2.17, pagina's 10 en 11 van het arrest). Verder is in de overwegingen van het hof klaarblijkelijk verondersteld dat Melisa niet tot aankoop was overgegaan als bij aanvullend onderzoek het gebrek aan het licht was gekomen. Aan die veronderstelling behoefde het hof geen uitdrukkelijke motivering te wijden. De rechtbank had in het kader van het beroep van Melisa op dwaling vastgesteld dat Melisa niet had gekocht als zij van de bij [...] uitgevoerde neurectomie had geweten (en ook, maar daar gaat het in dit verband niet om, dat dit voor [B] kenbaar was). Zie rechtsoverwegingen 4.5 en 4.6 van het vonnis van 10 juni 2015. In de overwegingen van het hof ligt besloten dat ook het hof daarvan is uitgegaan. Zou Melisa niet tot aankoop zijn overgegaan, dan zou zij uiteraard de koopprijs nimmer aan [B] hebben voldaan en zou zij dus evenmin ermee zijn geconfronteerd dat die koopprijs na vernietiging niet aan haar is geretourneerd, zodat het conditio sine qua non-verband onmiskenbaar is. Dat het [B] is die niet overgaat tot terugbetaling van de koopsom, betekent slechts dat ook die omstandigheid conditio sine qua non van de schade is (en niet dat de onrechtmatige daad van [eiseres 3] dat niet is).
3.4. Ook de stellingen van [eiseres 3] in feitelijke instanties brengen niet mee dat het hof tot (nadere) motivering gehouden was. De conclusie van antwoord onder 71 waarnaar het subonderdeel verwijst (voetnoot 8) houdt niet meer in dan: ''Het beroep van Melisa op onrechtmatige daad strandt nu niet voldaan is aan het causaliteit- en relativiteitsvereiste'', dus zonder enige nadere uitwerking. Het subonderdeel verwijst verder nog naar het slot van de antwoordakte (kennelijk die van 13 september 2016). Ik lees daar dat de eventuele verzwijging door [eiseres 3] van behandelingen aan de knie en rug van het paard niet in causaal verband staat met de dwaling van Melisa omtrent de neurectomie. Op dit verweer heeft het hof gerespondeerd met (de eerste) rechtsoverweging 2.18, waar het aan [eiseres 3] verwijt dat hij de behandelingen aan het 'left front fetlock joint' in verband met de positieve flexion testen heeft verzwegen, en met (de tweede) rechtsoverweging 2.17, waar het hof oordeelt dat het gebrek aan [...] aan het licht zou zijn gekomen indien dierenarts [betrokkene 1] volledig door [eiseres 3] zou zijn geïnformeerd. Het subonderdeel verwijst ten slotte nog naar de laatste regel van (de tweede) rechtsoverweging 2.17. Daar spreekt het hof echter uitsluitend over de betwisting door [eiseres 3] van het causaal verband (en relativiteit) wat betreft de commissiekosten. Ten overvloede: tegen het oordeel van het hof dat laatstbedoelde betwisting te vaag is, richt het middel geen klacht.
3.5. Onder 5.2 tot en met 5.4 van de procesinleiding maakt de steller van het middel enkele opmerkingen die klaarblijkelijk zijn bedoeld als een inleiding op 'klacht 1b' onder 6.1.
3.6. Die *'klacht Ib'* behelst de rechtsklacht dat het hof heeft miskend dat het diende te onderzoeken in hoeverre de schade ter grootte van de niet gerestitueerde koopsom ex art. 6:98 BW kan worden toegerekend aan de onrechtmatige daad van [eiseres 3].
3.7. De klacht faalt. In de vordering van Melisa jegens [eiseres 3] tot vergoeding van mede de schade ter grootte van de niet gerestitueerde koopsom ligt besloten dat volgens haar ook die schadepost kan worden toegerekend aan de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van [eiseres 3] berust in de zin van art. 6:98 BW. De klacht verwijst niet naar enige plaats in de gedingstukken waar dit door [eiseres 3] is bestreden. Ik heb een zodanige plaats ook zelf niet kunnen ontdekken. Het hof kon dus ervan uitgaan dat het toerekeningsverband als bedoeld in art. 6:98 BW tussen partijen niet in geschil was. Anders gezegd: Indien het conditio sine qua non-verband vaststaat, is het aan de aansprakelijke persoon om aan te voeren dat de schade in een zodanig ver verwijderd verband tot de schadeoorzaak staat dat het toerekeningsverband in de zin van art. 6:98 BW ontbreekt.[11] Dit beroep op het ontbreken van het toerekeningsverband kan niet voor eerst in cassatie worden gedaan, omdat het onderzoek naar de gegrondheid van dat verweer een feitelijk onderzoek vergt.[12]
3.8. *'Klacht Ic'* is gericht tegen de overweging van het hof volgens welke tot de te vergoeden schade behoort de schade die het gevolg is van de omstandigheid dat [...] niet aan de overeenkomst beantwoordde (de tweede rechtsoverweging 2.17, vijfde volzin). Het middel wijst erop dat de koopovereenkomst is vernietigd.
3.9. Aan de steller van het middel kan worden toegegeven dat de door het hof gebezigde formulering niet onberispelijk is. Dat [...] niet aan de overeenkomst beantwoordde is echter niet de schade waarvan Melisa vergoeding vorderde en het is ook niet de schade die het hof heeft toegewezen. Daarom heeft [eiseres 3] bij zijn klacht geen belang. Het hof heeft uitsluitend als schade aangemerkt de niet door [B] geretourneerde koopprijs,

11 Asser/Sieburgh 6-II 2017/82 met een beroep op HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2723, NJ 1998/831, rechtsoverweging 3.10 (Nacap/Shellfish).

12 HR 24 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0247, NJ 1992/246, m.nt. P. van Schilfgaarde, rechtsoverweging 3.4 (Ontvanger/Amro). In het in dat arrest besliste geval stelde het onderdeel het conditio sine qua non-verband aan de orde, maar voor het toerekeningsverband van art. 6:98 BW geldt niet iets anders. Vergelijk R.J.B. Boonekamp, GS Schadevergoeding art. 6:98 BW, aant. 4.16.1.

alsmede de door Melisa bij aankoop gemaakte commissiekosten, de kosten voor stalling, behandeling en grooms.
3.10. Mede in het licht van de schriftelijke toelichting van de advocaat van [eiseres 3] onder 14 en 17 lees ik in het subonderdeel nog een andere klacht, namelijk dat omdat de koopovereenkomst is vernietigd, uit moet worden gegaan van de fictie dat de koopovereenkomst nooit heeft bestaan en dat er daarom ook geen schade kan zijn in de vorm van de door Melisa gemaakte commissiekosten en de niet door [B] geretourneerde koopprijs. Deze klacht kan al evenmin slagen. Dat de koopovereenkomst is vernietigd, betekent dat de overeengekomen rechtsgevolgen niet intreden (behoudens de werking van regels als die van conversie en partiële nietigheid, art. 3:41-42 BW) en niet dat ook de met die overeenkomst in verband staande feitelijkheden zouden behoren te worden ontkend.
3.11. Het tweede onderdeel, 'Klacht II', is gericht tegen rechtsoverwegingen 2.12 tot en met 2.15. Deze overwegingen luiden als volgt:
''2.12. Naar het oordeel van het hof heeft [eiser 2] onrechtmatig jegens Melisa gehandeld door het verhaal van haar vordering op het vermogen van [B] te frustreren en valt [eiser 2] ter zake een ernstig verwijt te maken. Dit gedrag dient ook te worden toegerekend aan [eiser 1] en [de bestuurder]. Het hof overweegt hiertoe het volgende. Reeds bij brief van 17 juli 2011 heeft Melisa duidelijk gemaakt dat (en waarom) zij de koop van [...] wilde terugdraaien, dat zij terugname van [...] door [B] verlangde en op restitutie van de koopsom stond. Nu de brief ter attentie van [eiser 2] is gestuurd, moet er van uit worden gegaan dat [eiser 2], als indirect bestuurder van [B], en daarmee ook [eiser 1] en [[eiser 2]] [de bestuurder], al vanaf dat moment ernstig rekening moest houden met het bestaan van een verplichting van [B] tot terugbetaling van de koopsom. Vanaf dat moment moest [B] – en haar (indirect) bestuurder(s) – er op toezien dat [B] haar verplichting tot restitutie zoveel mogelijk zou kunnen nakomen.
2.13. Nadat [B] door de voorzieningenrechter tot restitutie van de koopsom is veroordeeld, heeft zij bij brief van 26 oktober 2011 van haar raadsman zonder enig voorbehoud laten weten dat zij aan het vonnis zou voldoen. Zij zou dus de koopprijs restitueren tegenover het stellen van een bankgarantie, de voorwaarde die de voorzieningenrechter in het dictum had opgenomen. Ook in deze procedure, namelijk bij conclusie van antwoord (onder 67), heeft [B] gesuggereerd dat zij toen had kunnen betalen, als de zekerheid zou worden gesteld. Gelet op de verder ongeclausuleerde bereidverklaring de koopsom terug te betalen moet aangenomen worden dat [B] op het moment van het schrijven van de brief nog over voldoende liquiditeiten beschikte, of kon beschikken, om aan het vonnis te voldoen en dat daarvan ten tijde van de conclusie van antwoord nog steeds sprake was.
2.14. Uit de onder 2.1.n. en q. weergegeven feiten[13] blijkt dat [B] vervolgens eisen heeft gesteld aan de door Melisa te verstrekken zekerheid die niet zijn terug te voeren op het dictum van het vonnis van de voorzieningenrechter van 24 oktober 2011. Uiteindelijk heeft de raadsman van [B] (eerst) bij brief van 17 juli 2012 verklaard dat [B] 'thans' over nagenoeg geen activa beschikte. Ook in hoger beroep verwijt de bestuurder Melisa dat zij niet tijdig zekerheid heeft verstrekt, terwijl in het vonnis van de voorzieningenrechter geen termijn is bepaald waarbinnen de zekerheid uiterlijk verstrekt diende te worden.
2.15. Melisa heeft gemotiveerd gesteld dat [eiser 2] [B] kennelijk in een positie heeft gebracht dat de vennootschap, anders dan op 26 oktober 2011, niet meer in staat was aan haar restitutieverplichting te voldoen. [eiser 2] heeft hiertegenover aangevoerd dat (i) [B] kampte met grote verliezen, (ii) de opbrengst van [...] niet voldoende was om die verliezen te dekken, (iii) de bestuurder ten tijde van de levering van [...] op geen enkele wijze rekening behoefde te houden met terugbetaling van de koopsom en (iv) het onttrekken van de koopsom niet als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd. Deze stellingen, die vooral algemeen van aard zijn, vormen geen toereikende weerlegging van de stellingen van Melisa. Juist in een geval als dit, waarin [eiser 2] (indirect, namelijk via [[eiser 2]] [de bestuurder] en [eiser 1]) de volledige zeggenschap heeft in [B], lag het – gelet op de eerdere mededeling over de bereidheid de koopsom te restitueren – op zijn weg aannemelijk te maken dat [B] werkelijk in betalingsonmacht verkeerde, en er dus geen sprake was van betalingsonwil bij de bestuurder (vergelijk: HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564, Van Waning/Van der Vliet). Meer in het bijzonder had van [eiser 2] verwacht mogen worden dat hij nader zou hebben uitgelegd waaraan de koopsom voor [...] is besteed of welke ontwikkelingen in [B] ertoe hebben geleid dat de vennootschap op 26 november 2011 en ten tijde van de conclusie van antwoord nog wel, maar nadien niet meer in staat was de koopsom, zelfs niet deels, te restitueren. Nu [eiser 2] dit heeft nagelaten, gaat het hof aan zijn verweer voorbij. Vast staat daarmee dat sprake is van betalingsonwil en van onrechtmatig handelen van [eiser 2], welk onrechtmatig handelen moet worden toegerekend aan [eiser 1] en [[eiser 2]] [de bestuurder]. De schade door de betalingsonwil dient te worden gesteld op de koopprijs van [...], nu het hof niet heeft geconstateerd dat de brief van 26 oktober 2010 ook toezeggingen bevat die in verband kunnen worden gebracht met de kosten. Hiermee slagen de grieven 2 en 4 van Melisa. De grieven 1 en 3 behoeven geen bespreking meer.''
3.12. Het onderdeel is in belangrijke mate gebaseerd op rechtsoverweging 3.5 van het arrest van uw Raad van 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 inzake Ontvanger/[...].[14] Die overweging luidt:
''3.5. Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Het gaat in een geval als het onderhavige om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, nr. C98/208, NJ 2000, 295).
Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen 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

13 Vergelijk onder 2.1.16 en 2.1.19 hiervoor.

14 NJ 2006/659. Vergelijk Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/102.

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

In de onderhavige zaak wordt – zoals hiervoor in 3.3 weergegeven – aan bestuurder verweten dat hij als bestuurder van de fiscale eenheid onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de Ontvanger doordat hij onbehoorlijk en in strijd met de terzake bestaande wettelijke verplichtingen heeft gehandeld door, naar de kern genomen, de fiscale eenheid niet of niet tijdig dan wel niet juist en volledig aangiften omzetbelasting te laten doen waardoor de Ontvanger is benadeeld. De Ontvanger heeft zich primair dus onmiskenbaar beroepen op de hiervoor onder (ii) bedoelde aansprakelijkheid.''

3.13. Het middel bevat onder 8.1 tot en met 8.5 uitsluitend een weergave van de overwegingen van het hof (en van het arrest Ontvanger/[...]) en geen klacht.

3.14. Onder 8.6 tot en met 8.9 lees ik vier klachten, als volgt:

1. Het hof heeft niet vastgesteld dat [B] geen verhaal biedt en heeft aldus de desbetreffende regel zoals geformuleerd in het arrest Ontvanger/[...] miskend.

2. Het hof heeft die regel ook miskend omdat het niet heeft vastgesteld dat [eiser 2] dit wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen – ik neem aan dat bedoeld is: dat [eiser 2] wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de niet-verhaalbaarheid het gevolg van het door hem als bestuurder bewerkstelligde of toegelaten handelen van de rechtspersoon zou zijn – en het ook niet een ander [eiser 2] betreffend persoonlijk ernstig verwijt heeft aangenomen.

3. Het hof heeft miskend dat de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder slechts onder 'bijzondere omstandigheden' kan worden aangenomen en dat het criterium 'persoonlijk ernstig verwijt' een 'hoge drempel' behelst.

4. Althans is het oordeel van het hof onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

3.15. Mijns inziens treft geen van deze klachten doel.

3.16. Dat het hof heeft aangenomen dat [B] inderdaad geen verhaal biedt, volgt uit rechtsoverweging 2.15. In de eerste zin van die overweging zegt het hof dat Melisa gemotiveerd heeft gesteld dat [eiser 2] [B] kennelijk in een positie heeft gebracht dat de vennootschap, anders dan op 26 oktober 2011, niet meer in staat was aan haar restitutieverplichting te voldoen. In het vervolg van de overweging oordeelt het hof dat [eiser 2] dit onvoldoende heeft bestreden, waarbij het hof onder verwijzing naar het arrest van uw Raad van 3 april 1992, ECLI:NL:HR:ZC0564[15] inzake Van Waning/Van der Vliet overweegt dat het op de weg van [eiser 2] lag om aannemelijk te maken dat geen sprake was van betalingsonwil bij hem als bestuurder. Dit werkt het hof vervolgens nader uit door te zeggen dat in het bijzonder van [eiser 2] verwacht had mogen worden dat hij nader zou hebben uitgelegd waaraan de koopsom voor [...] is besteed of welke ontwikkelingen in [B] ertoe hebben geleid dat de vennootschap op 26 november 2011 nog wel, maar nadien niet meer in staat was de koopsom, zelfs niet deels, te restitueren. Ook hierin ligt besloten dat het hof heeft aangenomen dat [B] geen verhaal biedt. De hiervoor onder 3.14 sub 1 bedoelde klacht treft dus geen doel.

3.17. Het oordeel van het hof is mijns inziens ook niet onvoldoende gemotiveerd. Ik werk dat uit.

3.18. De door het hof bedoelde gemotiveerde stellingen van Melisa omtrent de verhaalspositie van [B] zijn de volgende: (i) de omstandigheid dat zij op 26 augustus 2011 ten laste van [B] conservatoir beslag heeft doen leggen onder de Rabobank, welk beslag slechts een bedrag van € 3.178,40 heeft geraakt,[16] (ii) de brief van de raadsman [B] van 17 juli 2012 waarin staat dat [B] niet in staat is de koopsom te restitueren omdat er ''thans'' nagenoeg geen activa meer zijn in de onderneming,[17] (iii) de gedeponeerde jaarstukken van [B] over de jaren 2008, 2009 en 2010 waaruit volgens Melisa volgt dat [B] in ieder geval al sinds 2008 een negatief eigen vermogen had en insolvabel en illiquide was,[18] (iv) de stelling dat [B] geen (onroerende) vermogensbestanddelen in eigendom heeft,[19] en (v) de omstandigheid dat de bankrekening bij de Rabobank die aanvankelijk door het hiervoor genoemde conservatoir beslag is geraakt, inmiddels niet meer bestaat.[20]

3.19. Het middel poneert onder 8.7 dat [eisers] in de feitelijke instanties het gebrek aan verhaalsmogelijkheden hebben betwist, waarbij wordt verwezen (voetnoot 14) naar de conclusie van antwoord onder 67. Op die plaats is inderdaad een betwisting te lezen, maar die betwisting is grotendeels in algemene bewoordingen gesteld. De bedoelde plaats in de conclusie van antwoord is uiteraard ook niet een reactie op de door het hof bedoelde gemotiveerde stellingen van Melisa (die bij memorie van grieven zijn betrokken). Op zoek naar een zodanige reactie lees ik in de memorie van antwoord het volgende, wat meer weg heeft van een erkenning van het gebrek aan verhaalsmogelijkheden dan van een betwisting daarvan (cursivering door mij toegevoegd):[21]

''[eisers] noch [B] hebben ten tijde van de levering op geen enkele wijze rekening behoeven te houden met een mogelijke teruggave verplichting van de koopsom. De omstandigheid dat [B] tot 2010 kampte met grote verliezen, zoals hiervoor al geschetst, laat het vorenstaande onverlet. Immers [B] is geen enkele financiële verplichting met Melisa aangegaan, zij heeft alleen een paard aan haar verkocht. Wellicht wordt dit in een ander perspectief geplaatst indien [B] geweten zou hebben dat het paard niet aan de overeenkomst zou beantwoorden echter dat is in casu geenszins het geval.

De omstandigheid dat [B] verder geen vermogensbestanddelen heeft, maakt evenmin dat onbehoorlijk bestuur kan worden aangenomen. Een vennootschap is niet verplicht om vermogensbestanddelen te houden en evenmin kan een vennootschap die geen winst maakt, worden verweten dat zij voorraden verkoopt.''

3.20. Mede in het licht van deze passage uit de memorie van antwoord behoefde het oordeel van het hof dat [eiser 2] onvoldoende had bestreden dat [B] geen verhaal biedt, geen nadere motivering.

3.21. In het slot van alinea 8.9 verwijst de steller van het middel

15 NJ 1992/411, m.nt. J.J.M. Maeijer.

16 Vergelijk de memorie van grieven onder 105, en hiervoor onder 2.1.15.

17 Vergelijk de memorie van grieven onder 109, en hiervoor onder 2.1.21.

18 Vergelijk de memorie van grieven onder 112 tot en met 115.

19 Vergelijk de memorie van grieven onder 116.

20 Vergelijk de memorie van grieven onder 117 en hiervoor onder 2.1.20

21 Pagina 18 van de memorie van antwoord.

nog naar het dictum van het arrest van het hof. Ik neem aan dat hij doelt op de tweede alinea van het dictum ten aanzien van [A], [eiser 1] en [eiser 2]. Daar wordt voor recht verklaard dat het persoonlijk ernstig verwijt óf erin bestaat dat, hoewel [B] beschikt over voldoende vermogen of financieringscapaciteit om haar verplichting uit het vonnis van 10 juni 2015 na te komen, de bestuurders nalaten dit vermogen of deze capaciteit daartoe aan te wenden, óf dat zij vermogen aan [B] hebben onttrokken. Uit dit dictum kan niet alsnog worden afgeleid dat het hof niet heeft vastgesteld dat [B] geen verhaal biedt. Melisa kan zich immers niet verhalen op niet aan haar bekend en door de bestuurders niet aangeduid vermogen en evenmin op niet-benutte financieringscapaciteit.

3.22. Voor de hiervoor onder 3.14 sub 2 bedoelde klacht geldt goeddeels hetzelfde als voor die sub 1. Dat het hof heeft aangenomen dat [eiser 2] wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de niet-verhaalbaarheid het gevolg van het door hem als bestuurder bewerkstelligde of toegelaten handelen van de rechtspersoon zou zijn, ligt besloten in het oordeel van het hof in rechtsoverweging 2.15 dat [eiser 2] de stelling van Melisa dat hij [B] kennelijk in een positie heeft gebracht dat de vennootschap, anders dan op 26 oktober 2011, niet meer in staat was aan haar restitutieverplichting te voldoen, onvoldoende heeft bestreden.

3.23. Het middel duidt ook geen in de feitelijke instanties betrokken stellingen aan, in het licht waarvan dit oordeel onvoldoende gemotiveerd zou zijn.

3.24. Het hof heeft ook niet miskend dat sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden en dat het criterium van een persoonlijk ernstig verwijt een hoge drempel voor de aansprakelijkheid van bestuurders is. Dat bijzondere omstandigheden en een persoonlijk ernstig verwijt nodig zijn, heeft het hof met zoveel woorden vooropgesteld in rechtsoverweging 2.7. Het hof heeft vervolgens geoordeeld dat:

a. [eiser 2] als indirect bestuurder van [B], vanaf 17 juli 2011 ernstig rekening moest houden met het bestaan van een verplichting van [B] tot terugbetaling van de koopsom (onder 2.12);

b. [B] op 26 oktober 2011, gelet op de ongeclausuleerde bereidverklaring door haar advocaat, in staat was de koopsom te restitueren indien Melisa zekerheid zou stellen (onder 2.13);

c. [B] echter eisen aan de door Melisa te verstrekken zekerheid heeft gesteld die niet zijn terug te voeren op het dictum van het vonnis van de voorzieningenrechter van 24 oktober 2011 (onder 2.14);

d. de raadsman van [B] op 17 juli 2012 heeft verklaard dat [B] ''thans'' over nagenoeg geen activa meer beschikte en de koopsom dus niet meer kon voldoen (onder 2.14);

e. hieruit volgt dat [eiser 2] [B] kennelijk in een positie heeft gebracht dat de vennootschap, anders dan op 26 oktober 2011, niet meer in staat was aan haar restitutieverplichting te voldoen (onder 2.15).

3.25. In een en ander ligt besloten dat naar het oordeel van het hof zich bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan die de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders rechtvaardigen en dat aan [eiser 2][22] persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, niettegenstaande de hoge drempel die in dit verband geldt. Dat oordeel is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Ook de hiervoor onder 3.14 sub 3 bedoelde klacht treft dus geen doel.

3.26. Bedoeld oordeel van het hof is ook voldoende gemotiveerd. Ook hier geldt dat het middel niet verwijst naar vindplaatsen in de gedingstukken van de feitelijke instanties.

3.27. De hiervoor onder 3.14 sub 4 bedoelde klacht heb ik onder 3.17-3.20, 3.23 en 3.26 reeds besproken.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad:

(...; *Red.*)

3. Beoordeling van het middel

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eisers] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Melisa begroot op € 6.662,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eisers] deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

NOOT

In deze zaak gaat het om het vervolg van een dispuut over de koop van het paard Parcona. De koopovereenkomst is vernietigd op grond van wederzijdse dwaling, omdat na de levering is gebleken dat het paard voorafgaand aan de aankoop een chirurgische neurectomie heeft ondergaan. Paarden die een neurectomie ondergaan, worden niet toegelaten tot de competitie en dat was nu juist de bedoeling van de koper (Melisa Internationales Reitzentrum GmbH, hierna: 'Melisa'). Dat was ook expliciet in de koopovereenkomst opgenomen. Melisa retourneert na de vernietiging van de koopovereenkomst het paard aan de verkoper (Hoeve de Hazelaar B.V., hierna: 'Hazelaar'), maar deze retourneert de koopsom van € 320.000,= niet.

In eerste aanleg heeft de rechtbank voor recht verklaard dat de koopovereenkomst rechtsgeldig is vernietigd en zijn de vorderingen tot terugbetaling van de koopprijs en schadevergoeding tegen Hazelaar toegewezen. De bestuurder die ook was aangesproken uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid en de ruiter die was aangesproken uit hoofde van onrechtmatige daad, gaan bij de rechtbank vrijuit. Ik zal mij in deze annotatie beperken tot de bestuurdersaansprakelijkheid.

Naast aansprakelijkheid van de vennootschap kan, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, sprake zijn van 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

22 Ik noem alleen [eiser 2] omdat het middel geen klacht richt tegen het oordeel van het hof in rechtsoverweging 2.15 dat het onrechtmatig handelen van [eiser 2] moet worden toegerekend aan [eiser 1] (en [A]). Als onrechtmatig handelen van [eiser 2] vast staat, dan staat daarmee dus ook vast dat dat onrechtmatig handelen aan [eiser 1] kan worden toegerekend.

voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit volgt uit het arrest *Ontvanger/Roelofsen* (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 en zie voor een actuele bevestiging van dit arrest: HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470). In *Ontvanger/Roelofsen* is voorts het volgende bepaald:
''Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen 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. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.''

De rechtbank oordeelde in het onderhavige geval dat de bestuurder alleen een ernstig verwijt kan worden gemaakt indien hij wist dat de neurectomie bij het paard is uitgevoerd. Dat was niet vast komen te staan. Melisa gaat hiertegen in hoger beroep en stelt onder andere dat de rechtbank ten onrechte ook voor de tweede grondslag voor aansprakelijkheid uit *Ontvanger/Roelofsen* (frustratie van verhaal) de voorwaarde stelt dat de bestuurder voorafgaand aan de koop wist van de neurectomie voordat kan worden gesproken van een ernstig verwijt.
Die grieven slagen. Het hof neemt de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de vennootschap aan op de grond dat zij het verhaal van de vordering van de koper op het vermogen van de vennootschap hebben gefrustreerd (de tweede grondslag). Het hof acht daarbij van belang dat Hazelaar na veroordeling daartoe in kort geding, op 26 oktober 2011, zonder enig voorbehoud heeft laten weten dat zij aan het vonnis zou voldoen (terugbetaling koopprijs). Het hof neemt daarom aan dat Hazelaar op dat moment ook *kon* voldoen aan de terugbetalingsplicht. Hazelaar heeft daarna echter eisen gesteld aan de door Melisa te verstrekken zekerheid, voordat zij tot betaling zou overgaan, die niet op het dictum in het kortgedingvonnis zijn terug te voeren. Uiteindelijk laat Hazelaar bij brief d.d. 17 juli 2012 weten dat zij ''thans'' over nagenoeg geen activa beschikt en dus niet meer kan betalen. Melisa voert gemotiveerd aan dat de bestuurder Hazelaar aldus in de positie heeft gebracht dat zij niet meer in staat was te betalen. Deze stelling wordt door de bestuurder weerlegd met stellingen van algemene aard (grote verliezen, opbrengst Parcona onvoldoende, onttrekken van de koopsom is niet onrechtmatig), maar die acht het hof ontoereikend. De bestuurder had zijn stellingen nader moeten motiveren en nu hij dat niet heeft gedaan, gaat het hof aan zijn verweer voorbij, zodat vaststaat dat sprake is van betalingsonwil en onrechtmatig handelen.
Ook volgens het hof kon niet vastgesteld worden dat de bestuurder wist van de neurectomie, zodat het hof de aansprakelijkheid niet aanneemt op de eerste grondslag. Voor de tweede grondslag geldt dat wetenschapsvereiste volgens het hof echter niet. Het hof onderscheidt de twee gronden uit *Ontvanger/Roelofsen* mijns inziens hier op de juiste manier. In cassatie worden enkele klachten tegen het oordeel van het hof gericht, hoofdzakelijk met de strekking dat het hof de regel uit *Ontvangen/Roelofsen* heeft miskend, maar deze treffen geen doel en het cassatieberoep wordt verworpen ex art. 81 RO in navolging van de conclusie van A-G Valk.
Naast het onderscheid van de twee grondslagen voor aansprakelijkheid uit *Ontvanger/Roelofsen*, is het arrest vanuit bewijsrechtelijk oogpunt nog interessant. In beginsel rust de bewijslast van het feit dat de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en dat hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt op de eisende partij, in dit geval Melisa. Omdat Melisa gemotiveerd had gesteld dat de bestuurder Hazelaar in de positie had gebracht dat zij niet meer in staat was aan haar restitutieverplichting te voldoen, lag het naar het oordeel van het hof (dat door de A-G en ook door de Hoge Raad wordt gevolgd) op de weg van de bestuurder om aannemelijk te maken dat Hazelaar werkelijk in betalingsonmacht verkeerde en er dus geen sprake was van betalingsonwil bij de bestuurder. Het hof verwees daarbij naar het arrest *Van Waning/Van der Vliet* (HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564), waarin de Hoge Raad overwoog dat het voor de hand ligt van degene die de volledige zeggenschap over de vennootschap heeft te verlangen dat hij aannemelijk maakt dat de vennootschap niet in staat is te betalen.
Overigens, indien de bestuurder in dit geval al aannemelijk had weten te maken dat uiteindelijk sprake was van betalingsonmacht op 17 juli 2012, is het nog maar zeer de vraag of hem dat had geholpen. Immers, ook dan kan nog steeds sprake zijn (geweest) van betalingsonwil in de periode waarin de vennootschap in staat was te betalen (rondom de toezegging tot betaling van 26 oktober 2011) vanwege de onterechte voorwaarden die aan de zekerheidstelling voor die betaling werden gesteld.

M. Poelsema
Nysingh advocaten-notarissen