

145

**De bestuurders zijn aansprakelijk wegens een voldoende ernstig persoonlijk verwijt**

Gerechtshof 's-Hertogenbosch  
14 mei 2019, nr. 200.212.668\_01,  
ECLI:NL:GHSHE:2019:1825  
(mr. Craaikamp, mr. Beurskens, mr. Boekraad)  
Noot mr. M. Poelsema

**Bestuurdersaansprakelijkheid. Onrechtmatige daad. Selectieve betaling.**

[BW art. 6:162]

*Essentie: Is sprake van aansprakelijkheid op grond van (1) bestuurdersaansprakelijkheid op grond van 'Ontvanger/Roelofs-en', (2) aansprakelijkheid van de moeder vennootschap op grond van 'Comsys' (zorgplicht voor de crediteuren van de dochtervennootschap), (3) aansprakelijkheid van de zustervennootschap op grond van 'Rainbow' (toerekening van onrechtmatig oogmerk om misbruik te maken van identiteitsverschil, vereenzelviging)?*

*Samenvatting: Het hof heeft vastgesteld dat [uitvaartverzorging], alhoewel daartoe in staat, in of vlak na juli 2015 heeft nagelaten om uit het beschikbare krediet een substantiële betaling te doen aan [geïntimeerde] (zie r.o. 6.4.5.4), terwijl in die periode ook sprake is geweest van selectieve betalingen door [uitvaartverzorging] en van niet-gerechvaardigde onttrekkingen aan haar vermogen (zie r.o. 6.4.5.1). Daarnaast heeft het hof geoordeeld dat [appellanten c.s.] onvoldoende hebben weersproken dat er geen overtuigende bedrijfseconomische reden was om [uitvaartverzorging] te liquideren en om de exploitatie van de onderneming voort te zetten in [uitvaartverzorging] en dat voor deze gang van zaken uitsluitend is gekozen om de schuld van [uitvaartverzorging] aan [geïntimeerde] onbetaald te kunnen laten (zie r.o. 6.4.5.5). Aan het bestaan van [uitvaartverzorging] is aldus zonder noodzaak een einde gemaakt. De liquidatie van [uitvaartverzorging] heeft tot gevolg gehad dat deze vennootschap haar verplichtingen jegens [geïntimeerde] niet is nagekomen en ook geen verhaal heeft geboden. De (indirecte) bestuurders [de vennootschap] en [appellant 3] wisten dat dit het gevolg zou zijn. Uitgaande van het genoemde motief voor de liquidatie van [uitvaartverzorging] levert dit alles persoonlijke aansprakelijkheid op uit hoofde van onrechtmatig handelen van de (indirecte) bestuurders [de vennootschap] en [appellant 3] jegens [geïntimeerde] in de hiervoor bedoelde zin.*

1. *Uitvaartzorg [uitvaartzorg] B.V.*, gevestigd te [vestigingsplaats],
  2. *[de vennootschap]*, gevestigd te [vestigingsplaats],
  3. *[appellant 3]*, wonende te [woonplaats], appellanten,
- hierna tezamen aan te duiden als [appellanten c.s.] en afzonderlijk als [uitvaartzorg], [de vennootschap] respectievelijk [appellant 3],  
advocaat: mr. A.J. Exterkate te 's-Hertogenbosch, tegen

*[bouw en handelsonderneming] Bouw en Handelsonderneming B.V.*,  
gevestigd te [vestigingsplaats],  
geïntimeerde,  
hierna aan te duiden als [geïntimeerde],  
advocaat: mr. I.J.A.J. Hanssen te Boxmeer,  
als vervolg op het door het hof gewezen tussenarrest van 9 mei 2017 in het hoger beroep van het door de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eindhoven, onder zaaknummer C/01/307548/HA ZA 16-321 gewezen vonnis van 22 februari 2017.

*5. Het verloop van de procedure*

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenarrest van 9 mei 2017 waarbij het hof een comparitie na aanbrengen heeft gelast;
  - het proces-verbaal van de comparitie van 13 juli 2017;
  - de memorie van grieven met producties;
  - de memorie van antwoord met producties;
  - het pleidooi, waarbij beide partijen pleitnotities hebben overgelegd;
  - de met een H12-formulier d.d. 28 december 2018 door [geïntimeerde] toegezonden producties 27 en 28, die [geïntimeerde] bij het pleidooi bij akte in het geding heeft gebracht;
  - de met een H12-formulier d.d. 31 december 2018 door [appellanten c.s.] toegezonden productie 31, die [appellanten c.s.] bij het pleidooi bij akte in het geding hebben gebracht.
- Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg

*6. De beoordeling**De feiten*

6.1. In de r.o. 2.1 en volgende heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. [appellanten c.s.] hebben met grief 1 bezwaar gemaakt tegen deze feitenvaststelling, die in hun ogen onvolledig en ten dele onjuist is. Zoals blijkt uit de daarop gegeven toelichting, heeft de grief betrekking op enkele oordelen van de rechtbank in der.o. 4.3 en 4.4 in het vonnis waarvan beroep. De grief faalt, zoals hierna zal blijken.

Het hof geeft hier een nieuw overzicht van de relevante vaststaande feiten.

- a) [appellant 3] is ondernemer en drijft een onderneming gericht op de uitvaartverzorging.
- b) [appellant 3] is zijn onderneming gestart in de vorm van een eenmanszaak, die in 2007 is overgegaan in twee besloten vennootschappen, te weten [de vennootschap] (de holding, waarin ook het onroerend goed is ondergebracht) en [uitvaartverzorging] Uitvaartverzorging B.V. te Gemert (de werkmaatschappij, hierna: [uitvaartverzorging]).
- c) [appellant 3] is enig aandeelhouder en bestuurder van [de vennootschap]. [de vennootschap] was enig aandeelhouder en bestuurder van [uitvaartverzorging].
- d) De onderneming wordt gedreven in een daartoe gebouwd rouwcentrum in [vestigingsplaats] (hierna: het rouwcentrum).
- e) [geïntimeerde] drijft een onderneming op het gebied van de advisering, begeleiding en uitvoering van bouwactiviteiten. [geïntimeerde] heeft rond het jaar 2007 de advisering en begeleiding ter zake de bouw van het rouwcentrum verzorgd.
- f) Over de onder e) genoemde activiteiten van [geïntimeerde] is een geschil ontstaan, dat uiteindelijk definitief is beslecht bij

arrest van dit hof van 21 juli 2015, waarbij [uitvaartverzorging] is veroordeeld om aan [geïntimeerde] te betalen € 171.723,05, te vermeerderen met rente vanaf 24 juli 2015. Het arrest is op 31 juli 2015 door de deurwaarder aan [uitvaartverzorging] betekend. [uitvaartverzorging] is daarna niet tot betaling overgegaan.

g) [uitvaartzorg] is opgericht op 13 augustus 2015. [de vennootschap] is enig aandeelhouder en bestuurder van [uitvaartzorg].

h) [uitvaartverzorging] is op 16 september 2015 ontbonden op grond van een daartoe strekkend ontbindingsbesluit van de algemene vergadering van aandeelhouders. De vennootschap is per 21 september 2015 uitgeschreven uit het handelsregister, waarbij is geregistreerd dat de ontbonden rechtspersoon is opgehouden te bestaan omdat geen bekende baten meer aanwezig zijn en dat de onderneming met ingang van 16 september 2015 is overgedragen aan [uitvaartzorg].

#### *De eerste aanleg*

6.2.1. In de onderhavige procedure vordert [geïntimeerde], samengevat, hoofdelijke veroordeling van [appellanten c.s.] tot betaling van € 171.723,05, vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf 24 juli 2015, althans vanaf de dag van de dagvaarding, en kosten.

6.2.2. Aan deze vordering heeft [geïntimeerde] ten grondslag gelegd dat [appellanten c.s.] onrechtmatig hebben gehandeld jegens [geïntimeerde], omdat zij allen hebben meegewerkt aan de overdracht van de onderneming door [uitvaartverzorging] aan [uitvaartzorg], om zo [geïntimeerde] als schuldeiser van [uitvaartverzorging] (uit hoofde van het in r.o. 6.1. onder f genoemde arrest) zonder verhaalsmogelijkheden onbetaald te kunnen laten.

Uit de nadere onderbouwing van de vordering blijkt dat [geïntimeerde] – waar het de grondslag ‘onrechtmatige daad’ betreft – onderscheid maakt tussen [de vennootschap], [appellant 3] en [uitvaartzorg]:

(a) jegens [appellant 3] beroept [geïntimeerde] zich op het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid, meer in het bijzonder op de aansprakelijkheid van [appellant 3] als (indirect) bestuurder van [uitvaartverzorging] wegens het bewerkstellingen of toelaten dat deze vennootschap haar verplichtingen niet nakomt (zie HR 8 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, Ontvanger/Roelofsen);

(b) hetzelfde doet [geïntimeerde] jegens [de vennootschap] als bestuurder van [uitvaartverzorging]; [de vennootschap] wordt daarnaast aansprakelijk gehouden als moedervenootschap/aandeelhouder van [uitvaartverzorging] op grond van de schending van haar zorgplicht jegens [geïntimeerde] als crediteur van [uitvaartverzorging] (zie HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2019:BH4033, Comsys);

(c) [uitvaartzorg] is volgens [geïntimeerde] aansprakelijk vanwege het aan haar toe te rekenen oogmerk van [de vennootschap] om misbruik te maken van identiteitsverschil (zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, Rainbow).

Jegens [uitvaartzorg] heeft [geïntimeerde] zich daarnaast beroepen op vereenzelviging (zie eveneens het genoemde Rainbow-arrest).

6.2.3. Bij tussenvonnis van 20 juli 2016 heeft de rechtbank een comparitie van partijen gelast, die heeft plaatsgevonden op 22 december 2016.

6.2.4. Bij eindvonnis waarvan beroep heeft de rechtbank de vordering van [geïntimeerde] toegewezen en [appellanten c.s.] hoofdelijk in de proceskosten veroordeeld.

6.2.5. De rechtbank heeft hiertoe overwogen, samengevat en voor zover van belang, als volgt.

Uit de vaststaande feiten (weergegeven in r.o. 6.1., hof) volgt:

(1) dat [appellant 3] [uitvaartverzorging] en [uitvaartzorg] gebruikt(e) als de werkmaatschappij van de onderneming, welke onderneming na de wisseling van werkmaatschappij feitelijk is voortgezet op dezelfde wijze en op dezelfde locatie als voorheen, namelijk in het rouwcentrum, en

(2) dat de wisseling van werkmaatschappij heeft plaatsgevonden kort na het wijzen en betekenen van het arrest waarbij [uitvaartverzorging] is veroordeeld om € 171.723,05 te betalen aan [geïntimeerde], terwijl de bedrijfseconomische redenen die [appellanten c.s.] hebben aangevoerd ter onderbouwing van de vervanging van [uitvaartverzorging] door [uitvaartzorg] niet kunnen niet overtuigen.

[appellanten c.s.] hebben ter onderbouwing van die vervanging geen andere schulden kunnen noemen dan de schuld aan [geïntimeerde], terwijl ook anderszins niet is gebleken van enige financiële noodtoestand die de vervanging kan onderbouwen.

Dit een en ander leidt tot de conclusie dat aannemelijk is dat de wisseling van werkmaatschappij is ingegeven door de wens om onder de genoemde betalingsplicht uit te komen en dat [appellanten c.s.] de door [geïntimeerde] gestelde grondslag van haar vordering onvoldoende hebben weersproken.

Deze conclusie wordt versterkt door de omstandigheid dat het enige verschil tussen de exploitatie van de onderneming in [uitvaartverzorging] en in [uitvaartzorg] is de aan- of afwezigheid van de schuld aan [geïntimeerde], terwijl de exploitatie in [uitvaartzorg] voor het overige voldoende levensvatbaar is. Dit laatste volgt reeds uit de enkele omstandigheid dat de onderneming nog steeds in de nieuwe werkmaatschappij wordt voortgezet. Dat de voortzetting van de onderneming in [uitvaartverzorging] zou hebben geleid tot het faillissement van de onderneming is gesteld noch gebleken.

6.2.6. De genoemde gedragingen van [appellanten c.s.] vormen volgens de rechtbank onrechtmatige daden van alle gedaagden jegens [geïntimeerde], neerkomend op het misbruik maken van de wettelijke mogelijkheden om vennootschappen op te richten en te liquideren.

Het hof begrijpt dat de rechtbank [appellant 3] en [de vennootschap] aldus aansprakelijk houdt als bestuurders van [uitvaartverzorging] (zie het eerder genoemde arrest Ontvanger/Roelofsen) en [uitvaartzorg] op grond van de toerekening aan haar van het oogmerk van [de vennootschap] om misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen [uitvaartverzorging] en [uitvaartzorg] (zie het eerder genoemde Rainbow-arrest).

#### *De grieven en de omvang van het hoger beroep*

6.3.1. [appellanten c.s.] hebben in hoger beroep drie grieven aangevoerd. Zij hebben geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en tot het alsnog afwijzen van de vorderingen van [geïntimeerde], met veroordeling van laatstgenoemde in de proceskosten in beide instanties, de nakosten daaronder begrepen, met rente.

6.3.2. De grieven hebben betrekking op de volgende oordelen/beslissingen van de rechtbank:

– dat [uitvaartverzorging] is vervangen door [uitvaartzorg] met als enige doel het onbetaald laten van de vordering van [geïntimeerde] (grief I),

– dat [appellanten c.s.] daardoor onrechtmatig hebben gehandeld jegens [geïntimeerde] (grief II), en

– dat dit onrechtmatig handelen heeft geleid tot een schade groot € 171.723,25 (met rente) bij [geïntimeerde] (grief III). De grieven zullen hierna achtereenvolgens worden besproken.

*Grief I, de liquidatie van [uitvaartverzorging] en de oprichting van [uitvaartzorg]*

6.4.1. Met grief I voeren [appellanten c.s.] aan, kort gezegd, dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld zoals weergegeven in r.o. 6.2.5. [appellanten c.s.] onderbouwen deze grief, samengevat, als volgt.

[uitvaartverzorging] beschikte medio 2015 niet over de middelen om zowel de lopende verplichtingen als de schuld aan [geïntimeerde] te voldoen. [geïntimeerde] wilde niet ingaan op een voorstel om het geschil in der minne te regelen. Dit voorstel werd op 24 juli 2015 gedaan en behelsde de betaling tegen finale kwijting van € 17.500,= door [uitvaartverzorging] aan [geïntimeerde]. Hierdoor resteerden voor [uitvaartverzorging] nog twee mogelijkheden: (1) het aanvragen van het eigen faillissement, of (2) het staken van de onderneming, gevolgd door de ontbinding van de vennootschap. [uitvaartverzorging] heeft gekozen voor optie (2). Daarbij speelde een rol dat [uitvaartverzorging] niet beschikte over activa, zodat het aanvragen van het eigen faillissement had kunnen leiden tot de aansprakelijkheid van [de vennootschap] en/of [appellant 3] voor de faillissementskosten.

Ten gevolge van de liquidatie van [uitvaartverzorging] zou [de vennootschap] te maken krijgen met een leeg bedrijfspand. De verkoop van dat pand aan een derde was eerder geen serieuze optie gebleken. Daarop heeft [de vennootschap] besloten om opnieuw een rouwcentrum te gaan exploiteren in het bedrijfspand, nu in het kader van [uitvaartzorg].

Er is dus geen sprake geweest van de overdracht van de onderneming door [uitvaartverzorging] aan [uitvaartzorg]. [uitvaartverzorging] had geen activa, waaronder een klanten- of orderportefeuille, die aan [uitvaartzorg] konden worden overgedragen. [uitvaartzorg] heeft ook niet de met [de vennootschap] gesloten huurovereenkomst ter zake het rouwcentrum overgenomen van [uitvaartverzorging]. Een verschil is verder dat [uitvaartzorg], anders dan [uitvaartverzorging], geen personeel in loondienst heeft. Mede hierdoor is [uitvaartzorg] beter bestand tegen de teruglopende markt, de steeds lager wordende marges en de toegenomen concurrentie.

Gelet hierop concluderen [appellanten c.s.] dat [uitvaartverzorging] niet is vervangen door [uitvaartzorg] en dat, zo daar anders over zou worden gedacht, de vervanging in elk geval niet is geschied met het oogmerk om de vordering van [geïntimeerde] onbetaald te laten.

6.4.2.1. [geïntimeerde] heeft in reactie op het voorgaande – en daarmee ter nadere onderbouwing van haar vorderingen op [appellanten c.s.] – (onder meer) het volgende gesteld.

6.4.2.2. [uitvaartverzorging] was op 24 juli 2015 (de dag van het schikkingsvoorstel), gelet op de kredietruimte waarover zij op dat moment beschikte, in staat om (afgerond) € 41.493,= te betalen aan [geïntimeerde]. [uitvaartverzorging] heeft deze betaling niet gedaan of aangeboden. In plaats daarvan zijn met de beschikbare middelen alle andere crediteuren van [uitvaartverzorging] betaald, daaronder [de vennootschap], en ook enkele crediteuren van [de vennootschap]. Dit volgt reeds uit de liquidatiebalans van [uitvaartverzorging] (prod. 4 cva), waarop enkel nog de schuld aan [geïntimeerde] staat vermeld en een zeer kleine schuld (ad € 345,=) aan [de vennootschap]. Hetzelfde volgt uit de in hoger beroep door [appellanten c.s.]

overgelegde stukken inzake de bankrekening van [uitvaartverzorging] (prod. 28 mvg). [geïntimeerde] wijst erop dat [appellanten c.s.] naar aanleiding van deze stukken zelf hebben gesteld (mvg nr. 4.3.14) dat [uitvaartverzorging] in de periode vóór haar liquidatie € 62.849,= heeft betaald aan dan wel ten behoeve van [de vennootschap]. Uit de door [appellanten c.s.] overgelegde stukken blijkt volgens [geïntimeerde] dat [uitvaartverzorging] in de periode van 21 juli 2015 tot 15 september 2015 ten minste € 45.306,= heeft betaald aan of ten behoeve van [de vennootschap]. Voor deze betalingen bestond volgens [geïntimeerde] (behoudens ten aanzien van de betalingen van de huur voor het rouwcentrum) geen rechtsgrond. Van het aan of ten behoeve van [de vennootschap] betaalde bedrag had in elk geval € 40.272,= ten goede moeten komen aan [geïntimeerde]. Uit de door [appellanten c.s.] overgelegde stukken blijkt verder dat [uitvaartverzorging] in de periode tot haar liquidatie ten minste € 27.807,= heeft betaald aan andere crediteuren dan [de vennootschap]. Van dit laatste bedrag had in elk geval € 23.834,= ten goede moeten komen aan [geïntimeerde]. Uit deze gang van zaken blijkt volgens [geïntimeerde] dat sprake is geweest van selectief betalingsgedrag, betalingsonwil en verhaalsfrustratie bij c.q. door [uitvaartverzorging]. [geïntimeerde] is daardoor in elk geval (€ 41.493,= + € 40.272,= + € 23.834,=) € 105.599,= onthouden.

6.4.2.3. Door de exploitatie van de winstgevende onderneming in het kader van [uitvaartverzorging] te beëindigen en deze exploitatie voort te zetten in het kader van [uitvaartzorg] is de inkomstenbron (van [uitvaartverzorging]) opgedroogd waaruit de (restant)schuld aan [geïntimeerde] had kunnen worden voldaan. Deze besluiten zijn volgens [geïntimeerde] genomen zonder financiële noodzaak. Anders dan [appellanten c.s.] hebben aangevoerd, verkeerde [uitvaartverzorging] in de periode vóór de liquidatie niet al geruime tijd in zwaar weer of in een benarde financiële situatie. [uitvaartverzorging] is in de jaren vóór de liquidatie steeds winstgevend geweest. Ter onderbouwing van de financiële noodzaak van de liquidatie van [uitvaartverzorging] hebben [appellanten c.s.] ook in hoger beroep geen andere schuld kunnen noemen dan de schuld aan [geïntimeerde].

Het besluit om [uitvaartverzorging] te liquideren en de onderneming onder te brengen in [uitvaartzorg] is uitsluitend genomen om de betalingsverplichting jegens [geïntimeerde] te ontgaan. Met de belangen van [geïntimeerde] is aldus op geen enkele manier rekening gehouden. Zou de onderneming in [uitvaartverzorging] zijn voortgezet, dan had na verloop van tijd uit de te verwerven inkomsten de (restant)vordering van [geïntimeerde] kunnen worden betaald.

[...; Red.] stelt in dit verband nader dat de gegevens die [appellanten c.s.] hebben verstrekt over de winstgevendheid van [uitvaartverzorging] en [uitvaartzorg] willens en wetens een vertekend beeld geven.

De huur die [uitvaartverzorging] aan [de vennootschap] verschuldigd was voor het rouwcentrum bedroeg € 2.500,= per maand. Als kostenpost voor [uitvaartverzorging] en [uitvaartzorg] worden in de overgelegde stukken echter tevens de rente en aflossing op de hypothecaire lening opgevoerd, terwijl deze kosten dienen te worden toegerekend aan [de vennootschap] als eigenaar van het rouwcentrum. Uitgaande van (niet meer dan) de daadwerkelijke huurlasten heeft [uitvaartverzorging] in 2014 een winst gemaakt van ruim € 80.000,= en heeft [uitvaartzorg] in 2016 een winst gemaakt van ongeveer € 35.000,=.

Deze berekeningen zijn gemaakt op basis van de door [appellanten c.s.] in het geding gebrachte kostenvergelijking (prod. 16), waarin een jaarlijks door [uitvaartverzorging] en door [uitvaartzorg] aan [de vennootschap]/[appellant 3] te betalen managementvergoeding van € 80.000,= wordt opgevoerd. Uit door [appellanten c.s.] overgelegde grootboekkaarten (prod. 28 mvg) blijkt echter niet dat deze managementvergoeding destijds daadwerkelijk is betaald. Gelet hierop en op het ontbreken van onderliggende stukken wordt betwist:

(1) dat tussen [de vennootschap] en [uitvaartverzorging] respectievelijk [uitvaartzorg] een managementovereenkomst bestond/bestaat en

(2) dat het terecht is om bij de berekening van de jaarlijkse winst van de beide werkmaatschappijen rekening te houden met € 80.000,= per jaar wegens bedrijfskosten in de vorm van managementvergoedingen.

Uit het voorgaande volgt dat [uitvaartverzorging] zonder meer in staat was geweest om de (restant)schuld aan [geïntimeerde] te voldoen, aldus nog steeds [geïntimeerde].

6.4.3. [appellanten c.s.] hebben in reactie op het voorgaande bij pleidooi allereerst aangevoerd dat [geïntimeerde] haar vordering in de memorie van antwoord heeft voorzien van een (in elk geval ten dele) nieuwe onderbouwing en dat [geïntimeerde] daartoe harerzijds incidenteel hoger beroep had dienen in te stellen.

Het hof verwerpt dit betoog. [appellanten c.s.] hebben zich in hun memorie van grieven nader verweerd met een beroep op financiële gegevens die zij voor het eerst in hoger beroep in het geding hebben gebracht (prod. 22 e.v. mvg). [geïntimeerde] heeft de juistheid van die gegevens in haar memorie van antwoord gemotiveerd bestreden en met gebruik making van die gegevens tevens de grondslag van haar vordering jegens [appellanten c.s.] nader onderbouwd. Dit laatste stond [geïntimeerde] vrij nu zij daarmee geen ander dictum beoogde.

6.4.4. [appellanten c.s.] hebben daarnaast aangevoerd dat [geïntimeerde] stelselmatig heeft geweigerd om een minnelijke regeling te treffen met [uitvaartverzorging] en heeft gedreigd met het aanvragen van het faillissement van (onder meer) [uitvaartverzorging]. Kennelijk willen [appellanten c.s.] daarmee (een deel van) de verantwoordelijkheid voor de liquidatie van [uitvaartverzorging] bij [geïntimeerde] leggen.

Ook dit verweer faalt. [geïntimeerde] had op grond van het eerder genoemde arrest van dit hof van 21 juli 2015 recht op betaling van € 171.723,05 (met rente) door [uitvaartverzorging]. Het stond [geïntimeerde] vrij om ter incasso van dit bedrag druk uit te oefenen op [uitvaartverzorging] en haar (indirecte) bestuurders. [appellanten c.s.] hebben niet deugdelijk onderbouwd gesteld, noch is het hof anderszins gebleken, dat sprake is geweest van ongeoorloofde druk.

Uit het door [geïntimeerde] gestelde volgt dat zij van mening is dat [uitvaartverzorging] in of vlak na juli 2015 in elk geval een deel van haar schuld meteen had kunnen voldoen en dat de restantschuld had kunnen worden voldaan uit de inkomsten uit de onderneming in de periode daarna. [appellanten c.s.] hebben niet deugdelijk onderbouwd waarom [geïntimeerde] niettemin akkoord had moeten gaan met het aanbod om ter finale kwijting € 17.500,= te betalen, waarom althans de gevolgen van het afwijzen van dit aanbod geheel of ten dele voor rekening van [geïntimeerde] moeten blijven.

6.4.5.1. [appellanten c.s.] betwisten niet dat – zoals [geïntimeerde] heeft gesteld – voor de betalingen door [uitvaartverzorging] aan of ten behoeve van [de vennootschap] geen rechtsgrond bestond en dat de desbetreffende bedragen daarom ten onrechte aan [uitvaartverzorging] zijn onttrokken. Zij

voeren (slechts) aan dat [uitvaartverzorging] in de periode vóór haar liquidatie weliswaar betalingen heeft gedaan aan of ten behoeve van [de vennootschap], maar dat [de vennootschap] in dezelfde periode ook heeft betaald aan of ten behoeve van [uitvaartverzorging] en dat deze laatste betalingen omvangrijker zijn geweest. Welke betalingen [de vennootschap] in de genoemde periode heeft gedaan aan of ten behoeve van [uitvaartverzorging], en waarom, hebben [appellanten c.s.] echter niet (deugdelijk onderbouwd) toegelicht, laat staan dat zij met dit verweer hebben duidelijk gemaakt welke rechtsgrond bestond voor de gewraakte betalingen aan of ten behoeve van [de vennootschap]. Het hof passeert dit verweer daarom als zijnde onvoldoende onderbouwd.

6.4.5.2. In reactie op de stellingen van [geïntimeerde] over de hoogte van de door [uitvaartverzorging] aan [de vennootschap] verschuldigde huur hebben [appellanten c.s.] aangevoerd dat de daadwerkelijk door [uitvaartverzorging] verschuldigde huur veel hoger was dan € 2.500,= per maand. Volgens [appellanten c.s.] was [uitvaartverzorging] per jaar niet ( $12 \times € 2.500,=$ ) € 30.000,= aan huur verschuldigd, maar € 75.000,=. Voor zover de huur niet maandelijks werd betaald, gebeurde dat aan het einde van het jaar, door middel van een verrekening in de rekening-courant tussen [uitvaartverzorging] en [de vennootschap].

Het hof overweegt dat [appellanten c.s.] deze stelling – anders dan van hen had mogen worden verwacht – niet nader hebben onderbouwd met behulp van een schriftelijke huurovereenkomst, noch aan de hand van boekhoudkundige bescheiden uit de desbetreffende periodes. Het hof passeert dit verweer daarom eveneens als zijnde onvoldoende onderbouwd.

6.4.5.3. In verband met de managementvergoedingen hebben [appellanten c.s.] ten verweere gesteld dat uit de boekhouding duidelijk blijkt dat sprake is geweest van een managementovereenkomst en dat in de jaarrekeningen van [uitvaartverzorging] ook een post 'managementvergoeding' is opgenomen. Volgens [appellanten c.s.] was de opzet aldus dat [uitvaartverzorging] managementvergoedingen verschuldigd was aan [de vennootschap] en dat laatstgenoemde vervolgens loon diende te betalen aan [appellant 3]; in de praktijk betaalde [uitvaartverzorging] het loon echter rechtstreeks aan [appellant 3], waarna de vordering van [uitvaartverzorging] op [de vennootschap] werd voldaan door een verrekening in de onderlinge rekening-courant.

Het hof overweegt dat [appellanten c.s.] ook deze stellingen – anders dan van hen had mogen worden verwacht – niet nader hebben onderbouwd met behulp van een schriftelijke managementovereenkomst, noch aan de hand van boekhoudkundige bescheiden uit de desbetreffende periode. Uit de onderdelen van het grootboek van [uitvaartverzorging] die [appellanten c.s.] wél in het geding hebben gebracht (prod. 28 mvg), blijkt in elk geval niet van de gestelde betalingen door [uitvaartverzorging] aan [appellant 3]: uitgaande van het grootboek over de periode van 21 juli 2015 tot 16 september 2015 (de dag van de ontbinding van [uitvaartverzorging]) is aan [appellant 3] niet meer dan € 1.320,= aan 'loon/vergoeding' betaald. In de door [appellanten c.s.] in het geding gebrachte winst- en verliesrekeningen over 2013 en 2014 (prod. 14 en 15) heeft het hof ook geen post 'managementvergoeding' (al dan niet ad € 80.000,=) aangetroffen, wel een post 'lonen en salarissen' (ad € 22.084,= respectievelijk € 27.326,=). Het hof passeert ook het verweer in verband met de managementvergoedingen daarom als zijnde onvoldoende onderbouwd.

6.4.5.4. [appellanten c.s.] hebben weliswaar betwist dat [uitvaartverzorging] in staat was om de schuld aan [geïntimeerde] te voldoen, maar zijn niet ingegaan op de nadere stellingen van [geïntimeerde] over de in juli 2015 beschikbare kredietruimte.

Uitgaande, daarom, van de juistheid van deze stellingen had [uitvaartverzorging] in of vlak na juli 2015 in elk geval een substantiële betaling kunnen doen aan [geïntimeerde]. Mede gelet op hetgeen het hof hiervoor in r.o. 6.4.5.2 en 6.4.5.3 heeft overwogen had voor het overige een regeling met betalingen in termijnen kunnen worden getroffen. [appellanten c.s.] hebben onvoldoende gemotiveerd betwist dat [uitvaartverzorging] aldus op den duur aan haar verplichtingen jegens [geïntimeerde] had kunnen voldoen (het hof komt op deze kwestie terug in r.o. 6.8.). Uit haar – verder onweersproken gebleven – stellingen in hoger beroep volgt dat [geïntimeerde] hiermee genoegen had genomen.

6.4.5.5. Voor het overige herhalen [appellanten c.s.] in hoger beroep hun in eerste aanleg ingenomen stellingen, zonder deze op wezenlijke punten nader te onderbouwen. Daardoor blijft ook in hoger beroep onvoldoende weersproken:

- (1) dat de ondernemingen in het kader van [uitvaartverzorging] en [uitvaartzorg] (nagenoeg) identiek waren/zijn,
- (2) dat de (volgens [appellanten c.s.] negatieve) ontwikkelingen in de uitvaartbranche geen bijzondere relevantie hebben voor de beslechting van het onderhavige geschil, en
- (3) dat er, al met al, geen overtuigende bedrijfseconomische reden was om [uitvaartverzorging] te liquideren en om de exploitatie van de onderneming voort te zetten in [uitvaartzorg] en dat voor deze gang van zaken uitsluitend is gekozen om de schuld van [uitvaartverzorging] aan [geïntimeerde] onbetaald te kunnen laten.

6.5. Grief I faalt, gelet op het voorgaande.

*Grief II, de (gestelde) aansprakelijkheid van [de vennootschap], [appellant 3] en [uitvaartverzorging]*

6.6.1. Met grief II voeren [appellanten c.s.] aan dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de vervanging van [uitvaartverzorging] door [uitvaartzorg], met als enige doel het onbetaald laten van de vordering van [geïntimeerde], onrechtmatig handelen van [appellanten c.s.] jegens [geïntimeerde] oplevert. [appellanten c.s.] onderbouwen deze grief, samengevat en voor zover relevant, als volgt.

De rechtbank heeft geoordeeld dat het onrechtmatig handelen van [appellanten c.s.] in de kern daarin bestaat dat zij misbruik hebben gemaakt van de wettelijke mogelijkheid om rechtspersonen op te richten en te liquideren. Volgens [appellanten c.s.] heeft de rechtbank aldus een onjuiste toets aangelegd, omdat [geïntimeerde] haar vordering niet heeft gebaseerd op dit misbruik.

Subsidiair voeren [appellanten c.s.] aan dat geen sprake is geweest van een dergelijk misbruik. Niet het staken van de activiteiten van [uitvaartverzorging] en haar ontbinding hebben ertoe geleid dat [uitvaartverzorging] haar verplichtingen jegens [geïntimeerde] niet kon nakomen. Oorzaak van het niet (kunnen) betalen van [geïntimeerde] was de slechte liquiditeitspositie van [uitvaartverzorging]. Laatstgenoemde was daardoor nog maar net in staat om het hoofd boven water te houden en alle exploitatiekosten te betalen. [uitvaartverzorging] beschikte niet over de middelen om ook nog de schuld aan [geïntimeerde] te voldoen. Gelet hierop hebben [appellanten c.s.] niet onrechtmatig gehandeld jegens [geïntimeerde].

6.6.2. Zoals eerder blijkt, heeft [geïntimeerde] ter onderbouwing van de aansprakelijkheid van [de vennootschap] en [appellant 3], als bestuurder respectievelijk indirect bestuurder van [uitvaartverzorging], een beroep gedaan op het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid.

Dienaangaande stelt het hof voorop dat ter zake de benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder van die vennootschap heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In een dergelijk geval 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 artikel 2:9 BW, persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarvan 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 ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen (zie het eerder genoemde arrest Ontvanger/Roelofsen en de daarop voortbouwende jurisprudentie).

6.6.3. Het hof heeft in het voorgaande vastgesteld dat [uitvaartverzorging], alhoewel daartoe in staat, in of vlak na juli 2015 heeft nagelaten om uit het beschikbare krediet een substantiële betaling te doen aan [geïntimeerde] (zie r.o. 6.4.5.4.), terwijl in die periode ook sprake is geweest van selectieve betalingen door [uitvaartverzorging] en van niet-gerechtigde onttrekkingen aan haar vermogen (zie r.o. 6.4.5.1.). Daarnaast heeft het hof geoordeeld dat [appellanten c.s.] onvoldoende hebben weersproken dat er geen overtuigende bedrijfseconomische reden was om [uitvaartverzorging] te liquideren en om de exploitatie van de onderneming voort te zetten in [uitvaartzorg] en dat voor deze gang van zaken uitsluitend is gekozen om de schuld van [uitvaartverzorging] aan [geïntimeerde] onbetaald te kunnen laten (zie r.o. 6.4.5.5.). Aan het bestaan van [uitvaartverzorging] is aldus zonder noodzaak een einde gemaakt. De liquidatie van [uitvaartverzorging] heeft tot gevolg gehad dat deze vennootschap haar verplichtingen jegens [geïntimeerde] niet is nagekomen en ook geen verhaal heeft geboden. De (indirecte) bestuurders [de vennootschap] en [appellant 3] wisten dat dit het gevolg zou zijn.

Uitgaande van het genoemde motief voor de liquidatie van [uitvaartverzorging] levert dit alles persoonlijke aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatig handelen van de (indirecte) bestuurders [de vennootschap] en [appellant 3] jegens [geïntimeerde] op in de hiervoor bedoelde zin.

6.6.4. [appellanten c.s.] hebben nog ten ververe aangevoerd dat huisbankier Rabobank eiste dat [uitvaartverzorging] haar volledige rekening-courantkrediet zou aflossen (mvg 3.2.7.). [appellanten c.s.] willen daarmee kennelijk nader onderbouwen dat [uitvaartverzorging] niet in staat was om aan haar verplichtingen jegens [geïntimeerde] te voldoen en dat hen daarvan geen persoonlijk verwijt te maken is. [appellanten c.s.] miskennen daarmee dat de aflossing van het rekening-courantkrediet is geschied op eigen verzoek van [uitvaartverzorging], vertegenwoordigd door haar indirecte be-

stuurder [appellant 3], zoals ook blijkt uit de brief van Rabobank die [appellanten c.s.] zelf (als prod 21 mv) in het geding hebben gebracht.

[appellanten c.s.; Red.] hebben verder nog aangevoerd dat Rabobank pandrechten had op de vorderingen van [uitvaartverzorging] en op de voorraden en de inboedel van [de vennootschap]. Ook dit verweer faalt. Ervan uitgaande, zoals het hof doet, dat [uitvaartverzorging] de schuld aan [geïntimeerde] had kunnen voldoen uit de opbrengsten van de onderneming indien niet zou zijn besloten haar activiteiten in [uitvaartverzorging] voort te zetten en [uitvaartverzorging] te liquideren, valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien wat het bestaan van de genoemde zekerheidsrechten kan afdoen aan dat oordeel.

6.6.5. Ter onderbouwing van de aansprakelijkheid van [uitvaartverzorging] heeft [geïntimeerde] een beroep gedaan op misbruik van identiteitsverschil en, in dat kader, op vereenzelviging.

Bij de beoordeling daarvan stelt het hof voorop dat door degene die de volledige of overheersende zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, en dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd, in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Het maken van zodanig misbruik zal in de regel moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, doch ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf. De omstandigheden van het geval kunnen evenwel ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is (zie het eerder genoemde Rainbow-arrest, en HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, Resort of the World/Maple Leaf Foundation).

6.6.6. Anders dan [appellanten c.s.] hebben aangevoerd, ligt aan de door [geïntimeerde] ingestelde vordering wel degelijk mede ten grondslag dat [appellanten c.s.] misbruik hebben gemaakt van de wettelijke mogelijkheid om rechtspersonen op te richten en te liquideren. Uit hetgeen in het voorgaande door het hof werd overwogen volgt dat ook het hof van oordeel is dat ten nadele van [geïntimeerde] misbruik is gemaakt van het identiteitsverschil tussen [uitvaartverzorging] en [uitvaartzorg]. Dit misbruik levert een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad op van [de vennootschap], als bestuurder (zie r.o. 6.6.3) en als aandeelhouder. Zij is immers degene die met gebruikmaking van haar zeggenschap ([uitvaartverzorging] en) [uitvaartzorg] tot medewerking aan het onrechtmatig handelen heeft gebracht. Het genoemde misbruik levert dan tevens een onrechtmatige daad op van [uitvaartzorg], omdat het ongeoorloofde oogmerk van [de vennootschap] rechtens ook dient te worden aangemerkt als een ongeoorloofd oogmerk van [uitvaartzorg].

De verweren die [appellanten c.s.] in dit verband hebben aangevoerd (het ontbreken van het oogmerk om [geïntimeerde] te benadelen, de onmogelijkheid om zowel de exploitatiekosten als de schuld aan [geïntimeerde] te voldoen, de ontbrekende bereidheid om een regeling te treffen bij [geïntimeer-

de]) zijn in het voorgaande besproken en verworpen; zie de r.o. 6.4.4., 6.4.5.4. en 6.4.5.5.).

[geïntimeerde] heeft ten aanzien van [uitvaartzorg] ook uitdrukkelijk een beroep gedaan op vereenzelviging. Rechtsgevolg van een geslaagd beroep daarop is dat het identiteitsverschil tussen [uitvaartverzorging] en II wordt weggedacht, zodat [uitvaartzorg] aansprakelijk is voor de volledige schuld aan [geïntimeerde] als ware zij [uitvaartverzorging]. [geïntimeerde] heeft naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd dat sprake is van zó uitzonderlijke omstandigheden dat dit rechtsgevolg hier op zijn plaats is. Het beroep op vereenzelviging wordt daarom afgewezen

6.6.7. Op grond van al het voorgaande komt het hof tot het oordeel dat zowel [de vennootschap] en [appellant 3] als [uitvaartzorg] onrechtmatig hebben gehandeld jegens [geïntimeerde].

6.7. Gelet op het voorgaande faalt ook grief II.

### *Grief III, schadeomvang en causaal verband*

6.8.1. Met grief III voeren [appellanten c.s.] aan dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld:

(1) dat de omvang van de door [geïntimeerde] gelden schade moet worden gesteld op het volledige bedrag (hoofdsom en rente) dat [uitvaartverzorging] verschuldigd is gebleven, en  
(2) dat causaal verband bestaat tussen de (gestelde) onrechtmatige gedragingen van [appellanten c.s.] en de door [geïntimeerde] geleden (gestelde) schade.

Volgens [appellanten c.s.] heeft [geïntimeerde] geen schade geleden, ontbreekt althans het causaal verband, omdat [uitvaartverzorging] nimmer in staat zou zijn geweest om aan haar verplichtingen uit het arrest van 21 juli 2015 te voldoen, niet op korte termijn, maar ook niet op langere termijn. [appellanten c.s.] hebben deze stellingen onderbouwd met behulp van boekhoudkundige bescheiden en bankafschriften uit de periode onmiddellijk vóór de liquidatie van [uitvaartverzorging] en hebben voorts hun stelling herhaald dat [geïntimeerde] aanspraak maakte op betaling van het volledige bedrag van € 171.723,05 en niet bereid was om genoegen te nemen met een betaling ter finale kwijting van € 17.500,=.

[geïntimeerde] heeft het door [appellanten c.s.] gestelde gemotiveerd weersproken.

6.8.2. Het hof verwerpt het verweer van [appellanten c.s.] dat [geïntimeerde] geen schade heeft geleden. Doordat [uitvaartverzorging] naar aanleiding van het hof-arrest van 21 juli 2015 geen betalingen heeft gedaan aan [geïntimeerde] en geen verhaal heeft geboden en doordat [uitvaartverzorging] daarna per 16 september 2015 is ontbonden, is [geïntimeerde] tot op heden een bedrag van € 171.723,05, te vermeerderen met wettelijke (handels)rente, onthouden.

6.8.3. De (causaliteits)vraag die vervolgens rijst is in welke situatie [geïntimeerde] (vermoedelijk) zou hebben verkeerd in de hypothetische situatie waarin het onrechtmatig handelen door [appellanten c.s.] achterwege was gebleven. Meer in het bijzonder rijst – naar aanleiding van het desbetreffende verweer – de vraag of [geïntimeerde] ook in dat geval met lege handen had gestaan en was blijven staan.

Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

6.8.4. Tussen partijen staat voldoende vast dat [geïntimeerde] ook zonder het onrechtmatig handelen van [appellanten c.s.] de in juli 2015 door dit hof toegewezen hoofdsom niet onmiddellijk en volledig had (kunnen) ontvangen. Dit betekent dat [uitvaartverzorging] in de hypothetische situatie de hoofdsom ad € 171.723,05 verschuldigd zou zijn geweest en tevens – vanaf 24 juli 2015 – de wettelijke handelsrente over dat be-

drag. Deze rente bedroeg in die periode 8,05% per jaar en bedraagt vanaf 1 juli 2016 8% per jaar.

6.8.5. Verder staat vast dat [geïntimeerde], nadat het hof in juli 2015 arrest had gewezen, niet bereid is geweest om een regeling in de minne te treffen (zie r.o. 6.4.4.). Dat destijds geen regeling is bereikt heeft ongetwijfeld te maken met het (volgens [geïntimeerde] té) lage bedrag dat [appellant 3] aanbod te betalen. Anderzijds is gesteld noch gebleken dat [geïntimeerde] toen, bijvoorbeeld door het doen van een tegenbod, heeft laten blijken in principe open te staan voor een regeling in de minne. [appellanten c.s.] hebben ook niet gesteld en onderbouwd dat op een later moment toch een regeling had kunnen worden bereikt (en wat die regeling dan vermoedelijk had ingehouden). Het hof gaat er daarom van uit dat [geïntimeerde] in de hypothetische situatie onverkort vasthouden aan betaling van het volledige aan haar verschuldigde bedrag en niet bereid zou zijn geweest tot het treffen van een regeling in de minne.

6.8.6. De vraag die vervolgens rijst is of [geïntimeerde] deze volledige betaling ook zou hebben verkregen en zo ja, wanneer. In dit verband is relevant, zoals het hof in het voorgaande heeft geoordeeld:

(1) dat vanaf juli 2015 sprake is geweest van selectieve betalingen door [uitvaartverzorging] en van niet-gerechtigde onttrekkingen aan haar vermogen (zie r.o. 6.4.5.1.);

(2) dat [uitvaartverzorging] in diezelfde periode, gelet op het toen beschikbare bancaire krediet, een substantiële betaling had kunnen doen aan [geïntimeerde];

(3) dat bij voortzetting van de onderneming in [uitvaartverzorging] een betalingsregeling had kunnen worden getroffen, waardoor [uitvaartverzorging] op den duur volledig aan haar verplichtingen jegens [geïntimeerde] had kunnen voldoen; en (4) dat [geïntimeerde] een dergelijke betalingsregeling zou hebben geaccepteerd (zie r.o. 6.4.5.4.).

6.8.7. [geïntimeerde] heeft gesteld dat haar ten gevolge van de omstandigheden onder (1) en (2) in totaal een bedrag van € 105.599,= is onthouden, waarvan € 64.106,= in verband met de betalingen aan derden/onttrekkingen, en € 41.493,= uit het bancaire krediet (zie r.o. 6.4.2.2.). [appellanten c.s.] hebben de berekeningen die hebben geleid tot deze bedragen niet, althans onvoldoende gemotiveerd betwist. Het hof volgt [geïntimeerde] niettemin niet volledig in het door haar gestelde, nu aannemelijk is dat juist het beschikbare bancaire krediet is gebruikt om de bestreden betalingen te doen. Dit laatste wordt door [geïntimeerde] ook gesteld (zie mva nr. 39). In zoverre bevat het genoemde bedrag van € 105.599,= dus een dubbelstelling.

Bij gebreke van aanknopingspunten voor een andere berekening van het bedrag dat na medio juli 2015 beschikbaar was voor betalingen aan [geïntimeerde], houdt het hof uitsluitend rekening met het totaalbedrag van de betalingen aan derden/onttrekkingen. De stellingen en berekeningen van [geïntimeerde] op dit punt volgend, gaat het hof ervan uit dat [uitvaartverzorging] op 16 september 2015 een bedrag van (afgerond) € 64.000,= beschikbaar had voor betalingen aan [geïntimeerde] en deze betaling op dat moment – al dan niet onder druk van dreigende maatregelen – ook daadwerkelijk zou hebben voldaan.

6.8.8. In verband met de omstandigheden onder (3) en (4) heeft [geïntimeerde] aangevoerd dat [appellanten c.s.] willens en wetens een vertekend beeld hebben gegeven van de winstgevendheid van [uitvaartverzorging] en [uitvaartzorg], in het bijzonder in verband met de aan [de vennootschap] verschuldigde huur en managementvergoeding (zie r.o. 6.4.2.3.). Vol-

gens [geïntimeerde] zou [uitvaartverzorging], ware zij niet geliquideerd, in staat zijn geweest om uit de daadwerkelijk gemaakte winst de restantschuld aan [geïntimeerde] te voldoen.

Het hof volgt [geïntimeerde], als gezegd, in deze opvatting. De vraag op welke wijze en in welk tempo [uitvaartverzorging] haar schuld in deze hypothetische situatie zou hebben afgelost, kan naar haar aard slechts bij benadering worden beantwoord. Bij gebreke aan aanknopingspunten voor een andere benadering, gaat het hof uit van het volgende:

– [uitvaartverzorging] zou, als gezegd, medio september 2015 het genoemde bedrag van € 64.000,= hebben betaald aan [geïntimeerde] (gelet op het bepaalde in artikel 6:44 BW had deze betaling eerst in mindering gestrekt op de verschenen handelsrente over de hoofdsom, zijnde tot en met 15 september € 2.045,=, en voor het overige op de hoofdsom zelf; daarna zou sprake zijn geweest van een restantschuld van (€ 171.723,05 -/- € 61.955,=) € 109.768,= aan hoofdsom, te vermeerderen met wettelijke handelsrente vanaf 16 september 2015);

– [uitvaartverzorging] zou daarna in twee termijnen van steeds 18 maanden haar nog resterende schuld aan [geïntimeerde] hebben afgelost, te weten: een bedrag van € 60.000,= per 16 maart 2017 en het restant per 16 september 2018 (de betaling op 16 maart 2017 had eerst in mindering gestrekt op de verschenen handelsrente over de hoofdsom, zijnde tot en met 15 maart 2017 € 13.179,=, en voor het overige op de hoofdsom zelf; daarna zou sprake zijn geweest van een restantschuld van (€ 109.768,= -/- € 46.821,=) € 62.947,=, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 16 maart 2017; de betaling op 16 september 2018 zou hebben bedragen: € 62.947,= aan hoofdsom en € 7.561,= aan handelsrente, zijnde in totaal € 70.508,=.

6.8.9. Bij het inschatten van de genoemde aflossingstermijnen heeft het hof onder meer in aanmerking genomen dat [uitvaartverzorging], indien zij niet zou zijn geliquideerd, maandelijks uit de opbrengst van haar activiteiten gemiddeld genomen een bedrag van ongeveer € 3.600,= zou hebben kunnen reserveren om de schuld aan [geïntimeerde] in de genoemde termijnen te voldoen. Gelet onder meer op hetgeen het hof hiervoor onder r.o. 6.5.4.2 en 6.5.4.3 heeft overwogen, oordeelt het hof dat [uitvaartverzorging] daartoe in staat zou zijn geweest. [appellanten c.s.] hebben niets gesteld dat afdoet aan dit oordeel.

Gelet op het voorgaande verwerpt het hof het causaliteitsverweer van [appellanten c.s.] dat erop neerkomt dat geen causaal verband bestaat tussen de aan hen verweten onrechtmatige gedragingen en de door [geïntimeerde] geleden schade omdat [uitvaartverzorging] haar schuld aan [geïntimeerde] hoe dan ook en in het geheel niet had kunnen voldoen.

Voor zover [appellanten c.s.] met hun stelling dat [geïntimeerde] niet bereid was om genoeg te nemen met een betaling ter finale kwijting van € 17.500,= een beroep willen doen op 'eigen schuld', wordt dat verweer verworpen. Het hof verwijst naar hetgeen werd overwogen en geoordeeld in r.o. 6.4.4. 6.8.10. Dit alles betekent dat [appellanten c.s.] terecht zijn veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding ter hoogte van de door [uitvaartverzorging] aan [geïntimeerde] verschuldigde hoofdsom ad € 171.723,05.

In verband met de wettelijke (handels)rente neemt het hof tot uitgangspunt hetgeen werd overwogen en geoordeeld in r.o. 6.8.8., namelijk dat [geïntimeerde] in de hypothetische situatie op 16 september 2015 € 64.000,= zou hebben ontvangen, op 16 maart 2017 een bedrag van 60.000 en op 16 september 2018 een bedrag van € 70.508,=.

Dit betekent dat [geïntimeerde] aanspraak kan maken op betaling van schade als volgt:

- a) een bedrag van € 64.000,=, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 16 september 2015 tot de dag der algehele voldoening;
- b) een bedrag van € 60.000,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 16 maart 2017 tot de dag der algehele voldoening;
- c) een bedrag van € 70.508,= te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 16 september 2018 tot de dag der algehele voldoening.

Het hof overweegt in verband met het voorgaande dat de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW alleen verschuldigd is over de periode dat [uitvaartverzorging] (in de hypothetische situatie) als schuldenaar in het kader van een handelsovereenkomst tot betaling van deze rente gehouden was en dat over de door [appellanten c.s.] aan [geïntimeerde] verschuldigde schadevergoeding (die drie bedragen aan ten onrechte niet betaalde wettelijke handelsrente omvat) 'slechts' de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW verschuldigd is. [geïntimeerde] heeft niets gesteld dat het hof tot een ander oordeel kan leiden (zie ook r.o. 6.6.6. in verband met de vereenzelving).

6.9. Grief III faalt mitsdien, behalve waar het betreft de door de rechtbank toegekende aanspraak op wettelijke handelsrente vanaf 24 juli 2015.

#### Ten slotte

6.10.1. [geïntimeerde] en [appellanten c.s.] hebben over en weer op punten nog bewijs aangeboden. Het gaat hier echter om punten die ofwel niet ter zake dienende zijn ofwel geen feiten of omstandigheden betreffen die, indien bewezen, tot een ander dan het hiervoor gegeven oordeel kunnen leiden. Het hof zal die bewijsaanbiedingen daarom passeren.

6.10.2. Om praktische redenen zal het hof het vonnis waarvan beroep in zijn geheel vernietigen en opnieuw rechtdoende, de vorderingen toewijzen als hierna in het dictum opgenomen. [appellanten c.s.] zullen als de overwegend in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. Deze kosten aan de zijde van [geïntimeerde] zullen worden vastgesteld op € 5.200,= aan griffierecht en op € 12.644,= voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief (4 punten x € 3.161,= conform tarief V).

#### 7. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep, en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt [appellanten c.s.] hoofdelijk tot betaling van

- a) een bedrag van € 64.000,=, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 16 september 2015 tot de dag der algehele voldoening,
- b) een bedrag van € 60.000,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 16 maart 2017 tot de dag der algehele voldoening,
- c) een bedrag van € 70.508,= te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 16 september 2018 tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt [appellanten c.s.] hoofdelijk in de proceskosten van het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde] op € 5.200,= aan griffierecht en op € 12.644,= aan salaris advocaat;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

#### NOOT

Het gaat in dit arrest om een uitvaartonderneming (in het arrest en hierna genaamd: 'Uitvaartverzorging') die na het ontstaan van een geschil met een bouwadviseur is veroordeeld om aan die partij een bedrag ter hoogte van € 171.723,05 te betalen. Uitvaartverzorging betaalt echter niet, maar draagt haar onderneming over aan een nieuw opgerichte werkmatschappij (in het arrest en hierna genaamd: 'Uitvaartzorg') met dezelfde aandeelhouder en bestuurder (in het arrest en hierna genaamd: 'de Vennootschap'). Kort daarna is Uitvaartverzorging door middel van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders ontbonden. Vervolgens is zij ook uitgeschreven uit het Handelsregister met de registratie dat zij is opgehouden te bestaan omdat geen bekende baten meer aanwezig zijn en dat de onderneming met ingang van de dag van ontbinding is overgedragen aan Uitvaartzorg.

De bouwadviseur vordert vervolgens hoofdelijke veroordeling van de DGA, de Vennootschap en Uitvaartzorg tot betaling van € 171.723,05 vermeerderd met wettelijke handelsrente. Hij legt ten aanzien van de drie partijen daaraan het volgende ten grondslag:

- a. jegens de DGA en de Vennootschap als (indirect) bestuurders van Uitvaartverzorging: bestuurdersaansprakelijkheid wegens het bewerkstelligen of toelaten dat deze vennootschap haar verplichtingen niet nakomt (zie HR 8 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*));
- b. jegens de Vennootschap als moedervernootschap/aandeelhouder van Uitvaartverzorging: aansprakelijkheid op grond van de schending van haar zorgplicht jegens de bouwadviseur als crediteur van Uitvaartverzorging (zie HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2019:BH4033 (*Comsys*));
- c. jegens Uitvaartzorg: aansprakelijkheid vanwege het aan haar toe te rekenen oogmerk van de Vennootschap om misbruik te maken van identiteitsverschil en/of wegens vereenzelving (zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow*)).

De bouwadviseur doet voor wat betreft de aansprakelijkheid van de bestuurders een beroep op het standaardarrest van de Hoge Raad ten aanzien van externe bestuurdersaansprakelijkheid (*Ontvanger/Roelofsen*; zie voor een actuele bevestiging van dit arrest bijvoorbeeld: HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470). In dat arrest is bepaald dat naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld (de zogenoemde 'Beklamel'-situatie) dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen moet de bestuurder, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, wel een voldoende ernstig verwijt kunnen worden gemaakt van het hem verweten onrechtmatig handelen.

In de onder (ii) bedoelde gevallen (waar het in dit arrest om gaat) zal van een dergelijk ernstig verwijt 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. Nu in dit arrest feite-



lijk wordt geoordeeld dat de bestuurders juist dat gevolg beoogden, wekt het dan ook geen verbazing dat zowel door de rechtbank als door het hof de vorderingen op die grondslag worden toegewezen.

Redengevend voor het hof is dat Uitvaartverzorging heeft nagelaten een substantiële betaling te doen toen zij daartoe wel in staat was, en dat in plaats daarvan sprake is geweest van niet-gerechvaardigde onttrekkingen aan haar vermogen. Daarnaast was er geen overtuigende bedrijfseconomische reden voor de wisseling van werkmaatschappij, en stelt het hof vast dat de wisseling enkel is ingegeven door de wens om onder de genoemde betalingsplicht uit te komen. Het hof oordeelt dat aldus zonder noodzaak een einde is gemaakt aan het bestaan van Uitvaartverzorging, waardoor deze haar verplichtingen jegens de bouwadviseur niet is nagekomen en ook geen verhaal heeft geboden, terwijl de bestuurders wisten dat dit het gevolg zou zijn. Dat levert volgens het hof dus bestuurdersaansprakelijkheid op.

Vermeldenswaardig is dat in dit geval de bestuurders zelf onder andere de slotbalans en bankafschriften in het geding hadden gebracht die de bouwadviseur ten grondslag kon leggen aan zijn vorderingen. Het zal voor een schuldeiser (die de bewijslast draagt) echter niet altijd eenvoudig zijn om de juiste informatie te vergaren om daarmee aannemelijk te maken dat hij wel geheel of deels zou zijn voldaan als er op een juiste wijze zou zijn vereffend. Nethe pleit om die reden in *Ondernemingsrecht* 2017/6 onder de titel 'Reuring rondom turboliquidatie' voor het invoeren van de verplichting dat het bestuur een slotbalans met toelichting moet deponeren bij het Handelsregister, alvorens de opgaaf aan het Handelsregister kan worden gedaan van de ontbinding zonder formele vereffening. Tot het zover is zal de schuldeiser zelf moeten proberen in het voortraject zoveel mogelijk informatie te vergaren, of de schuldeiser zal het in een procedure van de rechter moeten hebben die een verzwaarde stelplicht op de bestuurder kan leggen.

Niet alleen de DGA en de Vennootschap worden aansprakelijk gehouden, ook de nieuwe entiteit wordt hoofdelijk verdeeld tot betaling. Deze veroordeling wordt gegrond op misbruik van identiteitsverschil, hetgeen een onrechtmatige gedraging oplevert van Uitvaartzorg. Hoewel aan de vordering ook vereenzelviging ten grondslag was gelegd, gaat het hof daar niet in mee, onder verwijzing naar de bepalende overweging uit het *Rainbow*-arrest van de Hoge Raad die alleen ruimte biedt voor vereenzelviging in heel uitzonderlijke omstandigheden.

In het *Rainbow*-arrest overwoog de Hoge Raad dat de schade door het misbruik van identiteitsverschil niet zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal wilde verijdelen. Reeds daarom was volgens de Hoge Raad in dat geval vereenzelviging een vorm van redres die te ver gaat. In het onderhavige arrest wordt de schade echter wel op het bedrag van de vordering gesteld. Daarmee verschilt het resultaat niet erg van een toepassing van het leerstuk van vereenzelviging, maar de route ernaartoe, via de onrechtmatige daad, lijkt mij volkomen juist. Met de terughoudende toepassing (eigenlijk: het uitblijven van toepassing) van het leerstuk van vereenzelviging is overigens niet iedereen het eens. Ik verwijs bijvoorbeeld naar de annotatie van De Witt Wijnen onder het *Maple Leaf*-arrest (HR 13 oktober 2000, «JOR» 2000/238). Tot slot nog een enkele opmerking omtrent het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen van Uitvaartzorg en de toegewezen schade. Kort samengevat oordeelt het hof dat enerzijds een schadepost

van € 64.000,= is ontstaan door betalingen aan derden en/of ongerechtvaardigde onttrekkingen aan het vermogen van Uitvaartverzorging en anderzijds twee schadeposten van € 60.000,= en € 70.508,= door het ontbinden van Uitvaartverzorging terwijl die partij na verloop van tijd in staat zou zijn geweest de volledige vordering af te betalen. De laatste schadepost is (mede) veroorzaakt door Uitvaartzorg door mee te werken aan de wisseling van werkmaatschappijen, maar dat kan van de eerste post niet worden gezegd. Immers, die betalingen aan derden c.q. ongerechtvaardigde onttrekkingen zijn geen handelingen die door Uitvaartzorg werden verricht of aan haar kunnen worden toegerekend. Daarmee kan wel de vraag worden gesteld of de eerste schadepost ter hoogte van € 64.000,= wel in causaal verband staat met de onrechtmatige gedraging van Uitvaartzorg (misbruik van identiteitsverschil).

mr. M. Poelsema  
Nysingh advocaten en notarissen

## 146

### De curator heeft niet aan zijn stelplicht ex art. 2:248 lid 1 BW voldaan. Bestuurders zijn niet aansprakelijk

Gerechtshof Den Haag  
6 augustus 2019, nr. 200.226.425/01,  
ECLI:NL:GHDHA:2019:2021  
(mr. Van Kooten, mr. Lenselink, mr. Groos)  
Noot mr. E.A. van de Kuilen-Stap en mr. I.C. den Bieman

#### Bestuurdersaansprakelijkheid. Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

[BW art. 2:9, 2:248; Wet LB art. 19b]

*Essentie: Aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 of 2:248 BW van bestuurder van gefailleerde stamrechtvennootschap? Hoge drempel, art. 19b Wet LB 1964, statutair doel, onbehoorlijke taakvervulling, belangrijke oorzaak, stelplicht, kosten incidenteel appel.*

*Samenvatting: Naar het oordeel van het hof moeten de in r.o. 3.5 onder a, b en d genoemde handelingen worden gezien als handelingen om het in Gouden Tromp ondergebrachte stamrechtkapitaal te laten renderen en daarmee ondernemingsactiviteiten te ontplooien, en dus als beslissingen die behoren tot het ondernemen van [appellant] als bestuurder van Gouden Tromp. De curator heeft niet, althans onvoldoende gemotiveerd, gesteld dat deze handelingen uiteindelijk de schuldeisers van Gouden Tromp hebben gedupeerd en dat [appellant] het besef van deze benadeling had op het moment van zijn handelen. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat [appellant] heeft ontkend wetenschap van benadeling van schuldeisers te hebben gehad en dat hij heeft verklaard dat hij steeds heeft gekeken of het verstandig was zo te handelen – hij was zelf ook schuldeiser van Gouden Tromp, het was zijn pensioenvoorziening – en dat de geleden verliezen uitsluitend het gevolg zijn van de destijds ook voor hem onvoorzienbare, plotseling ingetreden economische recessie. Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door [appellant] is naar het oordeel van het hof geen sprake.*