

**JOR 2015/290**

<b>Aflevering</b>	JOR 2015, afl. 11
<b>Publicatiedatum</b>	13-11-2015
<b>Rolnummer</b>	HD 200.154.574/01
<b>Instantie</b>	Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 juli 2015 (mr. Fikkers, mr. Beurskens, mr. Groenewald)
<b>Annotator</b>	mr. D.F. Berkhout
<b>ECLI</b>	ECLI:NL:GHSHE:2015:2895
<b>Wetsbepaling</b>	BW Boek 6 - 162



**Titel**

**Externe bestuurdersaansprakelijkheid, Persoonlijk ernstig verwijt, Bestuurders wisten bij sluiten van share purchase agreement dat vennootschap niet aan verplichtingen kon voldoen, Zij hadden financieringsvoorbehoud kunnen laten opnemen dan wel wederpartij moeten informeren over noodzaak van externe financiering**

**Samenvatting**

*Meijer en De Wit – beiden indirect bestuurders van de inmiddels failliete vennootschap GFIS – kan worden verweten dat zij GFIS de share purchase agreement (SPA) hebben doen sluiten, terwijl zij wisten althans redelijkerwijze behoorden te begrijpen dat GFIS niet binnen een redelijke termijn aan de verplichtingen op grond van de SPA zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de door appellante als gevolg van deze tekortkoming te lijden schade. Gelet op de stand van zaken rondom het verkrijgen van de externe financiering op 4 mei 2011 hadden Meijer en De Wit af moeten zien van de SPA tussen GFIS en appellante. Zij hadden eventueel ook een financieringsvoorbehoud in de SPA kunnen laten opnemen. Meijer en De Wit hebben dat niet gedaan. Evenmin hebben zij appellante geïnformeerd over de noodzaak om de koopprijs extern te financieren, zodat zij haar besluit om de SPA aan te gaan voor de prijs van € 350.000 en zonder aanvullende zekerheden te bedingen kon heroverwegen. Van dit een en ander kan Meijer en De Wit een ernstig verwijt worden gemaakt, dat hen (althans de gedagvaarde beheersmaatschappijen LMB en DWI waaraan, als directe bestuurders van GFIS, het handelen van Meijer en De Wit kan worden toegerekend) aansprakelijk doet zijn voor de schade die het gevolg is van de verweten gedragingen.*

**Partijen**

NFNvB BV te 's-Hertogenbosch,  
appellante,  
advocaat: mr. D.B. Le Poole,  
tegen  
1. Laurens Meyer Beheer BV te Etten-Leur,  
2. De Wit Investments BV te Nieuwerkerk aan den IJssel,  
geïntimeerden,  
hierna aan te duiden als LMB en DWI,  
advocaat: mr. M. van Loo.

**Tekst**

(...; red.)

**4. De beoordeling**

4.1. In r.o. 2. heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. Met grief I wordt deze vaststelling bestreden. De grief slaagt (er is sprake van twee misslagen; partijen verschillen hierover niet van mening). Het hof zal een nieuw overzicht geven van de feiten die in hoger beroep het uitgangspunt vormen. Het enkele feit dat de grief slaagt, leidt niet tot vernietiging van het bestreden vonnis.

a) NFNvB is de beheersmaatschappij van de heer N.W.L. van Beers (hierna: Van Beers).

b) NFNvB houdt 3.528 aandelen in het geplaatste en volgestorte aandelenkapitaal van Go Fast Sports Europe BV (hierna: GFSE), zijnde een belang van 4,4%.

c) De heer M. Klep (hierna: Klep) is aandeelhouder van de beheermaatschappij Threehundredsixty Degrees B.V. (hierna: Threehundredsixty Degrees). Threehundredsixty Degrees was aandeelhouder van GFSE.

d) GFSE is actief op de markt van de *energy drinks* met het merk "Go Fast".

e) GFIS houdt 7.128 aandelen in het aandelenkapitaal van GFSE, zijnde een belang van ongeveer 9%. GFIS is sinds 5 oktober 2012 enig en zelfstandig bevoegd bestuurder van GFSE. GFIS houdt ook aandelen in Go Fast International Holding BV (hierna: GFIH).

f) LMB is de beheermaatschappij van de heer L. Meijer (hierna: Meijer) en is 50% aandeelhouder en zelfstandig bevoegd bestuurder van GFIS.

g) DWI is de beheermaatschappij van de heer J. de Wit (hierna: De Wit). DWI is 50% aandeelhouder en zelfstandig bevoegd bestuurder van GFIS.

h) In een e-mail van 8 april 2011 heeft de CEO van de Go Fast Groep en bestuurder van GFSE, de heer N. da Graça (hierna: Da Graça), Van Beers, met kopie aan Meijer en De Wit, als volgt bericht:

"Naar aanleiding van ons telefonisch contact van zojuist, bevestig ik dat er een deal is gemaakt tussen Jan de Wit en Nico van Beers, met medeweten van Laurens Meyer en mijzelf om tot een aandelenoverdracht te komen. Ik zal zorgdragen voor de stukken hiervoor.

De deal houdt in: Mark Klep verkoopt zijn volledige belang in Go Fast Sports Europe B.V. tegen finale kwijting van en naar Go Fast en Nico van Beers aan Nico van Beers tegen betaling van € 100.000,- (...) Nico van Beers verkoopt zijn volledige belang tegen finale kwijting van en naar Go Fast aan GF in Stock tegen betaling van

€ 350.000,- (...)"

i) Threehundredsixty Degrees heeft vervolgens in mei 2011 een *share purchase agreement* gesloten met NFNvB en GFSE, waarbij NFNvB de 2.821 aandelen van Threehundredsixty Degrees in GFSE heeft gekocht. De aandelen zijn door Threehundredsixty Degrees geleverd aan NFNvB. De koopprijs van € 100.000,- is betaald door verrekening met een lening van NFNvB aan Threehundredsixty Degrees.

j) NFNvB heeft op 4 mei 2011 een *share purchase agreement* (hierna: de SPA) gesloten met GFIS en GFSE. De SPA is door Van Beers, Meijer en Da Graça ondertekend en houdt samengevat in als volgt:

– NFNvB zal haar 6.349 (zijnde 3.528 + 2.821) aandelen in GFSE overdragen aan GFIS (artikel 2);

– de koopprijs van de aandelen is bepaald op € 350.000,- (artikel 3.1),

– GFIS zal de koopprijs vóór de levering op de kwaliteitsrekening van de notaris storten (artikel 3.2),

– alle aandeelhouders van GFSE dienen bij wijze van opschortende voorwaarde schriftelijk afstand te doen van hun rechten onder de blokkeringsregeling in de statuten van GFSE (artikel 4.1);

– de levering van de aandelen aan GFIS en de uitkering van de koopsom aan NFNvB zullen tegelijkertijd plaatsvinden (artikel 5.2);

– partijen verlenen elkaar over en weer finale kwijting.

k) Op 15 april 2011 is een *Letter of Intent* opgesteld door (de advocaten van) The Sanctuary Investment and Trading Company ten aanzien van het voornemen van Sanctuary om een lening van € 15.000.000,- te verstrekken aan een nader te noemen onderneming die wereldwijd Go Fast wilde verkrijgen. Bij de later door onder meer Meijer en Da Graça verstrekte *Guarantee, Indemnity & Undertaking* is de identiteit van de geldverstrekker gewijzigd in Sanctuary Finance (hierna: Sanctuary).

l) Op 18 april 2011 heeft Da Graça een e-mail gestuurd aan Meijer, Van Beers en De Wit, met als

bijlagen de (concept-) *share purchase agreement* tussen Threehundredsixty Degrees en NFNvB en de (concept-)SPA. Aan de e-mail was verder toegevoegd het e-mailverkeer van eerdere datum tussen Da Graça en zijn juridische adviseurs, betreffende (onder meer) de achtergrond van de oprichting van GFIH, de beoogde verhouding tussen GFIH en GFSE, de beoogde positie van de aandeelhouders van GFSE die ook zouden participeren in GFIH, de door GFIH aan te trekken financiering, de door de aandeelhouders in verband daarmee te verstrekken zekerheden en de verdere afwikkeling van de SPA.

m) Op 17 juni 2011 is een *Agreement for Secured Loan* opgesteld tussen GFIH (als "the Company"), een zestal "Guarantors" (waaronder Da Graça en Meijer) en Sanctuary (als "the Lender"), waarin Sanctuary toezegt een bedrag van € 15.000.000,- ter beschikking te zullen stellen.

n) Bij e-mail van 6 mei 2011 heeft Da Graça aan Van Beers, Meyer en De Wit de POA's ( *power of attorney* ) toegezonden die behoren bij de SPA, met het verzoek om deze te tekenen en aan hem toe te sturen. Da Graça heeft Van Beers, Meyer en De Wit voorts bericht dat hij de POA's zal scannen en zal doorsturen naar de notaris. Bij de e-mail zijn ook de concept-akte van overdracht en de nota's gevoegd.

o) Op 7 mei 2011 heeft Da Graça aan De Wit, met een c.c. aan onder meer Meijer, geschreven: "Heren, Vandaag hebben we van het fonds vernomen dat zij maandag het geld op de rekening zetten en dat wordt vrijgegeven zodra de leningovereenkomst en de garantiebrieven (...) zijn getekend (...)".

p) Bij e-mail van 5 augustus 2011 aan NFNvB (met als onderwerp "Go Fast Europe BV-NFNvB") heeft de notaris Van Beers bericht dat zij in het bezit is van alle benodigde documenten en dat zij per separate mail GFIS heeft bericht dat alle benodigde documenten zijn ontvangen en heeft verzocht de gelden conform de nota van afrekening over te maken. Voorts heeft de notaris meegedeeld dat zij NFNvB na ontvangst van de gelden zal berichten.

q) Op de concept-nota van afrekening van 5 augustus 2011 heeft de notaris opgenomen dat per saldo van GFIS moet worden ontvangen € 349.003,07 en dat dit bedrag zal worden overgemaakt naar NFNvB.

r) Nadien heeft geen betaling van de koopsom plaatsgevonden. Ook zijn de aandelen niet overgedragen. Tussen partijen is in oktober en november 2012 correspondentie gevoerd waarbij NFNvB (onder meer) van GFIS betaling van de koopprijs heeft verlangd en heeft aangegeven de aandelen te willen overdragen.

s) Bij brief van 12 november 2012 heeft de raadsman van NFNvB zowel GFIS als LMB gesommeerd om hun medewerking te verlenen aan de overdracht van de aandelen en de betaling van de koopsom zoals bepaald in de SPA en zijn GFIS en LMB aansprakelijk gesteld voor de schade ten gevolge van het niet-nakomen van de SPA.

t) GFSE is op 7 januari 2013 in staat van faillissement komen te verkeren.

4.2.1. In eerste aanleg heeft NFNvB GFIS, LMB en DWI gedagvaard en (in conventie) gevorderd:

*primair*

te bepalen dat het vonnis in de plaats treedt van de notariële akte tot levering van het gehele belang dat NFNvB houdt in GFSE aan GFIS (welke akte als productie bij dagvaarding in het geding is gebracht);

*subsidiar*

GFIS, LMB en DWI te veroordelen om binnen twee weken na de betekening van het vonnis en op eerste afroep van NFNvB alle medewerking te verlenen die vereist zal zijn om bij notariële akte de levering te bewerkstelligen van het gehele belang dat NFNvB houdt in GFSE aan GFIS, op straffe van een dwangsom;

*primair en subsidiar*

GFIS, LMB en DWI ieder hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan NFNvB van € 350.000,-, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119 a BW vanaf 1 september 2011 tot de dag der algehele voldoening, met veroordeling van GFIS, LMB en DWI in de proceskosten, de nakosten daaronder begrepen.

4.2.2. Aan deze vordering heeft NFNvB, samengevat, ten grondslag gelegd dat GFIS het gevorderde

verschuldigd is uit hoofde van de SPA en dat LMB en DWI het gevorderde verschuldigd zijn uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid dan wel een als niet-bestuurders gepleegde onrechtmatige daad. GFIS, LMB en DWI hebben gemotiveerd verweer gevoerd. Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde komen.

4.2.3. GFIS heeft vervolgens in reconventie gevorderd, onder de voorwaarde dat de rechtbank de vordering van NFNvB jegens GFIS, LMB en DWI zal afwijzen, de SPA op grond van artikel 6:258 BW te ontbinden, subsidiair te wijzigen. NFNvB heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

4.3. In het eindvonnis van 9 april 2014 heeft de rechtbank de primaire vordering van NFNvB toegewezen. Voorts heeft de rechtbank GFIS veroordeeld tot betaling van € 350.000,-, vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf 15 november 2012, aan NFNvB, met veroordeling van GFIS in de proceskosten. De vorderingen jegens LMB en DWI heeft de rechtbank afgewezen. Aan het nemen van een beslissing in reconventie is de rechtbank, gelet op de gestelde voorwaarde, niet toegekomen.

4.4.1. NFNvB heeft LMB en DWI gedagvaard in hoger beroep en heeft vervolgens drie grieven aangevoerd. NFNvB heeft geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis voor zover daarin de vordering jegens LMB en DWI werd afgewezen en tot het alsnog toewijzen van deze vordering, met veroordeling van LMB en DWI in de proceskosten van beide instanties.

4.4.2. LMB en DWI hebben vervolgens geantwoord. Zij hebben geconcludeerd tot niet-ontvankelijk verklaring van NFNvB, althans tot afwijzing van haar vordering.

4.5. Grief II houdt verband met de aansprakelijkheid van LMB en DWI als bestuurders van GFIS. NFNvB maakt de bestuurders twee verwijten. In de eerste plaats verwijt zij hen dat zij GFIS de SPA hebben doen sluiten, terwijl zij wisten althans redelijkerwijze behoorden te begrijpen dat GFIS niet binnen een redelijke termijn aan de verplichtingen op grond van de SPA zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de door NFNvB als gevolg van deze tekortkoming te lijden schade. Daarnaast verwijt NFNvB de bestuurders dat zij, gegeven het bestaan van de SPA, hebben verhinderd dat GFIS deze is nagekomen.

4.6. Door middel van grief II betoogt NFNvB dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat Meijer en De Wit niet persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat zij niet aansprakelijk zijn voor de schade van NFNvB. NFNvB verbijzondert deze grief door te betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld (1) dat niet is vast komen te staan dat Meijer en De Wit wisten althans behoorden te weten dat GFIS niet in staat zou zijn om aan haar betalingsverplichtingen te voldoen en daarvoor geen verhaal zou bieden, (2) dat vast staat dat ten tijde van de SPA sprake was van een kapitaalinjectie, en (3) dat Meijer en De Wit mochten verwachten dat GFIS aan haar betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen.

4.7. Grief II heeft aldus betrekking op het oordeel van de rechtbank inzake de Beklamel-norm. Het hof constateert dat NFNvB enerzijds stelt dat Meijer en De Wit in verband met (onder meer) het aangaan van de SPA persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, terwijl anderzijds niet de natuurlijke personen Meijer en De Wit zijn gedagvaard, maar hun beheersmaatschappijen LMB en DWI. Het hof begrijpt dat NFNvB bedoelt te stellen dat Meijer en De Wit persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt en wel vanwege de wijze waarop zij in verband met de SPA invulling hebben gegeven aan hun indirecte bestuurderschap van GFIS, waarbij hun handelen vervolgens aan de beheersmaatschappijen als directe bestuurders van GFIS kan worden toegerekend, zodat ook dezen vanwege dit handelen tot vergoeding van de ontstane schade kunnen worden aangesproken. LMB en DWI hebben niet specifiek bezwaar gemaakt tegen het dagvaarden van de houdstermaatschappijen op grond van het (gestelde) onrechtmatig handelen van Meijer en De Wit. De zienswijze van LMB en DWI sluit aan op die van NFNvB, in die zin dat LMB en DWI in hun verweren weliswaar steeds de juridische positie van de houdstermaatschappijen tot uitgangspunt nemen, maar tevens, waar dit relevant is, aandacht besteden aan de gedragingen en opvattingen van de natuurlijke personen Meijer en De Wit.

4.8. Volgens NFNvB is aan de vereisten voor aansprakelijkheid op grond van schending van de Beklamel-norm voldaan. NFNvB stelt daartoe, samengevat, als volgt.

4.8.1. Meijer en De Wit mochten er niet op vertrouwen dat extern aan te trekken gelden GFIS in staat zouden stellen om de koopsom aan NFNvB te voldoen. LMB en DWI beroepen zich weliswaar op een door Sanctuary te verstrekken geldlening; de plannen dienaangaande zouden in april/mei 2011 in een vergevorderd stadium zijn geweest. NFNvB trekt echter in twijfel of sprake is geweest serieuze plannen. Zij wijst er in dit verband op dat, gelet op de beschikbare documenten, sprake zou zijn van een lening van € 15.000.000,-, voor commerciële doeleinden, maar niettemin renteloos, zonder vooronderzoek in de boeken en zonder zekerheden te verstrekken, door een fonds onder het beheer van Chuck Feeney, een miljardair met uitsluitend filantropische doelstellingen.

4.8.2. Zou sprake zijn geweest van serieuze plannen, dan, zo stelt NFNvB, moet vervolgens worden bedacht dat het verstrekken van de geldlening allerminst zeker was toen de SPA werd aangegaan. De overgelegde *Letter of Intent* van 15 april 2011 was voorwaardelijk, in die zin dat daarin de vanzelfsprekende clausule “subject tot contract” was opgenomen. Daarnaast bevatte de *Letter of Intent* nog een uitdrukkelijk financieringsvoorbehoud en was deze ook in dit opzicht voorwaardelijk. De definitieve overeenkomst van geldlening is pas gesloten op 17 juni 2011. Ten tijde van het aangaan van de SPA mochten Meijer en De Wit er niet op vertrouwen dat deze overeenkomst daadwerkelijk zou worden gesloten.

4.8.3. Daarnaast stelt NFNvB dat van belang is dat, als de geldlening door Sanctuary al zou leiden tot het verstrekken van gelden, deze niet ten goede zouden komen aan GFSE, maar aan GFIH. Dat is geen toevalligheid, omdat GFIH juist werd opgezet, met medeweten van Meijer en De Wit, om de aandeelhouders van GFSE die niet wilden participeren in de met de geldlening te ondernemen investeringsplannen (zoals Van Beers en Klep) geen toegang te geven tot de beschikbaar komende gelden. Daarom ligt het niet voor de hand dat de door GFIH aan te trekken gelden ten goede zouden komen aan GFSE (en daarmee aan NFNvB).

4.8.4. Relevant is verder dat de SPA werd gesloten omdat NFNvB niet wilde participeren in de ambitieuze plannen die (onder meer) Meijer en De Wit hadden met “Go Fast”. Het was ten behoeve van deze plannen dat werd gepoogd om externe gelden aan te trekken. NFNvB was niet op de hoogte van de gesprekken met Sanctuary en hoefde er niet op te rekenen dat de betaling van de koopsom voor haar aandelen afhankelijk zou zijn van het daadwerkelijk verkrijgen van de externe gelden. Meijer en De Wit hebben NFNvB dienaangaande niet geïnformeerd. Hadden zij dat gedaan, dan had NFNvB (bijvoorbeeld) zekerheden kunnen verlangen of een hogere koopprijs kunnen bedingen. Door te zwijgen lieten Meijer en De Wit NFNvB het risico lopen dat deze door het aangaan van de SPA juist wilde vermijden. Daar komt bij dat in de SPA waren inbegrepen de aandelen die NFNvB voordien voor € 100.000,- had overgenomen van Klep (Threehundredsixty Degrees). Het waren Meijer en De Wit die op deze transactie hadden aangedrongen en die aldus wisten dat NFNvB een vergroot risico liep. Dit had beiden tot extra zorgvuldig handelen moeten bewegen.

4.8.5. Gelet op al het voorgaande hadden Meijer en De Wit er op moeten toezien dat in de SPA een financieringsvoorbehoud was opgenomen. Het niet-doorgaan van de beoogde geldlening zou dan het einde van de SPA hebben betekend. NFNvB zou daarna in staat zijn geweest om de aandelen aan andere belangstellenden te verkopen. Het opnemen van een financieringsvoorbehoud was des te belangrijker geweest, omdat – zoals LMB en DWI zelf stellen – GFIS in april/mei 2011 in slechte financiële omstandigheden verkeerde, geen andere bron van inkomsten had dan het slecht draaiende GFSE en dus afhankelijk was van de extern aan te trekken gelden, aldus nog steeds NFNvB.

4.8.6. Door de SPA aan te gaan zonder financieringsvoorbehoud hebben Meijer en De Wit een onverantwoord risico genomen en dat vervolgens neergelegd bij NFNvB. Meijer en De Wit kan hiervan persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt, ernstig genoeg om hen (via de beheersmaatschappijen) aansprakelijk te laten zijn voor de ontstane schade.

4.9. LMB en DWI wijzen aansprakelijkheid op grond van de (gestelde) schending van de Beklamel-norm af. Zij stellen daartoe, samengevat, als volgt.

4.9.1. De plannen voor de geldlening door Sanctuary waren bonafide, zoals ook volgt uit de e-mails overgelegd als producties 27 en volgende. In de e-mails van 29 en 30 september 2011 (onderdeel van productie 33) geeft geldschieder Feeney van Sanctuary uitdrukkelijk aan vertrouwen te hebben in de goede afloop. De *Letter of Intent* is inderdaad summier. Op het moment dat deze tot stand kwam, waren de gesprekken echter al verder gevorderd en waren ook al afspraken gemaakt over rente en over zekerheden in de vorm van borgstellingen.

4.9.2. Op het moment dat de SPA werd aangegaan, was de geldlening door Sanctuary voldoende zeker. Meijer en De Wit hebben vertrouwd en mochten vertrouwen op de door Da Graça verstrekte informatie (die erop neerkwam dat een afspraken waren gemaakt, die nog moesten worden geformaliseerd, waardoor op korte termijn € 15.000.000,- aan vreemd vermogen kon worden aangetrokken). Da Graça was immers degene die, namens de betrokken aandeelhouders, de verantwoordelijkheid op zich had genomen voor het verwezenlijken van de nieuwe investeringsplannen en die uit dien hoofde intensief contact had met alle betrokkenen, waaronder de beoogde financier.

4.9.3. Zou Sanctuary de toegezegde gelden hebben verstrekt, dan zou een deel daarvan ten goede zijn gekomen aan GFIH en de in dat kader te ondernemen nieuwe activiteiten (overname merkrechten, betrokkenheid bij commerciële ruimtereizen). Een ander deel van de gelden zou echter ten goede zijn gekomen aan de aandeelhouders van GFSE. Zo zouden er onder meer door dezen aan GFSE verstrekte geldleningen mee zijn afgelost. Ook de koopsom voor de aandelen van NFNvB had met deze gelden kunnen worden betaald; het was de bedoeling dat dit zou gebeuren, aldus LWB en DWI.

4.9.4. NFNvB was op de hoogte van de slechte financiële situatie van GFSE. NFNvB was ook op de hoogte van de plannen voor nieuwe activiteiten en van de rol die GFH daarin zou spelen. NFNvB wist verder dat voor het verwezenlijken van de plannen externe investeerders moesten worden aangetrokken. Da Graça had alle aandeelhouders hierover geïnformeerd, zoals blijkt uit de producties 6 en 24 bij de conclusie van antwoord. Dat een en ander bij de aandeelhouders bekend was volgt ook uit de schriftelijke verklaringen van andere aandeelhouders, zoals Koster (productie 13 cva), Van Gils (productie 14 cva) en Geutjes (productie 23 cva). Hetzelfde blijkt uit de e-mailwisseling die NFNvB zelf als productie 21 heeft overgelegd. Van Beers heeft vervolgens zelfstandig besloten om niet met NFNvB te participeren in de nieuwe plannen, om de aandelen van Klep over te nemen en om het totale pakket te verkopen aan GFIS. Het opnemen van een uitdrukkelijk financieringsvoorbehoud in de SPA was niet nodig. NFNvB was volledig op de hoogte van de nieuwe plannen en van de noodzaak om daarvoor externe gelden aan te trekken.

4.9.5. LMB en DWI kan, al met al, niet het verwijt worden gemaakt zoals door NFNvB wordt gesteld – aldus nog steeds LMB en DWI.

4.10. Hof stelt in verband met de beoordeling van grief II voorop dat NFNvB op 4 mei 2011, de dag dat de SPA werd aangegaan, mocht vertrouwen op een vlotte afwikkeling van de overeenkomst. De nakoming van de SPA zou immers neerkomen op het uitkopen van een aandeelhouder die niet betrokken wilde zijn bij nieuwe investeringsplannen. Van Beers mocht ervan uitgaan dat dit uitkopen vooraf zou gaan aan het verwezenlijken van die nieuwe plannen en aan het aantrekken van de daarvoor benodigde gelden. De bedoeling om de SPA snel af te wikkelen blijkt naar het oordeel van het hof ook uit artikel 1.1, waarin de *closing date* wordt gedefinieerd als “a date, to be agreed upon by the Parties but not later than 20 May 2011”. Volgens NFNvB volgt uit deze laatste bepaling dat partijen ernaar *streefden* om de levering uiterlijk op 20 mei 2011, dus binnen 16 dagen na de ondertekening van de SPA, te doen plaatsvinden (dagvaarding randnummer 12). LMB en DWI hebben deze zienswijze niet bestreden. Op enkele plaatsen in de processtukken lijkt NFNvB vervolgens te willen stellen dat GFIS de SPA binnen de termijn van 16 dagen had *moeten* nakomen. NFNvB heeft niet uitgelegd waarom zij – kennelijk – van zienswijze is veranderd en heeft deze stelling ook niet verder feitelijk onderbouwd. Het hof zal NFNvB daarom niet in deze laatste opvatting volgen en ervan uitgaan dat de genoemde SPA-bepaling uitsluitend een streven uitdrukt.

Uit e-mails van de betrokken notaris blijkt dat op 5 augustus 2011 alle documenten in orde waren. Vanaf dat moment mocht NFNvB rekenen op een snelle, zo niet onmiddellijke afwikkeling van de SPA. Terugkerend naar de dag dat de SPA werd aangegaan, 4 mei 2011, betekent het voorgaande dat Meijer en De Wit er op dat moment van uit moesten gaan dat de noodzakelijke formaliteiten waarschijnlijk enkele weken en ten hoogste één of enkele maanden zouden vergen en dat de koopprijs onmiddellijk daarna zonder meer beschikbaar zou moeten zijn.

4.11. Vast staat evenwel dat GFIS op 4 mei 2011 en daarna niet in staat was om de koopprijs ad € 350.000,- uit eigen middelen te voldoen. Vast staat ook dat Meijer en De Wit hiervan op de hoogte waren, zoals zij ook wisten dat de koopprijs alleen zou kunnen worden betaald als de externe financiering via GFH zou rondkomen. Vast staat verder, dat Meijer en De Wit op de hoogte waren van de slechte financiële positie van GFIS. Het had daarom op de weg van Meijer en De Wit gelegen om zich ervan te vergewissen dat de externe gelden daadwerkelijk en tijdig beschikbaar zouden komen. LMB en DWI hebben niet gesteld dat Meijer en De Wit op dit punt eigen onderzoek hebben gedaan, zoals bij hun rol als (indirecte) bestuurders van GFIS zou hebben gepast. Uit de stellingen van LMB en DWI volgt dat Meijer en De Wit ter zake hebben vertrouwd op informatie van Da Graça. Centraal in de stellingen van LMB en DWI dienaangaande staat de e-mail van 7 mei 2011 (pleidooi randnummer 6), waarin Da Graça meedeelt dat het geld op korte termijn op de rekening zal worden gezet zodra de overeenkomst van geldlening en de garantiebrieven zijn getekend (vgl. r.o. 4.1. onder o.). Gelet op de datum van verzending kan deze e-mail echter geen rol hebben gespeeld in de vóór het aangaan van de SPA te maken afweging of de externe financiering voldoende zeker was. Uit de eerste zin van de e-mail blijkt dat sprake is van informatie die tot dan toe niet bekend was, zelfs niet bij Da Graça. Ook de *Guarantee, Indemnity & Undertaking* (r.o. 4.1. onder k.) en de *Agreement for Secured Loan* (r.o. 4.1 onder m.) zijn van latere datum dan de SPA. Naar LMB en DWI onweersproken hebben gesteld, zijn beide documenten namelijk door Sanctuary eerst getekend op 17 juni 2011. Het hof leidt hieruit af dat Meijer en De Wit op 4 mei 2011 over geen andere informatie hebben beschikt dan dat slechts de *Letter of Intent* zijdens Sanctuary was getekend. Het hof gaat ervan uit dat Meijer en De Wit ook op de hoogte zijn geweest van de inhoud van de *Letter of Intent* (zo niet, dan zouden Meijer en De Wit reeds daarom zijn tekortgeschoten in hun plicht om zich ervan te vergewissen dat de externe financiering voldoende zeker was). Het hof deelt vervolgens de opvatting van NFNvB (zie r.o. 4.8.1. en 4.8.2.) dat de *Letter of Intent*, gelet op zijn inhoud en gelet op de herkomst van de gelden, de nodige vragen oproept en dat Meijer en De Wit op basis daarvan toen niet mochten menen dat een reëel perspectief bestond op het rondkomen van de financiering. Gelet hierop mochten Meijer en De Wit er op 4 mei 2011 ook niet op vertrouwen dat GFIS tijdig (zie het slot van de vorige r.o.) de beschikking zou krijgen over de koopprijs ad € 350.000,-.

4.12. Vast staat dat Meijer en De Wit Van Beers niet op de hoogte hebben gesteld van de noodzaak om de koopprijs extern te financieren. LMB en DWI hebben gesteld dat NFNvB niettemin op 4 mei 2011 voldoende op de hoogte was van de noodzaak om externe financiering te verkrijgen en van de stand van zaken bij het verkrijgen van deze financiering. Het hof begrijpt dat LMB en DWI aldus willen stellen dat NFNvB ook wist, althans kon weten, dat de koopprijs alleen zou kunnen worden betaald als de externe financiering doorgang zou vinden en dat NFNvB, gelet op deze wetenschap, het onbetaald blijven van de koopsom als gevolg van het niet-verwerven van externe financiering niet aan Meijer en De Wit kan tegenwerpen. De verweer kan niet slagen. Uit de stukken waarop LMB en DWI zich beroepen (zie r.o. 4.9.4.) kan namelijk niet worden afgeleid dat NFNvB op het moment van het aangaan van de SPA wist of kon weten dat ook de koopprijs extern moest worden gefinancierd. Zowel de e-mails van Da Graça (die niet zijn gericht aan Van Beers) als de verklaringen van de aandeelhouders zijn gesteld in zeer algemene termen. Daaruit blijkt niet dat Van Beers wist, of erop bedacht moest zijn, dat er een verband was tussen de externe financiering en de door GFIS aan NFNvB te betalen koopprijs. Hetzelfde geldt voor de e-mailwisseling die NFNvB (zie r.o. 4.1. onder l.) heeft overgelegd als productie 21 en waarover Van Beers op 18 april 2011, dus voorafgaand aan het aangaan van de SPA, de beschikking heeft gekregen. De e-mails zijn duidelijk over de plannen met GFIS en over de aan te trekken externe financiering. Van Beers kon daaruit echter niet opmaken dat een verband bestond tussen de externe financiering en de betaling van de koopprijs door GFIS.

4.13. Het voorgaande leidt het hof tot het oordeel dat Meijer en De Wit kan worden verweten dat zij GFIS de SPA hebben doen sluiten, terwijl zij wisten althans redelijkerwijze behoorden te begrijpen dat GFIS niet binnen een redelijke termijn aan de verplichtingen op grond van de SPA zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de door NFNvB als gevolg van deze tekortkoming te lijden schade. Gelet op de stand van zaken rondom het verkrijgen van de externe financiering op 4 mei 2011 hadden Meijer en De Wit af moeten zien van de SPA tussen GFIS en NFNvB. Zij hadden eventueel ook een financieringsvoorbehoud in de SPA kunnen laten opnemen. Meijer en De Wit hebben dat niet gedaan. Evenmin hebben zij Van Beers geïnformeerd over de noodzaak om de koopprijs extern te financieren, zodat deze zijn besluit om de SPA aan te gaan voor de prijs van € 350.000,- en zonder aanvullende zekerheden te bedingen kon heroverwegen. Van dit een en ander kan Meijer en De Wit een ernstig verwijt worden gemaakt, dat hen (althans de gedagvaarde beheersmaatschappijen LMB en DWI, zie r.o. 4.7.) aansprakelijk doet zijn voor de schade die het gevolg is van de verweten gedragingen.

4.14. Dit betekent dat grief II slaagt, zodat het hof het vonnis zal vernietigen voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen. Het hof zal de vorderingen jegens LMB en DWI alsnog toewijzen op na te melden wijze. Al hetgeen partijen overigens hebben gesteld in verband met de grieven II en III kan onbesproken blijven. Dat geldt ook voor het door GFIS gesteld in verband met artikel 6:258 BW, waarop LMB en DWI zich mede hebben beroepen, reeds omdat het verwijt dat Meijer en De Wit wordt gemaakt betrekking heeft op het moment dat de SPA werd aangegaan, terwijl het (mede door LMB en DWI gedane) beroep op gewijzigde omstandigheden pas relevant kan zijn in de periode daarna.

4.15. De omvang van de schade wordt door NFNvB gesteld op € 350.000,-, zijnde de door GFIS niet betaalde koopprijs van de (inmiddels waardeloze) GFSE-aandelen. Daarnaast maakt NFNvB aanspraak op vergoeding van de schade als gevolg van de niet-tijdige betaling van de koopprijs, door haar gesteld op de wettelijke handelsrente vanaf 1 september 2011. NFNvB vordert de hoofdelijke veroordeling van LMB en DWI (en GFIS) tot betaling van de genoemde bedragen.

4.16. De vordering tot schadevergoeding is door LMB en DWI niet betwist, anders dan door te stellen dat LMB en DWI jegens NFNvB niet onrechtmatig hebben gehandeld. Deze stelling is in het voorgaande verworpen.

4.17. Het hof wijst erop dat GFIS reeds is veroordeeld om de koopprijs van de aandelen ad € 350.000,- aan NFNvB te betalen. Uit de – op dit punt door LMB en DWI niet weersproken – stellingen van NFNvB volgt dat GFIS deze koopprijs tot op heden niet, dan wel voor een zeer beperkt deel, heeft voldaan. Precieze informatie hebben partijen het hof niet verstrekt. Het hof zal de omvang van de door LMB en DWI aan NFNvB te vergoeden schade daarom stellen op € 350.000,-, dit bedrag te verminderen met de bedragen die NFNvB reeds heeft verkregen en nog zal verkrijgen van GFIS ten titel van betaling van de koopprijs van de aandelen.

4.18. NFNvB heeft niet onderbouwd waarom de door haar geleden *schade* als gevolg van de niet-tijdige betaling van de koopprijs van de aandelen moet worden gesteld op de *handels* rente. Het hof zal LMB en DWI daarom veroordelen tot het betalen van de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW en de rentevordering voor het overige afwijzen. Aanspraak op wettelijke rente bestaat in situaties als de onderhavige vanaf de dag dat de onrechtmatige daad is begaan, althans vanaf de (daarna gelegen) dag dat de door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade feitelijk is geleden. De door NFNvB gehanteerde datum 1 november 2011 ligt na de datum waarop NFNvB in redelijkheid nakoming van de SPA en daarmee betaling van de koopprijs had kunnen verwachten (zie r.o. 4.10.) en kan daarom door het hof worden gevolgd.

4.19. Gelet op het bepaalde in artikel 6:102 BW zijn LMB en DWI hoofdelijk aansprakelijk voor de ontstane schade, zodat ook dit onderdeel van de vordering kan worden toegewezen. Hoofdelijke veroordeling van zowel LMB en DWI als GFIS is niet mogelijk, reeds omdat GFIS geen partij is in dit hoger beroep. De vordering zal in zoverre worden afgewezen.

4.20. LMB en DWI zijn de in het ongelijk gestelde partijen in hoger beroep en zullen worden veroordeeld in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep.

(...; *red.*)

De door NFNvB gevorderde wettelijke rente over de proceskostenveroordeling zal, met het oog op de redelijke termijn voor nakoming als bedoeld in artikel 6:82 lid 1 BW, eerst vanaf veertien dagen na de dag van deze uitspraak worden toegewezen.

## **5. De uitspraak**

Het hof:

verstaat dat GF in Stock B.V., mede-gedaagde in conventie en eiseres in reconventie in eerste aanleg, geen partij is in dit hoger beroep en dat het door haar ingestelde incidentele appel heeft te gelden als niet te zijn ingesteld,

vernietigt het beroepen vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 9 april 2014 voor zover daarin de vorderingen van NFNvB jegens LMB en DWI zijn afgewezen,

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt LMB en DWI hoofdelijk tot betaling van € 350.000,- aan NFNvB, dit bedrag te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf 1 september 2011 tot de dag der algehele voldoening, de hoofdsom te verminderen met de bedragen die NFNvB reeds heeft verkregen en nog zal verkrijgen van GFIS ten titel van betaling van de koopprijs van de aandelen,

veroordeelt LMB en DWI hoofdelijk in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep (...; *red.*),

verklaart dit arrest tot zo ver uitvoerbaar bij voorraad,

wijst af het meer of anders gevorderde.

## **Noot**

1. Centraal in deze zaak staat een schending van de Beklamel-norm. Het arrest roept de vraag op in hoeverre (indirect) bestuurders erop mogen vertrouwen dat de financiering van een transactie rondkomt, indien er een *Letter of Intent* ligt.

2. *Feiten.* NFNvB, de appellant in deze zaak, is aandeelhouder van Go Fast Sports Europe BV ("GFSE"). De geïntimeerden zijn Laurens Meyer Beheer BV ("LMB") en De Wit Investments BV ("DWI"), de weinig origineel genaamde houdstervenootschappen van respectievelijk de heren Meijer en De Wit. DWI en LMB houden elk 50% van de aandelen van GF in Stock BV ("GFIS") en zijn ook bestuurders van GFIS. Laatstgenoemde entiteit is net als appellant aandeelhouder in GFSE.

3. In 2011 bestaan verschillende visies over de toekomst van GFSE onder de aandeelhouders. De heren Meijer en De Wit steunen plannen waarbij relevante investeringen moeten worden gedaan. In dat kader wordt op 15 april 2011 een *Letter of Intent* opgesteld, op grond waarvan een derde zich voorneemt een lening van € 15.000.000 te verstrekken aan een nader te noemen onderneming die wereldwijd het recht op het merk Go Fast zal krijgen (r.o. 4.1 sub k). Uit het arrest valt op te maken dat mede in deze context Go Fast International Holding BV ("GFIH") wordt opgericht en dat GFIS tevens aandeelhouder is van GFIH.

4. Niet alle aandeelhouders van GFSE zijn voorstander van de bestaande toekomstplannen (zie o.a. r.o. 4.8.4) en daarom komt op 8 april 2011 een deal tot stand die uit een aantal transacties bestaat. Threehundredsixty Degrees BV verkoopt en levert in mei 2011 haar aandelen in GFSE aan NFNvB. Deze transactie wordt geconsumeerd met het oog op een tweede transactie. Op 4 mei 2011 komt tussen NFNvB, GFIS en GFSE een Share Purchase Agreement ("SPA") tot stand. Op basis van de



SPA verkoopt NFNvB al haar aandelen in GFSE – dus inclusief de aandelen GFSE die zij in deze periode koopt van Threehundredsixty Degrees BV – aan GFIS, tegen een koopprijs van € 350.000 (r.o. 4.1 sub j). De koopprijs wordt nooit voldaan, en de aandelen worden niet geleverd. Op 7 januari 2013 komt GFSE in staat van faillissement te verkeren. GFIS, LMB en DWI worden door NFNvB gedagvaard.

5. Voor deze noot is relevant dat GFIS door de rechtbank wordt veroordeeld tot betaling van € 350.000 en dat de vorderingen tegen LMB en DWI worden afgewezen. Het hoger beroep draait in essentie om de vraag of geïntimeerden als bestuurders van GFIS aansprakelijk zijn jegens NFNvB. Appellant doet een beroep op beide archetypes van externe bestuurdersaansprakelijkheid die zijn geformuleerd in het Ontvanger/Roelofsen-arrest (HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 ( *Ontvanger/Roelofsen* )), maar het arrest gaat in de kern om de vraag of de Beklamel-norm is geschonden (HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. J.M.M. Maeijer ( *Beklamel* )).

6. *Beklamel-norm: ex tunc en objectief toetsen.* De Beklamel-norm vereist een geobjectiveerde *ex tunc* toetsing van het handelen van bestuurders. De Hoge Raad vat de toets kernachtig samen in het RCI Financial Services-arrest (r.o. 4.3): “ *In de kern houdt dit zogenoemde ‘Beklamelcriterium’ de eis in dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden.* ” (HR 5 september 2014, «JOR» 2014/325 m.nt. SCJJK ( *RCI Financial Services/Kastrop* )). De toets vereist aldus dat twee stappen worden genomen.

7. Ten eerste moet men terugkijken naar het handelen van de bestuurder op het moment waarop de verbintenis wordt aangegaan. Het gerechtshof kiest in deze zaak als peildatum de datum waarop de SPA wordt getekend door partijen (4 mei 2011). Dat is verdedigbaar want dan bestaat de verbintenis die is aangegaan door GFIS zeker, maar het valt op dat een “ *deal* ” ook al werd vastgelegd in een e-mail d.d. 8 april 2011 (r.o. 4.1 sub h). De peildatum van 4 mei 2011 brengt met zich mee dat geïntimeerden geen beroep kunnen doen op later afgesloten overeenkomsten en later verzonden e-mails (r.o. 4.11). Dat is terecht, want latere ontwikkelingen (positief of negatief) behoren niet van gewicht te zijn bij de vraag of de bestuurder in overeenstemming handelt met de op hem rustende zorgvuldigheidnorm op het moment dat de vennootschap de verbintenis aangaat. Net zoals *hindsight bias*, moet *outcome bias* worden voorkomen: een verwijtbaar slechte beslissing is nog steeds slecht als alles uiteindelijk goed gaat. Overigens zijn latere omstandigheden natuurlijk op andere manieren juridisch nog van belang. Zo kan een schending van de zorgvuldigheidnorm pijnloos zijn wanneer geen schade ontstaat, bijvoorbeeld indien later wél de financiering rondkomt.

8. De tweede stap is dat men bij toetsing van de Beklamel-norm moet bezien wat de bestuurder wist of behoorde te weten, waarbij allereerst van belang is dat de wetenschap van benadeling moet worden geobjectiveerd (HR 26 juni 2009, «JOR» 2009/221, m.nt. Borrius ( *Eurocommerce* )). De subjectieve verwachting van de bestuurder is onvoldoende, omdat – zo ook Borrius in haar noot onder het zojuist genoemde arrest – een dergelijke leer tot verregaande rechtsonzekerheid zou leiden. Wie weet wat de bestuurder in het diepste van zijn gedachten denkt? En hoe bewijs je dat? Het gaat dus in essentie om de vraag hoe een redelijk handelende bestuurder zich gedraagt in de gegeven omstandigheden van de casus. Ten tweede is van belang dat er geobjectiveerde wetenschap moet zijn van voorzienbare benadeling (zie ook het citaat uit *RCI Financial Services* onder randnummer 6 hiervoor, waar expliciet een koppeling wordt gemaakt met schade). Dit is van niet te onderschatten belang, want het is dus in beginsel onvoldoende dat er “slechts” wetenschap is dat de verbintenis mogelijk niet wordt nagekomen.

9. *Letter of Intent.* Terug naar de casus, want het gerechtshof oordeelt dat er sprake is geweest van wetenschap van benadeling, en dus schending van de Beklamel-norm op de peildatum. Het gerechtshof komt in een aantal stappen tot dit oordeel, en stelt voorop dat NFNvB erop mocht vertrouwen dat de transactie snel zou worden afgewikkeld, en dat deze afwikkeling zich zou verwezenlijken voordat verdere benodigde gelden voor de (nieuwe) plannen zouden worden aangetrokken (r.o. 4.10). Vervolgens oordeelt het gerechtshof dat vaststaat dat GFIS niet in staat was om de koopprijs voor de aandelen uit eigen middelen te betalen, en dat de indirect bestuurders – de heren Meijer en De Wit – ook wisten dat de koopprijs alleen zou kunnen worden voldaan indien externe financiering via GFIS zou rondkomen. Onder deze omstandigheden hadden Meijer en De Wit zich volgens het gerechtshof ervan moeten “ *vergewissen* ” dat externe gelden daadwerkelijk en tijdig beschikbaar zouden komen (r.o. 4.11). Eigen onderzoek hebben de heren evenwel kennelijk niet gedaan, en het gerechtshof oordeelt dat Meijer en De Wit op 4 mei 2011 geen andere informatie hadden dan de op dat moment bestaande *Letter of Intent*.

10. Vervolgens komt het gerechtshof met een oordeel dat interessant is voor de rechtspraak, want het gerechtshof stelt dat de *Letter of Intent* gelet op zijn inhoud (en gelet op de herkomst van de gelden) geen reëel perspectief bood voor het tijdig rondkomen van financiering (r.o. 4.11, slot). Dit brengt met zich mee dat de (indirect) bestuurders wisten of behoorden te weten dat sprake zou zijn

van niet nakoming en daaruit volgende schade, en aldus is sprake van schending van de Beklamel-norm omdat geïntimeerden de SPA zijn aangegaan zonder (i) een financieringsvoorbehoud te bedingen of (ii) NFNvB te informeren over de noodzaak van externe financiering.

11. Dit is interessant omdat het de meer algemene vraag oproept of een *Letter of Intent* ooit een voldoende “*reëel perspectief*” kan bieden voor het rondkomen van financiering. Uiteindelijk ligt in de aard van een dergelijke brief besloten dat nog onzeker is of er een financiering komt. Een *Letter of Intent* die afdwingbare toezeggingen bevat verdient een andere naam. Ik meen dat het gerechtshof terecht dit onderwerp voorzichtig tegemoet gaat, want er zijn omstandigheden denkbaar die ervoor kunnen zorgen dat het gewicht van de *Letter of Intent* toeneemt (ik noem: een lange, succesvolle samenwerking tussen de financier en de koper met veel eerdere, succesvol afgeronde financieringen, een laag risicoprofiel verbonden aan de deal die gefinancierd moet worden, vergaande onderhandelingen over de financiering, etc.). Bovendien is van belang wat de Hoge Raad (tevens heeft geoordeeld in het *RCI Financial Services* -arrest: er is sprake van een verhoogde drempel voor (externe) aansprakelijkheid van de bestuurder naast de vennootschap (*RCI Financial Services* -arrest, r.o. 4.2; vgl. ook HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders, r.o. 5.3 (*Willemsen/NOM*)). De eis dat sprake moet zijn van een *ernstig* verwijt geldt ook bij beweerdelijke schendingen van de Beklamel-norm. Dit is een strikte norm, schending moet niet lichtvaardig worden aangenomen (Asser/ Maeijer /Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*, nr. 469). Gezien de hoge drempel die moet worden genomen (ter voorkoming van bange bestuurders, nog immer één van de doelen van die hoge drempel), is het mijns inziens niet altijd zo dat sprake is van een schending van de Beklamel-norm indien de bestuurders vertrouwen op de juiste uitvoering van een *Letter of Intent*.

12. Het voorgaande neemt niet weg dat bestuurders er immer goed aan doen zich ervan te vergewissen of er meer is dan slechts een *Letter of Intent*, want een koopovereenkomst sluiten zonder dat het duidelijk is of er geld zal zijn voor de noodzakelijke betaling is een schoolvoorbeeld van een situatie waarin een schending van de Beklamel-norm dreigt. Bovendien moet de bestuurder rekening houden met de positie van de vennootschap (de dreigende wanprestatie) en het algemene beginsel dat onderhandelende partijen hun gedrag mede moeten inrichten naar de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*)). Hoeveel energie een bestuurder moet steken in zijn verder onderzoek hangt uiteindelijk af van de omstandigheden van het geval. Wat in deze zaak nog meespeelde (en een indicatie vormde voor de aanwezigheid van een ernstig verwijt) is dat de financiering juist moest komen uit de plannen waaraan NFNvB niet wilde deelnemen.

13. Ik vraag mij overigens af hoeveel men zich in de praktijk van een en ander vergewist. Het lijkt geregeld voor te komen dat tijdens overnameonderhandelingen onzekerheid bestaat over de financiering, en er louter een *Letter of Intent* van een derde partij ligt. Niet altijd wordt dan een financieringsvoorbehoud gemaakt, of de noodzaak van externe financiering meegedeeld aan de wederpartij, want een dergelijke voorwaarde stellen of mededeling doen tijdens onderhandelingen is niet gratis. Bestuurders doen er echter goed aan nota te nemen van het oordeel van het gerechtshof dat een ernstig verwijt had kunnen worden voorkomen indien Meijer en De Wit een financieringsvoorbehoud hadden gemaakt of NFNvB hadden geïnformeerd (r.o. 4.13).

14. *Toerekening*. Ten slotte nog een opmerking over toerekening. De aansprakelijkheid van DWI en LMB wordt vastgesteld via een omweg, want NFNvB heeft in de kern gesteld dat de *bestuurders* van DWI en LMB een persoonlijk ernstig verwijt treft (de heren Meijer en De Wit). Het gerechtshof komt appellant tegemoet met een vriendelijke lezing van de verwijten (het “*hof begrijpt dat NFNvB bedoelt te stellen*” dat hun handelen aan de beheersmaatschappijen als directe bestuurders kan worden toegerekend), mede omdat LMB en DWI “*niet specifiek bezwaar*” hebben gemaakt tegen het dagvaarden van de houdstermaatschappijen op grond van het gestelde onrechtmatig handelen van de natuurlijke personen (r.o. 4.7).

15. Indien wel een debat was gevoerd over de toerekening van dit handelen, dan was de conclusie vermoedelijk niet anders geweest. Het criterium bij toerekening is immers of de gedragingen van De Wit en Meijer in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als gedragingen van hun houdstermaatschappijen (zie: Asser-Kroeze 2-I\*, nr. 81). Anders gezegd: de vraag is of het handelen van de heren te kwalificeren valt als handelen in hoedanigheid van bestuurders van de houdstervenootschappen (HR 5 september 2014, «JOR» 2014/296, m.nt. Kroeze (*Hezemans Air*); zie voorts over een Beklamelgeval HR 6 februari 2015, «JOR» 2015/102, m.nt. Van Bakkum). Uit de feiten blijkt dat sprake was van verschillende bestuurshandelingen; zo onderhandelden bestuurders namens GFIS over de koop van aandelen, werd namens deze entiteit een deal gesloten en dan is er nog de ondertekening van de SPA (door Meijer, als bestuurder van GFIS (dus als LMB), niet door De Wit). Een redelijke uitleg van de feiten is dat de heren De Wit en Meijer in deze context optraden als bestuurders van de houdstermaatschappijen en indirect als bestuurders van GFIS.

16. Toch kan ik niet helemaal begrijpen waarom niet op zijn minst een debat over toerekening is

gevoerd. Het gaat om verschillende (rechts)personen en een situatie waarin verschillende omstandigheden en handelingen bestaan. Wat te denken bijvoorbeeld van het feit dat de SPA niet door De Wit is getekend – en dus ook niet door DWI – en dat de sommatie tot medewerking en aansprakelijkstelling van NFNvB gericht was tot GFIS en LMB, maar niet tot DWI (r.o. 4.1 sub j en sub s)? Was er niet misschien een verschillend niveau van kennis van de bestuurders op het moment dat de SPA daadwerkelijk werd getekend (het niveau van informatie maakt uit voor de vraag wat een bestuurder behoort te weten, ook wanneer men gaat objectiveren)? Het lijkt mij in elk geval voor aangesproken bestuurders van belang niet te snel te accepteren dat handelingen in hun nadeel worden toegerekend.

mr. D.F. Berkhout, advocaat bij Stibbe te Amsterdam

copyright SDU

last update: 2015-11-16