

ANNOTATIE

# Het informeren van crediteuren als verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid.

*M. Mussche*

*Annotatie bij Hoge Raad, 05-09-2014, ECLI:NL:HR:2014:2628 (PS-2019-0305, OR-2014-0415)*

## **1 Inleiding**

Het typische betoog van een bestuurder die zich verweert tegen een Beklamel-vordering is dat hij bij het aangaan van de overeenkomst niet kon voorzien dat de vennootschap de overeenkomst niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden. In deze bijdrage staat een alternatief verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid centraal, inhoudende dat de vennootschapscrediteur ten tijde van de contractsluiting zelf (ook) op de hoogte was van de financiële situatie van de vennootschap, al dan niet doordat de aangesproken bestuurder hem daarover heeft geïnformeerd. Onderzocht wordt hoe de bestuurder van een vennootschap in financiële moeilijkheden dit verweer in stelling kan brengen door potentiële contractspartijen reeds op voorhand te informeren over de financiële situatie van de vennootschap.

## **2 Beklamel-aansprakelijkheid als zwaard van Damocles**

De Beklamel-vordering is een species van de vordering uit onrechtmatige daad. Een Beklamel-vordering kan slechts slagen als de aangesproken bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt. De feitelijke grondslag voor een Beklamel-vordering is dat een bestuurder in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan, terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke

termijn, aan de aangegane verplichting zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij van de vennootschap ten gevolge van die wanprestatie zou lijden.[1] De geobjectiveerde kennis van de bestuurder ('wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen') wordt Beklamel-wetenschap genoemd.

Het is niet altijd eenvoudig te bepalen of de kennis die een bestuurder op een bepaald moment heeft, kwalificeert als Beklamel-wetenschap. Dat geldt in de eerste plaats voor de bestuurder van een vennootschap in financiële moeilijkheden zelf. Die onzekerheid kan leiden tot bestuurlijke overvoorzichtigheid die erin resulteert dat een bestuurder reeds bij 'Beklamel-twijfel' geen nieuwe verplichtingen namens de vennootschap meer aangaat, om zo zijn eigen aansprakelijkheidsrisico te beperken.[2] Dat is uiteraard niet in het belang van de vennootschap en niet in het belang van de gezamenlijke crediteuren. Het vennootschapsrecht dient te faciliteren dat bestuurders zich maximaal inspinnen om het gehavende, maar nog niet zinkende schip van de ondergang te redden, zonder dat daarbij nodeloos schade aan derden wordt berokkend. In de jurisprudentie met betrekking tot de Beklamel-norm is wat dat betreft reeds een belangrijke stap in de goede richting gezet. De Hoge Raad heeft in het arrest Sobi/Hurks geoordeeld dat de zogenoemde 'peildatum' – het tijdstip vanaf wanneer het bestuurlijk handelen als onrechtmatig wordt aangemerkt – aan de veilige kant dient te worden gekozen.[3] Aan de veilige kant wil in dit verband zeggen: aan de late kant, dus ten gunste van de aangesproken bestuurder. Daarmee worden de negatieve gevolgen van rechterlijke wijsheid achteraf, of: *hindsight bias*, mogelijk enigszins gemitigeerd.

*Hindsight bias* is de menselijke neiging tot het overschatten van de voorzienbaarheid van een gebeurtenis nadat die gebeurtenis zich heeft voorgedaan. Een Beklamel-vordering wordt pas ingesteld wanneer is gebleken dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen en bevindt zich daardoor per definitie binnen de risicosfeer van *hindsight bias*. Zowel de eisende partij als de rechter weet immers hoe de poging van de bestuurder om de onderneming overeind te houden is afgelopen. Bovendien is achteraf vaak feitelijke informatie beschikbaar die ten tijde van de totstandkoming van de verplichting van de vennootschap nog niet beschikbaar was, of nog niet eenvoudig raadpleegbaar was. Denk bijvoorbeeld aan op voorhand niet-voorzienbare marktontwikkelingen of jaarcijfers die pas later zijn opgesteld.

Uit psychologisch onderzoek blijkt dat *hindsight bias* een hardnekkig fenomeen is. Er bestaan psychologische methodes (trainingen) die *hindsight bias* kunnen beperken, maar waarschijnlijk kan *hindsight bias* niet geheel worden weggenomen.[4] Zelfs ervaren beslissers zoals rechters blijken behept met een relevante mate van *hindsight bias*. Een beperkte mate van rechterlijke *hindsight bias* kan de wijze waarop bestuurders hun beslissingen nemen al beïnvloeden, of zoals Bainbridge het verwoordt:

‘As long as there is some non-zero probability of erroneous second-guessing by judges, however, the threat of liability will skew director decisionmaking away from optimal risktaking. That this result will occur even if the risk of judicial error is quite small is suggested by the work of behavioral economists on loss aversion and regret avoidance.’[5]

Uit zelfbescherming kunnen bestuurders anticiperen op rechterlijke *hindsight bias* door reeds in een vroeg stadium geen verplichtingen meer aan te gaan namens de vennootschap. Het behoeft echter geen betoog dat het onwenselijk is als bestuurders, om in de woorden van het arrest Willemsen/NOM te spreken, ‘hun handelen in overwegende mate door defensieve overwegingen laten bepalen’.[6] Ervan uitgaande dat de rechtsregel uit Sobi/Hurks de negatieve gevolgen van *hindsight bias* niet geheel kan uitsluiten, moet op andere wijze worden bewerkstelligd dat bestuurders van een onderneming in financiële moeilijkheden niet te snel de handdoek in de ring werpen. Bestuurders hebben de sleutel daarvan mogelijk zelf in handen: zij kunnen, in geval van Beklamel-twijfel, potentiële wederpartijen van de vennootschap informeren over de financiële situatie van de vennootschap.

### **3 Beklamel-twijfel: inform or abstain**

De Beklamel-norm brengt voor bestuurders de verplichting mee om, in lijn met artikel 2:10 van het Burgerlijk Wetboek (BW), een administratie bij te houden die eenvoudig inzicht geeft in de liquiditeits- en solvabiliteitspositie van de vennootschap.[7] De bestuurder zal immers voortdurend moeten (kunnen) afwegen of het redelijk is om de onderneming voort te zetten en daartoe namens de vennootschap nieuwe verplichtingen aan te gaan. Een bestuurder in dubio kan twee dingen doen: ten eerste kan hij geen nieuwe verplichtingen meer aangaan namens de vennootschap. Ten tweede kan hij, onder bepaalde omstandigheden, de beslissing over het aangaan van de verplichting aan de potentiële wederpartij laten door deze te informeren over de financiële situatie van de vennootschap. De Beklamel-norm komt er in feite op neer dat een bestuurder niet ten koste van een potentiële crediteur van de vennootschap misbruik mag maken van zijn informatievoorsprong. Indien de bestuurder die informatievoorsprong opheft door potentiële crediteuren openheid van zaken te geven, dan legt de bestuurder de Beklamel-afweging in feite bij de crediteur. Vanuit het perspectief van de vennootschapscrediteur bezien betekent dit dat als de crediteur op de hoogte was van de slechte financiële situatie van de vennootschap, hij de bestuurder geen Beklamel-verwijt kan maken van het feit dat deze namens de vennootschap een verplichting met hem is aangegaan.

De Hoge Raad heeft deze gedachte bevestigd in het arrest Verlinden/Amstelland.[8] De eisende crediteur (Verlinden OG) voerde in die zaak ter onderbouwing van zijn Beklamel-vordering aan dat de aansprakelijk gestelde bestuurder (Van den Broek) wist dat de door hem bestuurde vennootschap (Cunera) geen verhaal zou bieden. Van den Broek zou namelijk

hebben gezegd dat Verlinden OG van ‘de kale kikker Cunera geen veren zou kunnen plukken’. Het hof overwoog hierover als volgt:

‘[Z]o uit deze uitlating van Van den Broek al iets kan worden afgeleid omtrent diens te dezen relevante wetenschap ten aanzien van de financiële situatie van Cunera, aangenomen zou moeten worden dat eenzelfde wetenschap heeft bestaan bij Verlinden OG, zodat NBM [een andere gedaagde; MM] en Van den Broek niet aansprakelijk zouden zijn. Deze gedachtengang geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.’

Een Beklamel-vordering komt dus niet voor toewijzing in aanmerking, zo maak ik op uit de bovenstaande overweging, indien de crediteur zelf van de hoed en de rand wist wat betreft de financiële situatie van de vennootschap. Een voorzichtige bestuurder met Beklamel-twijfel hoeft om zijn persoonlijke aansprakelijkheidsrisico te beperken dus niet per se de bedrijfsvoering plat te leggen door geen nieuwe verplichtingen namens de vennootschap meer aan te gaan. Het devies voor de ‘bange bestuurder’ met Beklamel-twijfel is: *inform or abstain*.

#### **4 De adequaat geïnformeerde crediteur**

Wanneer is een contractuele wederpartij van de vennootschap ten tijde van de contractsluiting zodanig geïnformeerd, al dan niet door de bestuurder(s) van de vennootschap, dat zijn Beklamel-vordering moet falen? De omstandigheden van het concrete geval zijn uiteraard doorslaggevend, maar er zijn enkele algemene gezichtspunten te formuleren:

1. Allereerst moet de bestuurder de crediteur voldoende informatie hebben verstrekt. De drempel ligt mijns inziens hoog: voldoende betekent in dit verband dat alle informatie wordt verstrekt die redelijkerwijs relevant zou kunnen zijn voor de oordeelsvorming van de crediteur. De crediteur moet met andere woorden op het informatieniveau van de bestuurder worden gebracht ten aanzien van de aspecten die voor hem van belang (kunnen) zijn.
2. Daarnaast moet de bestuurder vanzelfsprekend informatie verstrekken die feitelijk juist is. De feiten mogen niet mooier worden gepresenteerd dan deze zijn. Het geniet de voorkeur de informatie zo ‘droog’ mogelijk te presenteren, tenzij het redelijkerwijs in het belang van de potentiële crediteur is om de cijfers van nadere duiding of conclusies te voorzien.
3. De verstrekte informatie moet op voldoende eenvoudige wijze raadpleegbaar zijn. Een effectieve wijze om iemand informatie te onthouden, is door hem te overstelpen met informatie. De bestuurder die een enorme digitale dataroom met alle financiële gegevens van de vennootschap optuigt en potentiële crediteuren daartoe toegang verleent, heeft hen niet per definitie adequaat geïnformeerd. Het is namelijk voorzienbaar dat met name kleinere

partijen de hoeveelheid informatie niet kunnen verwerken en niet de juiste conclusies kunnen trekken uit de verstrekte informatie.

4. De informatieverstrekking moet proactief plaatsvinden. Een bestuurder kan niet achteroverleunen en wachten op het initiatief van mogelijke contractspartijen van de vennootschap om zich te doen informeren. Voor een succesvol verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid zal de bestuurder moeten aantonen dat de wederpartij voldoende geïnformeerd was, niet dat deze voldoende geïnformeerd had kunnen zijn. De Beklamel-norm behelst geen onderzoeksplicht voor de vennootschapscrediteur (zie ook het vervolg van deze paragraaf).

5. Tot slot moet het doel van de informatieverstrekking duidelijk zijn. Een crediteur moet zich realiseren in welk kader de informatieverstrekking door de bestuurder plaatsvindt. Zo nodig moet de bestuurder expliciteren dat hij de potentiële crediteur informeert zodat deze zich een zelfstandig oordeel kan vormen over de kredietwaardigheid van de vennootschap.

De inhoud van de overeenkomst tussen de vennootschap en haar wederpartij kan een indicatie geven van geïnformeerdeheid van de wederpartij. Een wederpartij die bijvoorbeeld een hogere rentevergoeding bedingt dan gebruikelijk is tussen partijen of in de markt, geeft er blijk van bewust een risicovolle transactie te zijn aangegaan. Hetzelfde geldt als er bijvoorbeeld meer goederenrechtelijke zekerheden of persoonlijke garantstellingen zijn bedongen dan de partijen in kwestie normaal gesproken doen.

In de praktijk worden potentiële contractspartijen in voorbereiding op het aangaan van nieuwe verplichtingen veelal op eigen initiatief geïnformeerd over de toestand van de vennootschap. Grote, professionele partijen met uitgebreide financiële expertise en een sterke onderhandelingspositie zijn gewoonlijk allerm minst onwetend ten aanzien van de financiële situatie van een onderneming waarmee zij overwegen te contracteren. Banken bijvoorbeeld zijn pas bereid (nood)financiering te verstrekken als de onderneming naar hun geïnformeerde oordeel voldoende toekomstperspectief heeft en/of voldoende (goederenrechtelijke) zekerheden verstrekt. Dergelijke professionele partijen zullen zich veelal ook informeren aan de hand van openbare gegevens over de vennootschap (de gepubliceerde jaarrekening, openbaar gemaakte koersgevoelige informatie, groeiprognoses, marktanalyses, enzovoort). Uit die staande praktijk mag mijns inziens echter geen verplichting tot het doen van *due diligence*-onderzoek worden afgeleid. Voorkomen moet worden dat de Beklamel-norm uitmondt in een onderzoeksplicht voor potentiële crediteuren – dat zou de efficiëntie van het handelsverkeer niet ten goede komen. Maatgevend is of de crediteur *daadwerkelijk* de (relevante aspecten van de) financiële situatie van de vennootschap waarmee hij in zee is gegaan, kende (subjectief criterium). Uiteraard kan de wetenschap van een crediteur soms wel op voorhand

aannemelijk worden geacht op grond van de feiten en omstandigheden van het geval. Van banken mag bijvoorbeeld worden aangenomen dat zij de op hun verzoek aan hen ter beschikking gestelde financiële stukken ook tot zich nemen.

Het geven van openheid van zaken biedt mijns inziens niet altijd bescherming tegen Beklamel-aansprakelijkheid. Een bestuurder treft ook blaam als hij bepaalde essentiële informatie niet had, terwijl hij deze redelijkerwijs wel had kunnen en moeten hebben. De objectieve ondergrens van de adequate informatieverstrekking is in dat geval niet bereikt. Daarnaast houdt een bestuurder uit hoofde van zijn positie altijd een eigen verantwoordelijkheid die hij niet op potentiële crediteuren kan afschuiven: indien een bestuurder niet in dubio is over de vraag of de vennootschap aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen (Beklamel-twijfel), maar wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat dit niet het geval is (Beklamel-wetenschap), dan is het geven van openheid van zaken geen optie. De bestuurder dient dan eenvoudigweg af te zien van het aangaan van nieuwe verplichtingen teneinde schade aan derden zo veel mogelijk te beperken.

Bestuurders moeten bij het informeren van (potentiële) crediteuren de nodige behoedzaamheid betrachten. Enerzijds is immers denkbaar dat informatieverstrekking over de moeilijke financiële situatie juist de ondergang kan inluiden van een onderneming in moeilijkheden (*self-fulfilling prophecy*). Anderzijds kan dat in veel gevallen ook worden gezegd – mijns inziens meestal zelfs in sterkere mate – van het alternatief, te weten het überhaupt geen verplichtingen meer aangaan namens de vennootschap. In geval van Beklamel-twijfel is het voor de ‘bange bestuurder’ kiezen tussen twee kwaden: *inform or abstain*. De consequenties van eerstgenoemde zijn potentieel minder vergaand: het informeren van potentiële contractspartijen leidt niet per definitie tot een pas op de plaats voor de vennootschap. In geval van Beklamel-twijfel geniet het informeren van potentiële contractspartijen daarom veelal de voorkeur boven het op eigen initiatief volledig afzien van het aangaan van nieuwe verplichtingen.

De Beklamel-norm is niet alleen van toepassing op volledig nieuwe overeenkomsten, maar ook op bestaande raam- en duurovereenkomsten tussen de vennootschap en haar wederpartijen, op grond waarvan voortdurend verplichtingen over en weer ontstaan. Denk hierbij aan vaste leveranciers of partijen waarmee periodiek hernieuwde overeenkomsten worden aangegaan, zoals een leasemaatschappij of een verhuurder. In de praktijk zijn veel potentiële, toekomstige crediteuren dan ook tevens huidige crediteuren. Het is mogelijk dat met dergelijke crediteuren een duur- of raamovereenkomst is gesloten op het moment dat de vennootschap financieel gezond was, terwijl de financiële situatie ondertussen ernstig is verslechterd. De nieuwe verplichtingen die uit dergelijke bestaande overeenkomsten voortvloeien, kunnen voor de bestuurder een risico op Beklamel-aansprakelijkheid inhouden.

Met het oog op een later te voeren verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid is het voor de betrokken bestuurders raadzaam om de informatiedeling met deze bestendige groep crediteuren goed vast te leggen. Een praktische wijze om hen te informeren is door middel van periodiek crediteurenoverleg, uiteraard voorzien van gedegen verslaglegging.

## 5 Juridische inkadering

Een zowel dogmatisch als praktisch relevante vraag is hoe het hiervoor besproken verweer juridisch ingekaderd moet worden. Deze vraag kwam aan de orde in aanloop naar het arrest Tulip Air.[9] In deze zaak werd Van der Meer, bestuurder van een aantal Tulip-vennootschappen, op grond van de Beklamel-norm aangesproken door een crediteur van de Tulip-vennootschappen, Hezemans. Van der Meer had een volmacht van Hezemans gekregen om namens Hezemans twee vliegtuigen te verkopen. Volgens Hezemans had Van der Meer gehandeld in strijd met de Beklamel-norm door de koper van de vliegtuigen, in strijd met de aan Van der Meer verleende volmacht, te instrueren om de koopprijs te voldoen op een rekening van een van de Tulip-vennootschappen (Tulip Air Lease), waarna hij een deel van de koopprijs doorbetaalde aan een andere vennootschap. Van der Meer verweerde zich tegen deze vordering door te stellen dat Hezemans en haar bestuurder Sandmann wisten dat de Tulip-vennootschappen in financiële problemen zaten. Het Hof Den Haag honoreerde dit verweer en plaatste het in de sleutel van de relativiteit:

‘Daargelaten de vraag of Van der Meer een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (gelet op de tussen partijen geldende wijze van zaken doen), is in confesso dat (ook) Hezemans/Sandmann ten tijde van de bemiddelingsovereenkomsten/volmachten op de hoogte was van de slechte financiële situatie van de Tulip-vennootschappen, waaronder Tulip Air en Tulip Air Lease (...). Onder die omstandigheden kan in dit verband geen aansprakelijkheid van Van der Meer worden aangenomen. *De beweerdelijk geschonden norm strekt immers niet tot bescherming van Hezemans nu deze zelf op de hoogte was van de financiële situatie van de Tulip-vennootschappen.* Bijzondere omstandigheden die zouden nopen tot een andersluidend oordeel zijn gesteld noch gebleken.’[10]

Hezemans stelde cassatieberoep in tegen het arrest van het hof. Een van de klachten was gericht tegen de hiervoor aangehaalde rechtsoverweging. A-G Wesseling-van Gent concludeerde tot verwerping van deze klacht:

‘In het bestreden oordeel van het hof ligt terecht besloten dat die norm niet tot bescherming van elke schuldeiser van de vennootschap strekt, maar slechts tot de schuldeiser wiens schade uitsluitend door het handelen van de betrokken bestuurder is ontstaan.’[11]

De Hoge Raad heeft de tegen de overweging van het hof ingestelde klacht echter gegrond

verklaard en casseerde het arrest van het hof. Hij overwoog daartoe:

‘Deze klachten treffen doel. In cassatie moet veronderstellenderwijze ervan worden uitgegaan – nu het hof dit in het midden heeft gelaten – dat Van der Meer persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat hij in strijd met de [door Hezemans aan; MM] hem gegeven instructie heeft bewerkstelligd dat de koopprijs werd overgemaakt aan Tulip Air Lease. Hiervan uitgaande valt niet in te zien waarom bekendheid van (ook) Hezemans met de zwakke financiële positie van de Tulip-vennootschappen zou meebrengen dat de beweerdelijk geschonden norm niet zou strekken tot bescherming van Hezemans, zoals het hof heeft overwogen. Indien ervan wordt uitgegaan dat reeds het overmaken van de koopprijs aan Tulip Air Lease Van der Meer persoonlijk ernstig kan worden verweten, valt bovendien niet in te zien in welk opzicht diens aansprakelijkheid wordt beïnvloed door zijn bekendheid met de financiële positie van een derde aan wie Tulip Air Lease vervolgens een bedrag heeft overgemaakt (Dynamic).’

Op het oordeel van de Hoge Raad valt mijns inziens niets af te dingen. De geschonden norm strekt *bij uitstek* tot bescherming tegen schade zoals Hezemans die heeft geleden. Hezemans had zich namelijk juist ingedekt tegen de slechte financiële situatie van de Tulip-vennootschappen door bestuurder Van der Meer te instrueren om de koopprijs rechtstreeks te doen overmaken aan Hezemans, zodat deze niet zou worden blootgesteld aan het faillissementsrisico van de Tulip-vennootschappen. De kennis van Hezemans over de financiële positie van de Tulip-vennootschappen is voor de aansprakelijkheid van Van der Meer eenvoudigweg niet relevant. Het verweer dat de crediteur zelf wist hoe de vennootschap er in financieel opzicht aan toe was, is met andere woorden gevoerd in een zaak die zich daar niet voor leent. Ik heb echter ook meer principiële bezwaren tegen de benadering van het hof en de A-G. De benadering van het besproken verweer in de sleutel van de relativiteit is namelijk onjuist en onwenselijk. Ik zet dit uiteen.

De onjuistheid zit hem erin dat een bestuurder met Beklamel-twijfel die potentiële crediteuren van de vennootschap adequaat informeert, niet ernstig verwijtbaar handelt. Hij doet wat hij behoort te doen: *inform or abstain*. Zolang er geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid en onrechtmatigheid, blijft het relativiteitsvereiste buiten beschouwing. Daarnaast is de redenering dat de Beklamel-norm slechts strekt tot bescherming van, zoals de A-G het verwoordt, ‘de schuldeiser wiens schade uitsluitend door het handelen van de betrokken bestuurder is ontstaan’, juridisch niet zuiver. Schade en relativiteit zijn afzonderlijke vereisten voor een onrechtmatige daad. De redenering van de A-G komt er echter op neer dat er geen relativiteit is, omdat er geen schade is. Daarmee wordt een oneigenlijk verband gelegd tussen deze twee vereisten voor aansprakelijkheid.



De Rechtbank Midden-Nederland koos recentelijk voor een benadering die mijns inziens de voorkeur verdient. In deze zaak had de Beklamel-eiseres aangevoerd dat zij ervan op de hoogte was dat de financiële situatie van de vennootschap waarmee zij had gecontracteerd ‘weinig rooskleurig was’. Dat bleek ook uit de feiten: de vennootschap had voorafgaand<sup>[12]</sup> aan de contractsluiting in kwestie reeds een betalingsachterstand bij de crediteur, de vennootschap had aangekondigd dat zij geen mogelijkheid zag de crediteur de komende maanden te betalen, en de crediteur en de vennootschap waren al eerder een betalingsregeling overeengekomen, die door de vennootschap niet was nagekomen. De rechtbank overweegt onder die omstandigheden ten aanzien van de Beklamel-vordering:

‘Bezien in het licht van deze gang van zaken, waarbij [eiseres] van de financieel penibele situatie van [de vennootschap] op de hoogte was, kan niet worden gezegd dat [de bestuurder van de vennootschap] zodanig onzorgvuldig heeft gehandeld ten opzichte van [eiseres] dat hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.’<sup>[13]</sup>

De aansprakelijkheid van de bestuurder werd dus afgewezen omdat hem geen ernstig verwijt trof, niet omdat de Beklamel-norm niet zou strekken tot bescherming van de Beklamel-eiseres die op de hoogte was van de financiële situatie van haar contractspartij. Dat lijkt mij de juiste aanvliegroute.

De onwenselijkheid van de benadering van het hof en de A-G in de zaak Tulip Air zit hem erin dat een relativiteitsverweer een alles-of-nietsverweer is. De rechter zal, indien de lijn van het hof en de A-G wordt gevolgd, per concrete zaak moeten beoordelen of de eisende partij wel of niet adequaat geïnformeerd was en dus of de geschonden norm wel of niet strekte tot haar bescherming. Dat kan slechts leiden tot een volledige aanvaarding of een volledige afwijzing van het verweer – een tussenweg bestaat niet. Geïnformeerdheid komt echter in vele gradaties. Aan die realiteit wordt veel beter recht gedaan door het verweer te beschouwen als een betwisting van de onrechtmatigheid. Indien de bestuurder de crediteur adequaat heeft geïnformeerd, dan treft hem geen ernstig verwijt en heeft hij (daarom) niet onrechtmatig gehandeld. Indien de bestuurder de crediteur niet volledig, maar wel tot op zekere hoogte heeft geïnformeerd, dan gaat de bestuurder uiteraard niet vrijuit.

De bestuurder hoeft in een dergelijke situatie echter niet aansprakelijk te zijn voor de volledige schade. De redelijk geïnformeerde crediteur heeft immers zelf bijgedragen aan het intreden van de schade, indien op basis van de hem bekende informatie reeds duidelijk was dat (volledige) nakoming door de vennootschap zeer twijfelachtig was. De schade is dan *mede* een gevolg van zijn eigen onvoorzichtigheid c.q. risicobereidheid. Op een dergelijke situatie kan de schadeverdelingsregel van artikel 6:101 BW worden toegepast (‘eigen schuld’ in de juridische volksmond). De schade wordt verdeeld naar evenredigheid van de mate waarin de

aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen. De mate waarin de bestuurder informatie heeft achtergehouden, wordt aan de bestuurder toegerekend, maar de mate waarin de onvoorzichtigheid of risicobereidheid van de vennootschapscrediteur heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade blijft voor zijn eigen rekening. Anders gezegd: de vergoedingsplicht van de aangesproken bestuurder wordt verminderd voor zover de schade is veroorzaakt door een te weinig bedachtzame wijze van contracteren door de crediteur.

## **6 Afsluiting**

Een crediteur die de financiële situatie van de vennootschap waarmee hij contracteert kende, kan de bestuurders van die vennootschap niet succesvol aansprakelijk stellen op grond van schending van de Beklamel-norm. Hij heeft immers boter op zijn hoofd. Was de crediteur tot op zekere hoogte, maar niet geheel adequaat geïnformeerd over de financiële gegoedheid van zijn contractuele wederpartij, dan dient de schade naar evenredigheid van ieders aandeel daarin te worden verdeeld tussen de crediteur en de bestuurder. Naarmate de crediteur beter geïnformeerd was, is zijn schade in grotere mate een gevolg van zijn eigen doen of nalaten (te weten: risicovol c.q. onvoorzichtig contracteren), welke schade voor zijn eigen rekening dient te blijven. Spiegelbeeldig hieraan kan de bestuurder van een vennootschap in financiële moeilijkheden het risico op Beklamel-aansprakelijkheid beperken of uitsluiten door potentiële vennootschapscrediteuren openheid van zaken te geven over de financiële situatie van de vennootschap alvorens nieuwe verplichtingen namens de vennootschap aan te gaan.

## **Noten**

\* Deze bijdrage is een bewerking van (een deel van) de voordracht die de auteur op 18 september 2015 heeft gehouden ter gelegenheid van het OO&R-symposium Derdenverhaal en onderneming.

[1] HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel); HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

[2] Vgl. M.J. Kroeze, Bange bestuurders (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005. Overigens kan te snel de handdoek in de ring werpen ook een grond zijn voor bestuurdersaansprakelijkheid. In de praktijk komt deze grond voor aansprakelijkheid echter niet of nauwelijks voor.

[3] HR 21 december 2001, NJ 2005/96 (Sobi/Hurks).

[4] S.A. Hawkins & R. Hastie, Hindsight: Biased judgments of past events after the outcomes

are known, *Psychological Bulletin* (107) 1990, p. 314-316; K.A. Kamin & J.J. Rachlinski, *Ex ante* ≠ *ex post*: Determining liability in hindsight, *Law and Human Behavior* (19) 1995, p. 89-104.

[5] S.M. Bainbridge, *The business judgment rule as abstention doctrine*, *Vanderbilt Law Review* (57) 2004, p. 123 (en de opgenomen literatuurverwijzingen).

[6] HR 20 juni 2008, JOR 2008/260 (Willemsen/NOM).

[7] Zo ook L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 34.

[8] HR 5 november 1999, NJ 2000/35 (Verlinden/Amstelland).

[9] HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Tulip Air).

[10] Hof Den Haag 26 maart 2013, zaak 200.058.403/01 (niet gepubliceerd), kenbaar uit HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Tulip Air) (curs. MM).

[11] Concl. bij HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Tulip Air), nr. 2.42.

[12] Zo neem ik althans aan; in het vonnis wordt de precieze volgorde van de gebeurtenissen in het midden gelaten.

[13] Rb. Midden-Nederland 23 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6918, r.o. 4.6.