

NOOT

Noot mr. R.J. van der Weijden onder «JOR» 2015/248.

248

Hoge Raad
27 februari 2015, nr. 14/00219,
ECLI:NL:HR:2015:499
(mr. Van Buchem-Spapens, mr. Streefkerk, mr. Sniijders, mr. De Groot, mr. Tanja-van den Broek)
(Concl. A-G Timmerman)
Noot mr. R.J. van der Weijden, tevens behorend bij «JOR» 2015/247

Girale betaling. Bestuurdersaansprakelijkheid. Vennootschap betaalt ten laste van haar creditsaldo bij bank loon aan werknemers nadat met spoed eigen faillissement is aangevraagd. Faillissement wordt op de dag van aanvraag nog uitgesproken. Onrechtmatige daad (indirect) bestuurder vennootschap jegens bank? Onbekendheid (indirect) bestuurder met terugwerkende kracht tot 00.00 uur van faillissement. Stelplicht. Samenhang met HR 23 maart 2012, «JOR» 2012/236, m.nt. NEDF (ING/Manning q.q.). Cassatie van Hof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2013, «JOR» 2014/305, m.nt. Abendroth.

[Fw art. 23; BW art. 2:9, 6:2, 6:162]

De onderdelen 4a-4c voeren aan dat de bank aan haar op bestuurdersaansprakelijkheid gebaseerde vordering ten grondslag heeft gelegd dat verweerster (in cassatie) sub 1 persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat zij namens BTO aan de bank een betalingsopdracht heeft verstrekt, terwijl zij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat BTO hiervoor niet zou kunnen instaan en geen verhaal zou bieden voor de schade die de bank als gevolg hiervan zou lijden. De onderdelen voegen hieraan toe dat de bank ter nadere onderbouwing van het persoonlijk ernstig verwijt het volgende heeft gesteld: (-) verweerster sub 1 wilde blijkens de faillissementsaanvraag dat het faillissement van BTO per direct zou worden uitgesproken. In de faillissementsaanvraag staat immers dat het van belang is dat de eigen aangifte "per

omgaand" en "met de hoogste spoed" door de rechtbank wordt behandeld; (-) verweerster sub 1 (dan wel haar advocaat) heeft op geen enkel moment – noch in de faillissementsaanvraag noch in het telefonisch contact met de griffie – een nuance aangebracht op het verzoek om het faillissement per omgaande uit te spreken; (-) in het licht van deze omstandigheden was er sprake van een "reële kans (...) dat het faillissement van BTO nog diezelfde dag zou worden uitgesproken"; (-) verweerster sub 1 heeft de faillissementsaanvraag in de ochtend van 28 maart 2008 met haar advocaat besproken, zodat zij op de hoogte was van de inhoud van de faillissementsaanvraag en van het feit dat het een spoedaanvraag was; (-) deze wetenschap brengt met zich dat verweerster sub 1 er "rekening mee diende te houden dat het faillissement van BTO nog diezelfde dag zou worden uitgesproken en dus dat het niet langer geoorloofd was om ten laste van de bankrekening van BTO bij de bank betalingen te verrichten"; (-) door de betalingsopdrachten niettemin te verstrekken heeft verweerster sub 1 "willens en wetens het risico genomen dat de bank (...) op enig moment door de (toekomstige) curator van BTO zou worden aangesproken om het met de betalingen corresponderende bedrag nogmaals aan de boedel af te dragen." In het licht van de hiervoor weergegeven stellingen van de bank heeft het hof door te oordelen dat gesteld noch gebleken is dat verweerster sub 1 persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat ook voor het kunnen aannemen van aansprakelijkheid van verweerster sub 2 onvoldoende is gesteld, hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij die oordelen ontoereikend gemotiveerd. Onderdeel 4d komt op tegen de overweging van het hof dat door de bank niet is gesteld dat verweerster sub 1 op de hoogte was van de terugwerkende kracht tot 00:00 uur van een uit te spreken faillissement. Geklaagd wordt in de eerste plaats dat zonder nadere toelichting niet valt in te zien dat een eventueel gebrek aan kennis van de Faillissementswet zou afdoen aan het persoonlijk ernstig verwijt dat verweerster sub 1 kan worden gemaakt van haar handelen. De klacht is ongegrond. Voor aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap voor een tekortkoming of onrechtmatige daad van die vennootschap is vereist dat de bestuurder ter zake van de daaruit voortvloeiende benadeling van derden persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Onbekendheid met een bepaalde wettelijke regel kan in dit verband mede van belang zijn. In het onderdeel ligt voorts de klacht besloten dat het niet op de weg lag van de bank om te stellen dat verweerster sub 1 op de

hoogte was van de terugwerkende kracht van de faillissementsuitspraak. Deze klacht slaagt. Het was aan verweerster sub 1 om in het kader van haar verweer aan te voeren dat zij niet op de hoogte was van het feit dat een faillissement terugwerkt tot 00:00 uur van de dag waarop het is uitgesproken.

ING Bank NV te Amsterdam,
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk,
tegen

1. N.H. Deuzeman-Aalberts te Balkbrug,
2. Deuzeman Beheer BV te Balkbrug,
verweersters in cassatie,
niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Timmerman)

1. Feiten¹

1.1. Deuzeman is enig aandeelhouder en bestuurder van Deuzeman Beheer. Deuzeman Beheer is enig aandeelhouder en bestuurder van Balkbrugse Transport Onderneming B.V. (hierna: BTO).

1.2. BTO heeft bij ING een bankrekening aangehouden. Op 25 maart 2008 heeft Deuzeman ING telefonisch verzocht om tot nader order geen betalingsopdrachten uit te voeren ten laste van deze bankrekening. Naar aanleiding hiervan heeft ING de rekening geblokkeerd voor uitgaande betalingen. Op 27 maart 2008 vertoonde de rekening een creditsaldo van € 19.919,98.

1.3. In de ochtend van 28 maart 2008 heeft BTO (in de persoon van Deuzeman) het faillissement van BTO aangevraagd. In de door de (toenmalige) advocaat van Deuzeman opgestelde faillissementsaanvraag staat onder meer:

“Namens cliënte verzoek ik u de faillissementsaanvraag met de hoogste spoed te behandelen (...).”

In de faillissementsaanvraag staat tevens:

“Indien op de eerstvolgende reguliere faillissementszitting behandeling plaats zal vinden is de schade voor de crediteuren, waaronder de werknemers, waarschijnlijk groot. Het is daarom van

het grootste belang dat de eigen aangifte per omgaand door uw Rechtbank behandeld zal worden en het faillissement wordt uitgesproken.”

1.4. Op 28 maart 2008 heeft Deuzeman namens BTO telefonisch aan ING te kennen gegeven enkele betalingen te willen uitvoeren. Deuzeman maakt daarbij geen melding van de faillissementsaanvraag. Naar aanleiding hiervan heeft ING de blokkade van voornoemde rekening ter zake van uitgaande betalingen opgeheven. Daarop heeft Deuzeman, rond 13.30 uur, opdrachten tot betaling verstrekt voor in totaal € 41.732,16. De betalingen hadden betrekking op lonen en looncomponenten.

1.5. ING heeft deze betalingsopdrachten uitgevoerd en heeft diezelfde dag in totaal € 41.732,16 afgeschreven van de bankrekening van BTO. Als gevolg van deze afschrijvingen (en na enkele bijboekingen door betalingen van derden aan BTO ter grootte van in totaal € 4.876,05) vertoonde de rekening op 28 maart 2008 een debetsaldo van € 16.936,13.

1.6. De rechtbank Zwolle-Lelystad heeft diezelfde dag om 14.14 uur het faillissement van BTO uitgesproken en mr. Manning tot curator aangesteld.

1.7. De curator van BTO heeft ING gedagvaard voor de Rechtbank Groningen. De curator heeft in de betreffende procedure (hierna: de hoofdzaak) gevorderd ING te veroordelen tot betaling van € 24.796,03, te vermeerderen met de wettelijke rente. Het gevorderde bedrag bestaat uit het hiervoor genoemde creditsaldo van € 19.919,98 (zie hierboven, onder 1.2) vermeerderd met de genoemde bijboekingen ter grootte van in totaal € 4.876,05 (zie hierboven, onder 1.5). De curator heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat BTO ingevolge art. 23 Fw op 28 maart 2008 vanaf 00.00 uur niet meer bevoegd was om over het tegoed op de bankrekening te beschikken.

1.8. In de hoofdzaak heeft de Rechtbank Groningen de vordering van de curator tegen ING bij vonnis van 14 juli 2010 toegewezen. De rechtbank honoreerde het beroep van de curator op art. 23 Fw, en verwierp het verweer van ING dat zij gezien art. 52 Fw reeds bevrijdend had betaald.

1.9. Het tegen dit vonnis in de hoofdzaak ingestelde (sprong)cassatieberoep is door de Hoge Raad verworpen bij arrest van 23 maart 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV0614, NJ 2012/421).

1 De feiten zoals vermeld in paragraaf 1 zijn ontleend aan rov. 1.1 t/m 1.10 van het tussenaarrest van het hof van 26 maart 2013.

2. *Procesverloop*

2.1. In de onderhavige vrijwaringsprocedure vordert ING – samengevat – dat Deuzeman c.s. hoofdelijk veroordeeld worden tot al datgene waartoe ING in de hoofdzak mocht worden veroordeeld (is veroordeeld) (zie rov. 2 tussenarrest).

2.2. ING heeft deze procedure aanhangig gemaakt bij dagvaarding van 29 juni 2010. De Rechtbank Groningen heeft de vorderingen van ING bij vonnis van 19 oktober 2011 toegewezen (zie rov. 2 tussenarrest).

2.3. In hoger beroep heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van ING afgewezen. Het hof oordeelde dat de faillietverklaring van BTO niet tot gevolg had dat de bestuurder van BTO per datum van faillissement de bevoegdheid verloor om BTO te vertegenwoordigen. Naar oordeel van het hof is ook niet gebleken dat Deuzeman c.s. door het verstrekken van de betalingsopdrachten van 28 maart 2008 jegens ING onrechtmatig gehandeld hebben. Zie het tussenarrest van het hof van 26 maart 2013 (ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5614) (het “tussenarrest”) en het eindarrest van het hof van 10 september 2013 (ECLI:NL:GHARL:2013:6712) (het “eindarrest”). Naar oordeel van het hof waren de vorderingen van ING derhalve niet toewijsbaar.

2.4. ING heeft bij dagvaarding van 10 december 2013 cassatieberoep ingesteld tegen het tussenarrest van het hof van 26 maart 2013 en het eindarrest van het hof van 10 september 2013. Tegen Deuzeman c.s. is in cassatie verstek verleend. ING heeft haar standpunt nog schriftelijk toegelicht

3. *Bespreking van het cassatiemiddel*

Onderdeel 1

3.1. Onderdeel 1 richt zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 4.2 t/m 4.4 tussenarrest) dat de faillietverklaring van BTO niet meebracht dat Deuzeman Beheer de bevoegdheid verloor om BTO als bestuurder te vertegenwoordigen, en dat het in deze procedure door ING gedane beroep op art. 3:70 BW jo. art. 3:78 BW om die reden ook tevergeefs is. Het onderdeel klaagt dat het hof het beroep op de genoemde bepalingen ten onrechte verworpen heeft, en dat het hof althans verzuimd heeft om ambtshalve toepassing te geven aan art. 3:76 lid 2 BW jo. art. 3:78 BW.

3.2. De klachten van onderdeel 1 zijn ongegrond. Het hof heeft geoordeeld dat de faillietverklaring van BTO niet tot gevolg had dat de bestuurder van BTO de bevoegdheid verloor om BTO te vertegenwoordigen. Voor toepassing van de regeling van art. 3:70 e.v. BW omtrent het ontbreken van een volmacht bestaat naar oordeel van het hof geen grond (zie rov. 3 t/m 4.4 tussenarrest). Dit oordeel van het hof geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Uitgangspunt is dat door het faillissement van de vennootschap de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet verloren gaat (vgl. onder meer HR 19 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD3053, NJ 1999/671, rov. 3). Daarbij kan worden aangetekend dat – anders dan het onderdeel kennelijk veronderstelt – niet aan de orde is of Deuzeman Beheer zou zijn opgetreden als vertegenwoordiger van de faillissementsboedel van BTO. Het oordeel van het hof is ook niet onvoldoende gemotiveerd. Onderdeel 1 wordt tevergeefs voorgesteld.

Onderdeel 2

3.3. Onderdeel 2 richt zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 2.8 eindarrest) dat ING zich niet heeft uitgelaten over de vraag welke rechtsgrond ING gehad zou hebben – in de situatie waarin BTO haar destijds over de faillissementsaanvraag had geïnformeerd – om de betalingsopdrachten van BTO te weigeren, en dat de vordering van ING reeds in zoverre onvoldoende onderbouwd is. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel van het hof rechtens onjuist is en dat het oordeel in elk geval onvoldoende is gemotiveerd.

3.4. De klachten van onderdeel 2 zijn gegrond. ING heeft in deze procedure aangevoerd dat zij de betalingsopdrachten van BTO de middag van 28 maart 2008 nooit had uitgevoerd indien BTO haar destijds geïnformeerd had over het feit dat BTO die ochtend met de hoogste spoed haar eigen faillissement had aangevraagd.² Het onderdeel stelt terecht dat die stelling niet opgevat kan worden als de kern van hetgeen ING aan de door haar gepretendeerde onrechtmatige daadsvordering ten grondslag heeft gelegd. Dat het nalaten van BTO om ING over de faillissementsaanvraag te

2 Zie de door onderdeel 2 aangeduide passage uit de akte na tussenarrest van ING d.d. 16 juli 2013, nr. 23; zie ook rov. 2.7 en 2.8 van het eindarrest.

informereren niet de kern van de gemaakte verwijten betreft, blijkt overigens ook uit hetgeen het hof heeft vastgesteld omtrent de grondslag van de ingestelde vorderingen (zie rov. 5 en 8 tussenarrest en rov. 2.7 eindarrest). Het oordeel van het hof dat de onrechtmatige daadsvordering reeds onvoldoende onderbouwd is omdat ING zich niet heeft uitgelaten over de vraag op welke grond zij de betalingsopdrachten van BTO had kunnen weigeren, is dan ook onbegrijpelijk. Indien het hof bij het genoemde oordeel al is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting, dan is zijn oordeel op dit punt in elk geval onvoldoende gemotiveerd.

3.5. Dat de klachten van onderdeel 2 gegrond zijn, betekent nog niet dat het cassatieberoep slaagt. Het hof heeft geoordeeld dat de vordering uit onrechtmatige daad ook om andere redenen niet toewijsbaar is (zie rov. 2.8 t/m 2.14 eindarrest).

Onderdeel 3

3.6. Onderdeel 3 betreft het oordeel van het hof (in rov. 7 tussenarrest en rov. 2.10 eindarrest) dat in het onderhavige geval niet de situatie aan de orde is waarin de aangesproken bestuurder namens de vennootschap verbintenissen is aangegaan of waarin die bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Het hof oordeelt dat een dergelijk geval hier niet aan de orde is, omdat hier in het geding is “de aanwending door BTO van het door haar aangehouden creditsaldo bij ING.” Het onderdeel klaagt dat dit oordeel rechtens onjuist is. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat de Beklamel-norm, althans een daarmee op één lijn te stellen norm, ook in dit geval kan worden toegepast.

3.7. De klachten van onderdeel 3 zijn ongegrond. Het hof heeft in de bestreden overwegingen geoordeeld dat het onderhavige geding ziet op de aanwending door BTO van het door haar bij ING aangehouden creditsaldo, en dat hier om die reden niet de situatie aan de orde is waarin de bestuurder bij of namens de vennootschap verbintenissen is aangegaan of waarin de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt (zie rov. 2.10 eindarrest, en ook rov. 7 tussenarrest). Dat oordeel wordt door het onderdeel niet bestreden, althans niet op voldoende duidelijke en begrijpelijke wijze. Door het hof is in het midden gelaten of in het onderhavige geval toch toepassing gegeven dient te worden aan de nor-

men voor bestuurdersaansprakelijkheid zoals deze geformuleerd zijn in het arrest Ontvanger/Roelofsen.³ Het hof overweegt immers dat, ook indien die rechtspraak hier toepassing zou vinden, de vorderingen van ING tegen Deuzeman c.s. namelijk niet toewijsbaar zouden zijn (zie rov. 2.9, 2.10 en 2.12 eindarrest). Kennelijk is het hof van oordeel dat de bestuurder een andere zorgplicht jegens ING kan hebben geschonden dan die in het arrest Ontvanger/Roelofsen zijn genoemd. Dat lijkt mij juist. Dat arrest is geen keurslijf waarin alle gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gepast dienen te worden. Ik wijs bij voorbeeld op het Nilarco-arrest⁴ waarin de Hoge Raad uitging van een op de bestuurder rustende zorgplicht die niet tot de in het arrest Ontvanger/Roelofsen genoemde soorten van zorgplichten jegens een onbetaalde schuldeiser van de betrokken b.v. was te herleiden. Het is dan ook begrijpelijk dat het hof het antwoord op de vraag naar de toepasselijkheid van de Beklamel-norm uitdrukkelijk in het midden gelaten, en wel omdat dat antwoord naar zijn oordeel niet van invloed is op het uiteindelijke oordeel omtrent de toewijsbaarheid van de vordering van ING. De klachten van het onderdeel missen dan ook een deugdelijke grond.

Onderdeel 4

3.8. Onderdeel 4 richt zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 2.10 en 2.12 eindarrest) dat voor zover de in rov. 2.9 van het eindarrest aangeduide rechtspraak – de rechtspraak omtrent de normen voor bestuurdersaansprakelijkheid zoals geformuleerd in het arrest Ontvanger/Roelofsen⁵ – hier al van toepassing zou zijn, dit niet kan leiden tot toewijzing van de vordering omdat gesteld noch gebleken is waarom in dezen aan Deuzeman c.s. persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ter motivering van dat oordeel heeft het hof overwogen (in rov. 2.10 eindarrest): “2.10. [...] Met name heeft ING niet gesteld hoe groot het risico was dat het faillissement nog diezelfde dag zou worden uitgesproken en waarom

3 HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

4 HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011: BO9577, NJ 2011/305.

5 HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

Deuzeman zich dat had moeten realiseren. Voorts is niet door ING gesteld dat Deuzeman op de hoogte was van de terugwerkende kracht tot 00.00 uur van een uit te spreken faillissement.”

3.9. Volgens het onderdeel is dit oordeel rechte onjuist, en is het oordeel in elk geval onvoldoende gemotiveerd. Het onderdeel stelt dat ING aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd dat aan Deuzeman c.s. een “ernstig persoonlijk verwijt” kan worden gemaakt omdat zij namens BTO aan ING een betalingsopdracht hebben verstrekt terwijl zij wisten of redelijkerwijs behoorden te begrijpen dat BTO daarvoor niet zou kunnen instaan en dat BTO ook geen verhaal zou bieden voor de schade die ING als gevolg daarvan zou lijden.⁶ Ter nadere onderbouwing van dit “ernstig persoonlijk verwijt” heeft ING volgens het onderdeel het volgende aangevoerd:⁷

– Deuzeman c.s. wilden blijkens de faillissementsaanvraag dat het faillissement van BTO per direct zou worden uitgesproken, aangezien in de faillissementsaanvraag staat dat het van belang is dat de eigen aangifte “per omgaand” en “met de hoogste spoed” door de rechtbank behandeld wordt;

– Deuzeman c.s. (c.q. hun advocaat, mr. Van Dijk) hebben op geen enkel moment – noch in de faillissementsaanvraag, noch in het telefonisch contact met de griffier – een nuance aangebracht op het verzoek om het faillissement per omgaande uit te spreken;

– In het licht van deze omstandigheden was er sprake van een “reële kans (...) dat het faillissement van BTO nog diezelfde dag zou worden uitgesproken”;

– Deuzeman c.s. hebben de faillissementsaanvraag in de ochtend van 28 maart 2008 met hun advocaat besproken, zodat zij op de hoogte waren van de inhoud van de faillissementsaanvraag en van het feit dat het een spoedaanvraag was;

– Deze wetenschap brengt met zich dat Deuzeman er “rekening mee diende te houden dat het faillissement van BTO nog diezelfde dag zou worden

uitgesproken en dus dat het niet langer geoorloofd was om ten laste van de bankrekening van BTO bij ING betalingen te verrichten”; en

– Door de betalingsopdrachten niettemin te verstrekken, heeft Deuzeman “willens en wetens het risico genomen dat ING (...) op enig moment door de (toekomstige) curator van BTO zou worden aangesproken om het met de betalingen corresponderende bedrag nogmaals aan de boedel af te dragen”.

Het onderdeel stelt in dit verband voorts dat ING heeft aangevoerd, en dat ook is vastgesteld, dat Deuzeman Beheer ten tijde van het geven van de litigieuze betalingsopdrachten enig bestuurder en enig aandeelhouder van BTO was en dat Deuzeman enig bestuurder en enig aandeelhouder was van Deuzeman Beheer.

3.10. De klachten van onderdeel 4 zijn gegrond. Het hof heeft geoordeeld dat in dit geding gesteld noch gebleken is waarom in dezen aan Deuzeman een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Daarbij overweegt het hof (onder meer) dat ING met name niet gesteld heeft “hoe groot het risico was dat het faillissement nog diezelfde dag zou worden uitgesproken en waarom Deuzeman zich dat had moeten realiseren” (zie rov. 2.10 eindarrest). Dit oordeel van het hof is in het licht van de door het onderdeel aangeduide stellingen van ING onbegrijpelijk. ING heeft gesteld dat er, gelet op het verzoek aan de rechtbank om de faillissementsaanvraag met de hoogste spoed en per omgaande te behandelen, een reële kans bestond dat het faillissement van BTO nog diezelfde dag zou worden uitgesproken. Voorts heeft ING onder meer gesteld dat Deuzeman, aangezien zij op de hoogte was van de inhoud van de faillissementsaanvraag en van het feit dat het een spoedaanvraag betrof, rekening had behoren te houden met de kans dat het faillissement van BTO nog diezelfde dag zou worden uitgesproken, en dat Deuzeman, gelet op die kans en gelet op de gevolgen die het realiseren van die kans voor ING zou kunnen hebben indien er nog betalingen werden verricht ten laste van de bankrekening van BTO, onrechtmatig gehandeld heeft door de betalingsopdrachten toch te verstrekken.⁸ Dat een

6 Het onderdeel verwijst in dit verband naar de “memorie van antwoord” van ING d.d. 30 oktober 2012, nr. 5.3, en de inleidende dagvaarding van ING d.d. 29 juni 2010, nr. 2.7.

7 Het onderdeel verwijst in dit verband naar de “akte na tussenarrest” van ING d.d. 16 juli 2013, nrs. 4 t/m 6, 8 t/m 10 en 14 t/m 17.

8 Zie de door het onderdeel aangeduide stellingen van ING in de “akte na tussenarrest” van ING d.d. 16 juli 2013, nrs. 8 t/m 10 en 14 t/m 17, en in de “memorie van antwoord” van ING d.d. 30 oktober 2012, nr. 5.3.

en ander door ING is aangevoerd, heeft het hof overigens ook uitdrukkelijk vastgesteld.⁹ Zo overweegt het hof in rov. 2.5 van het eindarrest: “2.5. ING heeft in reactie hierop aangevoerd dat ‘zij best wil geloven’ dat bij Deuzeman en Van Dijk de verwachting bestond dat het faillissement niet diezelfde dag zou worden uitgesproken. Gelet daarop zal het hof dit als vaststaand aannemen. Waar het echter volgens ING om gaat, is dat Deuzeman gelet op de gevraagde hoogste spoed en omgaande behandeling, rekening had behoren te houden met de reële kans dat het faillissement nog diezelfde dag zou worden uitgesproken en dat zij daarop haar handelen had moeten afstemmen. ING wijst er daarbij op dat in het faillissementsverzoek niet is verzocht om niet eerder dan maandag uitspraak te doen. Dit had volgens ING wel moeten, nu men voornemens was op vrijdag loonbetalingen te doen. ING benadrukt dat Deuzeman zich niet kan verschuilen achter vermeende uitlatingen van mr. Van Dijk. Dat Deuzeman is afgegaan op een onjuist advies van mr. Van Dijk ontslaat haar niet van haar aansprakelijkheid, aldus ING. Ten slotte heeft ING nog een beroep gedaan op artikel 11.1 van de Algemene Bepalingen van Kredietverlening.”

En in rov. 2.7 van het eindarrest stelt het hof vast: “2.7. Het standpunt van ING komt er in de kern op neer dat sprake was van onrechtmatig handelen door Deuzeman, omdat er een reëel risico bestond dat het faillissement diezelfde dag nog zou worden uitgesproken en BTO in dat geval met terugwerkende kracht vanaf 00.00 uur niet meer over haar vermogen zou mogen beschikken met als gevolg dat de bank de betalingen voor zover gedaan ten laste van het creditsaldo terug zou moeten draaien. Het hof begrijpt dat naar de mening van ING Deuzeman vanwege dit risico van de betalingen had moeten afzien of op zijn minst ING had moeten informeren over het aangevraagde faillissement.”

3.11. Het onderdeel keert zich op goede gronden tegen het oordeel van het hof dat (mede) om de door het hof in rov. 2.10 van het eindarrest genoemde redenen, “gesteld noch gebleken is” waarom in dezen aan Deuzeman een voldoende

ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Hetzelfde geldt ten aanzien van het op overeenkomstige gronden gegeven oordeel omtrent de vordering tegen Deuzeman Beheer (zie rov. 2.12 eindarrest). Indien het hof met deze oordelen al is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting, dan zijn die oordelen in elk geval onvoldoende gemotiveerd. Dit betekent dat de genoemde klachten van onderdeel 4 slagen. De overige klachten van dit onderdeel behoeven hier om die reden geen bespreking meer.

3.12. Bij de bespreking van onderdeel 3 vermeldde ik op dat het hof in zijn eindarrest (in rov. 2.10) in het midden heeft gelaten of in gevallen als de onderhavige ook toepassing gegeven dient te worden aan de normen voor bestuurdersaansprakelijkheid zoals geformuleerd in het arrest Ontvanger/Roelofsen. Met het oog op een eventuele voortzetting van het geding na cassatie en verwijzing, merk ik hierover nog op dat voor eventuele aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van een bestuurder die op de datum waarop hij een faillissementsaanvraag indient tevens opdracht geeft tot betalingen ten laste van een door de vennootschap bij de bank aangehouden creditsaldo, in elk geval vereist is dat de bestuurder van het verweten gedrag persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In zoverre is de abstracte juridische norm die van toepassing is, dus geen andere dan de norm die toegepast dient te worden in de gevallen die zijn aangeduid in het arrest Ontvanger/Roelofsen.¹⁰ Vraag is telkens of de bestuurder van zijn optreden als bestuurder, persoonlijk een dusdanig zwaar verwijt kan worden gemaakt dat gezegd kan worden dat de bestuurder gehandeld heeft in strijd met een bepaalde op hem persoonlijk betrekking hebbende maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm als bedoeld in art. 6:162 BW.¹¹ Overigens betekent dit niet dat het niet van belang zou zijn om de verschillende situaties waarin sprake kan zijn van bestuurdersaansprake-

9 Zie de hierna geciteerde rov. 2.5 en 2.7 van het eindarrest, en zie verder bijvoorbeeld rov. 5 t/m 16 van het tussenarrest en rov. 2.3 van het eindarrest.

10 Vgl. mijn conclusie (onder 2.7) voor HR 4 april 2014, ECLI:NL:PHR:2013:2389, NJ 2014/95 (Air Holland).

11 Zie over de ratio van het vereiste van “persoonlijk ernstig verwijt” onder meer HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21, rov. 5.3 (Willemssen/NOM). Zie ook de recentelijk gewezen arresten HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, RvdW 2014/1016 en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, RvdW 2014/1014.

lijkheid, van elkaar te onderscheiden. Dat kan van belang zijn voor het beantwoorden van de vraag welke inhoud aan de open norm ernstig verwijt gegeven dient te worden. Ik verwijs naar de recente arresten van 5 september 2014, waarin de Hoge Raad overweegt dat voor de invulling van het ernstig verwijt relevant zijn de aard en de ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.

Onderdeel 5

3.13. Onderdeel 5 keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 2.11 en 2.12 van het eindarrest. De eerstgenoemde rechtsoverweging luidt:

“2.11. Voor zover ING mocht hebben bedoeld dat Deuzeman een op haar persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens ING heeft geschonden en de aansprakelijkheid van Deuzeman dus niet berust op bestuurdersaansprakelijkheid (vergelijk HR 23 november 2012, LJN BX5881), heeft ING niet althans onvoldoende onderbouwd welke zorgvuldigheidsnorm door Deuzeman in persoon is geschonden.”

In het bestreden rov. 2.12 van het eindarrest oordeelt het hof vervolgens dat ING in het licht van hetgeen het hof eerder in dat arrest overwogen heeft, eveneens onvoldoende gesteld heeft om aansprakelijkheid van Deuzeman Beheer aan te kunnen nemen.

3.14. Het onderdeel klaagt dat het bovengenoemde oordeel rechtens onjuist althans onvoldoende gemotiveerd is. Het onderdeel stelt in dat verband onder meer dat Deuzeman c.s. met de bij onderdeel 4 aangeduide gedragingen, gehandeld hebben “in strijd met de norm dat het in het algemeen strijdig is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, om een onjuiste indruk te wekken, waardoor een ander schade ondervindt.” Volgens het onderdeel had het hof die norm op grond van art. 25 Rv zo nodig ook ambtshalve moeten toepassen.

3.15. De klachten van onderdeel 5 zijn ongegrond. Het hof heeft geoordeeld dat indien en voor zover ING haar onrechtmatige daadsvordering gebaseerd heeft op feiten en gedragingen waarvoor niet het vereiste van een persoonlijk ernstig verwijt geldt, ING haar vordering onvoldoende onderbouwd heeft (zie rov. 2.11 en 2.12 eindarrest). Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste

rechtsofopvatting.¹² Verder is het oordeel niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd, ook niet wanneer dat oordeel beschouwd wordt in het licht van de betogen van onderdeel 5.

Slotsom

3.16. Slotsom is de klachten van onderdelen 2 en 4 slagen. In concludeer dan ook tot vernietiging van het door deze onderdelen bestreden eindarrest. Voor het overige dient het cassatieberoep mijns inziens verworpen te worden.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden eindarrest van 10 september 2013 en tot verworping van het cassatieberoep voor het overige.

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Deuzeman is enig aandeelhouder en bestuurder van Deuzeman Beheer. Deuzeman Beheer is enig aandeelhouder en bestuurder van de Balkbrugse Transportonderneming B.V. (hierna: BTO).

(ii) BTO heeft bij ING een bankrekening aangehouden.

(iii) Op 25 maart 2008 heeft Deuzeman ING telefonisch verzocht tot nader order geen betalingsopdrachten uit te voeren ten laste van voornoemde bankrekening. Naar aanleiding hiervan heeft ING de rekening geblokkeerd voor uitgaande betalingen. Op 27 maart 2008 vertoonde de rekening een creditsaldo van € 19.919,98.

(iv) In de ochtend van 28 maart 2008 heeft BTO (in de persoon van Deuzeman) het faillissement van BTO aangevraagd. In de door de (toenmalige) advocaat van Deuzeman opgestelde faillissementsaanvraag staat onder meer:

“Namens cliënte verzoek ik u de faillissementsaanvraag met de hoogste spoed te behandelen (...). (...)

¹² Vgl. de jurisprudentie en literatuur die vermeld is bij de bespreking van onderdeel 4.

Indien op de eerstvolgende reguliere faillissementszitting behandeling plaats zal vinden is de schade voor de crediteuren, waaronder de werknemers, waarschijnlijk groot. Het is daarom van het grootste belang dat de eigen aangifte per omgaand door uw Rechtbank behandeld zal worden en het faillissement wordt uitgesproken.”

(v) Op 28 maart 2008 heeft Deuzeman namens BTO telefonisch aan ING te kennen gegeven enkele betalingen te willen uitvoeren. Deuzeman maakte daarbij geen melding van de faillissementsaanvraag. ING heeft de blokkade van voornoemde rekening ter zake van uitgaande betalingen opgeheven. Daarop heeft Deuzeman, rond 13:30 uur, opdrachten tot betaling verstrekt voor in totaal € 41.732,16. De betalingen hadden betrekking op lonen en looncomponenten.

(vi) ING heeft deze betalingsopdrachten uitgevoerd en diezelfde dag in totaal € 41.732,16 afgeschreven van de bankrekening van BTO. Als gevolg van deze afschrijvingen (en na enkele bijboekingen door betalingen van derden aan BTO) vertoonde de rekening op 28 maart 2008 een debetsaldo van € 16.936,13.

(vii) De rechtbank Zwolle-Lelystad heeft op 28 maart 2008 om 14:14 uur het faillissement van BTO uitgesproken.

3.2.1. ING vordert in de onderhavige vrijwaringsprocedure dat Deuzeman c.s. hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van al datgene waartoe ING in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld. In de hoofdzaak is ING op vordering van de curator in het faillissement van BTO inmiddels onherroepelijk veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 24.796,03 (zie HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0614, NJ 2012/421 («JOR» 2012/236, m.nt. NEDF (*ING/Manning q.q.*); red.)).

3.2.2. ING heeft aan haar vordering tegen Deuzeman c.s. ten grondslag gelegd, voor zover thans van belang, dat Deuzeman c.s. als (indirect) bestuurder van BTO, aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad, doordat zij op 28 maart 2008 betalingsopdrachten hebben verstrekt aan ING terwijl zij net het faillissement van BTO hadden aangevraagd. Volgens ING moesten Deuzeman c.s. vanwege de omstandigheid dat om een spoedbehandeling was verzocht, ernstig rekening houden met de reële mogelijkheid dat nog diezelfde dag het faillissement zou worden uitgesproken, dat op grond van art. 23 Fw zou terugwerken tot 00:00 uur van die dag, zodat ING ge-

noodzaakt zou worden om het creditsaldo dat reeds aan de begunstigden was betaald, nogmaals te betalen, nu aan de curator.

3.2.3. De rechtbank heeft de vordering van ING toegewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering van ING alsnog afgewezen. Het heeft daartoe in zijn eindarrest onder meer het volgende overwogen: “2.10. (...) Voor zover de [op bestuurdersaansprakelijkheid betrekking hebbende] rechtspraak hier al toepassing kan vinden, oordeelt het hof dat gesteld noch gebleken is waarom in deze aan Deuzeman (persoonlijk) een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Met name heeft ING niet gesteld hoe groot het risico was dat het faillissement nog diezelfde dag zou worden uitgesproken en waarom Deuzeman zich dat had moeten realiseren. Voorts is door ING niet gesteld dat Deuzeman op de hoogte was van de terugwerkende kracht tot 00.00 uur van een uit te spreken faillissement.

(...)

2.12. Voor het kunnen aannemen van aansprakelijkheid van Deuzeman Beheer B.V. heeft ING in het licht van het voorgaande eveneens onvoldoende gesteld.”

3.3.1. De onderdelen 4a-4c komen op tegen de hiervoor in 3.2.3 weergegeven overwegingen van het hof. De onderdelen voeren aan dat ING aan haar op bestuurdersaansprakelijkheid gebaseerde vordering ten grondslag heeft gelegd dat Deuzeman persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat zij namens BTO aan ING een betalingsopdracht heeft verstrekt, terwijl zij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat BTO hiervoor niet zou kunnen instaan en geen verhaal zou bieden voor de schade die ING als gevolg hiervan zou lijden.

De onderdelen voegen hieraan toe dat ING ter nadere onderbouwing van het persoonlijk ernstig verwijt in haar akte na tussenarrest het volgende heeft gesteld:

– Deuzeman wilde blijkens de faillissementsaanvraag dat het faillissement van BTO per direct zou worden uitgesproken. In de faillissementsaanvraag staat immers dat het van belang is dat de eigen aangifte “per omgaand” en “met de hoogste spoed” door de rechtbank wordt behandeld.

– Deuzeman (dan wel haar advocaat) heeft op geen enkel moment – noch in de faillissementsaanvraag noch in het telefonisch contact met de griffie – een nuance aangebracht op het verzoek om het faillissement per omgaande uit te spreken.

– In het licht van deze omstandigheden was er sprake van een “reële kans (...) dat het faillissement van BTO nog diezelfde dag zou worden uitgesproken”.

– Deuzeman heeft de faillissementsaanvraag in de ochtend van 28 maart 2008 met haar advocaat besproken, zodat zij op de hoogte was van de inhoud van de faillissementsaanvraag en van het feit dat het een spoedaanvraag was.

– Deze wetenschap brengt met zich dat Deuzeman er “rekening mee diende te houden dat het faillissement van BTO nog diezelfde dag zou worden uitgesproken en dus dat het niet langer geoorloofd was om ten laste van de bankrekening van BTO bij ING betalingen te verrichten.”

– Door de betalingsopdrachten niettemin te verstrekken heeft Deuzeman “willens en wetens het risico genomen dat ING (...) op enig moment door de (toekomstige) curator van BTO zou worden aangesproken om het met de betalingen corresponderende bedrag nogmaals aan de boedel af te dragen.”

3.3.2. In het licht van de hiervoor in 3.3.1 weergegeven stellingen van ING heeft het hof door te oordelen dat gesteld noch gebleken is dat Deuzeman persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (rov. 2.10) en dat ook voor het kunnen aannemen van aansprakelijkheid van Deuzeman Beheer onvoldoende is gesteld (rov. 2.12), hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting hetzij die oordelen ontoereikend gemotiveerd.

De onderdelen 4a-4c slagen dus.

3.3.3. Onderdeel 4d komt op tegen de overweging van het hof (rov. 2.10) dat door ING niet is gesteld dat Deuzeman op de hoogte was van de terugwerkende kracht tot 00:00 uur van een uit te spreken faillissement. Geklaagd wordt in de eerste plaats dat zonder nadere toelichting niet valt in te zien dat een eventueel gebrek aan kennis van de Faillissementswet zou afdoen aan het persoonlijk ernstig verwijt dat Deuzeman kan worden gemaakt van haar handelen. De klacht is ongegrond. Voor aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap voor een tekortkoming of onrechtmatige daad van die vennootschap is vereist dat de bestuurder ter zake van de daaruit voortvloeiende benadeling van derden persoonlijk een

ernstig verwijt kan worden gemaakt. Onbekendheid met een bepaalde wettelijke regel kan in dit verband mede van belang zijn.

In het onderdeel ligt voorts de klacht besloten dat het niet op de weg lag van ING om te stellen dat Deuzeman op de hoogte was van de terugwerkende kracht van de faillissementsuitspraak. Deze klacht slaagt. Het was aan Deuzeman om in het kader van haar verweer aan te voeren dat zij niet op de hoogte was van het feit dat een faillissement terugwerkt tot 00:00 uur van de dag waarop het is uitgesproken.

3.4. Het hiervoor overwogene brengt mee dat het bestreden arrest niet in stand kan blijven en dat onderdeel 2 geen behandeling behoeft.

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

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 10 september 2013; verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing; veroordeelt Deuzeman c.s. in de kosten van het geding in cassatie, (...; *red.*).

NOOT

1. De casus die ten grondslag liggen aan het op deze plaats te bespreken arrest van de Hoge Raad van 27 februari 2015 («JOR» 2015/248) en het vonnis van de Rechtbank Overijssel van 21 januari 2015 («JOR» 2015/247) zijn in grote lijnen identiek. In beide gevallen heeft de (middellijk) bestuurder enkele minuten of uren voordat het faillissement van de vennootschap is uitgesproken nog betalingsopdrachten aan de bank verstrekt, en zijn deze opdrachten vrijwel direct door de bank ten laste van het creditsaldo van de vennootschap uitgevoerd. Nadat het faillissement van de vennootschap is uitgesproken, heeft de curator zich jegens de bank op het standpunt gesteld dat de desbetreffende debiteringen van het creditsaldo niet aan de boedel kunnen worden tegengeworpen en heeft hij van de bank afdracht gevorderd van het oorspronke-

lijke creditsaldo (het saldo zoals dit zou zijn geweest indien de gewraakte debiteringen niet zouden hebben plaatsgevonden); de bank heeft zich voor haar schade vervolgens tot de bestuurder van de vennootschap gewend. Zowel het arrest van de Hoge Raad als het vonnis van de Rechtbank Overijssel zien op de verhouding tussen de bank en de bestuurder van de vennootschap (zie hierna onder 4 en 5). Ik zal hierna echter eerst kort stilstaan bij enkele aspecten van de verhouding tussen de curator en de bank (zie hierna onder 2) en die tussen de bank en de begunstigde van de betaling (zie hierna onder 3).

2. De grondslag van de hiervoor genoemde vordering van de curator op de bank tot afdracht van het oorspronkelijke creditsaldo is art. 20 jo art. 23 Fw. Door de terugwerkende kracht van het faillissement is de schuldenaar vanaf de aanvang van de dag waarop zijn faillissement is uitgesproken niet meer (innings)bevoegd ten aanzien van het creditsaldo op zijn rekening. Een bank die enkele minuten of uren voordat het faillissement van de schuldenaar is uitgesproken nog haar verplichtingen uit hoofde van het creditsaldo aan hem is nagekomen, bijvoorbeeld door een deel van dit creditsaldo in opdracht van de schuldenaar aan een derde over te boeken, heeft dus – achteraf bezien – aan een inningsonbevoegde betaald. In situaties als de onderhavige, waarin de betalingsopdracht is verstrekt *op* of *na* de dag waarop het faillissement is uitgesproken, kan de bank zich in geen geval met succes op de bescherming van art. 52 lid 1 Fw beroepen. Uit de arresten HR 28 april 2006, «JOR» 2006/223, m.nt. NEDF (*Huijzer q.q./Rabobank*) en HR 23 maart 2012, «JOR» 2012/236, m.nt. NEDF (*ING/Manning q.q.*) volgt namelijk dat in die situatie geen sprake is van “verbintenissen jegens deze vóór de faillietverklaring ontstaan” zoals bedoeld in vornoemd artikellid. Daarvan is volgens de Hoge Raad slechts sprake indien de betalingsopdracht is gegeven vóór de aanvang van de dag waarop het faillissement van de rekeninghouder is uitgesproken. De Hoge Raad acht voor de toepassing van art. 52 lid 1 Fw dus niet het moment waarop het *creditsaldo is ontstaan* beslissend, maar het moment waarop de desbetreffende *betalingsopdracht is gegeven*. Zie hierover kritisch R.J. van der Weijden, ‘De bewindvoerder en het girale betalingsverkeer’, in: N.E.D. Faber

e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Serie Onderneming en Recht, deel 44, Deventer: Kluwer 2008, p. 195 e.v. en B.A. Schuijling en R.J. van der Weijden, ‘Girale betaling en het faillissement van de rekeninghouder’, FIP 2010/1, p. 24 e.v. met verdere literatuurverwijzingen.

3. Een bank die een uitgevoerde betalingsopdracht op grond van art. 20 jo art. 23 Fw niet aan de boedel kan tegenwerpen, is in bepaalde gevallen bevoegd de creditering van de rekening van de *begunstigde* van de betaling – veelal een schuldeiser van de gefailleerde – ongedaan te (doen) maken, zie art. 19 lid 3 Algemene Bankvoorwaarden 2009. Worden de rekeningen die in het kader van de girale betaling zijn gedebiteerd (de rekening van de gefailleerde schuldenaar) en gecrediteerd (de rekening van de begunstigde van de betaling) bij dezelfde bank aangehouden, dan is deze bank daartoe geheel zelfstandig bevoegd. Heeft de girale betaling echter geleid tot een creditering van een rekening bij een andere bank, dan heeft de bank van de gefailleerde schuldenaar medewerking van de bank van de begunstigde nodig om de creditering terug te draaien, zie Schuijling en Van der Weijden, t.a.p. Heeft de girale betaling geleid tot creditering van een rekening bij een *buitenlandse* bank, dan zal een beroep op art. 19 lid 3 Algemene Bankvoorwaarden überhaupt niet mogelijk zijn (vgl. r.o. 4.7 van het vonnis van de Rechtbank Overijssel). Een andere mogelijkheid voor de bank om haar schade ongedaan te maken is deze te verhalen op de bestuurder van de vennootschap (zie hierna onder 4 e.v.). Hiervoor is naar geldend recht niet vereist dat de bank eerst haar mogelijkheden om de creditering van de rekening van begunstigde ongedaan te maken op grond van art. 19 lid 3 Algemene Bankvoorwaarden 2009 onderzoekt of uitput (zie ook r.o. 4.8 van het vonnis van de Rechtbank Overijssel).

4. In de casus die ten grondslag liggen aan het arrest van de Hoge Raad en het vonnis van de Rechtbank Overijssel, heeft de bank, nadat zij door de curator is gehouden tot afdracht van het oorspronkelijke creditsaldo, de bestuurder van de vennootschap aangesproken op grond van onrechtmatige daad. Volgens vaste rechtspraak is voor het slagen van deze vordering jegens de bestuurder vereist dat hem een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Het gaat hier mijns inziens immers om een handelen van de aangesproken bestuurder

bij zijn taakvervulling *als bestuurder van de vennootschap* zoals bedoeld in HR 5 september 2014, «JOR» 2014/296, m.nt. Kroeze (*Hezemans Air/Van der Meer*), r.o. 3.5.3. De Rechtbank Overijssel lijkt op dit punt anders van mening. Zij veroordeelt de bestuurder tot schadevergoeding aan de bank, maar in haar overwegingen besteedt zij geen aandacht aan het vereiste van een voldoende ernstig persoonlijk verwijt (zie r.o. 4.3 t/m 4.5). De rechtbank lijkt daarmee Rabobank te volgen in haar stelling dat het niet gaat om onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder, maar om schending van een daarvan losstaande zorgvuldigheidsnorm, waardoor “de gewone regels van onrechtmatige daad” gelden (zie r.o. 3.6).

5. Het verwijt dat in de onderhavige casus door de bank aan de bestuurder werd gemaakt, komt erop neer da hij er ten tijde van het geven van de desbetreffende betalingsopdrachten ernstig rekening mee moest houden dat het faillissement van de vennootschap nog diezelfde dag zou worden uitgesproken (en de bank daarover niet informeerde), en hij wist of zou moeten weten dat de bank in dat geval door het uitvoeren van die opdrachten schade zou lijden. Dit laatste veronderstelt echter dat de bestuurder kennis heeft of zou moeten hebben van het faillissementsrecht, in ieder geval van art. 20 en art. 23 Fw en de rechtsregel uit de arresten Huijzer q.q./Rabobank en ING/Manning q.q. Dit zal doorgaans niet het geval zijn, al was het maar vanwege het hoge technische gehalte van de desbetreffende rechtsregels en het feit dat deze niet logischerwijs voortvloeien uit het “rechtsgewoel”, integendeel. De vraag is dan of de bestuurder zich achter het ontbreken van dergelijke juridische kennis kan verschuilen. De Rechtbank Overijssel oordeelt resoluut van niet (zie r.o. 4.3 en 4.4), waarbij nog wel de kanttekening hoort dat zij dit waarschijnlijk doet in het kader van “de gewone regels van onrechtmatige daad” (zie hiervoor onder 4). De Hoge Raad gaat daarentegen wat genuanceerder om met het beginsel dat “eenieder wordt geacht de wet te kennen” en laat (in ieder geval) met betrekking tot het vereiste van een voldoende ernstig persoonlijk verwijt, dat geldt in gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid, enige ruimte voor een beroep door de bestuurder op het ontberen van bepaalde juridische kennis (zie r.o. 3.3.3). De Hoge Raad geeft daarbij overigens niet aan welke omstan-

digheden daarbij een rol zouden kunnen spelen, maar mijns inziens zou in ieder geval gedacht kunnen worden aan de kenbaarheid en complexiteit van de desbetreffende rechtsregel. Wat de hier te bespreken uitspraken betreft, lijkt mij de benadering van de Hoge Raad het meest in lijn met het geldende recht, waarin bijvoorbeeld ook een succesvol beroep op rechtsdwaling niet per definitie is uitgesloten, zie *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-IV 2015, nr. 109 en het lezenswaardige preadvies van T.F.E. Tjong Tjin Tai en M.A. Loth, ‘Wat niet weet, dat niet deert?': Over de reikwijdte van het beginsel “eenieder wordt geacht de wet te kennen” in het hedendaagse recht’, in: *Preadviezen 2014 voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij.

R.J. van der Weijden
advocaat bij Stibbe te Amsterdam

249

Hoge Raad
13 maart 2015, nr. 14/05576,
ECLI:NL:HR:2015:589
(mr. Bakels, mr. Van Buchem-Spapens, mr. Drion, mr. Sniijders, mr. De Groot)
(Concl. A-G Timmerman)
Noot mr. I. Spinath

Prejudiciële beslissing. Omzettingsverzoek ex art. 15b Fw. Verklaring ex art. 285 lid 1, aanhef en onder f, Fw vereist. Verklaring van curator volstaat. Rechter kan failliet termijn stellen om alsnog verklaring over te leggen indien verklaring ontbreekt, en dient failliet niet-ontvankelijk te verklaren indien verklaring niet wordt verstrekt. Verwijzing naar HR 5 november 2010, NJ 2011, 31.

[Fw art. 15b, 138, 284 lid 1, 285 lid 1 aanhef en onder f, 287 lid 2, 288 lid 2 aanhef en onder b; WCK art. 48 lid 1 aanhef en onder d]

Een natuurlijke persoon die in staat van faillissement verkeert, kan de rechtbank in de in art. 15b lid 1 Fw voorziene gevallen verzoeken het faillissement op te heffen onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling