

RO 2017/43

Externe bestuurdersaansprakelijkheid. Is de bestuurder van een lege projectvennootschap persoonlijk aansprakelijk voor de schade van een schuldeiser van die vennootschap wegens niet-nakoming van een koopovereenkomst? (Hanzevast Beleggingen B.V./Ontwikkelingsmaatschappij G4 Beheer B.V.)

HR 24-03-2017, ECLI:NL:HR:2017:484

Instantie	Hoge Raad
Datum	24 maart 2017
Magistraten	Mrs. F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, M.V. Polak, C.E. du Perron, M.J. Kroeze
Zaaknummer	15/05766
Conclusie	A-G mr. M.H. Wissink
JCDI	JCDI:ADS926245:1
Vakgebied(en)	Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2017:484, Uitspraak, Hoge Raad, 24-03-2017 ECLI:NL:PHR:2016:1237, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 02-12-2016 Beroepschrift, Hoge Raad, 08-12-2015
Wetingang	Art. 6:162 BW

Essentie

Externe bestuurdersaansprakelijkheid. Maatstaf *Ontvanger/Roelofsen*.

Is de bestuurder van een lege projectvennootschap persoonlijk aansprakelijk voor de schade van een schuldeiser van die vennootschap wegens niet-nakoming van een koopovereenkomst?

Samenvatting

Eiseressen tot cassatie ('Hanzevast c.s.') en verweersters in cassatie ('G4 c.s.') hebben langdurig met elkaar onderhandeld over de koop door eiseres tot cassatie 2 ('Hanzevast III') van kantoorruimte in het door verweerster tot cassatie 2 ('G4') ontwikkelde project Euroborg. Deze onderhandelingen hebben geresulteerd in een brief van Hanzevast III van 27 mei 2004, waarin zij heeft aangeboden het appartementsrecht betreffende bepaalde kantoren te kopen, onder de in de brief genoemde voorwaarden. Deze brief is door Hanzevast III en door G4 ondertekend. Nadien is tussen partijen een meningsverschil ontstaan over het opleveringsniveau van de kantoren. Naar aanleiding hiervan heeft Hanzevast bij brief van 29 juli 2005 medegedeeld dat zij afziet van de aankoop van de kantoorruimte en, voor zover tussen partijen een koopovereenkomst tot stand zou zijn gekomen, deze ontbonden wegens tekortschieten van G4 in verband met het opleveringsniveau. G4 c.s. hebben veroordeling gevorderd van Hanzevast III tot vergoeding van de door G4 geleden schade als gevolg van de niet-nakoming van de koopovereenkomst door Hanzevast III. Voorts hebben G4 c.s. veroordeling

gevorderd van Hanzevast als bestuurder van Hanzevast III tot vergoeding van de schade van G4, indien en voor zover Hanzevast III niet in staat is om deze schade aan G4 te voldoen. Het hof heeft de vorderingen van G4 c.s. toegewezen. In cassatie wordt onder meer opgekomen tegen het oordeel van het hof ten aanzien van de aansprakelijkheid van Hanzevast als bestuurder van Hanzevast III. Tevens wordt geklaagd over de wijze waarop het hof de schade van G4 heeft vastgesteld.

HR: Het hof heeft de vraag of Hanzevast aansprakelijk is, beoordeeld aan de hand van de maatstaf uit *Ontvanger/Roelofsen* (HR 8 december 2006, NJ 2006/659). Door op grond van de in zijn arrest weergegeven, in onderlinge samenhang te beschouwen omstandigheden en overwegingen te oordelen dat Hanzevast als bestuurder van Hanzevast III aansprakelijk is jegens G4 omdat haar persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt van haar handelen, heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. In zijn oordeel ligt besloten dat Hanzevast heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Hanzevast III haar verplichtingen jegens G4 niet kon nakomen, terwijl Hanzevast wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat Hanzevast III geen verhaal zou bieden voor de schadevordering van G4 doordat Hanzevast niet ervoor heeft zorggedragen dat Hanzevast III van financiële middelen is voorzien. Het oordeel van het hof kan, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet verder op juistheid worden onderzocht; het is ook niet onbegrijpelijk.

Art. 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. De bepaling komt erop neer dat de rechter bij de begroting van de schade en ook bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden, een grote mate van vrijheid heeft (Parl. Gesch. Boek 6, p. 339). Art. 7:36 BW bepaalt dat in geval van ontbinding van de koop, wanneer de zaak een dagprijs heeft, de schadevergoeding gelijk is aan het verschil tussen de in de overeenkomst bepaalde prijs en de dagprijs ten tijde van de niet-nakoming. Art. 7:36 BW sluit niet uit dat de rechter de daarin opgenomen wijze van schadeberekening ook toepast in gevallen die niet onder deze bepaling vallen; art. 6:97 BW geeft hem daartoe immers alle vrijheid (Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 276). Uit het vorenoverwogene volgt dat het hof de vrijheid had de in art. 7:36 BW opgenomen wijze van schadeberekening toe te passen in een geval zoals het onderhavige, waarin de koop niet is ontbonden, maar beide partijen zich erbij hebben neergelegd dat de overeenkomst niet meer wordt uitgevoerd.

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 5 september 2014, RO 2014/75, NJ 2015/21 (*Tulip Air*);
- HR 5 september 2014, NJ 2015/22, RI 2014/90 (*CI Financial Services*);
- HR 26 maart 2010, RO 2010/39, NJ 2010/189 (*Zandvliet/ING Bank*);
- HR 8 december 2006, RO 2017/12, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*);
- HR 18 november 1994, NJ 1995/170 (*NBM/Securicor*);
- HR 3 april 1992, NJ 1992/411 (*Van Waning/Van der Vliet*);
- Hof Amsterdam 14 februari 2012,

B.F. Assink, W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel I), Deventer: Kluwer 2013, par. 51 (p. 1114 e.v.);

F.J.P. van den Ingh, 'Aansprakelijkheid wegens het niet-benutten van kredietruimte', in: *De financiering van de onderneming*, Deventer: Kluwer 2006.

Wenk

Deze wenk beperkt zich tot het oordeel van het hof en de Hoge Raad inzake de aansprakelijkheid van Hanzevast als bestuurder van Hanzevast III. In zijn standaardarrest *Ontvanger/Roelofsen* (HR 8 december 2006, RO 2017/12) heeft de Hoge Raad overwogen dat de bestuurder van een vennootschap jegens een schuldeiser van de vennootschap aansprakelijk kan zijn, indien deze bestuurder (i) namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan, terwijl hij ten tijde van het aangaan van deze verbintenis wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen uit hoofde van die verbintenis zou kunnen voldoen en ook geen verhaal zou bieden, dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Deze maatstaf voor externe bestuurdersaansprakelijkheid is door de Hoge Raad in zijn arresten van *Tulip Air* (HR 5 september 2014, RO 2014/75) en *RCI Financial Services* (HR 5 september 2014, NJ 2015/22) bevestigd en nader toegelicht. In de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad - dat het sluitstuk betreft van het al meer dan 10 jaar voortslepende geschil tussen enerzijds G4 c.s. en anderzijds Hanzevast c.s. - gaat het om de toepassing van het hiervoor onder (ii) genoemde gevalstype, het frustreren van betaling en verhaal door een bestuurder. Zoals Assink schrijft (*Compendium Ondernemingsrecht* (Deel I), p. 1115), gaat het daarbij in essentie om 'het creëren dan wel doen ontstaan door de bestuurder van feitelijke betalingsonmacht bij de vennootschap met voorzienbare benadeling van haar crediteur(en) als gevolg, door aan de vennootschap - nagenoeg alle - vermogensbestanddelen te onttrekken ('leegtrekken') en/of door bepaalde vermogensbestanddelen buiten de vennootschap te houden ('omleiden').'

Naast het 'leegtrekken' en 'omleiden', kan een bestuurder onder bijzondere omstandigheden ook aansprakelijk zijn wanneer hij nalaat om voor voldoende financiering van de vennootschap zorg te dragen, teneinde de vennootschap in staat te stellen haar schuldeisers te voldoen. Reeds in het arrest *Van Waning/Van der Vliet* (HR 3 april 1992, NJ1992/411) oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van de betaling van een schuld van de vennootschap middels aanwending van 'een bestaande of nog te verkrijgen kredietfaciliteit', dat 'niet uitgesloten is dat degene die de volledige zeggenschap over de vennootschap heeft, jegens de betreffende schuldeiser onrechtmatig handelt door na te laten ervoor te zorgen dat van deze mogelijkheden gebruik wordt gemaakt'. In de literatuur is erop gewezen dat hieruit onder omstandigheden ook een verplichting van het bestuur kan worden afgeleid om voor voldoende financiering te zorgen (zie Van den Ingh, 'Aansprakelijkheid wegens het niet benutten van kredietruimte', in: *De financiering van de onderneming*, 2006). Ook in de lagere jurisprudentie is het bestaan van een dergelijke verplichting aanvaard, zij het met de nodige terughoudendheid. Zo kwam het Hof Amsterdam in een arrest van 14 februari 2012 (ECLI:NL:GHAMS:2012:BW1995) tot de slotsom dat een bestuurder (slechts) onder bijzondere omstandigheden een persoonlijk ernstig verwijt te maken valt wegens het onvoldoende inspannen om financiering te verkrijgen.

De casus die ten grondslag ligt aan onderhavig arrest van de Hoge Raad biedt een voorbeeld van dergelijke bijzondere omstandigheden. Hanzevast had specifiek met het oog op de verwerving van kantoorruimte van G4 een nieuwe vennootschap opgericht, Hanzevast III, waarvan zij enig bestuurder en aandeelhouder was. Het is Hanzevast III geweest die vervolgens de onderhandelingen met G4 heeft gevoerd en de koopovereenkomst is aangegaan. Omdat Hanzevast III een lege projectvennootschap was, zijn partijen bij het aangaan van de koopovereenkomst overeengekomen dat Hanzevast voldoende financiële middelen aan Hanzevast III ter beschikking zou stellen om haar in staat te stellen de koopovereenkomst na te komen. Op grond van deze toezegging door Hanzevast, ging G4 ervan uit - en mocht zij hier volgens het hof ook van uitgaan - dat

Hanzevast te zijner tijd de overeengekomen aankoopsom aan Hanzevast III zou fourneren. Om die reden had G4 verder ook geen zekerheden bedongen. Het hof oordeelt dat Hanzevast onder die omstandigheden als bestuurder van Hanzevast III een persoonlijk ernstig verwijt treft, indien zij in strijd met de gemaakte afspraken en het bij G4 gewekte vertrouwen nalaat om Hanzevast III van voldoende financiële middelen te voorzien om haar verplichtingen jegens G4 na te komen. Dat is naar het oordeel van het hof niet alleen zo wanneer die verplichting bestaat uit nakoming van de koopovereenkomst, maar ook wanneer het gaat om een verplichting tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van de koopovereenkomst.

De Hoge Raad komt tot de conclusie dat dit oordeel van het hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en verwerpt de in het cassatiemiddel hiertegen opgeworpen klachten. Eerder oordeelde de Hoge Raad al in zijn arrest *Zandvliet/ING Bank* (HR 26 maart 2010, RO 2010/38) dat het niet-nakomen van een door een bestuurder jegens een crediteur gedane betalingstoezegging kan leiden tot aansprakelijkheid van die bestuurder. Eenzelfde aansprakelijkheidsrisico loopt dus de bestuurder die een concrete financieringstoezegging doet, zeker wanneer de wederpartij bij het aangaan van de overeenkomst haar handelen daarop afstemt en bijvoorbeeld afziet van het bedingen van zekerheden. Ook in dat geval geldt het adagium 'belofte maakt schuld'.

Overigens lijkt het erop dat G4 c.s. ook een andere - wellicht eenvoudigere - route had kunnen kiezen. Dit lijkt ook de Hoge Raad te impliceren, waar hij in r.o. 3.3.2 vooropstelt dat het middel niet opkomt tegen de door het hof gehanteerde maatstaf uit *Ontvanger/Roelofsen*, en dit in cassatie dus tot uitgangspunt dient. Het leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid had hier zo op het oog namelijk ook uitkomst kunnen bieden. Bij doorbraak van aansprakelijkheid gaat het om de schending van een uit hoofde van art. 6:162 BW op de aandeelhouder van de vennootschap rustende zorgplicht jegens een of meer crediteuren van die vennootschap. Een dergelijke zorgplicht wordt wel aangenomen indien de aandeelhouder/moeder betrokken is bij het wekken van de schijn van kredietwaardigheid bij de vennootschap/dochter. Zie bijvoorbeeld het arrest *NBM/Securicor* (HR 18 november 1994, NJ 1995/170), dat feitelijk veel gelijkenis vertoont met onderhavig geval. In die zaak had NBM, de enig aandeelhouder en bestuurder van de vennootschap, in het kader van contractsonderhandelingen tussen de vennootschap en Securicor de verwachting gewekt dat zij zou instaan voor de betaling door die vennootschap aan Securicor. Door vervolgens na het aangaan van de overeenkomst niet voor betaling aan Securicor zorg te dragen, handelde zij in strijd met de door haar bij Securicor gewekte gerechtvaardigde verwachting en daarmee onrechtmatig. Deze route was voor G4 c.s. mogelijk eenvoudiger geweest, omdat voor doorbraak van aansprakelijkheid de 'normale regels' van art. 6:162 BW gelden. Toepassing van de ernstig verwijt maatstaf was dan dus niet aan de orde geweest.

(H.J. ter Meulen)

Partij(en)

Arrest in de zaak van:

1. Hanzevast Beleggingen B.V., gevestigd te Groningen,
2. Gorecht 3 B.V. (voorheen Hanzevast Beleggingen III B.V.), gevestigd te Groningen,

eiseressen tot cassatie, hierna gezamenlijk als Hanzevast c.s., advocaat: mr. J.W.H. van Wijk, tegen

1. Ontwikkelingsmaatschappij G4 Beheer B.V., gevestigd te Groningen,
2. Ontwikkelingsmaatschappij G4 C.V., gevestigd te Utrecht,

verweersters in cassatie, hierna gezamenlijk als G4 c.s., advocaat: mr. M. Ynzonides.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Het geding

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het arrest in de zaak 10/00006, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, *NJ* 2012/684 van de Hoge Raad van 8 juli 2011;
- b. de arresten in de zaak 200.116.936 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 8 januari 2013, 23 juli 2013, 8 juli 2014 en 8 september 2015.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2. Het tweede geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof van 23 juli 2013, 8 juli 2014 en 8 september 2015 hebben Hanzevast c.s. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

G4 c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor G4 c.s. mede door mr. M. Warmerdam.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.H. Wissink strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van Hanzevast c.s. heeft bij brief van 16 december 2016 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) G4, waarvan G4 Beheer beherend vennoot is, heeft het project Euroborg te Groningen ontwikkeld en gebouwd. Het project Euroborg omvat een multifunctioneel (voetbal)stadion en kantoren.
- (ii) Hanzevast III is een projectvennootschap waarvan de aandelen worden gehouden door Hanzevast Beleggingen.
- (ii) Hanzevast c.s. en G4 c.s. hebben langdurig onderhandeld over de koop door Hanzevast c.s. van kantoorruimte in Euroborg. In een brief van 27 mei 2004 van Hanzevast III aan G4 Beheer heeft Hanzevast III aangeboden het appartementsrecht, onderdeel uitmakende van de randbebouwing van Euroborg, betreffende de kantoorruimte, te kopen onder de in de brief vermelde voorwaarden. De brief (hierna: de koopovereenkomst) is ondertekend door Hanzevast III, in de brief aangeduid als 'koper', en G4 Beheer (naar tussen partijen vaststaat in naam van G4), in de brief aangeduid als 'verkoper'. De koopprijs van de kantoorruimte bedroeg aanvankelijk € 8.200.000, maar is nadien verhoogd tot € 9.704.750 in verband met een toename van het aantal vierkante meters.
- (i) Vanaf mei 2004 hebben partijen onderhandeld over de vormgeving en (technische) uitvoering van de kantoorruimte. Daarbij zijn over en weer voorstellen gedaan. In dat kader heeft G4 op 4 februari 2005 een op 15 oktober 2004 gedateerde technische omschrijving van Hanzevast c.s. ontvangen. G4 heeft daarop kenbaar gemaakt dat uitvoering van de kantoorruimte overeenkomstig de wensen van Hanzevast c.s. zou leiden tot ruim € 1,9 miljoen meerwerk.

- (v) In een brief van 29 juli 2005 aan G4 heeft Hanzevast III zich op het standpunt gesteld dat geen overeenstemming is bereikt over een koopovereenkomst. Voor zover wél overeenstemming zou zijn bereikt, schoot G4 volgens Hanzevast III ernstig tekort in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen doordat zij niet bereid was de kantoorruimte tegen de overeengekomen koopprijs op het vereiste niveau op te leveren. Hanzevast III heeft G4 in de brief een termijn van vijftien dagen gesteld om alsnog te bevestigen dat zij zou overgaan tot tijdige levering van de kantoorruimte op het vereiste opleveringsniveau tegen betaling van de overeengekomen koopprijs, bij gebreke waarvan Hanzevast III de koopovereenkomst zou ontbinden.

3.2.1

In dit geding vorderen G4 c.s. dat voor recht wordt verklaard dat Hanzevast III aansprakelijk is voor de door G4 c.s. geleden schade op de grond dat zij is tekortgeschoten in de nakoming van de koopovereenkomst, met veroordeling van Hanzevast III tot vergoeding van de door G4 c.s. geleden schade van € 3.904.607,70.

Voorts vorderen G4 c.s. dat Hanzevast Beleggingen wordt veroordeeld tot betaling van alles waartoe Hanzevast III wordt veroordeeld, voor zover Hanzevast III niet in staat blijkt aan de veroordeling te kunnen voldoen. G4 c.s. hebben aan hun vordering tegen Hanzevast Beleggingen mede ten grondslag gelegd dat Hanzevast III een speciaal met het oog op de afwikkeling van de koopovereenkomst opgerichte, lege vennootschap is. Hanzevast Beleggingen is aandeelhouder en bestuurder van Hanzevast III. Hanzevast Beleggingen is bovendien nauw betrokken geweest bij de onderhandelingen die tot het sluiten van de koopovereenkomst hebben geleid.

3.2.2

De rechtbank heeft de verzochte verklaring voor recht gegeven en de vordering op Hanzevast III tot een bedrag van € 2.486.916,67 toegewezen. Zij oordeelde dat tussen partijen een koopovereenkomst tot stand is gekomen en dat Hanzevast III ten onrechte heeft geweigerd haar contractuele verplichtingen na te komen, zodat zij toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming daarvan. De rechtbank heeft voorts de hiervoor genoemde vordering op Hanzevast Beleggingen toegewezen.

3.2.3

In hoger beroep heeft het gerechtshof Leeuwarden het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van G4 c.s. afgewezen.

De Hoge Raad heeft het arrest van het gerechtshof Leeuwarden vernietigd bij arrest van 8 juli 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, *NJ* 2012/684) en de zaak ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het toenmalige gerechtshof Arnhem (thans: het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden; hierna: het hof).

3.2.4

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en heeft voor recht verklaard dat Hanzevast III aansprakelijk is jegens G4 voor de door G4 ten gevolge van een tekortkoming in de nakoming van de koopovereenkomst geleden schade. Het heeft Hanzevast III veroordeeld om aan G4 te betalen een bedrag van € 1.210.250, te vermeerderen met wettelijke rente. Het heeft voorts Hanzevast Beleggingen veroordeeld, voor zover zij Hanzevast III niet van voldoende financiële middelen zal voorzien, om aan G4 te betalen een bedrag van (maximaal) € 1.210.250, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.2.5

Het hof overwoog daartoe in zijn tussenarrest van 23 juli 2013 als volgt.

Tussen Hanzevast III en G4 is op 27 mei 2004 een overeenkomst gesloten. De toenmalige representanten van de Hanzevastvennootschappen hebben zich om hen moverende redenen neergelegd bij de uitvoering van de kantoren zoals G4 die toen voorspiegelde. Partijen hebben op 27 mei 2004 wilsovereenstemming bereikt. Zij waren het ook over het opleveringsniveau voldoende eens om van een bindende overeenkomst te kunnen spreken. (rov. 3.7-3.9)

De ontbindingsverklaring van Hanzevast III was niet gerechtvaardigd en heeft geleid tot verzuim van Hanzevast III ten aanzien van haar verplichting de koopovereenkomst na te komen. Nu beide partijen de koopovereenkomst voor beëindigd houden en zuivering van het verzuim niet meer mogelijk is, is Hanzevast III op grond van art. 6:74 BW aansprakelijk en kan zij aan G4 niet tegenwerpen dat de koopovereenkomst niet is ontbonden. (rov. 3.14)

De door G4 gevorderde schadevergoeding zoals die door de rechtbank is opgevat en toegewezen, bestaat in het verschil tussen de overeengekomen koopsom en de marktwaarde van de kantoorruimte wanneer die conform het overeengekomen opleveringsniveau zou zijn opgeleverd. Tegen deze kennelijk aan HR 15 januari 1965, NJ 1965/197 en art. 7:36 BW ontleende berekeningswijze hebben Hanzevast c.s. in hun memorie van grieven geen klachten gericht. De omvang van de schade wordt in hoger beroep opnieuw beoordeeld. (rov. 3.15).

Het hof heeft vervolgens een deskundige benoemd ter bepaling van de waarde van de kantoorruimte op de datum dat Hanzevast had moeten afnemen (14 februari 2006).

3.2.6

Over de bestuurdersaansprakelijkheid van Hanzevast Beleggingen overwoog het hof in zijn tussenarrest van 23 juli 2013 als volgt.

“3.19

De grieven XIV en XV richten zich tegen het oordeel dat Hanzevast als bestuurder van Hanzevast III medeaansprakelijk is voor de schade voor zover Hanzevast III niet in staat blijkt te zijn de schade aan G4 te vergoeden. Het hof stelt het volgende voorop. In projecten als het onderhavige is het niet ongebruikelijk dat een lege projectvennootschap wordt opgericht die als koper zal optreden en door de moedervernootschap van middelen zal worden voorzien op het moment dat het vastgoed wordt geleverd. Partijen zijn in onderhavige zaak overeengekomen dat Hanzevast de projectvennootschap Hanzevast III zou fourneren op het moment van levering en er aldus zorg voor zou dragen dat de koper de met G4 gesloten overeenkomst zou kunnen nakomen. Onder die condities heeft de bestuurder van Hanzevast III namens Hanzevast III de overeenkomst met G4 ondertekend. Bij het aangaan van de overeenkomst zijn partijen er dus beide van uitgegaan dat de projectvennootschap Hanzevast III de koopovereenkomst zou kunnen nakomen omdat zij dan van voldoende financiële middelen zou zijn voorzien. De verantwoordelijkheid van de bestuurder lag er dus in Hanzevast III tijdig te (laten) fourneren zodat zij in staat zou zijn de overeenkomst met G4 na te komen. G4 heeft in dat verband geen zekerheden bedongen, ervan uitgaande dat Hanzevast - destijds kapitaalkrachtig als grootste kantorenbelegger in Nederland - de projectvennootschap de aankoopsom c.a. zou verstrekken op het moment van levering. Naar het oordeel van het hof mocht G4 daar destijds ook van uitgaan.

3.20

Hanzevast III is niet nagekomen maar heeft - ten onrechte - de ontbinding ingeroepen. G4 heeft daardoor in beginsel recht op vergoeding van het positief contractsbelang dat in zoverre in plaats komt van de nakoming van Hanzevast III. Het moet als onrechtmatig worden geoordeeld indien Hanzevast als bestuurder in weerwil van de overeenkomst Hanzevast III op het moment van levering niet zou hebben voorzien van de financiële middelen om haar in staat te stellen de overeenkomst met G4 na te komen. In het verlengde daarvan ligt het dat niet kan worden aanvaard dat de bestuurder de projectvennootschap niet van financiële middelen voorziet indien de projectvennootschap door een ongegronde ontbinding niet nakomt, haar verzuim niet zuivert en daarom gehouden is het positief contractsbelang aan haar wederpartij te voldoen.

3.21

Op deze gronden oordeelt het hof dat Hanzevast als bestuurder van Hanzevast III een ernstig persoonlijk verwijt treft en zij dus aansprakelijk is voor zover zij Hanzevast III niet van voldoende financiële middelen zou

voorzien om het positief contractsbelang aan G4 te voldoen. De grieven XIV en XV stranden hierop.”

3.2.7

In zijn eindarrest van 8 september 2015 overwoog het hof als volgt.

“2.2

In de memorie van antwoord na deskundigenbericht verzoekt Hanzevast c.s. het hof terug te komen van het oordeel dat Hanzevast c.s. geen grieven heeft ontwikkeld tegen de aan artikel 7:36 BW ontleende berekeningswijze van de schade van G4. Zij verwijst naar haar grief XVI, in het bijzonder randnummer 93 van haar memorie van grieven. In dat randnummer wordt echter slechts gesteld dat aan de vereisten voor toepasselijkheid van voormeld artikel niet is voldaan, in het bijzonder op het punt van de ontbinding. Daarin ligt naar het oordeel van het hof niet besloten dat Hanzevast c.s. zich principieel keert tegen de mogelijkheid om de schade te berekenen volgens artikel 7:36 BW in onderhavig geval. Voor zover hier anders over gedacht kan worden en het hof zou dienen terug te komen van zijn bindende eindbeslissing, overweegt het hof dat artikel 7:36 BW ook in gevallen waarin geen sprake is van ontbinding (of een koopovereenkomst) toch kan worden toegepast (via artikel 6:97 BW, vgl. MvT bij artikelen 7.7.1-3, Parl. Gesch, InvW 7). Het onderhavige geval, waarin de overeenkomst stilzwijgend is beëindigd en één der partijen schadeplichtig is vanwege een ongerechtvaardigde ontbinding, leent zich naar het oordeel van het hof voor (analoge) toepassing van artikel 7:36 BW. (...)

2.3

Voorts verzoekt Hanzevast c.s. het hof terug te komen van zijn oordeel aangaande de bestuurdersaansprakelijkheid van Hanzevast. Behoudens een herhaling van haar betoog en de stelling dat het oordeel van het hof de toets van cassatie niet zal kunnen doorstaan, legt Hanzevast c.s. aan haar verzoek geen redenen ten grondslag die het hof zouden moeten nopen tot het terugkomen van zijn bindende eindbeslissing. (...)

3.3.1

De klachten van onderdeel 1 komen op tegen het oordeel van het hof over de aansprakelijkheid van Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III. De klachten komen, kort gezegd, erop neer dat de door het hof meegewogen omstandigheden onvoldoende zijn om aan te nemen dat Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III, persoonlijk een ernstig verwijt treft.

3.3.2

Het hof heeft de vraag of Hanzevast Beleggingen aansprakelijk is, beoordeeld aan de hand van de maatstaf uit HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*). Daartegen komt het middel op zichzelf niet op, zodat dit in cassatie tot uitgangspunt dient.

Voor zijn oordeel dat Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt en daarom aansprakelijk is, heeft het hof blijkens rov. 3.19-3.21 het volgende in aanmerking genomen.

Hanzevast Beleggingen heeft, namens de daartoe speciaal door haar opgerichte lege projectvennootschap Hanzevast III, de onderhandelingen met G4 c.s. gevoerd en de koopovereenkomst ondertekend. Ingevolge de koopovereenkomst tussen Hanzevast III en G4 mocht laatstgenoemde ervan uitgaan dat Hanzevast Beleggingen ervoor zou zorgdragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen zou worden voorzien om op het moment van levering van de kantoorruimte de koopsom te kunnen voldoen. Ook Hanzevast Beleggingen was zich ervan bewust dat G4 daarvan uitging en om die reden geen zekerheden had bedongen. Het zou onrechtmatig tegenover G4 zijn geweest indien Hanzevast Beleggingen op het moment van levering van de kantoorruimte niet ervoor zou hebben zorggedragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen zou zijn voorzien om de koopsom te voldoen. Naar het oordeel van het hof is van onrechtmatigheid eveneens sprake in het onderhavige geval, waarin Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III de ontbinding van de koopovereenkomst op onjuiste gronden heeft ingeroepen, daaruit een schadevordering

van G4 jegens Hanzevast III is voortgevloeid en Hanzevast Beleggingen nalaat ervoor zorg te dragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen is voorzien om die schadevordering te kunnen voldoen.

Door op grond van de hiervoor weergegeven, in onderlinge samenhang te beschouwen omstandigheden en overwegingen te oordelen dat Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III aansprakelijk is jegens G4 omdat haar persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt van haar handelen, heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. In zijn oordeel ligt besloten dat Hanzevast Beleggingen heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Hanzevast III haar verplichtingen jegens G4 niet kon nakomen, terwijl Hanzevast Beleggingen wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat Hanzevast III geen verhaal zou bieden voor de schadevordering van G4 doordat Hanzevast Beleggingen niet ervoor heeft zorggedragen dat Hanzevast III van financiële middelen is voorzien. Het oordeel van het hof kan, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet verder op juistheid worden onderzocht; het is ook niet onbegrijpelijk.

3.3.3

Op het voorgaande stuiten de hiervoor in 3.3.1 weergegeven klachten van onderdeel 1 af. Ook de overige klachten van het onderdeel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.4.1

Onderdeel 2.1 klaagt over het oordeel van het hof dat Hanzevast c.s. niet hebben gegriefd tegen de aan art. 7:36 BW ontleende berekeningswijze van de schade van G4. Onderdeel 2.2 klaagt dat art. 7:36 BW zich in dit geval niet leent voor (analoge) toepassing.

3.4.2

Art. 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. De bepaling komt erop neer dat de rechter bij de begroting van de schade en ook bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden, een grote mate van vrijheid heeft (Parl. Gesch. Boek 6, p. 339).

Art. 7:36 BW bepaalt dat in geval van ontbinding van de koop, wanneer de zaak een dagprijs heeft, de schadevergoeding gelijk is aan het verschil tussen de in de overeenkomst bepaalde prijs en de dagprijs ten tijde van de niet-nakoming. Art. 7:36 BW sluit niet uit dat de rechter de daarin opgenomen wijze van schadeberekening ook toepast in gevallen die niet onder deze bepaling vallen; art. 6:97 BW geeft hem daartoe immers alle vrijheid (Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 276).

3.4.3

Uit het vorenoverwogene volgt dat het hof de vrijheid had de in art. 7:36 BW opgenomen wijze van schadeberekening toe te passen in een geval zoals het onderhavige, waarin de koop niet is ontbonden, maar beide partijen zich erbij hebben neergelegd dat de overeenkomst niet meer wordt uitgevoerd (vgl. het eerdere arrest in deze zaak van 8 juli 2011).

3.4.4

De klachten van onderdeel 2.2 die zich richten tegen de wijze van schadebegroting, zijn dus tevergeefs voorgesteld. De overige klachten van onderdeel 2.2 falen op de gronden genoemd in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.13. Hieruit volgt dat onderdeel 2.1 niet meer tot een andere beslissing zal kunnen leiden. De daarin vervatte klachten kunnen dan ook wegens gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.

3.5

Onderdeel 3, dat voortbouwt op onderdeel 2, kan evenmin tot cassatie leiden.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Hanzevast c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van G4 c.s. begroot op € 6.524,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Conclusie

Conclusie A-G mr. M.H. Wissink:

1. Inleiding, feiten en procesverloop

1.1

Dit geschil over niet afgenomen kantoorruimte in de Euroborg wordt voor de tweede maal aan Uw Raad voorgelegd.^[1.] Thans wordt in cassatie geklaagd over de begroting van de door Hanzevast III op grond van art. 6:74 BW aan G4 te betalen schadevergoeding en over de aansprakelijkheid van Hanzevast als bestuurder van Hanzevast III voor de aan G4 te betalen schadevergoeding.

1.2

Ik volsta met een samenvatting van de feiten.^[2.] G4, waarvan Ballast Nedam deel uitmaakt en met als beherend vennoot G4 Beheer, heeft het project Euroborg ontwikkeld en gebouwd. Dit project omvat onder meer een multifunctioneel (voetbal)stadion en kantoren. Hanzevast III^[3.] heeft bij brief van 27 mei 2004 aan G4 Beheer aangeboden om het appartementsrecht, onderdeel uitmakende van de randbebouwing van de Euroborg, betreffende bepaalde kantoren te kopen. Deze brief is door Hanzevast III en door G4 Beheer in naam van G4 ondertekend. Tussen partijen is een verschil van inzicht ontstaan over het opleveringsniveau van de kantoren. Hanzevast verlangde nog bepaalde aanpassingen inzake de ontsluiting van de parkeergarage naar het kantoorgebouw en van het interieur en exterieur van het kantoorgebouw. Hanzevast III heeft bij brief van 29 juli 2005 medegedeeld dat zij afziet van de aankoop van de kantoorruimte en, voor zover volgens G4 reeds een overeenkomst tot stand is gekomen, deze ontbonden wegens tekortschieten van G4 in verband met het opleveringsniveau.

1.3

G4 Beheer en G4 (hierna gezamenlijk: G4 c.s.) hebben een verklaring voor recht gevorderd dat Hanzevast III aansprakelijk is voor de door G4 geleden schade als gevolg van de tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door Hanzevast III en veroordeling van Hanzevast III tot betaling van een bedrag van € 3.904.607,70 vermeerderd met rente en kosten. Daarnaast hebben G4 c.s. veroordeling van Hanzevast gevorderd voor zover Hanzevast III niet aan de vordering zou kunnen voldoen. Deze laatste vordering wordt gegrond op bestuurdersaansprakelijkheid.

1.4

De rechtbank Groningen heeft de gevorderde verklaring voor recht toegewezen en zowel Hanzevast III als Hanzevast (hierna gezamenlijk: Hanzevast c.s.) veroordeeld tot betaling van € 2.486.916,67. In hoger beroep oordeelde het gerechtshof Leeuwarden bij arrest van 25 augustus 2009 dat een deugdelijke grondslag voor de gevorderde schade ontbreekt, nu er slechts schadevergoeding kan worden toegewezen als de overeenkomst ontbonden is, hetgeen niet het geval was nu G4 zich op het standpunt stelt dat Hanzevast III de overeenkomst ten onrechte heeft ontbonden.

1.5

Bij arrest van 8 juli 2011 heeft Uw Raad het arrest van het gerechtshof Leeuwarden gecasseerd. Uw Raad overwoog onder meer dat een wederpartij kan bestrijden dat de ontbindingsverklaring gerechtvaardigd was, maar zich erbij neerleggen dat degene die de ongerechtvaardigde ontbindingsverklaring heeft uitgebracht de overeenkomst niet meer uitvoert; de wederpartij zal dan ook van haar zijde de overeenkomst niet (verder) uitvoeren. In een zodanig geval ziet de wederpartij weliswaar af van haar recht op nakoming, maar dat betekent niet zonder meer dat zij daarmee ook haar rechten prijsgeeft die voortvloeien uit de niet-gerechtvaardigde ontbindingsverklaring (rov. 3.3.3). De schade die het gevolg is van het niet (verder) uitvoeren van de overeenkomst, daaronder begrepen het zogenoemde positief contractsbelang, moet worden vergoed door de schuldenaar wiens verzuim heeft geleid tot het niet (verder) uit te voeren van de overeenkomst (rov. 3.3.4). Indien de schuldenaar van de mogelijkheid tot zuivering van haar verzuim geen gebruik heeft gemaakt (zoals ten aanzien van Hanzevast^[4.] het geval is), kan zij aan de vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang niet tegenwerpen dat de overeenkomst niet is ontbonden (rov. 3.4). Naar de stellingen van beide partijen hebben zij zich tegenover elkaar hebben gedragen alsof de overeenkomst door de ontbindingsverklaring van Hanzevast was beëindigd (rov. 3.5). Uw Raad verwees het geding naar het gerechtshof Arnhem (thans Arnhem-Leeuwarden) ter verdere behandeling en beslissing.

1.6

Het verwijzingshof komt bij tussenarrest van 23 juli 2013 tot het oordeel dat Hanzevast III een niet-gerechtvaardigde ontbindingsverklaring heeft uitgebracht, dat beide partijen de overeenkomst voor beëindigd houden en dat Hanzevast III op voet van art. 6:74 BW schadeplichtig is jegens G4 (rov. 3.14). De schade bestaat uit het verschil tussen de overeengekomen koopsom en de marktwaarde van de kantoorruimte wanneer die conform het overeengekomen opleveringsniveau zou zijn opgeleverd en moet door een deskundige worden vastgesteld (rov. 3.15-3.16). Hanzevast is als bestuurder van Hanzevast III ook aansprakelijk voor die schade (rov. 3.19-3.21). Na bij tussenarrest van 8 juli 2014 gelast deskundigenbericht, handhaaft hof bij eindarrest van 8 september 2015 zijn beslissingen in het arrest van 23 juli 2013 (rov. 2.1-2.3).

1.7

Uitgaande van de koopprijs van € 9.704.750 en een marktwaarde per peildatum van € 8.500.000, stelt het hof in zijn eindarrest de schade vast op een bedrag van € 1.204.750, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 14 februari 2006. Daar komt nog bij een post van € 5.500 voor een door G4 ingeschakelde partijdeskundige. Het hof verklaart voor recht dat Hanzevast III aansprakelijk is jegens G4 voor de door G4 ten gevolge van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst van 27 mei 2004 geleden schade en veroordeelt Hanzevast III tot betaling aan G4 van € 1.210.250 te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 14 februari 2006 tot de dag van volledige betaling. Voorts veroordeelt het hof Hanzevast, voor zover zij Hanzevast III niet van voldoende financiële middelen zal voorzien, om aan G4 te betalen een bedrag van (maximaal) € 1.210.250, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 14 februari 2006 tot de dag van volledige betaling.

1.8

Tegen het tussenarrest van 23 juli 2013 en het eindarrest van 8 september 2015 is door Hanzevast c.s. (tijdig) cassatieberoep ingesteld. G4 c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna Hanzevast c.s. nog hebben gerepliceerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1

Het cassatiemiddel van Hanzevast c.s. bevat twee hoofdklachten die zijn opgedeeld in meerdere subklachten.

Onderdeel 1

2.2

Dit onderdeel is gericht tegen het oordeel omtrent de bestuurdersaansprakelijkheid van Hanzevast in rov. 3.19-3.21 van het arrest van 23 juli 2013 en rov. 2.3 van het eindarrest. Het hof overwoog in dit tussenarrest: “3.19

De grieven XIV en XV richten zich tegen het oordeel dat Hanzevast als bestuurder van Hanzevast III medeaansprakelijk is voor de schade voor zover Hanzevast III niet in staat blijkt te zijn de schade aan G4 te vergoeden. Het hof stelt het volgende voorop. In projecten als het onderhavige is het niet ongebruikelijk dat een lege projectvennootschap wordt opgericht die als koper zal optreden en door de moedervernootschap van middelen zal worden voorzien op het moment dat het vastgoed wordt geleverd. Partijen zijn in onderhavige zaak overeengekomen dat Hanzevast de projectvennootschap Hanzevast III zou fourneren op het moment van levering en er aldus zorg voor zou dragen dat de koper de met G4 gesloten overeenkomst zou kunnen nakomen. Onder die condities heeft de bestuurder van Hanzevast III namens Hanzevast III de overeenkomst met G4 ondertekend. Bij het aangaan van de overeenkomst zijn partijen er dus beide van uitgegaan dat de projectvennootschap Hanzevast III de koopovereenkomst zou kunnen nakomen omdat zij dan van voldoende financiële middelen zou zijn voorzien. De verantwoordelijkheid van de bestuurder lag er dus in Hanzevast III tijdig te (laten) fourneren zodat zij in staat zou zijn de overeenkomst met G4 na te komen. G4 heeft in dat verband geen zekerheden bedongen, ervan uitgaande dat Hanzevast - destijds kapitaalkrchtig als grootste kantorenbelegger in Nederland - de projectvennootschap de aankoopsom c.a. zou verstrekken op het moment van levering. Naar het oordeel van het hof mocht G4 daar destijds ook van uitgaan.

3.20

Hanzevast III is niet nagekomen maar heeft - ten onrechte - de ontbinding ingeroepen. G4 heeft daardoor in beginsel recht op vergoeding van het positief contractsbelang dat in zoverre in plaats komt van de nakoming van Hanzevast III. Het moet als onrechtmatig worden geoordeeld indien Hanzevast als bestuurder in weerwil van de overeenkomst Hanzevast III op het moment van levering niet zou hebben voorzien van de financiële middelen om haar in staat te stellen de overeenkomst met G4 na te komen. In het verlengde daarvan ligt het dat niet kan worden aanvaard dat de bestuurder de projectvennootschap niet van financiële middelen voorziet indien de projectvennootschap door een ongegronde ontbinding niet nakomt, haar verzuim niet zuivert en daarom gehouden is het positief contractsbelang aan haar wederpartij te voldoen.

3.21

Op deze gronden oordeelt het hof dat Hanzevast als bestuurder van Hanzevast III een ernstige persoonlijk verwijt treft en zij dus aansprakelijk is voor zover zij Hanzevast III niet van voldoende financiële middelen zou voorzien om het positief contractsbelang aan G4 te voldoen. De grieven XIV en XV stranden hierop.

3.22

In het licht van deze door het hof aanvaarde grondslag voor de bestuurdersaansprakelijkheid, gaat het verweer van Hanzevast c.s. omtrent het causale verband (randnummers 82 en 83 van de memorie van grieven) niet op.”

en in zijn eindarrest:

“2.3

Voorts verzoekt Hanzevast c.s. het hof terug te komen van zijn oordeel aangaande de bestuurdersaansprakelijkheid van Hanzevast. Behoudens een herhaling van haar betoog en de stelling dat het oordeel van het hof de toets van cassatie niet zal kunnen doorstaan, legt Hanzevast c.s. aan haar verzoek geen redenen ten grondslag die het hof zouden moeten nopen tot het terugkomen van zijn bindende

eindbeslissing. Het hof gaat voorbij aan het verzoek en zal nu het deskundigenrapport bespreken.”

2.3

Het middel neemt terecht tot uitgangspunt dat het hof een oordeel heeft gegeven over de (on)rechtmatigheid jegens G4 van het handelen van Hanzevast in haar hoedanigheid van bestuurder van Hanzevast III.

Het hof is er in rov. 3.20 (vierde volzin) dus niet vanuit gegaan, dat Hanzevast ook voor zichzelf met G4 zou zijn overeengekomen dat Hanzevast III door Hanzevast van financiële middelen zou worden voorzien. Partijen lezen deze overweging terecht aldus, dat alleen Hanzevast III en G4 dit zijn overeengekomen (s.t. Hanzevast c.s. nr. 3.6, slot; s.t. G4 c.s. nr. 68). *Onderdeel 1.9*, dat voor de zekerheid op dit punt klachten formuleert, faalt dus bij gebrek aan feitelijke grondslag. Dat geldt ook voor de in dit onderdeel geformuleerde klacht tegen rov. 2.3, omdat daarin met ‘Hanzevast’ wordt bedoeld op Hanzevast III (zie hiervoor bij 1.2).

2.4.1

Over de maatstaf voor deze bestuurdersaansprakelijkheid overwoog HR 5 september 2014:^[5.]

“3.5.2

Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen (vgl. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, *NJ 2009/21*).”

2.4.2

Of er sprake is van een dergelijk ernstig verwijt^[6.] hangt af van de aard en de ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.^[7.] In bepaalde gevallen mag verondersteld worden dat is voldaan aan dit vereiste, zo blijkt uit onder meer HR 8 december 2006 (*Ontvanger/Roelofsen*):^[8.]

“Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, nr. C98/208, *NJ 2000/295*).

Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had

behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.”

2.4.3

Het onder (i) bedoelde ‘Beklamelcriterium’ houdt in de kern 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.^[9.] In het onder (ii) bedoelde geval van ‘frustratie van betaling en verhaal’^[10.] zal het ernstig verwijt kunnen worden aangenomen als vast komt te staan dat de bestuurder ten tijde van zijn gedragingen weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap ertoe leidt dat deze haar betalingsverplichting niet zal nakomen en evenmin verhaal zal bieden voor de als gevolg daarvan geleden schade.^[11.] Dit beoordelingscriterium ligt dicht aan tegen het Beklamelcriterium, zij het dat het toetsmoment verschilt. Steeds lijkt echter van belang dat de schadelijke gevolgen van het handelen objectief voorzienbaar zijn voor de bestuurder.^[12.] Als voorbeelden waarin de bestuurder aansprakelijk kan zijn, noemen Maeijer, Van Solinge en Nieuwe Weme betalingsonwil,^[13.] bewust bewerkstelligen van een toestand die de betaling van een schuld verhindert, zoals het leeghalen van een vennootschap of de overdracht van activa en het doorverkopen van goederen buiten de normale bedrijfsvoering om.^[14.]

2.4.4

In HR 4 april 2014, ECLI:NL:2014:829, *NJ 2014/195 (Air Holland)* werd de bestuurders van de vennootschap die schuldenaar was van Air Holland onder meer verweten dat zij de schuld van de vennootschap aan Air Holland van circa € 511.000 onbetaald hadden gelaten door deze te verrekenen met een door hen gestelde tegenvordering van circa € 2.400.000, waarvan in rechte uiteindelijk echter slechts een bedrag van afgerond € 177.000 kwam vast te staan.

Ten aanzien van het in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* sub (ii) bedoelde geval, betoogde het middel dat nu niet evident was dat de tegenvordering van elke grond was ontbloot of dat de gestelde tegenvordering niet de vordering van Air Holland zou overtreffen, de bestuurders in redelijkheid hebben kunnen menen dat per saldo geen vordering van Air Holland zou resteren en voorts dat wanneer slechts ernstig rekening moet worden gehouden met het bestaan van een vordering, het handelen of nalaten van bestuurders niet zodanig onzorgvuldig kan worden geacht dat hen daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

In zijn conclusie sub 2.7 voor dit arrest wijst A-G Timmerman erop,^[15.] dat de vraag met welke verplichtingen van de vennootschap de bestuurder rekening dient te houden, van een andere orde is dan de vraag naar de ten aanzien van deze verplichtingen te betrachten zorgvuldigheid. Een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen indien de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen, met het bestaan waarvan ernstig rekening diende te worden gehouden, niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden. Ook in dat geval is er sprake van objectieve wetenschap van benadeling.

Uw Raad oordeelde dat ‘voor een ernstig verwijt als in voormeld arrest van de Hoge Raad bedoeld, voldoende is dat de bestuurder ten tijde van het hem verweten handelen of nalaten ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat ondanks de gestelde tegenvordering een vordering op de vennootschap zou resteren.’

2.5

Kenmerkend voor het onderhavige geval is, kort gezegd, dat:

- (a) G4 en Hanzevast III bij het aangaan van de koopovereenkomst ervan uit gingen dat Hanzevast III – een ‘lege’ projectvennootschap – de koopovereenkomst zou kunnen nakomen omdat Hanzevast haar daartoe van middelen zou voorzien, dat het de verantwoordelijkheid van Hanzevast als bestuurder was

om Hanzevast III tijdig te (laten) fourneren zodat zij zou kunnen nakomen en dat G4 ervan mocht uitgaan dat Hanzevast dat zou doen en daarom geen zekerheden heeft bedongen;

- (b) Hanzevast III in plaats van na te komen ten onrechte de ontbinding van de overeenkomst heeft ingeroepen en G4 daardoor in beginsel recht heeft op vergoeding van het positief contractsbelang dat in zoverre in de plaats komt van de nakoming.

2.6.1

Hanzevast c.s. betogen, samengevat, dat het hof in de omstandigheden van dit geval niet kon oordelen dat Hanzevast aansprakelijk is (*subonderdeel 1.1*)^[16.] Volgens *subonderdeel 1.2* was de te beoordelen vraag namelijk of Hanzevast (uiterlijk) op het *moment van ontbinding* wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat die handelwijze tot gevolg zou hebben dat Hanzevast III haar verplichtingen niet zou nakomen en dat Hanzevast III geen verhaal zou bieden voor als gevolg daarvan optredende schade. De voortbouwende rechtsklacht van *subonderdeel 1.3* vult dit nader in met de stelling dat de bestuurder (uiterlijk) op dat moment voorzag, althans kon voorzien, althans ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat ontbinding door de rechter ongegrond zou worden geoordeeld en tot gevolg zou hebben dat de projectvennootschap - indien zij niet van financiële middelen zou worden voorzien - geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Bovendien zou voor het aannemen van een ernstig verwijt in een geval als het onderhavige nodig zijn opzet, grove schuld of roekeloosheid dan wel dat geen redelijk handelend bestuurder in dezelfde omstandigheden tot ontbinding zou overgaan zonder de vennootschap van de voor het voldoen van de schadevergoeding benodigde financiële middelen te voorzien.

2.6.2

Het voorgaande geldt, aldus het middel, in ieder geval in de omstandigheden van het voorliggende geval, nu de wederpartij zich erbij heeft *neergelegd dat de overeenkomst niet meer wordt uitgevoerd* en er sprake is van een stilzwijgende beëindiging van de overeenkomst (*subonderdeel 1.4*), althans dat de wederpartij wist dat zij contracteerde met een *lege projectvennootschap en geen zekerheden heeft bedongen* voor de koopprijs en/of eventuele schadevergoeding en *geen sprake is geweest van vermogensonttrekkingen* aan de projectvennootschap door de bestuurder, maar slechts sprake is van het niet voorzien van financiële middelen om te kunnen voldoen aan de schadevergoedingsplicht (*subonderdeel 1.5*). Volgens *subonderdeel 1.6* heeft het hof miskend dat voor de vraag of er sprake is van een ernstig verwijt bezien dient te worden wat de aard en de ernst van de normschending is en acht dient te worden geslagen op de overige omstandigheden van het geval.

In *subonderdeel 1.7* wordt in zekere zin weer voortgebouwd op de klachten in *subonderdeel 1.5* door te betogen dat het voorliggende geval niet in het verlengde ligt van de situatie waarin Hanzevast als bestuurder Hanzevast III op het moment van levering niet zou hebben voorzien van financiële middelen om de overeenkomst met G4 na te komen, omdat de *financiering van de aankoopsom* niet op één lijn kan worden gesteld met financiering van schadevergoeding en omdat *G4 geen nakoming* maar schadevergoeding heeft gevorderd.

2.6.3

Hanzevast c.s. hebben onderdeel 1, samengevat, als volgt toegelicht.

- (a) De (project)financiering van de koopovereenkomst – waarbij tegenover de koopprijs de levering van het onroerend goed staat, zodat financiering kan worden verkregen – kan niet op één lijn gesteld worden met het betalen van schadevergoeding – waartegenover niets staat – zodat de verkoper er ook niet op mag vertrouwen dat de bestuurder zal zorgdragen voor de financiering van een schadevergoeding (s.t. nrs. 1.14, 3.6, 3.22). Professionele partijen in de vastgoedpraktijk weten dat zij contracteren met een ‘lege’ projectvennootschap zodat zij zekerheden moeten bedingen als zij geen (verhaals)risico willen lopen (s.t. nrs. 2.3, 3.3, 3.20). Hanzevast heeft Hanzevast III ook niet

leeggehaald (s.t. nr. 3.21).

- (b) De beslissing van de bestuurder van Hanzevast III om de overeenkomst te ontbinden kan hooguit, achteraf, een inschattingsfout worden genoemd (s.t. nrs. 2.6, 3.9). Voor de bestuurder van Hanzevast III was ten tijde van de ontbinding niet voorzienbaar dat het positief contractsbelang verschuldigd zou zijn (s.t. nrs. 2.6, 3.10, 3.11).

2.7.1

Het middel ziet de onderhavige zaak als een variant van het in *Ontvanger/Roelofsen* sub (ii) bedoelde geval en benadrukt daarom onder meer het belang van het moment waarop Hanzevast III de overeenkomst ontbond.

Volgens G4 c.s. gaat het echter om een *Beklamel*-achtige situatie en is het toetsmoment niet het moment van de ontbinding, maar het moment waarop Hanzevast als bestuurder van Hanzevast III de verplichting aangaat. Voor de aansprakelijkheid van Hanzevast als bestuurder mag het niet uitmaken of Hanzevast III rechtstreeks haar verplichting tot betaling van de koopsom niet nakomt dan wel indirect door de koopovereenkomst onterecht te ontbinden. In beide situaties heeft Hanzevast G4 opgezegd met een contractspartij die, zonder door Hanzevast van financiële middelen te zijn voorzien, niet aan haar verplichtingen kan voldoen en in beide situaties geldt dat Hanzevast zich heeft gecommitteerd tot fourneren (s.t. nrs. 29-30, 39, 43, 45, 48, 50).

2.7.2

Het hof heeft de vraag beantwoord of Hanzevast als bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt treft zonder het onderhavige geval uitdrukkelijk in de typologie van het arrest *Ontvanger/Roelofsen* te passen. In die typologie gaat het m.i. om een geval waarin de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Ter zake van het sluiten van de overeenkomst als zodanig wordt de bestuurder door het hof geen verwijt gemaakt. Het door het hof aan Hanzevast verweten handelen ziet op de periode na het sluiten van de overeenkomst. Hierop wijzen Hanzevast c.s. terecht (replik nrs. 5-6).

Dat geval omvat, maar is niet beperkt tot, de situatie dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen. Hanzevast c.s. bepleiten met een beroep op de rechtszekerheid overigens om zoveel mogelijk weg te blijven van deze onbepaalde 'andere omstandigheden' (s.t. nrs. 2.13-2.14). Ik denk dat dit voor de beoordeling van het onderhavige geval niet het springende punt is.

2.8.1

Inderdaad kan de bestuurder niet aansprakelijk worden gehouden, reeds omdat de vennootschap als contractspartij 'op eigen risico' de overeenkomst ontbindt.^[17.] Anders dan het middel met een referentie aan de zaak *Air Holland* betoogt, is het echter niet zo dat de beoordeling van het 'ernstig verwijt' noodzakelijkerwijs scharniert om de achteraf verkeerd uitgevallen beslissing om te gaan ontbinden. Die benadering miskent naar mijn mening het belang van de omstandigheid dat de overeenkomst is gesloten en ontbonden door een projectvennootschap die, naar voor de contractspartijen en de bestuurder bekend is, zelf geen middelen heeft en voor haar financiering afhankelijk is van de tussenkomst van haar bestuurder/moedervennootschap.

Het hof benadrukt daarom de verantwoordelijkheid van Hanzevast om te zorgen voor de benodigde middelen. Daarbij heeft het hof niet miskend dat die verantwoordelijkheid ziet op middelen om de koopsom te voldoen. Het hof heeft echter geoordeeld dat de verantwoordelijkheid van Hanzevast jegens G4 niet beperkt is tot de verplichting om de koopsom c.a. te (laten) financieren. Hanzevast heeft naar het oordeel van het hof in de omstandigheden van dit geval óók een verplichting jegens G4 om haar niet achter te laten met een – per definitie – onverhaalbare vordering op de 'lege' projectvennootschap wanneer Hanzevast III door een

ongegrunde ontbinding niet nakomt, haar verzuim niet zuivert en daarom schadevergoeding te belope van het positief contractsbelang moet betalen. De beoordeling van de aansprakelijkheid van Hanzevast draait aldus niet om de vraag of (Hanzevast als bestuurder van) Hanzevast III ten tijde van de ontbinding mocht menen dat haar ontbinding gerechtvaardigd was, maar om de voor haar voorzienbare gevolgen van een niet-gerechtvaardigd geoordeelde ontbinding wanneer die ertoe leidt dat Hanzevast III niet nakomt (ook niet door haar verzuim te zuiveren). Voor de bestuurder is objectief wel voorzienbaar (a) de mogelijkheid dat de ontbinding door de wederpartij zal worden betwist en tot aansprakelijkheid van de vennootschap kan leiden en (b) dat deze 'lege' projectvennootschap in dat geval per definitie geen verhaal biedt, tenzij de moeder/bestuurder een financiële handreiking doet.

2.8.2

Het op zichzelf juiste argument dat de wederpartij dergelijke (verhaals)risico's zelf zou hebben kunnen afdekken door bepaalde zekerheden te vragen, doet aan het voorgaande in het onderhavige geval niet af om de redenen die het hof aan het slot van rov. 3.19 weergeeft. Nu G4 er volgens het hof in dit geval van mocht uitgaan dat zij geen zekerheden behoefde te vragen voor de nakoming door Hanzevast III, kan haar volgens het hof niet tegengeworpen worden dat zij geen zekerheden heeft gevraagd voor het geval dat Hanzevast III zou wanpresteren. Het argument dat Hanzevast Hanzevast III niet heeft leeggehaald, doet niet ter zake waar het gaat om een 'lege' projectvennootschap die nog van middelen zou moeten worden voorzien.

2.8.3

Het argument dat in een projectvennootschap als de onderhavige risico's en aansprakelijkheden worden ondergebracht - naar ik zou menen: primair met het oog op de exploitatie van het daarin onder te brengen onroerend goed - en het argument dat externe projectfinanciering wordt verkregen met het oog op de exploitatie, staan evenmin in de weg aan de aansprakelijkheid van de bestuurder die het hof in het onderhavige geval heeft aangenomen.

2.8.4

Niet valt in te zien waarom het feit dat G4 zich heeft neergelegd bij het niet-uitvoeren van de overeenkomst zou nopen tot een strenger criterium of een andere invulling van de ernstig verwijt-maatstaf, temeer nu G4 weliswaar afziet van het persisteren in de uitvoering van de overeenkomst, maar haar recht op schadevergoeding niet heeft prijsgegeven. G4 c.s. (s.t. nr. 32-33) wijzen er terecht op dat wanneer G4 in reactie op de onterechte ontbinding nakoming had gevorderd, Hanzevast aansprakelijk zou zijn geweest indien zij op dat moment Hanzevast III niet van financiële middelen zou hebben voorzien en dat G4 mag niet worden benadeeld door de keuze die zij maakt uit de haar ten dienste staande rechtsmiddelen.

2.8.5

In het verlengde hiervan falen ook de aanvullende motiveringsklachten van de *subonderdelen 1.2 en 1.3*, waarin wordt verwezen naar de stellingen van Hanzevast dat zij niet wist of hoefde te begrijpen (i) dat Hanzevast III niet tot ontbinding gerechtigd was, zekere nu daartoe juridisch advies was ingewonnen, en (ii) dat deze ontbinding tot schade zou leiden nu in de koopovereenkomst was aangegeven dat de werkelijke commerciële waarde van het object € 9.740.000 zou bedragen. Het falen van het eerste punt behoeft na het voorgaande geen toelichting. Het tweede punt miskent naar mijn mening dat de schade is vastgesteld op het verschil tussen de koopsom en de waarde van het onroerend goed bij een oplevering conform het overeengekomen niveau op 14 februari 2006.^[18.]

2.8.6

Het hof kon m.i. vaststellen dat in de omstandigheden van het geval sprake was van een de bestuurder persoonlijk te maken ernstig verwijt. Het hof heeft de toepasselijke maatstaf niet miskend. Voor zover het

onderdeel verdergaande eisen stelt, berust het op een onjuiste rechtsopvatting. Daarbij is het hof voldoende ingegaan op de relevante omstandigheden van het geval en was het niet tot een nadere motivering gehouden. Voor het overige is het oordeel verweven met aan het hof voorbehouden waarderingen van feitelijke aard. De subonderdelen 1.1 t/m 1.7 dienen daarom naar mijn mening te falen.

2.9

De (op subonderdeel 1.7 voortbouwende) motiveringsklacht van *subonderdeel 1.8* faalt, omdat het hof niet ervan is uitgegaan dat, kort gezegd, G4 en Hanzevast III hebben afgesproken dat Hanzevast voor financiering van de koopsom uit eigen middelen zou zorgen en deze financiering niet extern van een bank had mogen betrekken. De overwegingen van het hof geven geen aanleiding te veronderstellen dat het hof van een dergelijke beperking is uitgegaan (zie onder meer rov. 3.19, zevende volzin, waarin het hof spreekt van '(laten) fourneren).

Subonderdeel 1.9 kwam hierboven al ter sprake. Nu geen van de in middelonderdeel 1 voorgestelde klachten tot cassatie aanleiding geeft, dient ook de veegklacht van *subonderdeel 1.10* worden verworpen en daarmee het eerste onderdeel.

Onderdeel 2

2.10

Dit onderdeel is gericht tegen de schadebegroting van het hof, zoals neergelegd in rov. 3.15 van het tussenarrest van 23 juli 2013 en rov. 2.1-2.2 van het eindarrest. Het hof overwoog in het tussenarrest:

“3.15
De door G4 gevorderde schade zoals die door de rechtbank is opgevat en toegewezen bestaat in het verschil tussen de overeengekomen koopsom en de marktwaarde van de kantoorruimte wanneer die conform het overeengekomen opleveringsniveau zou zijn opgeleverd. Tegen deze kennelijk aan HR 15 januari 1965, *NJ* 1965/197 en artikel 7:36 BW ontleende berekeningswijze heeft Hanzevast c.s. in haar memorie van grieven geen klachten gericht. (...) Hanzevast c.s. heeft met grief XVI wel tijdig bezwaar gemaakt tegen de beslissingen van de rechtbank om uit te gaan van de taxatie van [A] Hooft en om de schade voor het overige te schatten (waar het gaat om de door G4 nog te maken kosten om de kantoorruimte naar het overeengekomen opleveringsniveau te tillen). Hanzevast heeft haar betwisting onderbouwd met een taxatierapport van DTZ Zadelhof (productie 4 bij memorie van grieven). De aldus te bepalen schade zal in hoger beroep, met inachtneming wat partijen daaromtrent nader naar voren hebben gebracht, daarom opnieuw dienen te worden beoordeeld. Daarbij is het hof met G4 van oordeel dat als peildatum voor deze waardevaststelling dient te worden aangehouden 14 februari 2006, de datum waarop Hanzevast had moeten afnemen.

3.16

Voor de bepaling van de waarde van de kantoorruimte op de peildatum is het hof voornemens een deskundige te benoemen. Deze deskundige zal op basis van de door partijen aan hem te verstrekken gegevens de waarde van de kantoorruimte op de peildatum moeten waarderen, te vermeerderen met de waarde van hetgeen Hanzevast op basis van de overeenkomst zoals door het hof uitgelegd, nog mocht verwachten. Dat wil zeggen dat de kantoren moeten worden gewaardeerd naar het opleveringsniveau zoals dat volgt uit de brief van 27 mei 2004, de aan Hanzevast III beschikbaar gestelde projectbrochure d.d. 11 september 2003 en het bijbehorende bestek en de bestektekening alsmede het aangehechte verslag van 2 december 2003 en de aangehechte e-mail van [B] van 14 januari 2004 met de daarin voorbehouden ruimte voor afwerking en detaillering. Gelet op de bezwaren van Hanzevast c.s., dient de deskundige bij bovenvermelde waardering de latere verkoop van de kantoorruimte in november 2007 voor een bedrag van 10,35 miljoen bij zijn onderzoek te betrekken. Daartoe dient hij eveneens vast te stellen in hoeverre het op dat moment verkochte afweek van hetgeen Hanzevast op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Volgens G4 c.s. is immers nog heel wat geïnvesteerd in de kantoren om het de aspiranthuurlers naar de zin te maken. (...)”
en in het eindarrest:

“2.1

In het tussenarrest van 23 juli 2013 heeft het hof geoordeeld dat Hanzevast III (thans Gerecht 3 B.V.) jegens G4 op grond van artikel 6:74 BW aansprakelijk is. De door G4 c.s. gevorderde schade bestaat in het verschil tussen de overeengekomen koopsom en de marktwaarde van de kantoorruimte wanneer die conform het overeengekomen opleveringsniveau zou zijn opgeleverd. De peildatum voor de waardevaststelling heeft het hof op 14 februari 2006 bepaald. In het tussenarrest van 8 juli 2014 heeft het hof een deskundige benoemd. De deskundige heeft een advies uitgebracht waarop partijen hebben gereageerd.

2.2

In de memorie van antwoord na deskundigenbericht verzoekt Hanzevast c.s. het hof terug te komen van het oordeel dat Hanzevast c.s. geen grieven heeft ontwikkeld tegen de aan artikel 7:36 BW ontleende berekeningswijze van de schade van G4. Zij verwijst naar haar grief XVI, in het bijzonder randnummer 93 van haar memorie van grieven. In dat randnummer wordt echter slechts gesteld dat aan de vereisten voor toepasselijkheid van voormeld artikel niet is voldaan, in het bijzonder op het punt van de ontbinding. Daarin ligt naar het oordeel van het hof niet besloten dat Hanzevast c.s. zich principieel keert tegen de mogelijkheid om de schade te berekenen volgens artikel 7:36 BW in onderhavig geval. Voor zover hier anders over gedacht kan worden en het hof zou dienen terug te komen van zijn bindende eindbeslissing, overweegt het hof dat artikel 7:36 BW ook in gevallen waarin geen sprake is van ontbinding (of een koopovereenkomst) toch kan worden toegepast (via artikel 6:97 BW, vgl. MvT bij artikelen 7.7.1-3, Parl. Gesch, InvW 7). Het onderhavige geval, waarin de overeenkomst stilzwijgend is beëindigd en één der partijen schadeplichtig is vanwege een ongerechtvaardigde ontbinding, leent zich naar het oordeel van het hof voor (analoge) toepassing van artikel 7:36 BW. Het betoog van Hanzevast c.s. in randnummer 93, nader toegelicht bij pleidooi, passeert het hof dan ook.”

2.11

Subonderdeel 2.1 richt een motiveringsklacht tegen het oordeel dat Hanzevast c.s. niet hebben gegriefd tegen de aan art. 7:36 BW ontleende berekeningswijze van de schade. Subonderdeel 2.2 klaagt dat art. 7:36 BW zich in dit geval niet voor analoge toepassing leent. Indien subonderdeel 2.2 faalt, ontvalt het belang aan subonderdeel 2.1.

2.12

In *subonderdeel 2.2* wordt betoogd dat een geval waarin de overeenkomst stilzwijgend is beëindigd en een der partijen schadeplichtig is vanwege ongerechtvaardigde ontbinding zich niet leent voor analoge toepassing van art. 7:36 BW. Dat zou in het bijzonder gelden in dit geval waarin partijen zijn overeengekomen dat de koopprijs iets onder de marktwaarde zou liggen en de koper schadeplichtig is vanwege ongerechtvaardigde ontbinding en de zaak nadien verkocht is aan een derde voor een veel hogere koopprijs dan de in de overeenkomst bepaalde prijs en de prijs ook hoger ligt dan de marktprijs ten tijde van de niet-nakoming. Het hof heeft miskend dat in zo een geval een concrete schadeberekening het meest in overeenstemming is met de aard van de schade, althans had het hof moeten motiveren waarom de hiervoor genoemde omstandigheden niet met zich brachten dat voor een concrete schadeberekening werd gekozen.

2.13

Aan de feitenrechter komt de nodige vrijheid toe om te bepalen welke wijze van schadeberekening het meest in overeenstemming is met de aard van de schade. Analogische toepassing van art. 7:36 BW dan wel toepassing van art. 6:97 BW kan meebrengen dat de rechter de schade wegens het niet afnemen van de verkochte zaak begroot op het verschil tussen de contractsprijs en een lagere marktwaarde van conforme goederen ten tijde van de tekortkoming. Daarbij is niet vereist dat de overeenkomst is ontbonden, maar volstaat kort gezegd een situatie die daarmee op één lijn kan worden gesteld,^[19.] zoals die zich naar het oordeel van Uw Raad in het onderhavige geval voordeed.^[20.] Anders dan Hanzevast c.s. bepleiten (s.t. nrs. 4.10-4.16), is er m.i. geen reden om art. 7:36 of 6:97 BW in dit opzicht ‘restrictief’ uit te leggen. De door het hof gekozen de wijze van schadebegroting getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting. De door het middel genoemde omstandigheden maken dat niet anders. Het hof heeft kennelijk niet aangenomen dat is

overeengekomen dat de koopprijs iets zou liggen onder de marktwaarde van het onroerend goed bij een oplevering conform het overeengekomen niveau op 14 februari 2006. Onbegrijpelijk is dit niet (vgl. G4 c.s. s.t. nrs. 90-92). Het hof heeft om de in rov. 3.16 bedoelde reden de latere verkoop slechts relevant geacht als een door de deskundige in acht te nemen omstandigheid bij de bepaling van de marktwaarde op 14 februari 2006, zodat ook in dat licht de gekozen wijze van schadebegroting niet onbegrijpelijk is te noemen.

2.14

Nu subonderdeel 2.2 niet tot cassatie kan leiden, faalt *subonderdeel 2.1* bij gebrek aan belang en faalt ook het louter voortbouwende *subonderdeel 2.3*.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Voetnoten

[1.] HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, *NJ* 2012/684 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *AA* 2012/5, p. 366 m.nt. W.H. van Boom.

[2.] Zie, na cassatie en verwijzing, tussenarrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 23 juli 2013, rov. 2.1-2.17, zoals ontleend aan het vonnis van de rechtbank Groningen van 9 januari 2008.

[3.] In het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 23 juli 2013, rov. 2.3, staat dat de brief afkomstig is van Hanzevast. Dit is ontleend aan het vonnis van de rechtbank Groningen van 9 januari 2008, maar de rechtbank maakte in dat vonnis geen onderscheid tussen de beide Hanzevast-vennootschappen (zie de eerste pagina en rov. 2.2 van het vonnis). Blijkens de feitenvaststelling in rov. 1.3 van arrest van het hof Leeuwarden van 25 augustus 2009 – en in het verlengde daarvan rov. 3.1 sub (ii) van het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 2011 – is de brief afkomstig van Hanzevast III. Zie ook de bespreking van onderdeel 1.9 bij 2.3.

[4.] Waarmee wordt bedoeld op Hanzevast en Hanzevast III (rov. 3.1 sub ii).

[5.] HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *NJ* 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hezemans Air*), rov. 3.5.2. Zie ook HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, *NJ* 2015/22 m.nt. P. van Schilfgaarde (*RCI Financial Services*), rov. 4.2.

[6.] Op deze maatstaf wordt kritiek geuit door F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht', in: Holtzer, Leijten en Oranje, *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2014-2015*, Deventer: Kluwer 2015, p. 323-349; A. Karapetian, 'Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffmann: over hoe het is, hoe het was en hoe het zou moeten zijn', *WPNR* 2015/7052; J. van Bakkum, 'Tulip Air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse Villa niet weg', *WPNR* 2015/7055; W.A. Westenbroek, 'Ondernemingsrecht, Metaalmoeheid na 88 jaar 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los', *Ondernemingsrecht* 2015/69. Zie daartegen echter L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', *WPNR* 2016/7105. Vgl. ook A.J.P. Schild, 'Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht', *WPNR* 2015/7087; F.B. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', in: De Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: AA Libri 2016, p. 51.

[7.] HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, *NJ* 2015/22 m.nt. P. van Schilfgaarde (*RCI Financial Services*), rov. 4.2. Zie ook ECLI:NL:HR:2014:2627 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2930, *JOR* 2014/297 (*Kameleon*) rov. 4.5.2.

[8.] HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *NJ* 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*), rov. 3.5.

[9.] HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, *NJ* 2015/22 m.nt. P. van Schilfgaarde (*RCI Financial Services*), rov. 4.3

[10.] B.F. Assink | W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel I), Deventer: Kluwer 2013, § 51 (p. 1107 e.v.).

[11.] Niet voldoende is dus het enkele feit dat de bestuurder nalaat erop toe te zien dat de financiële verplichtingen worden nagekomen: HR 13 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3112, *NJ* 1986/825 (*De Leeuw/Wijnen*); *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/469.

[12.] Vgl. HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2494, *NJ* 1998/270, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Henkel*).

[13.] HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564, *NJ* 1992/411, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*).

[14.] *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/469.

[15.] Verwijzend naar HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7326, *NJ* 2002/196; HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7328, *JOR* 2005/236 m.nt. S.M. Bartman; HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0662, *RvdW* 2012/1524 (art. 81 RO); HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:46.

[16.] Het middel stelt niet ter discussie dat de bestuurder van een projectvennootschap in de omstandigheden van het onderhavige geval een persoonlijk ernstig verwijt zou kunnen worden gemaakt indien hij niet zorg draagt voor financiering van de koopprijs bij levering van het onroerend goed (s.t. nr. 1.14).

[17.] Vgl. HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7326, *NJ* 2002/196, rov. 3.4.

[18.] De door Hanzevast c.s. (s.t. nr. 2.6) benoemde onvoorzienbaarheid van de beslissing van Uw Raad in 2011, wat daar verder van zij, is voor de beoordeling niet relevant, reeds omdat Hanzevast niet kon weten wat de reactie van G4 op de (achteraf onterechte) ontbindingsverklaring zou zijn.

[19.] Zie naast Uw arrest van 8 juli 2011, mijn conclusie sub 2.33 voor dat arrest waaraan is toe te voegen *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/31 e.v.; *Asser/Hijma 7-I** 2013/467 en 485; J. de Bie Leuveling Tjeenk, *MVV* 2012/3, p. 62.

[20.] Zie HR 8 juli 2011, rov. 3.3.3 en 3.4-3.5. Ten aanzien van de laatste aspect, of de mogelijkheid van zuivering van het verzuim in het onderhavige geval nog aan de orde was, kwam ik destijds tot een andere slotsom.