

Art. 2:11 BW omvat ook aansprakelijkheid rechtspersoon-bestuurder op grond van art. 6:162 BW

[Terug](#)



De civiele kamer van de Hoge Raad oordeelt dat art. 2:11 BW van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet.

Verweerster in cassatie is fruitexporteur in Zuid-Afrika. Zij levert fruit aan A bv. Bestuurder van A bv is een holding. Deze holding wordt bestuurd door twee broers, waarvan een verantwoordelijk is voor de financiële en strategische gang van zaken en de ander toeziet op de gang van zaken op de werkvloer. Rechtbank Arnhem wijst in een aantal tussenvonnissen een vordering van verweerster op A bv wegens fraude met douanerechten toe. Vanwege het faillissement van A bv komt het echter nooit tot een eindvonnis. Verweerster slaagt er vervolgens in om de holding en een van de broers hiervoor aansprakelijk te stellen op grond van onrechtmatige daad. In cassatie stelt verweerster dat deze aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW tevens hoofdelijk rust op de andere broer (eiser). Hof Arnhem-Leeuwarden heeft deze opvatting verworpen, omdat het normale vereiste voor persoonlijke bestuurdersaansprakelijkheid ('persoonlijk voldoende ernstig verwijt') op die manier feitelijk wordt omzeild.

De civiele kamer van de Hoge Raad oordeelt dat art. 2:11 BW van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Daaronder valt dus niet alleen art. 2:9 BW en art. 2:248 BW, maar ook aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. Dit betekent dat voor de vestiging van aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat ook die bestuurder een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder kan aansprakelijkheid ex. art. 6:162 BW wel voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.

[\[Bron Uitspraak\]](#)

Wetsartikelen:

[Burgerlijk Wetboek Boek 6 6:162](#)

[Burgerlijk Wetboek Boek 2 2:248](#)

[Burgerlijk Wetboek Boek 2 2:11](#)

[Burgerlijk Wetboek Boek 2 2:9](#)

27 februari 2017 180 keer bekeken Datum: 17-02-2017 ECLI: ECLI:NL:HR:2017:275 Editie: 28 februari Instantie: Hoge Raad (Civiele kamer) Nummer: 15/03646 Rubriek: Fiscaal ondernemingsrecht Uitgavenummer: V-N Vandaag 2017/429 Wetsartikelen: Burgerlijk Wetboek Boek 2, 2:11, Burgerlijk Wetboek Boek 2, 2:248, Burgerlijk Wetboek Boek 2, 2:9, Burgerlijk Wetboek Boek 6, 6:162

ECLI:NL:HR:2017:275

Permanente link:

<http://deeplir>

Instantie

Hoge Raad

Datum uitspraak

17-02-2017

Datum publicatie

17-02-2017

Zaaknummer

15/03646

Formele relaties

Conclusie: [ECLI:NL:PHR:2016:1224](#), Gevolgd

In cassatie op : [ECLI:NL:GHARL:2013:7697](#), (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen

Rechtsgebieden

Civil recht

Bijzondere kenmerken

Cassatie

Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid o.g.v. onrechtmatige daad jegens schuldeiser. Maatstaf van persoonlijk ernstig verwijt. Reikwijdte van art. 2:11 BW; mogelijkheid tot disculpatie. Motiveringsklacht over hoogte schadevergoeding.

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl

Uitspraak

17 februari 2017

Eerste Kamer

15/03646

TT/EE

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

[eiser] ,

wonende te [woonplaats] ,

EISER tot cassatie, verweerder in het incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. G.R. den Dekker,

t e g e n

[verweester] ,

gevestigd te [vestigingsplaats] , Zuid-Afrika,

VERWEESTER in cassatie, eiseres in het incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. F.E. Vermeulen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en [verweester] .

1Het geding in feitelijke instanties

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

a. de vonnissen in de zaak C/05/185631/HA ZA 09-1024 van de rechtbank Arnhem van 2 september 2009, 20 januari 2010, 17 maart 2010, 29 december 2010, 14 december 2011 en van de rechtbank Gelderland van 22 januari 2014;

b. de arresten in de zaak 200.102.268 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 15 oktober 2013 (hierna: het eerste arrest) en 7 april 2015 (hierna: het tweede arrest).

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof van 15 oktober 2013 en 7 april 2015 heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. [verweester] heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld.

De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten. Voor [eiser] is de zaak mede toegelicht door mr. P.J. Tanja, en voor [verweester] door mr. B.F. Assink.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep en in het incidentele cassatieberoep tot vernietiging.

De advocaten van [eiser] hebben bij brief van 2 december 2016 op die conclusie gereageerd; de advocaat van [verweester] heeft dat gedaan bij brief van 29 november 2016.

3Beoordeling van de middelen in het principale en incidentele beroep

3.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- -

i) [verweester] is fruitexporteur in Zuid-Afrika. Zij levert druiven aan commissionairs, die deze verkopen en de opbrengst daarvan afdragen aan [verweester] , na aftrek van kosten en een commissionairsvergoeding.

• -

ii) Voor de verkoop in Europa heeft [verweerster] in 2001 een overeenkomst gesloten met commissionair [A] B.V. (hierna: [A]). Enig bestuurder en aandeelhouder van [A] is [B] B.V. (hierna: Holding). Het bestuur van Holding wordt gevormd door [eiser] en zijn broer [betrokkene 1] .

• -

iii) De afrekening tussen [A] en [verweerster] vond plaats op basis van Out-Turn Statements die [A] opstelde.

• -

iv) [verweerster] heeft in 2005 een vordering tot schadevergoeding tegen [A] ingesteld op de grond dat [A] over 2001 en 2002 stelselmatig lagere prijzen aan [verweerster] heeft verantwoord dan zij had gerealiseerd en dat zij hogere douanerechten heeft voorgespiegeld dan zij had afgedragen.

• -

v) De rechtbank Arnhem heeft in een aantal tussenvonnissen geoordeeld dat [A] schadeplichtig is jegens [verweerster] .

• -

vi) [A] heeft op 3 juni 2008 op eigen verzoek surseance van betaling verkregen. Zij is vervolgens op 13 juni 2008 failliet verklaard. De hiervoor onder (iv) genoemde procedure is daarop geschorst. Het is niet tot een eindvonnis gekomen.

3.2.1

In deze procedure heeft [verweerster] – voor zover in cassatie nog van belang – schadevergoeding gevorderd van Holding, [betrokkene 1] en [eiser] op de grondslag dat zij als (direct respectievelijk indirect) bestuurders van [A] onrechtmatig hebben gehandeld jegens [verweerster] door (A) te handelen zoals hiervoor vermeld in 3.1 onder (iv), en (B) te bewerkstelligen dat aan het voor verhaal vatbare vermogen van [A] geldbedragen zijn onttrokken.

3.2.2

In haar vonnis van 29 december 2010 heeft de rechtbank de vordering, voor zover gericht tegen Holding en [betrokkene 1] , toewijsbaar geacht op grondslag (A). In haar vonnis van 14 december 2011 heeft de rechtbank Holding en [betrokkene 1] terzake hoofdelijk veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. Deze veroordeling is onherroepelijk geworden.

3.2.3

In haar vonnis van 29 december 2010 heeft de rechtbank de vordering, voor zover deze was gericht tegen [eiser] en was gebaseerd op grondslag (A), niet toewijsbaar geacht op de grond dat niet kan worden aangenomen dat [eiser] daarbij persoonlijk betrokken was. In haar vonnis van 14 december 2011 heeft de rechtbank de vordering, voor zover deze was gericht tegen [eiser] en was gebaseerd op grondslag (B), in beginsel toewijsbaar geacht. In haar vonnis van 22 januari 2014 heeft de rechtbank laatstgenoemde vordering toegewezen voor het door [verweerster] gevorderde bedrag van € 791.400,-- (te vermeerderen met € 162.312,53 op grond van art. 6:96 lid 2, onder b, BW).

3.2.4

Het hof heeft in zijn eerste arrest het vonnis van 29 december 2010 bekrachtigd en het vonnis van 14 december 2011 gedeeltelijk vernietigd.

In zijn tweede arrest heeft het hof het vonnis van 22 januari 2014 vernietigd en de vordering ter zake van onttrekking van vermogen aan [A] toegewezen voor het lagere bedrag van € 721.757,-- (te vermeerderen met € 30.000,-- op grond van art. 6:96 lid 2, onder b, BW).

Voor zover in cassatie van belang overwoog het hof als volgt:

Eerste arrest

“4.1 Deze zaak gaat vooral over de externe aansprakelijkheid van een tweedegraads bestuurder, [eiser] , tegenover een leverancier/schuldeiser, [verweerster] .

Met zijn broer [betrokkene 1] was [eiser] bestuurder van [B] B.V. (verder: de Holding), welke op haar beurt bestuurster was van [A] B.V. (verder: [A]), die op 3 juni 2008 surséance van betaling heeft verkregen en op 6 juni 2008 [lees: 13 juni 2008] in staat van faillissement is verklaard. Op vordering van [A] 's leverancier [verweerster] heeft de rechtbank bij gewijsde tussen hen overwogen dat de Holding en [betrokkene 1] een voldoende ernstig persoonlijk verwijt treft dat [A] aan [verweerster] in valse Out Turn Statements (OTS-en) lagere verkoopopbrengsten en hogere douanekosten heeft opgegeven dan in werkelijkheid waren ontstaan en hen hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan [verweerster] van € 775.149,25 met rente en kosten.

Ten aanzien van [eiser] heeft de rechtbank echter geoordeeld dat [verweerster] niet concreet heeft gesteld en onderbouwd dat en in welk opzicht [eiser] persoonlijk van doen heeft gehad met de beweerdelijk valse OTS-en en waarom ook hem ter zake een persoonlijk verwijt zou treffen, om welke reden de rechtbank niet heeft aangenomen dat [eiser] in dit opzicht een onrechtmatige daad jegens [verweerster] heeft gepleegd. Tegen dit oordeel richt [verweerster] haar incidenteel appel.

Wel heeft de rechtbank geoordeeld dat [eiser] een in de administratie van [A] aangetroffen, op 1 januari 2005 geantedateerde sale and lease back overeenkomst heeft ondertekend, waarbij [A] per die datum haar bedrijfsinventaris en rollend materieel aan de Holding zou hebben verkocht voor € 471.400 en teruggehuurd voor € 160.000 per jaar. Naar haar oordeel heeft de Holding met de overeenkomst van geantedateerd 1 januari 2005 of in geval van 12 februari 2007 de niet of voor een zeer aanzienlijk deel onbetaalde verkoopprijs van € 471.400 en de betaalde huurtermijnen over 2005 en 2006 aan de voor verhaal vatbare activa van [A] onttrokken. De rechtbank houdt [eiser] als tweedegraads bestuurder daarvoor persoonlijk jegens [verweerster] aansprakelijk en heeft geoordeeld dat het causaal verband met de schade van [verweerster] als gegeven kan worden beschouwd behoudens door [eiser] te leveren bewijs van het tegendeel, hierin bestaande dat ook zonder die onttrekkingen het faillissement van [A] onafwendbaar was en haar boedel onvoldoende baten zou hebben gehad om de vorderingen van [verweerster] te voldoen (...). Vooral tegen de aansprakelijkheidsbeslissing richt [eiser] zijn principaal appel.

4.2

Eerst wordt het incidenteel appel behandeld. [verweerster] grondt haar incidenteel appel op de navolgende stellingen. Primair is de aansprakelijkheid van [eiser] gebaseerd op artikel 2:11 BW. (...)

4.3

Hierover oordeelt het hof als volgt.

Ten opzichte van [verweerster] is de Holding als bestuurder van [A] er krachtens gewijsde voor aansprakelijk dat [A] in strijd met de waarheid aan [verweerster] in valse Out Turn Statements (OTS-en) lagere verkoopopbrengsten en hogere douanekosten heeft opgegeven. De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust ingevolge artikel 2:11 BW tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Naar de letterlijke tekst van dit wetsartikel rust deze aansprakelijkheid dan tevens hoofdelijk op [eiser] , die immers ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de Holding daarvan bestuurder was. Dit bij de derde antimisbruikwet ingevoerde wetsartikel strekt ertoe te voorkomen dat de bestuurder de op hem rustende aansprakelijkheid kan ontlopen doordat hij het bestuurderschap door een (door hem gecontroleerde) rechtspersoon laat vervullen. De grondslag van de aansprakelijkheid kan gelegen zijn in diverse wetsartikelen van Boek 2 BW, zoals de artikelen 2:9 en 248 BW. Daarvoor is in de wetsgeschiedenis voorzien dat de in die artikelen opgenomen individuele disculpatiemogelijkheden ook openstaan voor de tweedegraads bestuurders. De grondslag van aansprakelijkheid kan echter ook gelegen zijn in bijvoorbeeld artikel 6:162 BW (zie Kamerstukken I, 1985-86, 16 631, nr. 27b, p. 22). In zodanig geval ligt het voor de hand om te oordelen dat voor aansprakelijkheid van de tweedegraadsbestuurder nog steeds moet worden geëist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zouden [eiser] en [betrokkene 1] namelijk eerstegraads bestuurders van [A] zijn geweest, dan zou voor aansprakelijkheid van [eiser] op grond van artikel 6:162 BW ook zijn vereist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van de antimisbruikbepaling van artikel 2:11 BW kan niet de bedoeling zijn dat álle tweedegraads bestuurders zonder meer aansprakelijk zijn op de enkele grond dat één van hun collega bestuurders persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De door [verweerster] voorgestane letterlijke toepassing van artikel 2:11 BW op [eiser] leidt dus niet zonder meer tot zijn aansprakelijkheid.

Tweede arrest

“4.4 (...) Resterde nog dat [verweerster] de omvang van de specifiek aan haar veroorzaakte schade aannemelijk diende te maken, omdat meer schuldeisers gedupeerd konden zijn door deze onttrekking aan het verhaal.

4.5

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dient, zoals [eiser] terecht heeft aangevoerd, bij vaststelling van deze schade een vergelijking te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zou zijn opgetreden als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat het daarbij wel degelijk van belang is om vast te stellen of het faillissement van [A] had kunnen worden afgewend als de gewraakte onttrekkingen niet hadden plaatsgevonden, nu het faillissement een bepalende factor is geweest voor de verhaalspositie van [verweerster] . Als de onttrekkingen immers niet hadden plaatsgevonden had [verweerster] zich, naar kan worden aangenomen, op het onttrokken actief kunnen verhalen; het faillissement maakt dat [A] geen (of slechts een gering) verhaal meer biedt. (...)

4.6

De rechtbank heeft in r.o. 2.10, op grond van gegevens uit faillissementsverslagen, vastgesteld dat [A] ten tijde van haar faillietverklaring over voldoende middelen beschikte om de andere schuldeisers (buiten [verweerster]) te voldoen. Tegen deze vaststelling is geen grief gericht, zodat ook het hof hiervan uitgaat. (...)

4.7

De conclusie luidt dat het faillissement van [A] niet noodzakelijk zou zijn geweest en [verweerster] zich dus had kunnen verhalen op het bedrag van € 791.400,- als dit bedrag niet (door toedoen of nalaten van [eiser]) aan verhaal was onttrokken. Alle stellingen van [eiser] die betrekking hebben op hetgeen gebeurd is of had moeten gebeuren tijdens en na faillissement kunnen daarom buiten beschouwing blijven.

Het hof is echter wel, anders dan de rechtbank, van oordeel dat aangenomen moet worden dat [verweerster] het genoemde actief dan had moeten delen met de andere concurrente crediteuren ten tijde van de daadwerkelijke faillietverklaring. In haar akte na het eerste arrest van 13 november 2013 (in de alinea's 2.9 en 2.10) heeft [verweerster] berekend dat haar vordering 91,2 % uitmaakte van het totaal aan benadeelde crediteuren op dit tijdstip (vordering [verweerster] € 1.001.704,29 / vorderingen totaal aan benadeelde crediteuren € 1.097.838,29). Nu [eiser] de (uitgangspunten van deze) berekening niet heeft weersproken zal het hof hier ook van uitgaan en de redenering van [verweerster] volgen dat zij aanspraak kan maken op 91,2% van € 791.400,- te weten € 721.757,-. Grief I gaat slechts in zoverre op en de toewijzing zal worden aangepast zoals hierna weergegeven."

3.3

De klachten van het middel in het principale beroep 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.

3.4.1

Onderdeel 1 van het middel in het incidentele beroep klaagt dat het hof in rov. 4.1-4.5 van zijn eerste arrest heeft miskend dat de aansprakelijkheid die ingevolge art. 6:162 BW rust op Holding als bestuurder van [A] jegens [verweerster] , tevens uit hoofde van art. 2:11 BW hoofdelijk rust op [eiser] , althans dat dit als uitgangspunt het geval is, behoudens door [eiser] te stellen, en bij gemotiveerde betwisting te bewijzen, omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt terzake gemaakt kan worden en hij daarom niet naast Holding hoofdelijk aansprakelijk is jegens [verweerster] .

3.4.2

Art. 2:11 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling valt het volgende af te leiden.

De ratio van de bepaling is te voorkomen dat een natuurlijk persoon zich achter de rechtspersoonlijkheid van een rechtspersoon-bestuurder kan verschuilen wanneer benadeling van schuldeisers het gevolg is van slecht of onbehoorlijk bestuur. De verhaalsaansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder is immers beperkt tot het (mogelijk geringe) vermogen van die rechtspersoon.

Art. 2:11 BW is ingevoerd als minder vergaand alternatief voor een verbod op een rechtspersoon als bestuurder, bij welk alternatief als het ware wordt heengezien door de rechtspersoon-bestuurder en naast deze ook zijn bestuurders aansprakelijk worden in de gevallen waarin de wet aansprakelijkheid van bestuurders regelt. (Vgl. Kamerstukken II 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 1-3)

Noch uit de tekst, noch uit de ratio van art. 2:11 BW volgt dat een beperking is beoogd tot toepassing van art. 2:11 BW op een of meer bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid. Deze uitleg van art. 2:11 BW strookt met de opmerking van de minister van Justitie tijdens de parlementaire behandeling van deze bepaling, dat hem niet duidelijk is waarom de aansprakelijkheid ingevolge (thans) art. 6:162 BW tegenover schuldeisers en die uit (thans) art. 2:9 BW zouden zijn uitgesloten en dat deze wettelijke aansprakelijkheden te vergelijken zijn met die van art. 2:138 BW en art. 2:248 BW (Kamerstukken I 1985-1986, 16 631, nr. 27b, p. 22).

Een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder die uit hoofde van de wetsbepaling waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit, een grond tot disculpatie heeft om de aanspraak af te weren, kan zich daarop beroepen, onafhankelijk van de rechtspersoon-bestuurder (Kamerstukken II 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 18 en nr. 9, p. 15-16). Of een wetsbepaling waaruit aansprakelijkheid voortvloeit, de mogelijkheid van disculpatie biedt, moet worden bepaald door uitleg van die bepaling.

3.4.3

Uit het voorgaande volgt dat art. 2:11 BW van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Daaronder valt ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is gebaseerd op art. 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid rust dan tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. Dit betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt echter wel dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.

3.4.4

Uit het hiervoor overwogene volgt dat de klacht doel treft. De onherroepelijk vastgestelde aansprakelijkheid van Holding als bestuurder van [A] jegens [verweerster] ingevolge art. 6:162 BW (zie hiervoor in 3.2.2), rust ingevolge art. 2:11 BW tevens hoofdelijk op [eiser] , behoudens door hem te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt terzake kan worden gemaakt.

3.5.1

Onderdeel 2 van het middel in het incidentele beroep klaagt dat het hof in rov. 4.4-4.7 van zijn tweede arrest heeft miskend dat bij vaststelling van de omvang van de specifiek aan [verweerster] veroorzaakte schade een vergelijking dient te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan en anderzijds de hypothetische situatie die zou zijn opgetreden als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven.

3.5.2

Deze klacht slaagt eveneens. Het hof heeft de hiervoor in 3.5.1 vermelde maatstaf miskend, ondanks het feit dat het deze maatstaf in rov. 4.5 van zijn tweede arrest wel heeft vooropgesteld. Het hof is in rov. 4.6 van zijn tweede arrest uitgegaan van de (in hoger beroep niet bestreden) vaststelling van de rechtbank dat [A] ten tijde van haar faillietverklaring over voldoende middelen beschikte om de andere schuldeisers (buiten [verweerster]) te voldoen. In rov. 4.7 heeft het hof hieraan de conclusie verbonden dat het faillissement van [A] niet noodzakelijk zou zijn geweest en [verweerster] zich dus had kunnen verhalen op het bedrag van € 791.400,--, als dit bedrag niet (door toedoen of nalaten van [eiser]) aan verhaal was onttrokken. Uit een en ander volgt dat de middelen waarover [A] ten tijde van haar faillietverklaring beschikte, vermeerderd met het bedrag dat aan verhaal is onttrokken, voldoende zouden zijn geweest om zowel [verweerster] als de andere schuldeisers geheel te voldoen in de hypothetische situatie dat de onrechtmatige gedragingen achterwege zouden zijn gebleven. Om die reden valt niet in te zien dat de vordering van [verweerster] slechts gedeeltelijk voldaan zou zijn doordat het actief gedeeld had moeten worden met de andere schuldeisers ten tijde van de faillietverklaring.

3.6

De gegrondbevinding van onderdeel 2 van het incidentele beroep brengt mee dat ook slaagt het daarop voortbouwende onderdeel 2.3 van het incidentele beroep, dat is gericht tegen hetgeen het hof heeft overwogen en beslist in rov. 5-6 van het tweede arrest.

4Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op € 6.524,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris;

in het incidentele beroep:

vernietigt de arresten van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 15 oktober 2013 en 7 april 2015;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.V. Polak en M.J. Kroeze, en in het openbaar uitgesproken door de vice-president E.J. Numann op 17 februari 2017.