

den inhoudt dat het beding van niet-wijziging niet meer in stand kan worden gehouden. En of partijen deze toekomstige omstandigheid voor mogelijk hebben gehouden.

Ik meen te kunnen zeggen dat partijen in deze kwestie absoluut geen rekening hebben kunnen houden met de coronacrisis met als gevolg waarvan de hele wereld al lange tijd beperkt draaiende is. Het is een situatie die iedereen over de hele wereld is overkomen en overvallen, en niemand had kunnen bedenken dat deze crisis zulke gevolgen zou hebben en de wereld zo lang in haar greep zou houden. Ik meen dat dit dan ook reden kan zijn om een niet-wijzigingsbeding te doorbreken, voor zover kan worden aangetoond dat de coronacrisis leidt tot een situatie dat de alimentatieplichtige (buiten zijn toedoen) niet meer in staat is om (een deel van) de overeengekomen partnerbijdrage te voldoen. Het verzoek van de man strandt in deze zaak echter niet zozeer op de door hem gestelde omstandigheden en het feit dat de coronacrisis voor hem ingrijpende gevolgen heeft, maar wegens het gebrek aan onderbouwing. Natuurlijk zal de man moeten onderbouwen (er rust op hem een verzwaarde stelplicht) wat zijn huidige inkomen uit arbeid en vermogen is ten opzichte van zijn inkomen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. De wanverhouding zal immers moeten komen vast te staan. Dit kan de man onderbouwen door het overleggen van zijn prognoses met betrekking tot de omzet, winst of verlies en kasstroom, afgezet tegen zijn financiële gegevens die leidend zijn geweest voor de alimentatieafspraken. Beoordeeld zal dan moeten worden wat de man thans uit de onderneming aan eigen inkomen kan toerekenen, en welke omzet er niet noodzakelijk is voor de bedrijfsvoering en het in stand houden daarvan (solvabiliteit). Ook zal de man moeten laten zien welk vermogen hij bezit, welk inkomen hij daaruit ontvangt, en of hij voldoende buffer heeft om mogelijk op in te teren.

Waarom de man deze informatie niet o.g. onvoldoende heeft aangeleverd, is onbegrijpelijk in het licht van zijn verzwaarde stelplicht, en bovendien ook gezien zijn belang, waar ook de rechtbank zich iets bij heeft kunnen voorstellen, nu de reisbranche inderdaad hard wordt getroffen.

De coronacrisis kan mijns inziens op zichzelf gezien geen aanleiding vormen voor het doorbreken van een niet-wijzigingsbeding, maar de financiële gevolgen daarvan kunnen dit wel, zolang deze worden onderbouwd en leiden tot een wanverhouding tot hetgeen partijen voor ogen stond tijdens het maken van de oorspronkelijke afspraken. Dat partijen met dergelijke financiële gevolgen op voorhand geen rekening hadden kunnen houden, lijkt mij evident.

Een tweede kans in hoger beroep zou zinvol kunnen zijn, met dien verstande dat de man daarin een actieve houding zal moeten aannemen en de onderste steen boven zal moeten komen.

mr. L.S. Zomers

Advocatenkantoor Warmerdam

## Ondernemingsrecht

44

**Aansprakelijkstelling van degene die structureel namens een niet bestaande vennootschap optrad op grond van art. 3:70 BW en onrechtmatige daad**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Leeuwarden

26 januari 2021, nr. 200.267914/01,

ECLI:NL:GHARL:2021:740

(mr. De Hek, mr. Zandbergen, mr. Mulder)

Noot mr. E.P.C. Duinkerke

**Pseudo-vertegenwoordiger. Volmacht. Onrechtmatige daad.**

[BW art. 3:70, 6:162]

*Essentie: Handelen namens niet bestaande vennootschap. Vordering op de vertegenwoordiger tot betaling van facturen voor geleverde goederen toewijsbaar. Geen volledige proceskostenveroordeling.*

*Samenvatting: Het staat vast dat [A] B.V. niet bestaat. De vraag die opkomt is wat dat betekent voor de positie van [geïntimeerde], die heeft gehandeld namens een niet-bestaande vennootschap. Degene die als gevolmachtigde handelt, staat ingevolge art. 3:70 BW jegens de wederpartij in voor het bestaan en de omvang van de volmacht, tenzij de wederpartij weet of behoort te begrijpen dat een toereikende volmacht ontbreekt of de gevolmachtigde de inhoud van de volmacht volledig aan de wederpartij heeft meegedeeld. Uit wat hiervoor is overwogen, volgt dat de uitzondering op de hoofdregel van art. 3:70 BW zich niet voordoet. Dat betekent dat [geïntimeerde] dient in te staan voor het bestaan en de omvang van de bevoegdheid namens [A] B.V. met GCC/4Fill te contracteren. Hij is om die reden op grond van art. 3:70 BW aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van het feit dat de door zijn optreden tot stand gekomen overeenkomst(en) niet worden nagekomen.*

*Het onbevoegd vertegenwoordigen van een ander kan naast aansprakelijkheid op grond van art. 3:70 BW ook leiden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de vertegenwoordiger jegens de wederpartij. Daarvoor is volgens het arrest van de Hoge Raad van 31 januari 1997 nodig dat het onbevoegd handelen 'geschiedt op een wijze of gepaard gaat met omstandigheden, waaruit voortvloeit dat het optreden van de onbevoegde vertegenwoordiger in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt'. Volgens GCC is daarvan sprake omdat [geïntimeerde] onjuiste mededelingen heeft gedaan over zijn bevoegdheid en ook op andere wijze ten onrechte de indruk gewekt dat hij bevoegd was door zich ten onrechte als vertegenwoordiger van [A] B.V. te profileren. [geïntimeerde] heeft dit betoog van GCC niet weersproken; hij heeft volstaan met het hiervoor al verworpen verweer dat hij niet namens [A] B.V., maar namens [A] Hasselt B.V. heeft gehandeld. Naar het oordeel van het hof heeft [geïntimeerde] door gedurende een lange periode, dus structureel, namens een niet-bestaande vennootschap op te treden, in strijd ge-*

handeld met wat in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat [geïntimeerde] door op te treden namens een niet-bestaande vennootschap met een niet in het Handelsregister geregistreerde naam de rechtszekerheid in het economisch verkeer heeft geschaad. De conclusie is dat [geïntimeerde] zowel op grond van art. 3:70 BW als op grond van onrechtmatige daed aansprakelijk is voor de schade die GCC heeft geleden doordat de producten die zij aan [A] B.V. heeft geleverd onbetaald zijn gebleven.

German Car Company B.V., gevestigd te Zwolle,  
appellante,  
in eerste aanleg: eiseres,  
hierna: GCC,  
advocaat: mr. T.H.I.M. Pierik, kantoorhoudend te Zwolle,  
tegen  
[geïntimeerde] h.o.d.n. [A], wonende te [B],  
geïntimeerde,  
in eerste aanleg: gedaagde,  
hierna: [geïntimeerde],  
advocaat: mr. B. Korvemaker, kantoorhoudend te Leeuwarden.

#### 1. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst het hof naar de vonnissen van 22 mei 2018, 18 juni 2018 (mondeling) en 22 januari 2019 die de kantonrechter van de rechtbank Overijssel, locatie Zwolle, heeft gewezen.

#### 2. Het geding in hoger beroep

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:  
– de dagvaarding in hoger beroep van 17 april 2019,  
– de memorie van grieven (met producties),  
– de betekening van de memorie van grieven aan [geïntimeerde], tegen wie eerst verstek was verleend,  
– de memorie van antwoord (met producties),  
– een akte na memorie van antwoord van GCC (met producties),  
– een antwoordakte van [geïntimeerde].  
2.2. Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.  
2.3. GCC vordert in het (principaal) hoger beroep – kort samengevat – dat de vonnissen van de kantonrechter worden vernietigd en dat [geïntimeerde] wordt veroordeeld tot betaling aan GCC van (primair) € 17.090,71, althans (subsidiar) € 11.935,64, te vermeerderen met wettelijke handelsrente en buitengerechtigde kosten, zowel primair als subsidiar met veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten.

#### 3. De ontvankelijkheid van het hoger beroep, de vermeerderting van eis en de uitbreiding van de grondslag van de vordering

3.1. GCC heeft ook hoger beroep ingesteld tegen het tussenvonnis van 22 mei 2018. In dat tussenvonnis heeft de kantonrechter een comparitie van partijen bepaald. Tegen zo'n vonnis kan geen hoger beroep worden ingesteld (artikel 131 Rv). GCC is om die reden niet-ontvankelijk in zijn hoger beroep tegen dat tussenvonnis.

3.2. GCC vorderde in de procedure bij de kantonrechter betaling van een bedrag van € 11.935,64, te vermeerderen met wettelijke handelsrente en buitengerechtigde kosten. In de memorie van grieven heeft zij haar vordering vermeerderd, in die zin dat zij primair betaling van een bedrag van € 17.090,71 vordert. [geïntimeerde] heeft zich niet tegen deze vermeerde-

ring van eis verzet. Het hof ziet ook geen reden de vermeerde-ring ambtshalve buiten beschouwing te laten.

3.3. In haar akte na memorie van antwoord heeft GCC – meer subsidiar – aangevoerd dat [geïntimeerde] paulaneus heeft gehandeld bij de liquidatie van een vennootschap – [A] Hasselt B.V. – waarvan hij bestuurder was. Aan die stelling komt het hof alleen toe indien het hof GCC niet volgt in de het (oorspronkelijke) betoog dat zij zaken heeft gedaan met de eenmanszaak van [geïntimeerde], [A], dan wel dat [geïntimeerde] handelend namens een niet bestaande vennootschap, [A] B.V.

3.4. Het hof zal deze uitbreiding van de grondslag buiten beschouwing laten. De uitbreiding is in een zeer laat stadium van de procedure gedaan en om die reden in strijd met de zogenaamde twee-conclusie-regel. Op die regel zou in dit geval een uitzondering gemaakt kunnen worden, omdat de liquidatie een paar weken voor de memorie van grieven heeft plaatsgevonden, zodat voorstelbaar is dat GCC daar ten tijde van het indienen van de memorie van grieven nog niet van op de hoogte was. Daar staat weer tegenover dat door de uitbreiding in een zeer laat stadium van de procedure een geheel nieuw onderwerp, te weten de gang van zaken rond de liquidatie van een vennootschap, aan de orde wordt gesteld en dat GCC de mogelijkheid behoudt om indien het hof de nieuwe grondslag van zijn vordering niet behandelt, een nieuwe vordering tegen [geïntimeerde] in te stellen, gebaseerd op het verwijt dat hij rond de liquidatie van [A] Hasselt B.V. onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. Dat betekent dat het hof de nrs. 70 e.v. van de akte na memorie van antwoord en de reactie daarop in de nadere akte (nrs. 12 e.v.) buiten beschouwing zal laten. Het hof komt, gezien het bovenstaande, ook niet toe aan de beoordeling van het verzoek van GCC om [geïntimeerde] te bevelen stukken in het geding te brengen over de liquidatie van [A] Hasselt B.V.

3.5. Uit het voorgaande volgt dat het hof recht zal doen op de bij memorie van grieven vermeerde eis en die eis zal beoordelen op basis van wat daaraan in de memorie van grieven ten grondslag is gelegd, met inachtneming van wat over deze grondslagen in de akte na memorie van antwoord nog is aangevoerd.

#### 4. De vaststaande feiten en de beslissing van de kantonrechter

4.1. Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten.  
4.2. GCC is een vennootschap die tot 15 februari 2016 4Fill B.V. (hierna: 4Fill) heette. Volgens de bedrijfsomschrijving in het Handelsregister hield 4Fill zich bezig met de productie van en de groot- en detailhandel in kruidenmixen en dranken.  
4.3. In het Handelsregister is sinds 2 januari 2017 geregistreerd dat [geïntimeerde] per 1 januari 2017 een eenmanszaak heeft met de handelsnaam [A] en dat hij zich onder die naam bezighoudt met de gespecialiseerde groothandel in overige voedings- en genotmiddelen. Verder is in het handelsregister vanaf 5 februari 1986 de besloten vennootschap [A] Hasselt B.V. geregistreerd. [A] Hasselt B.V. is volgens een uittreksel uit het Handelsregister per 13 december 2019 ontbonden. Volgens dat uittreksel hield [A] Hasselt zich bezig met de groothandel in sportartikelen, overige consumentenartikelen en sportprijzen, partijgoederen en duitensportartikelen, voerde zij de handelsnaam [A] Hasselt B.V. en was [geïntimeerde] bestuurder en enig aandeelhouder.  
4.4. GCC heeft in 2015 en 2016 (deels onder de naam 4Fill) facturen gestuurd naar [A].

4.5. Nadat partijen per e-mail hadden gecorrespondeerd over de betaling van deze facturen, heeft de advocaat van GCC in een brief van 13 april 2018 [geïntimeerde] gesommeerd tot betaling van een bedrag van € 11.925,64. [geïntimeerde] heeft niet aan deze sommatie voldaan.

4.6. GCC heeft [geïntimeerde] daarop gedagvaard tot betaling van laatstgenoemde bedrag, vermeerderd met rente en kosten. Nadat [geïntimeerde] (in persoon) verweer had gevoerd, heeft de kantonrechter een comparitie van partijen vastgesteld. Tijdens deze comparitie, op 18 juni 2018, heeft de kantonrechter een mondeling tussenvonnis gewezen, waarin hij GCC heeft opgedragen de feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit volgt dat zij terecht aanspraak maakt op betaling van de overgelegde facturen tot een totaalbedrag van € 11.935,64. Ook overwoog de kantonrechter dat [geïntimeerde] zo nodig zal moeten bewijzen dat deze facturen geheel of gedeeltelijk aan hem zijn betaald.

4.7. Nadat de eerste door GCC aangezegde getuige gehoord was, heeft de kantonrechter een eindvonnis gewezen. In dat vonnis heeft hij overwogen dat tijdens het getuigenverhoor is gebleken dat [geïntimeerde] ook bedoeld heeft het verweer te voeren dat hij niet voor zichzelf zaken heeft gedaan met GCC, maar dat hij heeft gehandeld voor de vennootschappen [A] B.V. of [A] Hasselt B.V. De kantonrechter heeft het verweer gehonoreerd dat GCC heeft gehandeld met [A] B.V. en heeft de vordering van GCC om die reden afgewezen.

#### 5. De beoordeling van de grieven en de vordering

##### Plan van behandeling

5.1. Het hof zal hierna de verschillende geschilpunten tussen partijen per thema bespreken. Bij de bespreking van de verschillende thema's zal het hof uiteraard betrekken wat GCC in (de toelichting op) zijn verschillende grieven heeft aangevoerd en wat [geïntimeerde] daarover heeft opgemerkt. Het hof zal ook de verweren van [geïntimeerde] bespreken die de kantonrechter heeft verworpen of onbesproken heeft gelaten en ook de in hoger beroep voor het eerst gevoerde verweren. Het hof stelt vast dat het aanvankelijk door GCC ook ingenomen standpunt dat [geïntimeerde] voor zichzelf heeft gehandeld, in hoger beroep niet meer aan de orde is, zodat het hof dat standpunt onbesproken kan laten.

##### Wie zijn de contractpartijen?

5.2. De kantonrechter heeft terecht vastgesteld dat 4Fill geen aparte rechtspersoon is, maar de rechtsvoorganger van GCC. Voor zover leveringen zijn verricht onder de naam van 4Fill, 4Fill heeft gefactureerd en gecorrespondeerd, hebben deze activiteiten te gelden als activiteiten van GCC.

5.3. Tussen partijen staat in hoger beroep niet ter discussie dat een besloten vennootschap [A] B.V. niet heeft bestaan.

5.4. Het oordeel van de kantonrechter dat de vordering van GCC niet toewijsbaar is omdat GCC zaken heeft gedaan met [A] B.V. kan dan ook geen stand houden.

5.5. [geïntimeerde] heeft zich er in de procedure bij de kantonrechter en in hoger beroep op beroepen dat niet hij, maar [A] Hasselt B.V. de contractspartij was van GCC. In hoger beroep heeft hij dat verweer als volgt uitgewerkt:

– [geïntimeerde] was bestuurder en aandeelhouder van [A] Hasselt B.V. Die vennootschap maakte ook gebruik van de (niet in het Handelsregister geregistreerde) handelsnaam [A] B.V.;

– Nadat deze eerst in Hasselt en vanaf 1 maart 2014 in [C] (aan het adres [a-straat] 3A) gevestigde vennootschap was

verhuisd naar het woonadres van [geïntimeerde] en de activiteiten van die vennootschap waren beëindigd, heeft [geïntimeerde] per 1 januari 2017 de eenmanszaak [A] gestart. [geïntimeerde] wilde vanwege zijn leeftijd minder werken, maar nog wel wat te doen blijven houden;

– [A] Hasselt en GCC/4Fill hebben jarenlang zaken gedaan. Het was GCC ook redelijkerwijs bekend dat hij met [A] Hasselt zaken deed.

– [geïntimeerde] heeft in de procedure in eerste aanleg aangegeven dat 4Fill en '[A] B.V.' zaken met elkaar hebben gedaan. Waar hij '[A] B.V.' heeft geschreven, bedoelde hij '[A] Hasselt B.V.'

5.6. Het verweer van [geïntimeerde] komt erop neer dat hij bij het sluiten van de verschillende overeenkomsten met GCC/4Fill heeft gehandeld voor [A] Hasselt B.V. en niet voor zichzelf of de niet bestaande vennootschap [A] B.V. Bij de beoordeling van dit verweer gaat het hof uit van de volgende feiten en omstandigheden:

– De facturen van GCC/4Fill zijn gericht aan '[A]' met het adres [a-straat] 3A te [C];

– [geïntimeerde] correspondeerde met GCC via het e-mailadres info@[A].nl. Onder zijn e-mailberichten was als afzender vermeld:

'[geïntimeerde]

[A] BV [a-straat] 3A [C];

Zijn medewerkster [D] mailde vanaf hetzelfde adres en vermeldde als afzender:

'[D]

[A] b.v. [a-straat] 3A [C];

– Op 28 januari 2016 hebben [geïntimeerde] en 4Fill een document met de titel 'Aanvullende pagina t.b.v. contract d.d. 01-12-2015' ondertekend. Dat document begint met:

'Zoals op 01-12-2015 overeengekomen tussen [A] BV en 4Fill BV, heeft 4Fill BV de door [A] ingezette order van 20-11-2015 geproduceerd. De order omvatte het volgende (...)'

Het document is door [geïntimeerde] 'namens [A] BV' ondertekend.

Op 3 maart 2016 hebben [geïntimeerde] – tekenend 'namens [A] BV' – en 4Fill een vergelijkbaar document ondertekend, dat als volgt begint:

'Zoals op 02-03-2016 overeengekomen tussen [A] BV en 4Fill BV, heeft 4Fill nog 2 pallets met dierflessen, plusminus 1920 stuks. Hier worden geen doppen bijgeleverd wegens opgemaakte voorraad.'

– Op het bedrijfspand aan de [a-straat] 3A te [C] was de naam [A] B.V. aangebracht;

– Facturen van 4Fill werden betaald van een bankrekening bij de Rabobank ten name van [A] B.V. Ook werden betalingen gedaan van een rekening bij de ING. Volgens [geïntimeerde] staat die rekening op naam van [A] Hasselt B.V., maar hij heeft die stelling in het licht van de ontkenning door GCC ervan onvoldoende onderbouwd, door geen bankafschriften over te leggen waaruit de tenaamstelling van de rekening bij de ING blijkt.

5.7. Het antwoord op de vraag voor welke partij iemand jegens een ander is opgetreden, hangt af van wat hij en die ander daarvoor tegenover elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Uit de hiervoor vermelde feiten en omstandigheden volgt dat [geïntimeerde] en [D] zich in hun schriftelijke contacten met GCC/4Fill presenteerden namens [A] (B.V.), en niet namens [A] Hasselt B.V. Dat [geïntimeerde] in mondelinge contacten heeft aangegeven dat hij optrad namens [A] Hasselt B.V., heeft hij niet (gemotiveerd) gesteld.









