

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift VAST. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. ([Lees onze disclaimer](#)).

VAST 2021, B-024, Mark Geurts, e-ISSN 2667-307X, M.A.D. Lex, [vast-online](#)

Bestuurder met de hakken over de sloot

15 april 2021

In de praktijk komt het steeds vaker voor dat een schuldeiser van een vennootschap tracht om de schade die hij lijdt doordat de vennootschap niet aan haar verplichtingen jegens hem voldoet, op de bestuurder te verhalen op grond van onrechtmatige daad.

Er zijn in dat kader grofweg twee hoofdcategorieën te onderscheiden:

- a) zaken waarin de bestuurder wordt verweten dat hij in naam van de vennootschap verplichtingen is aangegaan terwijl de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ten gevolge van die wanprestatie door de wederpartij te lijden schade (de Beklamel-norm);
- b) gevallen waarin de bestuurder wordt verweten te hebben bewerkstelligd of toegelaten dat de door hem bestuurde vennootschap een eerder door haar aangegane overeenkomst niet nakomt en daardoor aan de wederpartij schade berokkent.

In beide gevallen mag volgens de Hoge Raad alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld als hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarnaast geldt dat in beide gevallen als uitgangspunt de bewijslast op de schuldeiser rust.

De feiten samengevat

X is dga van een aannemersbedrijf (MW Groep B.V. handelend onder de naam MW Bouw). Een 100% dochter hiervan is de vennootschap MW Woningbouw B.V. In december 2017 is MW Groep van boekhouder gewisseld. De nieuwe boekhouder constateerde dat MW Groep een achterstand had in de administratie en er onvoldoende sprake was van debiteuren- en crediteurenbewaking. Er vond vervolgens op 28 december 2017 een bespreking plaats met Rabobank (als financier van MW Groep) waarin o.a. ter sprake kwam dat het onderhanden werk niet klopte (veel te hoog was). Ook op 8 februari 2018 was er contact met Rabobank over onder andere het niet volledig zijn van de administratie. Op 12 januari 2018 heeft de Rabobank aangegeven de rekeningen van MW Groep te zullen gaan bevriezen omdat de cijfers van MW groep op een ernstig verlies uitwezen. Dit diende ter bescherming van de vorderingen van de Rabobank en in afwachting van het plan van aanpak en de financiële overzichten.

De schuldeisers waren op 12 januari 2018 een intentieverklaring voor een nieuw te bouwen woning overeengekomen met MW Groep als aannemer. De dga ondertekende deze intentieovereenkomst namens MW Bouw. Nog dezelfde dag ontvingen de schuldeisers van MW Woningbouw een factuur van € 13.856,91 in verband met de voorbereidingskosten, die de schuldeisers op 18 januari 2018 betaalden. Die kosten waren bedoeld om een architect en constructeur aan het werk te zetten. MW Groep diende deze betaling dus (grotendeels) door te betalen.

Op 15 januari 2018 had Rabobank de rekeningen van MW Groep bevroren. Op 2 februari 2018 hebben de schuldeisers MW groep gesommeerd om tot terugbetaling van het betaalde over te gaan, aan welke sommatie geen gehoor is gegeven. Op 8 februari 2018 is het faillissement van MW Woningbouw uitgesproken en op 19 februari 2018 is de hele MW Groep gefailleerd.

De schuldeisers zijn een procedure gestart bij de kantonrechter op grond van schending van de Beklamel-norm. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. De schuldeisers hadden in de optiek van de kantonrechter onvoldoende gesteld waaruit bleek dat de dga wist dat MW Groep haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen of daaraan had moeten twijfelen.

Oordeel van het gerechtshof

In hoger beroep geven de schuldeisers een nadere onderbouwing van hun stelling dat de dga wist dat MW Woningbouw het gefactureerde geld niet kort na ontvangst aan de architect en de constructeur zou kunnen doorbetalen. In elk geval had de dga volgens de schuldeisers voldoende redenen om daaraan te twijfelen.

Gevolg hiervan was dat de architect en de constructeur hun werkzaamheden niet meer aan de schuldeisers wilden leveren en afronden. De schuldeisers voeren hiertoe onder andere het volgende aan:

- > Tussen enerzijds de ondertekening van de intentieverklaring en de verzenddatum van de factuur op 12 januari 2018 en anderzijds het opzeggen van het krediet door de Rabobank op 15 januari 2018 liggen maar een paar dagen.
- > Ten tijde van de opzegging van het krediet had MW Woningbouw grote schulden aan andere schuldeisers, waaronder de belastingdienst en leveranciers.
- > De jaarcijfers 2017 zijn in zoverre misleidend dat de post onderhanden werk (€ 1.800.000) onder meer bestaat uit een geschatte omzet uit verkregen, toekomstig uit te voeren opdrachten.
- > MW Groep voldeed niet aan haar administratieplicht, zo blijkt uit zaak ECLI:NL:RBNHA:2019:2029.

Het gerechtshof geeft in zijn arrest aan dat aan de schuldeisers moet worden toegegeven dat deze zaak 'op het randje' is. De intentieverklaring werd aangegaan en de factuur werd verstuurd kort voordat de Rabobank het krediet bevroor. De bevroering van het krediet vormde vervolgens de opmaat voor het faillissement. Toch is het gerechtshof alles afwegend van oordeel dat de hoge drempel van bestuurdersaansprakelijkheid net niet wordt gehaald. Aan de ene kant is het gerechtshof van oordeel dat er sprake was van ernstige financiële problemen en dat die problemen werden vergroot door de aankondiging dat het krediet zou worden bevroren. Het was volgens het

gerechtshof te betwijfelen of MW Bouw de verplichtingen uit de intentieverklaring zou kunnen nakomen. Echter, volgens het gerechtshof was aan de andere kant de situatie nog fluïde. Rabobank was op dat moment op de hoogte van de gebrekkige administratie en de onjuiste boeking van het onderhanden werk. Ondanks kennis van die onjuiste boeking en de gebrekkige administratie had Rabobank op 12 januari 2018 het vertrouwen in MW Woningbouw nog niet definitief verloren en wachtte Rabobank op het plan van aanpak en de financiële overzichten. De bank en de belastingdienst gaven MW Woningbouw kennelijk op 12 januari 2018 nog een kans: de situatie was ernstig maar niet hopeloos aldus het gerechtshof. Het gerechtshof oordeelt dan ook dat onder de gegeven omstandigheden niet kan worden geoordeeld dat de dga al op 12 januari 2018 wist of behoorde te weten dat MW Groep haar verplichtingen uit hoofde van de intentieverklaring niet zou nakomen.

Tot slot. Ook wanneer alle aangevoerde feiten en omstandigheden in samenhang worden gezien, acht het hof de handelwijze van de dga niet zodanig laakbaar dat hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.
Hof Amsterdam 2 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:338