

ter wel degelijk door. Dit is volgens mij wat de Hoge Raad tot uitdrukking heeft gebracht in de door het hof in r.o. 4.11 geciteerde overweging uit de Promontoria-beslissingen (HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276 en ECLI NL:HR:2020:1274, «JOR» 2020/267, m.nt. Biemans).

In geval van een aandelentransactie verandert er juridisch gezien niets voor de leningnemer; zijn wederpartij blijft dezelfde rechtspersoon. In de praktijk zien we echter wel dat de overgedragen rechtspersoon zijn bankvergunning inlevert en daarna dus niet meer kwalificeert als een bank, zoals overigens ook bij Propertize is gebeurd. Hoewel de juridische doorwerking van de contractuele (bancaire) zorgplicht verschilt per transactiestructuur, komt het mij voor dat het voor de leningnemer die zich met een beroep op de contractuele (bancaire) zorgplicht verweert tegen de uitoefening van bevoegdheden van de overnemende partij niet uitmaakt op welke wijze de transactie is vormgegeven.

mr. T. Hekman  
advocaat bij AKD

## 143

**Bestuurdersaansprakelijkheid en wetenschaps criterium bij toepassing Beklammelnorm**

Gerechtshof Amsterdam  
2 februari 2021, zaaknr. 200.266.179/01,  
ECLI:NL:GHAMS:2021:338  
(mr. De Jongh, mr. Faber, mr. Stokkermans)  
Noot mr. S.C.M. van Thiel

**Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Tweede categorie Ontvanger/Roelofsen. Aangekondigde bevrozing van krediet uitgesteld. Bank ziet situatie als ernstig maar niet hopeloos. Bestuurder niet persoonlijk aansprakelijk voor in die fase getekende intentieverklaring. Op dat moment wist noch behoorde hij te weten dat vennootschap haar verplichtingen uit hoofde van intentieverklaring niet zou nakomen.**

[BW art. 6:162]

*Aan de orde is de benadeling van schuldeisers van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van hun vordering. Naast de aansprakelijkheid van de vennootschappen MW Groep BV en MW Woningbouw zal mogelijk ook grond zijn voor aansprakelijkheid van bestuurder [X] indien hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Persoonlijke aansprakelijkheid van [X] kan in beginsel worden aangenomen wanneer [X] bij het namens MW Groep BV aangaan van de intentieverklaring wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat MW Groep BV (direct of via MW Woningbouw) niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.*

*Voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid van [X] naast MW Groep BV (en MW Woningbouw) gelden hogere eisen dan in het algemeen het geval is.*

*Het hof oordeelt dat redelijke twijfel of MW Woningbouw haar verplichtingen zou kunnen nakomen niet voldoende is om persoonlijke aanspra-*

kelijkheid van [X] op te baseren. De zaak is echter “op het randje”. De intentieverklaring had mede betrekking op werkzaamheden die de architect en de constructeur reeds vóór 12 januari 2018 hadden verricht en daarna nog verder zouden verrichten. Een gedeelte van het factuurbedrag was bedoeld om aan hen te worden doorbetaald.

De intentieverklaring werd aangegaan en de factuur werd verstuurd kort voordat de bank het krediet bevroor. De bevroering van het krediet vormde vervolgens de opmaat voor het faillissement. Toch is het hof alles afwegend van oordeel dat de hoge aansprakelijkheidsdrempel net niet wordt gehaald. Het hof leidt daarbij uit de verklaring van [B] af dat Rabobank op 12 januari 2018 had aangekondigd het krediet te zullen bevriezen. Uit de verklaring van [B] volgt tevens dat MW Woningbouw op 12 februari 2018 in ernstige financiële problemen verkeerde en dat die problemen werden vergroot door de aankondiging dat het krediet zou worden bevroren. Inderdaad viel in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs te betwijfelen of MW Woningbouw de verplichtingen uit de intentieverklaring zou kunnen nakomen.

Tegelijk was de situatie nog fluïde. De bank was op dat moment op de hoogte van de gebrekkige administratie en de onjuiste boeking van het onderhouden werk. Ondanks die kennis had de bank op 12 januari 2018 het vertrouwen in MW Woningbouw nog niet definitief verloren, zo volgt uit de verklaring van [B]: weliswaar was de bank voornemens de rekeningen te bevriezen, maar gelet op het plan van aanpak en de financiële overzichten die [B] en [X] op dat moment aan het opstellen waren, had de bank het krediet nog niet opgezegd.

De bank en de Belastingdienst gaven MW Woningbouw kennelijk op 12 januari 2018 nog een kans: de situatie was ernstig maar niet hopeloos. Onder de gegeven omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat [X] al op 12 januari 2018 wist of behoorde te weten dat MW Woningbouw haar verplichtingen uit hoofde van de intentieverklaring niet zou nakomen.

[Appellanten] verwijten [X] dat hij hen niet heeft geïnformeerd over de bevroering van het krediet op 15 januari 2018. Dit verwijt ziet dus op een tijdstip dat is gelegen nádat de verplichtingen in de intentieverklaring waren aangegaan. Voor zover dit verwijt moet worden aangemerkt als een zelfstandige grondslag voor de vordering, acht het

hof dit onvoldoende ernstig om persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder te rechtvaardigen. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat [X] onweersproken heeft aangevoerd dat hij op 15 januari 2018 in het ziekenhuis was opgenomen, dat nog overleg gaande was om een oplossing te bereiken en dat pas na die week duidelijk was dat Rabobank bij haar beslissing bleef.

Ook wanneer alle aangevoerde feiten en omstandigheden in samenhang worden gezien, acht het hof de handelwijze van [X] niet zodanig laakbaar dat hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

1. [Appellant sub 1],  
2. [appellante sub 2],  
appellanten,  
advocaat: mr. J. Faas,  
tegen  
[X],  
geïntimeerde,  
niet verschenen.

(...; red.)

## 2. Feiten

De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2 de feiten weergegeven die zij als vaststaand heeft aangenomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil. Samengevat staan de volgende feiten vast.

2.1. [X] is bestuurder en enig aandeelhouder van [X] Holding BV die op haar beurt bestuurder van MW Beheer BV is. MW Beheer BV is bestuurder van MW Groep BV; MW Groep BV en Lymeno Bouw Holding BV zijn bestuurders van MW Woningbouw.

2.2. In december 2017 is MW Groep van boekhouder gewisseld. De oude boekhouder [A] is vervangen door [B] van administratiekantoor [B] en Partners (hierna: [B]).

2.3. Op 12 januari 2018 hebben [appellanten] met MW Groep BV (handelend onder de naam MW Bouw) als aannemer een intentieverklaring getekend. [X] heeft deze intentieverklaring namens MW Bouw ondertekend. In de intentieverklaring spreken partijen de intentie uit een nieuw te bouwen woning te realiseren in [plaats]. Ook zijn partijen overeengekomen dat het voorlopig bouwbudget werd vastgesteld op € 250.000 en dat MW Bouw “opdracht verstrekt aan betrokken partijen – Atelier Dutch (architect) en de [Y]

Bouwconstructies (constructeur) – om het schetsontwerp te laten uitwerken tot voorlopig ontwerp en het definitieve ontwerp vergunning gereed te maken incl. de benodigde tekeningen en berekeningen” – zijnde de EPC berekening, ventilatieberekening, daglichtberekening, constructieberekening en sondering en funderingsadvies. MW Bouw heeft de voorbereidingskosten die gemeoid zijn met de hiervoor cursief weergegeven werkzaamheden vastgesteld op € 17.296,67, inclusief btw en inclusief coördinatie van MW Bouw. De voorbereidingskosten zouden volgens een in de intentieverklaring opgenomen schema worden gefactureerd.

2.4. Op 12 januari 2018 hebben [appellanten] van MW Woningbouw een factuur van € 13.856,91 ontvangen, die zij op 18 januari 2018 hebben betaald.

2.5. Op 15 januari 2018 heeft de Rabobank het krediet van MW Woningbouw bevroren.

2.6. [appellanten] hebben de intentieverklaring beëindigd en MW Woningbouw eerst telefonisch en later bij brief van hun gemachtigde van 2 februari 2018 verzocht en gesommeerd om de betaalde € 13.856,91 uiterlijk op 5 februari 2018 terug te betalen. Hieraan heeft MW Woningbouw geen gehoor gegeven.

2.7. Op 8 februari 2018 is het faillissement van MW Woningbouw uitgesproken, op 19 februari 2018 gevolgd door de faillissementen van MW Groep BV, MW Beheer BV en [X] Holding BV.

2.8. Op 13 maart 2019 heeft de rechtbank Noord-Holland een vonnis gewezen in een zaak waarin onder meer [X] als indirect bestuurder van MW Groep BV persoonlijk aansprakelijk werd gehouden voor een verplichting die door MW Groep BV was aangegaan (ECLI:NL:RBNHA:2019:2029). Blijkens dat vonnis heeft [B] onder meer het volgende verklaard: “Op 21 december 2017 j.l. heeft de heer [X] ons benaderd en zijn onvrede geuit over de werkwijze van zijn administratiekantoor. Hij gaf aan dat door de stijgende omzetten en prijsverhogingen zijn rekeningcourant ontoereikend was en hij geen ondersteuning vond bij zijn administratiekantoor. (...) Wij hebben vrijwel direct contact gezocht met de manager bedrijven RABO en dit gemeld. Deze hadden al geconstateerd dat er meer omzetten over de rekeningen liepen en dat zij wel begrip hadden voor een verruiming van de rekeningcourant. Hun verzoek was het volgende aan te leveren: de debiteuren- en crediteurenstand.

Op 27 december 2017 hebben wij een bezoek gebracht aan administratiekantoor Meerzicht (...) en het bedrijf MW Groep. Al gauw bleek dat er achterstanden waren in de administratie en er geen signalering plaats vond inzake debiteuren- en crediteurenbewaking alsmede fiscale zaken.

Op donderdag 28 december 2017 heeft er een gesprek plaatsgevonden bij de RABO Bank. (...) Eén van de misleidende factoren was het opvoeren van de post ‘onderhanden werk’ die door Meerzicht is gepresenteerd aan de bank september 2017. Deze post van € 1.800.00,- beïnvloedt de winst.

Onderhanden werk is een post die men mag opvoeren als het zeer aannemelijk is dat deze vordering de daaropvolgende maand geïncasseerd wordt. (dus geen orderportefeuille). (...)

De week van 8 januari tot en met 12 januari 2018 hebben wij dagelijks op de locatie zelf onderzoek gedaan en geïnventariseerd.

De heer [X] was van mening dat het bedrijf, desondanks goede vooruitzichten [had en] gezien ook de grote orderportefeuille, nog te continueren was.

8 januari 2018 hebben wij wederom contact gehad met de RABO. Men begreep dat door een niet volledige administratie er meer aan de hand was en men heeft ons verzocht alle cijfers boven water te halen en een plan van aanpak te schrijven alsmede een kasstroomoverzicht. (...)

Op 12 januari 2018 hebben wij contact gehad met de RABO. Wij hebben meegedeeld dat de crediteurenstand veel hoger was dan men veronderstelde. De post ‘onderhanden werk’ is door ons gecorrigeerd wat het resultaat beïnvloedt. De resultaten van de vennootschappen tonen dan ook een ernstig verlies.

De uitspraak van de RABO was dat men de rekeningen ging bevriezen ter bescherming van hun vorderingen in afwachting van het plan van aanpak en de financiële overzichten.

(...)

Naderhand is ons plan van aanpak en de kasstroomoverzichten ten behoeve van het inlopen van de schulden, ingediend bij de RABO waaruit slechts één conclusie getrokken kon worden; het aanvragen van het faillissement.”

### 3. De procedure in eerste aanleg

3.1. [appellanten] vorderden in eerste aanleg dat [X] wordt veroordeeld tot betaling van € 13.856,91 en € 2.250, beide bedragen te vermeerderen met

rente. Verder vorderden zij een verklaring voor recht dat [X] gehouden is tot vergoeding van de overige schade, op te maken bij staat. Tot slot stelden zij de gebruikelijke nevenvorderingen in.

Volgens [appellanten] wist [X] ten tijde van het tekenen van de intentieverklaring dat MW Woningbouw haar verplichtingen niet zou nakomen. Daarmee heeft [X] onrechtmatig gehandeld, zo betogen zij. [appellanten] stellen schade te hebben geleden omdat zij opnieuw kosten moeten maken voor de constructeur en de architect en omdat zij boeterente moeten betalen aan de gemeente voor het later afnemen van de kavel. De schade bestaat uit het bedrag dat zij aan MW Woningbouw hebben betaald en uit de boete van de gemeente, groot € 2.250. Er bestaat bovendien de kans dat de schade verder oploopt, aldus [appellanten].

3.2. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. [appellanten] hebben onvoldoende gesteld waaruit blijkt dat [X] wist dat MW Bouw haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen of dat hij daaraan had moeten twijfelen, zo oordeelt de kantonrechter.

#### 4. De vorderingen in hoger beroep

4.1. [appellanten] concluderen dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en – uitvoerbaar bij voorraad – alsnog hun vorderingen zal toewijzen en dat het hof [X] zal veroordelen alles terug te betalen dat zij aan [X] naar aanleiding van het vonnis hebben betaald, met veroordeling van [X] in de kosten van het geding in beide instanties. [appellanten] hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

#### 5. Motivering van de beslissing in hoger beroep

5.1. In hoger beroep geven [appellanten] een nadere onderbouwing van hun stelling dat [X] wist dat MW Woningbouw het gefactureerde geld niet kort na ontvangst aan de architect en de constructeur zou kunnen doorbetalen. In elk geval had [X] voldoende redenen om daaraan te twijfelen. Gevolg hiervan was dat de architect en de constructeur hun werkzaamheden niet meer aan [appellanten] wilden leveren en afronden.

5.2. [appellanten] voeren daartoe samengevat 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. Dat maakt het onwaarschijnlijk dat [X] niet behoefde te betwijfelen dat MW Woningbouw haar verplichtingen niet zou nakomen. Daarbij moet worden bedacht dat al eind 2017 duidelijk was geworden dat de financiële toestand slechter was dan uit de cijfers bleek, zo stellen zij onder verwijzing naar de onder 2.8 aangehaalde verklaring van [B]. Uit die verklaring blijkt ook dat Rabobank al op 12 januari 2018 had aangekondigd de rekening te gaan bevriezen in afwachting van een plan van aanpak en financiële overzichten.

– 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.

Tot slot verwijten [appellanten] [X] dat hij hen niet erover heeft geïnformeerd dat het krediet inmiddels was bevroren.

5.3. Het gaat hier om benadeling van schuldeisers van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van hun vordering. Naast de aansprakelijkheid van de vennootschappen MW Groep BV en MW Woningbouw zal mogelijk ook grond zijn voor aansprakelijkheid van bestuurder [X] indien hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Persoonlijke aansprakelijkheid van [X] kan in beginsel worden aangenomen wanneer deze bij het namens MW Groep BV aangaan van de intentieverklaring *wist* of *redelijkerwijze behoorde te begrijpen* dat zij (direct of via MW Woningbouw) niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen *en* geen verhaal zou bieden. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen. (vgl. HR 8 december 2006 («JOR» 2007/38; *red.*), ECLI:NL:HR:2006:AZ0758)

Voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid van [X] naast MW Groep BV (en MW Woningbouw) gelden dus hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Deze hoge drempel voor aansprakelijkheid wordt erdoor gerechtvaardigd

dat ten opzichte van [appellanten] primair sprake is van handelingen van MW Groep BV (en MW Woningbouw). Verder wordt deze hoge drempel gerechtvaardigd door het maatschappelijk belang dat wordt voortkomen dat bestuurders hun handelen te veel door defensieve overwegingen laten bepalen (vgl. HR 5 september 2014 («JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (RCI Financial Services/ Kastrop); *red.*), ECLI:NL:HR:2014:2627).

5.4. In dit geval had de intentieverklaring mede betrekking op werkzaamheden die de architect en de constructeur reeds vóór 12 januari 2018 hadden verricht en daarna nog verder zouden verrichten. Een gedeelte van het factuurbedrag was bedoeld om aan hen te worden doorbetaald. Gelet op de onder 5.3 aangehaalde maatstaf, vereist persoonlijke aansprakelijkheid dan ook dat de volgende twee vragen positief worden beantwoord:

- i) Wist [X] bij het tekenen van de intentieverklaring dan wel het uitsturen van de factuur (of behoorde hij te weten) dat MW Woningbouw het geld niet kort na ontvangst aan de architect en de constructeur zou kunnen doorbetalen, als gevolg waarvan zij hun werkzaamheden niet meer aan [appellanten] wilden leveren en afronden?

- ii) Wist [X] bij het tekenen van de intentieverklaring en het uitsturen van de factuur (of behoorde hij te weten) dat MW Groep BV (of MW Woningbouw) geen verhaal zou bieden voor de hieruit voortvloeiende schade?

Anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, is *redelijke twijfel* of MW Woningbouw haar verplichtingen zou kunnen nakomen niet voldoende om persoonlijke aansprakelijkheid van [X] op te baseren.

5.5. Wat die eerste vraag betreft, kan aan [appellanten] worden toegegeven dat deze zaak “op het randje” is. De intentieverklaring werd aangegaan en de factuur werd verstuurd kort voordat de bank het krediet bevroor. De bevriezing van het krediet vormde vervolgens de opmaat voor het faillissement. Toch is het hof alles afwegend van oordeel dat die hoge drempel net niet wordt gehaald. Het hof leidt daarbij uit de verklaring van [B] af dat Rabobank op 12 januari 2018 had aangekondigd het krediet te zullen bevriezen. Verder zal veronderstellenderwijs ervan worden uitgegaan dat Rabobank die aankondiging heeft gedaan vóóordat [X] de intentieverklaring op dezelfde dag ondertekende en de factuur verzond (hierover hebben [appellanten] niets gesteld).

5.6. Uit de verklaring van [B] volgt dat MW Woningbouw op 12 februari 2018 in ernstige financiële problemen verkeerde en dat die problemen werden vergroot door de aankondiging dat het krediet zou worden bevroren. Inderdaad viel in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs te betwijfelen of MW Woningbouw de verplichtingen uit de intentieverklaring zou kunnen nakomen.

Tegelijk was de situatie nog fluïde. De bank was op dat moment op de hoogte van de gebrekkige administratie en de onjuiste boeking van het onderhouden werk. Ondanks kennis van die onjuiste boeking en de gebrekkige administratie had de bank op 12 januari 2018 het vertrouwen in MW Woningbouw nog niet definitief verloren, zo volgt uit de verklaring van [B]: weliswaar was de bank voornemens de rekeningen te bevriezen, maar gelet op het plan van aanpak en de financiële overzichten die [B] en [X] op dat moment aan het opstellen waren, had de bank het krediet nog niet opgezegd. Dit strookt met een andere verklaring van [B] die [X] in eerste aanleg heeft overgelegd. Daarin verklaart [B]:

“Aangezien de relatie van de heer [X] en zijn toenmalige boekhouder niet optimaal was heeft de heer [X] besloten zijn administratie december 2017 over te dragen aan ons kantoor. Wij kwamen tot de conclusie dat er zonder meer financieel geherstructureerd diende te worden. Wij hebben de contacten gelegd met zowel kredietinstelling RABO als met de belastingdienst. Beide partijen hebben gezien onze relatie met hen de uitkomst van onze inventarisatie afgewacht.

Voor wat betreft de belastingdienst hadden wij contact met de ontvanger en met de heer [C] deurwaarder van de belastingdienst. De feitelijke vordering bedroeg op dat moment € 20.370 aan loonheffingen. De heer [C] was in afwachting voor wat betreft onze berekeningen en oordeel van de RABO. Zijn bezoek was zuiver bedoeld een inventarisatie vast te stellen inzake zekerheden. Er is ook geen beslag gelegd en de reden van het faillissement is niet de schuld aan de belastingdienst maar de leveranciers ontstaan door de sterk groeiende omzet, prijsstijgingen en logistiek personeel.”

De bank en de belastingdienst gaven MW Woningbouw kennelijk op 12 januari 2018 nog een kans: de situatie was ernstig maar niet hopeloos. Onder de gegeven omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat [X] al op 12 januari 2018 wist of behoorde te weten dat MW Woningbouw haar

verplichtingen uit hoofde van de intentieverklaring niet zou nakomen.

5.7. Met betrekking tot de tweede vraag hebben [appellanten] niets aangevoerd; ook op die grond kan de vordering niet worden toegewezen.

5.8. [appellanten] verwijten [X] dat hij hen niet heeft geïnformeerd over de bevrozing van het krediet op 15 januari 2018. Dit verwijt ziet dus op een tijdstip dat is gelegen nádat de verplichtingen in de intentieverklaring waren aangegaan. Voor zover dit verwijt moet worden aangemerkt als een zelfstandige grondslag voor de vordering, acht het hof dit onvoldoende ernstig om persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder te rechtvaardigen. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat [X] onweersproken heeft aangevoerd dat hij op 15 januari 2018 in het ziekenhuis was opgenomen, dat nog overleg gaande was om een oplossing te bereiken en dat pas na die week duidelijk was dat Rabobank bij haar beslissing bleef.

5.9. Ook wanneer alle aangevoerde feiten en omstandigheden in samenhang worden gezien, acht het hof de handelwijze van [X] niet zodanig laakbaar dat hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

5.10. De bewijsaanbiedingen hebben geen betrekking op feiten en omstandigheden die, indien bewezen, tot een andere beslissing in deze zaak kunnen leiden en worden daarom als niet ter zake dienend gepasseerd.

5.11. Op het voorgaande stuiten alle klachten af. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. [appellanten] zullen als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel, tot op heden begroot op nihil.

## 6. Beslissing

Het hof:

6.1. bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

6.2. veroordeelt [appellanten] in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [X] begroot op nihil.

## NOOT

1. In deze uitspraak in hoger beroep in een Beklamel-casus ontsnapt de bestuurder van een bouwbedrijf aan persoonlijke aansprakelijkheid jegens een crediteur. Het hof oordeelt dat de zaak 'op het randje' is en gunt de bestuurder het voordeel van de twijfel.

2. Het hof benoemt in r.o. 5.3 de bekende overweging uit *Willemsen/NOM* (die in HR 5 september 2014, «JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (*RCI/Kastrop*) is herhaald): de hoge drempel van het persoonlijk ernstig verwijt 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. Hierdoor wordt geprobeerd om de welbekende bange bestuurders te voorkomen (M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005; voor een kritische benadering hiervan zie T. Bleeker, 'De angst voor bange bestuurders ontrafeld', *NJB* 2020/2300). Maar waar hoort deze bescherming van de bestuurder bij het contracteren ("u hoeft niet bang te zijn") om te slaan in bestraffing van de bestuurder wegens dat contracteren ("u bent daarvoor persoonlijk aansprakelijk")? Dogmatisch vindt deze omslag plaats daar waar de bestuurder bij het aangaan van het contract – simpel gezegd – beter wist of had moeten weten. De Hoge Raad heeft deze toetsingsmaatstaf sinds *Beklamel* (HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286, m.nt. Maeijer) aldus verwoord: "die wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade ten gevolge van die wanprestatie". Dit is niet zelden een lastige toetsing, zeker achteraf, omdat in elke ogenschijnlijk hopeloze situatie ook wel weer bepaalde lichtpunten te vinden zijn, zeker als het een ondernemer betreft uit de "geef nooit op"-school. De kunst voor de rechter is om nauwkeurig te beoordelen of die lichtpunten bij wijze van spreken het licht aan het einde van de tunnel waren of de koplampen van de trein die de bestuurder tegemoet reed. Wat deze gerechtelijke beoordeling extra lastig maakt, is dat het om het vaststellen van feitelijke wetenschap van de bestuurder gaat ("die wist") dan wel de geobjectiveerde variant daarvan ("die redelijkerwijze behoorde te begrijpen"). En ze wordt nog weer lastiger doordat de rechter het daarbij moet doen met de stellingen en bewijsmiddelen die hem door partijen zijn aangedragen. Het zal dan vooral om stellingen en bewijsmiddelen van de eiser, de benadeelde crediteur, gaan en die heeft het op dat vlak als buitenstaander niet makkelijk. Art. 150 Rv is en blijft de

hoofregel en alleen in uitzonderlijke gevallen wordt de crediteur tegemoetgekomen in de vorm van de verzwaarde stelplicht of – zuiverder geformuleerd: – de verzwaarde betwistplicht (zie mijn annotatie bij HR 19 juli 2019, «JOR» 2019/215 (*Aabo Trading*)). Een recent voorbeeld van de toepassing van de verzwaarde betwistplicht op een (voormalige) bestuurder is Rechtbank Rotterdam 26 augustus 2020, «JOR» 2021/8, m.nt. Quist (r.o. 4.17). In dit reeds uitdagende landschap ligt er ten slotte nog meer nadruk op een zorgvuldige gerechtelijke toetsing omdat de gevolgen van aansprakelijkheid de bestuurder in privé treffen; de haring hangt in dat geval immers aan zijn eigen kieuwen.

3. Het is om al deze redenen terecht en (dus) begrijpelijk dat de rechter de gedaagde bestuurder bij twijfel het voordeel van die twijfel gunt, zo ook in dit geval. Het hof maakt de lezer nadrukkelijk deelgenoot van zijn eigen twijfel door de kwalificatie “op het randje” te gebruiken. Hierin schuilt een zekere vermaning richting de betrokken bestuurder maar wellicht ook een zekere verontschuldiging naar de lezer wiens sympathie door lezing van de feiten naar de crediteur was uitgegaan. Het hof concludeerde dat de situatie bij de vennootschap op het moment van het aangaan van het bewuste contract nog “fluïde” was en “ernstig maar niet hopeloos” (r.o. 5.6). Dit suggereert dat fluïditeit of (niet-)hopeloosheid de maatstaf voor aansprakelijkheid is. Dat zou niet juist zijn. Het gaat immers om een weten of redelijkerwijze behoren te begrijpen dat de vennootschap het bewuste contract niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden. De in het arrest vermelde feiten maken duidelijk dat de vennootschap op het peilmoment al in grote financiële problemen verkeerde, dat ze grote schulden had aan de Belastingdienst en leveranciers en dat de bank die dag had aangekondigd dat ze het krediet zou gaan bevriezen. Dit terwijl er kennelijk nog wel belangrijke betalingen aan de constructeur en architect moesten worden gedaan en die personen nodig waren om de boel draaiende te houden. Het hof stelt hiertegenover dat de bank weliswaar het krediet had bevroren maar dat nog niet had opgezegd en dat de Belastingdienst nog niet tot executie was overgegaan (r.o. 5.6). Dit vind ik een wel erg positieve benadering van de situatie. Ik denk in elk geval dat een willekeurige advocaat de bestuurder desgevraagd wel heel erg terughoudend had geadvi-

seerd over de vraag of er in die omstandigheden nog zorgeloos gecontracteerd kon worden. Het gaat toch immers om een bestuurlijke zorgplicht die gebiedt om de aanstaande contractuele wederpartij van de vennootschap serieus te nemen en deze adequaat te informeren over de situatie dan wel om af te zien van het aangaan van het contract. Mij dunkt dat de crediteur in deze casus (het waren er in werkelijkheid twee) geen zaken had gedaan als hij had geweten dat de bank het krediet van het bouwbedrijf binnenkort zou gaan bevriezen en de deurwaarder al voor een inventarisatie ten behoeve van de Belastingdienst was langsgeweest. Het voorgaande zal duidelijk maken dat ik een van die lezers ben wier sympathie vooral naar de crediteur uitging. Ik vind het arrest ook wel erg veel contrast hebben met bijvoorbeeld het recente arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, «JOR» 2021/86, m.nt. Verboom. In die casus kampte de vennootschap ook met liquiditeitskrapte maar had ze veel betere (en concretere) vooruitzichten; de omzet bleef op peil, er waren investeerders concreet geïnteresseerd om te investeren, de leveranciers waren bereid om betalingsregelingen aan te gaan en de bank was bereid om een overbruggingskrediet te verstrekken. Dat soort lichtpunten wijzen veel duidelijker op een daadwerkelijk licht aan het einde van de tunnel en veel minder op de bedoelde koplampen, dan in de onderhavige casus. Maar goed, het hof heeft waarschijnlijk een breder en genuanceerder begrip van de feiten gehad dan wij als lezer uit dit arrest kunnen opmaken en op de beoordeling van de feiten moeten we vertrouwen. Zoals al opgemerkt, is het in elk geval te prijzen dat bij gerechtelijke twijfel de vordering wordt afgewezen. Het clemente oordeel van het hof past ook in de lijn die bijvoorbeeld op het gebied van selectieve betalingen zichtbaar is, waarin er door de rechtspraak veel ruimte wordt gegeven aan de bestuurder van een noodlijdende vennootschap om selectief te betalen, zelfs nog in een situatie waarin het bestuur al zelf het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd (HR 17 januari 2020, «JOR» 2020/55, m.nt. Salemink (*Ingwersen q.q./Kromme Leek B.V. c.s.*)). Zie verder hierover: Linskens & Van Thiel, ‘Selectieve betalingen

in het zicht van (mogelijke) insolventie – ruim baan voor de bestuurder?’, *O&F* 2020/4.

mr. S.C.M. van Thiel  
advocaat bij Evers Soerjatin

144

**Vaststelling van toepasselijk recht bij bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad**

Gerechtshof Amsterdam  
23 februari 2021, zaaknr. 200.169.898/01,  
ECLI:NL:GHAMS:2021:516  
(mr. Melissen, mr. Van Achterberg, mr. Lewin)  
Noot mr. C.G. van der Plas

**Internationaal privaatrecht. Aansprakelijkheid vennootschap voor afdwingen naleving rechterlijk bevel zonder zeggenschap over door bevel getroffen gelden. Toepassing van Nederlands recht op vordering uit externe bestuurdersaansprakelijkheid. Tweede categorie Ontvanger/Roelofsen. Vervolg op Hof Amsterdam 19 oktober 2010, «JOR» 2011/27, m.nt. Veder; HR 7 januari 2011, «JOR» 2011/134; HR 13 september 2013, «JOR» 2014/50, m.nt. Bertrams; Hof Amsterdam 9 mei 2017, «JOR» 2017/215, m.nt. Broeders en HR 18 januari 2019, «JOR» 2019/165, m.nt. Veder.**

[Rome II art. 4 lid 1; BW art. 6:162]

Onder verwijzing naar het arrest van HR 18 januari 2019, «JOR» 2019/165, m.nt. Veder, stelt het hof vast dat Promneftstroy geen rechthebbende op de aandelen in Yukos Finance is geworden. Promneftstroy heeft naleving van het bevel van de Vzng. Rb. Amsterdam 6 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BC6191 (hierna: “de freezing order”) afgedwongen. Promneftstroy heeft derhalve onrechtmatig jegens Yukos International gehandeld aangezien zij geen rechthebbende op de aandelen in Yukos Finance was en geen zeggenschap had over de door de freezing order getroffen gelden.

De vraag of [geïntimeerde] als bestuurder van Promneftstroy door die gestelde handelwijze on-

rechtmatig heeft gehandeld, moet beoordeeld worden naar Nederlands recht. Een vordering uit onrechtmatige daad van een bestuurder of feitelijk beleidsbepaler van een corporatie, ingesteld door een niet bij die corporatie betrokken derde (een vordering uit externe bestuurdersaansprakelijkheid dus) dient voor de toepassing van het Nederlandse conflictenrecht in beginsel te worden beschouwd als een vordering die in de verwijzingscategorie van de onrechtmatige daad valt. Mogelijk kan een dergelijke vordering onder omstandigheden in de verwijzingscategorie van het incorporatierecht vallen, maar [geïntimeerde] heeft onvoldoende gesteld om aan te nemen dat zich in dit geval omstandigheden voordoen die dat meebrengen. Art. 10:119 sub e BW en art. 3 sub e Wet conflictenrecht corporaties (oud) zijn dus niet van toepassing.

De gestelde onrechtmatige daad (het afdwingen van de freezing order) is in Nederland gepleegd. De freezing order met aanzegging is in Nederland betekend. De freezing order is in Nederland uitgevoerd doordat de gelden op een bankrekening in Nederland zijn gestort en gehouden. Yukos International, die in Nederland is gevestigd, heeft de gestelde schade ook in Nederland geleden. Daarom is Nederlands recht van toepassing. Niet van belang is dat Promneftstroy een rechtspersoon naar Russisch recht is, dat [geïntimeerde] in Rusland woont en dat hij is aangesproken op zijn hoedanigheid van bestuurder of feitelijk beleidsbepaler van een Russische rechtspersoon.

[Geïntimeerde] was geen procespartij bij het kort geding dat tot de freezing order heeft geleid. Hij kon de freezing order daarom niet in eigen naam afdwingen. Indien hij de freezing order heeft afgedwongen, heeft hij dat namens Promneftstroy gedaan. Dat heeft hij dan gedaan in zijn hoedanigheid van bestuurder of feitelijke beleidsbepaler van Promneftstroy. Gelet hierop kan aansprakelijkheid van [geïntimeerde] niet worden gebaseerd op HR 23 november 2012, «JOR» 2013/40, m.nt. Van Andel en Rutten, ECLI:NL:HR:2012:BX5881 (Spaanse Villa), HR 5 september 2014, «JOR» 2014/296, m.nt. Kroeze, ECLI:NL:HR:2014:2628 (Tulip Air) en HR 18 september 2015, «JOR» 2015/289, m.nt. SCJJK, ECLI:HR:2015:2745. Voor een succesvol beroep op die rechtspraak is immers nodig dat de bestuurder (mede) in andere hoedanigheid is opgetreden dan in zijn hoedanigheid van bestuurder of feitelijk beleidsbepaler.