

**JOR 2018/174, Gerechtshof Amsterdam, 27-02-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:699,
200.215.305/01 (annotatie)**

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 27-02-2018
Publicatie: JOR 2018/174 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 7-8, 2018
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Ph.W. Schreurs
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:699
Zaaknummer: 200.215.305/01
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:GHAMS:2018:699
Rechtsgebied: Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek: Ondernemingsrecht
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Faber • mr. Vink • mr. De Jongh
Partijen: Appellant, advocaat: mr. M.G. Jansen te Haarlem, tegen Triple Showtechniek BV te Purmerend, geïntimeerde, advocaat: mr. J. Veenis.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 6 - 162

Inhoudsindicatie

Persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder van stichting, Eerste categorie Ontvanger-Roelofsen, Beklamel-norm, Persoonlijk ernstig verwijt, Verwerping van verweer dat totale schade groter zou zijn geweest indien er niet zou zijn gecontracteerd, Verwijzing naar HR 5 september 2014, «JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (RCI Financial Services/Kastrop)

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Het gaat in deze zaak om de benadeling van schuldeiser Triple door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering op de Stichting Zaandam 200 jaar (hierna: de stichting). Ter zake van deze benadeling kan onder bijzondere omstandigheden naast de aansprakelijkheid van de stichting mogelijk ook grond zijn voor aansprakelijkheid van de bestuurder die namens de stichting heeft gehandeld. Indien de bestuurder namens de stichting een verbintenis is aangegaan en de vordering van de schuldeiser onbetaald blijft en onverhaalbaar blijkt, kan persoonlijke

aansprakelijkheid van de bestuurder worden aangenomen indien deze bij het namens de stichting aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de stichting niet aan 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 (vgl. HR 6 oktober 1989, **ECLI:NL:HR:1989:AB9521**, NJ 1990/286 (Beklamel) en HR 8 december 2006, «**JOR**» **2007/38** (Ontvanger/Roelofsen)). In de kern houdt deze maatstaf de eis in dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de stichting als gevolg van zijn handelen schade zou lijden (vgl. HR 5 september 2014, «**JOR**» **2014/325**, m.nt. SCJJK (RCI Financial Services/Kastrop)).

Aangezien de stichting was opgericht met het oog op een eenmalig festival en zij nadien geen substantiële nieuwe activiteiten zou ontplooiën, brengt het oordeel dat appelland redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de stichting haar verplichtingen uit de overeenkomst niet zou kunnen nakomen in dit geval mee dat hij eveneens redelijkerwijs moet hebben begrepen dat de stichting geen verhaal zou bieden.

Het hof verwerpt het verweer van appelland dat hem niettemin geen persoonlijk ernstig verwijt valt te maken. De omstandigheid dat appelland 75% van het verschuldigde bedrag zelf heeft voorgesloten doet niet af aan de verwijtbaarheid met betrekking tot het restant waarop de vordering van Triple is gebaseerd. Ook indien de totale schade groter zou zijn geweest wanneer de stichting niet met Triple had gecontracteerd (en het festival zou zijn afgeblazen), brengt dat niet mee dat appelland geen persoonlijk ernstig verwijt jegens Triple kan worden gemaakt.

Uitspraak

(...; *red.*)

2. Feiten

De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis (Rb. Noord-Holland 26 januari 2017, zaak-/rolnr. 5269767\CV EXPL 16-14413; *red.*) onder 2.1 tot en met 2.7 de feiten weergegeven die hij als vaststaand heeft aangenomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en binden derhalve ook het hof. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, zal van de volgende feiten worden uitgegaan.

2.1. Op vrijdag 1, zaterdag 2 en zondag 3 juni 2012 heeft Stichting Zaandam 200 jaar (hierna: de stichting) een festival georganiseerd in het kader van het 200-jarig bestaan van de stadsrechten van Zaandam. Tijdens dit festival zijn onder meer optredens gegeven door bekende Nederlandse artiesten. [appelland] was destijds bestuurder van de stichting.

2.2. In de aanloop naar het festival is de begroting als gevolg van tegenvallende afname van VIP-kaarten aangepast. De aangepaste begroting gaat uit van totale uitgaven van € 992.000. De inkomsten zijn als volgt begroot:

Opbrengst vrijdagavond	€ 310.267
Opbrengst zaterdagavond	€ 311.284
Opbrengst zondagavond	€ 312.300
Bijdrage horeca	€ 50.000
Gemeente subsidie	€ 150.000
Totaal	€ 1.133.851

De begrotingspost voor de opbrengsten uit kaartverkoop voor de vrijdagavond is als volgt samengesteld:

Burcht	€ 65.081
--------	----------

Burcht Veiling.nl	€ 192.581
Brug Staanplaatsen	€ 13.629
Brug Tribune	€ 8.927
Op water Veerboot	€ 11.480
Pallux & 2 Boten	€ 77.520
Totaal incl. BTW	€ 369.218
Totaal excl. BTW	€ 310.267

De begrotingspost voor de opbrengsten uit kaartverkoop voor de zaterdag en zondag is identiek aan die van de vrijdag, met dien verstande dat de opbrengsten voor de Brug Tribune op deze avonden zijn begroot op € 10.137 respectievelijk € 11.347 (incl. BTW). De toelichting bij de begroting vermeldt onder meer:

Kaart opbrengst aangepast aan te verwachten opbrengsten via vakantieveiling.nl en andere goedkopere aanbieders.

Kaart opbrengst aangepast aan kleinere tribune en een veerpont in het water.

2.3. Twee weken voor het festival is [appellant] via het ingehuurd verkoopkantoor Ticketpoint geïnformeerd dat er nog kaarten beschikbaar waren. Op advies van Ticketpoint heeft de stichting besloten kaarten via verschillende veilingssites te koop aan te bieden.

2.4. Triple voert een onderneming die zich bezig houdt met de verhuur en verkoop van professionele audio-, licht- en videotechniek. Zij verzorgt, onder meer, de geluids- licht- en audiosystemen bij concerten en festivals.

2.5. Op 22 mei 2012 heeft Triple in opdracht van de stichting een offerte uitgebracht voor het verzorgen van geluid, licht, projectie en "rigging" tijdens het festival. [appellant] heeft de offerte ten bedrage van € 76.832,96 inclusief BTW namens de stichting op 30 mei 2012 ondertekend.

2.6. De stichting heeft daarop een bedrag van € 57.500 aan Triple voldaan.

2.7. Het was geen goed weer tijdens het festival. Het was koud, bewolkt en op zondag 3 juni 2012 viel veel regen, verspreid over de hele dag.

2.8. Op 4 juni 2012 heeft Triple haar werkzaamheden voor een bedrag van € 76.832,96 aan de stichting gefactureerd en daarop in mindering gebracht het reeds door de stichting betaalde bedrag van € 57.500 zodat de stichting per saldo diende te voldoen € 19.332,96.

2.9. Uiteindelijk heeft de stichting gedurende het gehele festival de volgende inkomsten gegenereerd:

Subsidie	€ 150.000
Coca Cola sponsorbijdrage	€ 10.600
Kaartverkoop C&A	€ 64.855
Ticketpoint kaartverkoop	€ 15.619
Vakantieveiling kaartverkoop	€ 24.000
Diverse sponsorbijdragen	€ 50.000

Totaal € 315.074

2.10. Als gevolg van tegenvallende kaartverkoop en een lage horecaomzet is het festival met een fors tekort afgesloten. De Gekroonde Valk B.V. en [appellant], althans een aan hem gelieerde rechtspersoon, hebben bedragen voor de stichting voorgeschoten, althans leningen aan de stichting verstrekt. Desondanks zijn verscheidene schuldeisers van de stichting niet voldaan. Ook het aan Triple verschuldigde resterende bedrag van € 19.332,96 is onbetaald gebleven.

2.11. Op 20 juni 2013 heeft de kantonrechter te Zaandam de stichting veroordeeld tot betaling van het restant van de factuur. Betaling heeft niet plaatsgevonden.

3. Beoordeling

3.1. Triple vordert dat [appellant] wordt veroordeeld tot betaling van € 19.332,96 in hoofdsom met rente en kosten. De kantonrechter heeft deze vordering grotendeels toegewezen. Naar het oordeel van de kantonrechter wist [appellant] ten tijde van het aangaan van de overeenkomst, althans behoorde hij redelijkerwijs te weten dat de stichting niet aan haar betalingsverplichting zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Het verweer van [appellant] dat hem geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt heeft de kantonrechter verworpen.

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellant] met zijn grieven op.

3.2. Met de *grievens 1 tot en met 12* en *grief 18* betoogt [appellant] in de kern dat hij ten tijde van het ondertekenen van de offerte niet wist en evenmin redelijkerwijs behoorde te weten dat de stichting niet aan haar betalingsverplichting jegens Triple zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, althans dat hem geen persoonlijk ernstig verwijt valt te maken. Daartoe voert hij onder meer aan dat de (tegenvallende) opbrengst uit kaartverkoop pas na het festival duidelijk werd. Het gebrek aan wetenschap valt voorts onder meer af te leiden uit de omstandigheid dat 75% van de totale opdrachtsom aan Triple is voldaan voordat het festival aanving. Gelet op de kort tevoren door de gemeente toegezegde subsidie mocht [appellant] ook bij een relatief lage kaartverkoop aan de deur en een tegenvallende horecaomzet redelijkerwijs ervan uitgaan dat het restant van de vordering kon worden voldaan. De tegenvallende kaartverkoop en horecaomzet en de weersomstandigheden betreffen externe omstandigheden die [appellant] niet heeft kunnen voorzien. Dat geldt te minder nu tevoren niet viel te voorzien wat de daadwerkelijke bezoekersaantallen zouden zijn. Bovendien heeft hij zelf een bedrag van minimaal € 200.000 in het festival geïnvesteerd en waren alle van Triple afgenomen voorzieningen noodzakelijk om het festival doorgang te doen vinden. Indien Triple niet zou zijn ingehuurd had het festival niet door kunnen gaan en was het exploitatietekort nog veel groter geweest en had de stichting aan (meer) verplichtingen jegens andere contractpartners niet kunnen voldoen. [appellant] valt ook om die reden geen persoonlijk ernstig verwijt te maken, zo betoogt hij.

Het hof overweegt als volgt.

3.3. Het gaat in deze zaak om de benadeling van een schuldeiser van de stichting door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling kan onder bijzondere omstandigheden naast de aansprakelijkheid van de stichting mogelijk ook grond zijn voor aansprakelijkheid van de bestuurder die namens de stichting heeft gehandeld. Zodanige aansprakelijkheid mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen als de bestuurder jegens de schuldeiser van de stichting onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Indien de bestuurder namens de stichting een verbintenis is aangegaan en de vordering van de schuldeiser onbetaald blijft en onverhaalbaar blijkt, kan persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder worden aangenomen indien deze bij het namens de stichting aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de stichting 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. (vgl. HR 6 oktober 1989, **ECLI:NL:HR:1989:AB9521**, NJ 1990/286 (Beklamel) en HR 8 december 2006, (**«JOR» 2007/38; red.**), **ECLI:NL:HR:2006:AZ0758**, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen)) In de kern houdt deze maatstaf de eis in dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de stichting als gevolg van zijn handelen schade zou lijden (vgl.

HR 5 september 2014, («**JOR**» **2014/325**, m.nt. SCJJK; *red.*), **ECLI:NL:HR:2014:2627**, NJ 2015/22 (RCI)).

3.4. Bij de beoordeling van de vraag of [appellant] bij het aangaan van de overeenkomst met Triple wist of behoorde te begrijpen dat de stichting niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden is van belang dat de stichting is opgericht om eenmalig een festival te organiseren. De stichting was voor de voldoening van haar verbintenissen dan ook geheel aangewezen op de (verwachte) inkomsten uit het organiseren van het festival; nieuwe activiteiten met daarmee gepaard gaande inkomsten vielen na het festival niet meer te verwachten.

3.5. Verder is van belang dat in de (al bijgestelde) begroting wordt gerekend met een bedrag van € 992.000 aan uitgaven en een bedrag van € 1.133.851 aan inkomsten, waarvan € 933.851 aan inkomsten uit kaartverkoop. De stichting was dus in hoge mate afhankelijk van de inkomsten uit kaartverkoop. Vast staat dat de stichting uiteindelijk, inclusief de verkoop op de dagen van het festival, in totaal een bedrag van € 104.474 aan inkomsten uit kaartverkoop heeft genoten. Dat wil zeggen nog geen 12% van het bedrag dat zij had begroot, hetgeen een tekort ten opzichte van de begrote kosten oplevert van € 687.526 (€ 992.000 - € 150.000 subsidie, € 50.000 horeca en € 104.474 kaartverkoop).

3.6. [appellant] erkent dat hij vóór het festival ervan op de hoogte was dat de kaartverkoop tegenviel. Om die reden had hij twee weken voor het festival op advies van Ticketpoint toegangskarten aangeboden via diverse online veilingssites. Ook indien de verkoopopbrengst via veilingssites vooraf moeilijk viel te schatten moet [appellant] echter in het licht van de uiteindelijke inkomsten uit de kaartverkoop al op 30 mei 2012 redelijkerwijze hebben geweten dat de kaartverkoop desastreus verliep zodat een groot tekort dreigde indien de kaartverkoop de laatste dagen niet flink zou aantrekken. [appellant] heeft bovendien niet gesteld dat de weersverwachtingen op 30 mei 2012 rooskleuriger waren dan uiteindelijk is gebleken. Tegen die achtergrond – zwaar tegenvallende voorverkoop en slechte weersverwachting – mocht [appellant] op 30 mei 2012 niet redelijkerwijs verwachten dat er in de laatste twee dagen en aan de deur nog zo veel omzet (uit kaartverkoop en horeca) zou worden behaald dat alsnog quitte zou kunnen worden gedraaid. [appellant] behoorde derhalve ten tijde van het tekenen van de offerte redelijkerwijze te begrijpen dat de stichting niet aan haar (resterende) verplichtingen jegens Triple zou kunnen voldoen.

3.7. Het vorenstaande wordt niet anders indien in aanmerking wordt genomen dat een partner een eerdere toezegging om grote pakketten VIP-kaarten af te nemen niet is nagekomen. Deze omstandigheid was immers al enige tijd tevoren bekend en had al geleid tot aanpassing van de begroting. Ook de omstandigheid dat de gemeente in de week voor het festival een (voorwaardelijke) subsidie van € 150.000 had toegekend en betaald kan niet leiden tot een ander oordeel. Met die subsidie was immers al in de begroting rekening gehouden. De aanslag precariorechten van de gemeente brengt evenmin mee dat [appellant] op 30 mei 2012 niet behoefde te begrijpen dat de stichting haar verplichtingen niet zou nakomen. [appellant] stelt immers zelf dat deze aanslag pas na het festival is opgelegd (en vervolgens ook weer ingetrokken); deze kan daarom op 30 mei 2012 redelijkerwijs geen beslissende rol hebben gespeeld.

Het hof verwerpt voorts het verweer dat uit de omstandigheid dat [appellant] (althans een aan hem gelieerde rechtspersoon) forse bedragen heeft voorgeschoten valt af te leiden dat [appellant] ten tijde van het ondertekenen van de offerte niet wist dat de stichting niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Daartoe is niet alleen redengevend hetgeen onder 3.6 is overwogen, maar ook [appellant]' eigen stelling dat de schade vele malen groter zou zijn geweest indien het festival was afgeblazen. Die stelling laat immers de mogelijkheid open dat andere motieven ten grondslag hebben gelegen aan het voorschieten van bedragen.

3.8. Aangezien de stichting was opgericht met het oog op het eenmalige festival en zij nadien geen substantiële nieuwe activiteiten zou ontplooiën brengt het oordeel dat [appellant] redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de stichting haar verplichtingen uit de overeenkomst niet zou kunnen nakomen in dit geval mee dat hij eveneens redelijkerwijs moet hebben begrepen dat de stichting geen verhaal zou bieden.

3.9. [appellant] betoogt dat hem niettemin geen persoonlijk ernstig verwijt valt te maken. Daartoe voert hij aan dat 75% van het aan Triple verschuldigde bedrag vooraf is voldaan, en wel (mede) dankzij door hem persoonlijk ter beschikking gestelde gelden. Voorts betoogt hij dat het festival zou zijn afgeblazen als de stichting niet met Triple had gecontracteerd. In dat geval zou de totale schade veel groter zijn geweest dan nu het geval is.

3.10. Het hof verwerpt deze verweren. De omstandigheid dat [appellant] de voorschotbetaling zelf heeft voorgeschoten doet niet af aan de verwijtbaarheid met betrekking tot het restant waarop de vordering van Triple is gebaseerd. Daar komt bij dat [appellant] niet heeft gesteld dat hij – uitgaande van zijn eigen bereidheid om een bedrag van € 57.500 voor te schieten – met Triple heeft overlegd over de vraag welke diensten Triple voor dat bedrag zou kunnen verrichten. Ook indien de totale schade groter zou zijn geweest wanneer de stichting niet met Triple had gecontracteerd, brengt dat bovendien niet mee dat [appellant] geen persoonlijk ernstig verwijt jegens Triple kan worden gemaakt. Totdat [appellant] namens de stichting de offerte aanvaardde had Triple immers met de problemen van de stichting niets van doen. Ook indien veronderstellenderwijs ervan wordt uitgegaan dat [appellant] geen (persoonlijk) ernstig verwijt valt te maken jegens de stichting of jegens andere contractspartners van de stichting door het contract met Triple aan te gaan, brengt dit niet zonder meer mee dat hem geen persoonlijk ernstig verwijt jegens Triple treft.

3.11. Het verweer dat het causaal verband tussen de onrechtmatigheid en schade ontbreekt wordt verworpen. Het verwijt van Triple is niet zozeer gelegen in het feit dat de stichting haar verplichtingen niet is nagekomen als wel in de omstandigheid dat [appellant] namens de stichting verplichtingen jegens haar is aangegaan in de (objectieve) wetenschap dat de stichting die niet (geheel) zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden. Triple heeft hierdoor diensten verleend voor een bedrag van € 76.832,96, terwijl zij daarvoor een bedrag van slechts € 57.500 betaald heeft gekregen. Die schade staat in zodanig causaal verband met de aan [appellant] verweten gedraging, dat deze aan [appellant] als gevolg van die gedraging kan worden toegerekend.

3.12. Op het vorenstaande stuiten de grieven 1 tot en met 12, alsmede grief 18 af.

3.13. In eerste aanleg heeft Triple schadevergoeding gevorderd, begroot op een bedrag van € 19.332,96 aan hoofdsom, een bedrag van € 11.492 aan contractuele rente vanaf 12 juni 2012 tot aan de dag van dagvaarding en een bedrag van € 968 aan buitengerechtelijke incassokosten, dan wel een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen bedrag, een en ander te beperken tot een bedrag van € 25.000, te vermeerderen met de contractuele rente vanaf de dag van dagvaarding tot aan de voldoening. Voor zover thans van belang heeft de kantonrechter toegewezen een bedrag van € 19.332,96 aan hoofdsom, vermeerderd met wettelijke rente, alsmede een bedrag van € 968 aan buitengerechtelijke kosten. De gevorderde proceskosten van de procedure tegen de stichting heeft de kantonrechter afgewezen.

3.14. De *grieven 13 tot en met 16* komen hiertegen op. Grief 13 houdt in dat de kantonrechter zijn oordeel over de toegewezen rente onvoldoende heeft gemotiveerd. De kantonrechter heeft bovendien ten onrechte de wettelijke rente toegewezen, terwijl deze niet is gevorderd, zo betoogt [appellant] met grief 14. Voorts heeft de kantonrechter [appellant] ten onrechte in de proceskosten veroordeeld en de gevorderde buitengerechtelijke kosten toegewezen, aldus de grieven 15 en 16. Ten slotte heeft de kantonrechter, zo luidt grief 17, zijn competentiegrens overschreden.

3.15. De kantonrechter heeft de wettelijke rente toegewezen, terwijl contractuele rente, althans een door de kantonrechter te bepalen bedrag, was gevorderd. Blijkens het proces-verbaal van comparitie is de gevorderde rente in eerste aanleg ter zitting aan de orde geweest. [appellant] heeft betwist dat contractuele (boete)rente verschuldigd was; als rente zou worden toegewezen, diende het volgens [appellant] te gaan om de wettelijke handelsrente. Triple heeft zich op het punt van de rente aan het oordeel van de kantonrechter gerefereerd. Aldus is de kantonrechter niet buiten de rechtsstrijd getreden. [appellant] is ingevolge artikel 6:83, aanhef en onder b, BW in verzuim. De toewijzing van de wettelijke rente vanaf 12 juni 2012, de vervaldatum van de factuur van Triple, behoefde in dat licht geen nadere motivering. Uit de door Triple overgelegde urenspecificatie blijkt genoegzaam dat buitengerechtelijke kosten zijn gemaakt, zodat ook grief 16 faalt. In eerste aanleg is [appellant], als grotendeels in het ongelijk gestelde partij, terecht in de proceskosten veroordeeld. Grief 17 behoeft geen behandeling, reeds nu de competentiegrens in hoger beroep niet geldt.

3.16. 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.

3.17. De grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. [appellant] zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

4. *Beslissing*

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot

1. In 1812 schonk Napoleon Zaandam stadrechten en dat werd tweehonderd jaar later groots gevierd. Zoals wel vaker bij dergelijke happenings, leunt een en ander sterk op het enthousiasme en de volhardendheid van enkele lokale ondernemers. In dit arrest komen de grenzen van die op zich benijdenswaardige karaktertrekken helder in beeld.

2. Bouwondernemer M. heeft goede contacten met enkele Zaanse BN'ers en die bedenken een programma waarvoor Napoleon zelf zich niet zou hebben geschaamd. Het feest zal drie dagen duren, met activiteiten en optredens van ongeveer alle bekende Nederlandstalige artiesten.

3. M. en een lokale horecaondernemer richten hiervoor speciaal de stichting Zaandam 200 jaar op en gaan als bestuurders daarvan op zoek naar de benodigde financiën. Blijkens het arrest zal die voor het overgrote deel uit de kaartverkoop moeten komen. Op een begroting van meer dan een miljoen is er voorzien in slechts € 60.000 aan sponsoring en een (kennelijk pas een week voor het festival losgekomen) subsidie van € 150.000.

4. Wie eenmaal begonnen is aan de organisatie van zo'n feest doet er natuurlijk goed aan te blijven geloven in het eigen welslagen. Self fulfilling prophecies doen soms immers wonderen. Maar hoelang mag een bestuurder daarmee doorgaan? De in deze zaak toegepaste Beklamel-doctrine geeft daarvoor de vaste regel: Als de bestuurder bij het namens de rechtspersoon aangaan van een verbintenis wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat die niet aan zijn verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, kan hij persoonlijk aansprakelijk gehouden worden voor de schade daarvan.

5. M. kan, gelet op de feiten, aansprakelijkheid eigenlijk nauwelijks ontlopen. Eiser heeft pas tien dagen voor het festijn een offerte uitgebracht voor de volledige lichtinstallatie en die wordt door M. twee dagen voordien ondertekend. Op dat moment pakken echter al dikke wolken samen boven het festival. M. biedt in de procedure de volgende punten als verklaring voor de niet-nakoming, maar in beide instanties tevergeefs.

(1) De verkoop is ver achtergebleven bij alle hoopvolle verwachtingen. Tegenover de begrote uitgaven van € 990.000 staat een begrote kaartverkoop van € 934.000. Daar hing alles dus van af. De rechter stelt echter vast dat twee weken voor het festival het ingeschakelde ticketbureau al geadviseerd heeft om kaarten te gaan dumpen, wegens sterk achterblijvende resultaten.

(2) Het tweede was wel echt pech: het weer was Noord-Hollands slecht, met een temperatuur die schommelde rond de tien graden en een volstrekt verregend dagprogramma.

6. De Beklamel-doctrine vindt haar grondslag in het verschil in kennis, in de kennisvóórsporg die de bestuurder heeft ten opzichte van de partij die contracteert met de door hem bestuurde rechtspersoon. Zowel de desastreuze verlopende kaartverkoop als de belabberde weersvoorspelling waren bekend bij M. Uiteraard kon contractant Triple zelf ook het weerbericht opzoeken, maar het gaat om de invloed daarvan op de kaartverkoop. M. wist (anders dan Triple) dat die dramatisch verliep. Het weerbericht had hem niet kunnen doen geloven dat het op het laatst nog storm zou gaan lopen bij de kassa. Uiteindelijk werd maar iets meer dan een tiende (!) van de gehoopte opbrengst gegenereerd.

7. Een onderschat element van dat verschil in kennis is dat het een nagenoeg zekere methode is om Beklamel-risico's te vermijden. Het verschil kan immers worden opgeheven door die kennis te delen met de wederpartij. Als de contractant gewaarschuwd is, kan hij kiezen om wel of niet te contracteren. Bij bedrijven in moeilijkheden komt het in de praktijk regelmatig voor dat aan vaste relaties gevraagd wordt de onderneming door de spreekwoordelijke winter heen te helpen. Dergelijke crediteuren hebben nadien geen enkele kans met een individuele claim op de bestuurder. En ik zou menen dat een curator niet eenvoudig een claim zal kunnen baseren op het feit dat de bestuurder dergelijke gezamenlijke schulden heeft laten oplopen, als die individuele crediteuren allemaal zouden zijn geïnformeerd.

8. Een annotator mag, wat een rechter niet mag: concrete context terugzoeken op internet. Dan valt op dat de stichting en M. als appellanten op grond van nagenoeg hetzelfde feitencomplex ook in 2014 bij het Hof Amsterdam al aan het kortste eind trokken (**ECLI:NL:GHAMS:2014:3744**, aan welke uitspraak ik ook wat aanvullende informatie heb ontleend, die hiervoor al is verwerkt. De liefhebber kan zich vermaken met enige aanpassingen in de door de bestuurder gestelde feiten ter zake de vip-kaarten). Wat heeft M toch doen hopen dat het oordeel nu gunstiger zou uitpakken? In dat eerdere geval was een steigerbouwer pas een dag voor de festiviteiten ingeschakeld en onbetaald gebleven. Steigers die nota bene waren bedoeld om op grote lcd-schermen het massaal toe te stromen publiek ook verder van het podium goed zicht te geven.

9. Zoals uit de naam van de stichting kan worden afgeleid, had deze een eenmalig doel. Het hof heeft in beide zaken dit element gebruikt bij het tweede deel van de Beklamel-formule: "dat de rechtspersoon geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge van de niet-nakoming zou lijden". Nu in feite uitgesloten is dat er in de toekomst nog middelen zullen binnenkomen (het eeuwfeest is immers al voorbij), is dit deel van de formule daarmee ingevuld. Dat deel blijft doorgaans onderbelicht, omdat Beklamel-zaken vrijwel altijd plaatsvinden in de slipstream van het faillissement van een rechtspersoon. Met het aanzienlijke tekort dat in gemiddelde faillissementen resteert, behoeft dat element maar zelden toelichting.

10. In casu is de stichting echter (en ten tijde van het schrijven van deze noot nog altijd) niet failliet en dus moest het hof daar wel bij stilstaan. Dat valt toch op. Kennelijk hebben de crediteuren het faillissement niet aangevraagd en kennelijk heeft het bestuur ook niet aangedurfd zelf aangifte te doen. Wat heeft hen weerhouden? Mogelijk dachten de crediteuren op deze wijze meer verhaal te hebben. En mogelijk vreesde het bestuur een aansprakelijkstelling voor een aanzienlijk groter bedrag door een curator. De vraag waarom zij twee kostbare procedures in twee instanties voerden blijft daarmee onbeantwoord.

11. De bestuurders hebben naast hun vrije tijd (blijkens de uitspraken) samen ten minste twee ton aan eigen middelen in het festijn gestopt. Is deze uitspraak nu te streng en moet een onbezoldigde bestuurder van een niet-commerciële stichting anders worden behandeld? In de hoofdregel die Beklamel stelt, is daarvoor geen speciale aandacht. Een bestuurder kan wel (persoonlijke) omstandigheden aanvoeren op grond waarvan zijn aansprakelijkheid afgewezen, beperkt of gematigd wordt. Met name de grote som geld die M. reeds ter beschikking had gesteld, wordt daartoe begrijpelijkerwijs aangevoerd. Dat verweer biedt echter minder houvast in een Beklamel-zaak tegen een individuele crediteur dan tegen een curator die optreedt namens de gezamenlijke crediteuren.

12. In het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 491, is ruime aandacht besteed aan de aansprakelijkheid van onbezoldigde bestuurders van niet-commerciële stichtingen. De huidige regeling van art. 2:138/248 BW voor vennootschappen wordt dan verplaatst naar een nieuw art. 2:9c dat de aansprakelijkheid in geval van faillissement van alle rechtspersonen regelt. In art. 2:9c lid 2 slot wordt voorzien dat de regels ter zake omkering van bewijslast niet gelden voor een onbezoldigde bestuurder van een niet-commerciële stichting en de curator ten opzichte van hem dient te bewijzen dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Ik ga voorbij aan de vraag of in casu sprake is van een niet-commerciële stichting (voor zowel ontkenning als bevestiging zijn pleitbare argumenten), maar meen dat het onbezoldigd bestuurderschap wel van belang zou zijn als deze stichting zou failleren. Gelet op de vrees die expliciet geuit is in de parlementaire geschiedenis dat vrijwilligers huiverig zouden kunnen worden om een functie binnen een stichting of vereniging te vervullen, is dat ook gerechtvaardigd. Zoals Harmsen terecht heeft betoogd, creëert de nieuwe regeling in dit opzicht mogelijk meer problemen dan zij oplost (C.M. Harmsen, 'Artikel 2:9c: aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement', *Ondernemingsrecht* 2017/104).

13. In mijn waarneming speelt in zaken betreffende bestuurdersaansprakelijkheid (ook bij commerciële

rechtspersonen) het aspect van de (afwezigheid van) bezoldiging regelmatig een rol. Vergelijkbare overwegingen spelen wanneer vastgesteld wordt dat geen sprake is van “persoonlijk gewin”. De vraag is natuurlijk of het daar bij Beklamel-kwesties om gaat. Ik meen dat dat in beginsel niet het geval is. Zoals hiervoor sub 6 uiteengezet, meen ik dat Beklamel uitsluitend een sanctie stelt op het verkeerd omspringen met een verschil in kennis. Gaat het goed met een bedrijf, dan mag kennisverschil voluit worden uitgebuit, zowel in de mededinging met concurrenten als in onderhandelingen met klanten of leveranciers. Gaat het echter slecht met een onderneming, dan moet ervoor worden gewaakt dat dat niet wordt afgewenteld op partijen die zich van die zorgelijke situatie minder bewust zijn. Het nadeel van die buitenstaander kan door de Beklamel-doctrine worden opgeheven.

14. De vraag of een bestuurder zelf geen voordeel heeft gehad (dan wel omdat hij geen bezoldiging heeft genoten, zoals bij de bestuurder die vrijwilligerswerk verricht bij een niet-commerciële rechtspersoon, dan wel omdat hij geen persoonlijk gewin aan de verweten gedraging heeft overgehouden, zoals bij bestuurders van gefailleerde commerciële rechtspersonen soms aan de orde komt), behoort naar mijn mening geen rol te spelen bij de onrechtmatigheidsvraag, maar slechts bij de vraag of er eventueel aanleiding bestaat voor matiging. Het valt te bezien of de hiervoor bedoelde invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen daarin verandering gaat brengen. Het element van de persoonlijke financiële situatie is daar immers helemaal “naar voren” gehaald: de curator heeft een zwaardere zaak om het kennelijk onbehoorlijk bestuur aan te tonen indien de bestuurder onbezoldigd was. Zou dat niet tot gevolg kunnen hebben dat de rechter minder geneigd zal zijn die onbezoldigdheid ook nog eens mee te wegen bij de matiging, aan het einde van de procedure? Dan zou de arme vrijwilliger in ieder geval weleens slechter af kunnen zijn dan onder het huidige systeem.

mr. Ph.W. Schreurs, advocaat bij Boels Zanders te Eindhoven en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit
