

Ondernemingsrecht

89

Rechtbank Rotterdam
9 augustus 2017, nr. HA ZA 17-87,
ECLI:NL:RBROT:2017:6614
(mr. Bouwman)
Noot mr. W.A. Westenbroek

Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurder stichting. Eerste categorie Ontvanger/Roelofsen. Toepassing Beklamefnorm. Hoge drempel voor aannemen van aansprakelijkheid jegens onbetaald gebleven crediteuren van stichting.

[BW art. 6:162]

De zogenoemde Beklamefnorm is ook van toepassing ingeval geoordeeld dient te worden over de externe persoonlijke aansprakelijkheid van (een) bestuurder(s) van een stichting. Er geldt derhalve een hoge drempel voor het aannemen van aansprakelijkheid van de bestuurder. Voor het kunnen aannemen van aansprakelijkheid is niet voldoende dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de stichting als gevolg van zijn handelen schade zou kunnen lijden. Ingevolge de rechtspraak van de Hoge Raad is vereist dat de bestuurder behoorde te begrijpen dat de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden. Zie HR 5 september 2014, «JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (RCI Financial Services/Kastrop), r.o. 4.2 en 4.3.

Op het moment dat gedaagde sub 2 als bestuurder van Stichting Hulp voor Hulpverleners (hierna: de Stichting) de relevante verbintenissen met het samenwerkingsverband van eiseressen aanging, kon gedaagde sub 2 nog menen, ook al was dat achteraf bezien te optimistisch, dat er uiteindelijk door het ministerie wel enige vorm van subsidie (van voldoende omvang) zou worden verstrekt. Niet onbegrijpelijk is dat de bestuurders van de Stichting, waaronder gedaagde sub 2, vertrouwen hebben menen te kunnen ontlenen aan uitlatingen van de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie.

Hieraan doet niet af dat al in 2015 duidelijk was dat door het ministerie geen subsidie zou worden verleend. Immers, indien de subsidierelatie door het ministerie in enige vorm was voortgezet, zoals in 2015 kennelijk de intentie van de minister was,

had de Stichting daarmee andere – reeds uitgevoerde en bekostigde – activiteiten kunnen bekostigen. Niet onaannemelijk is dat de Stichting in dat geval voldoende middelen vrij had kunnen maken en/of alsnog had kunnen verwerven om ook de gestelde verplichtingen jegens het samenwerkingsverband na te komen.

Dat de Stichting wellicht zou zijn tekortgeschoten in de informatieverstrekking aan het ministerie en/of in het tijdig en voldoende gedocumenteerd formeel aanvragen van subsidie, rechtvaardigt niet de conclusie dat gedaagde sub 2 op het moment dat hij als bestuurder van de Stichting verbintenissen met het samenwerkingsverband aanging al wist of behoorde te begrijpen dat het ministerie over 2016 in het geheel geen subsidie zou verstrekken (en dat door de Stichting evenmin op andere wijze voldoende middelen zouden kunnen worden aangetrokken). Evenmin rechtvaardigt dat eventuele tekortschieten van de Stichting de conclusie dat de bestuurders van de Stichting jegens eiseressen dermate onzorgvuldig hebben gehandeld dat dit kwalificeert als een door hen persoonlijk jegens eiseressen gepleegde onrechtmatige daad die hen in privé verplicht de dientengevolge door eiseressen geleden schade te vergoeden.

Op grond hiervan kan niet worden aangenomen dat gedaagde sub 2 bij het aangaan van de verbintenissen behoorde te begrijpen dat eiseressen als gevolg van zijn handelen schade zouden lijden. De hoge drempel voor het aannemen van aansprakelijkheid in privé van bestuurders naast de door hen vertegenwoordigde stichting is niet overschreden.

1. Organisatie Groep Zuid BV te Geldrop,
 2. Hesseling Beheer BV te Helmond,
- eiseressen,
advocaat mr. G.A. van Meeteren,
tegen
1. gedaagde sub 1,
 2. gedaagde sub 2,
 3. gedaagde sub 3,
- gedaagden,
advocaat mr. H. Lebbing.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. O.G.Z. en Hesseling Beheer participeren in samenwerkingsverband “eRIC”. eRIC staat voor Expo Rampenbestrijding Incidentmanagement & Crisisbeheersing.

2.2. [gedaagde 1], [gedaagde 2] en [gedaagde 3] zijn bestuurders van de Stichting Hulp voor Hulpverleners (hierna: Stichting HvH).

2.3. Op 2, 3 en 4 juni 2016 werd de eRIC 2016 georganiseerd.

2.4. Stichting HvH heeft zich ingeschreven voor deelname aan de eRIC 2016. De daaraan verbonden kosten ad € 2.870,- zouden worden gesponsord door eRIC. Derhalve zou deelname voor Stichting HvH in beginsel kosteloos zijn (productie 1 en 2 bij dagvaarding).

2.5. eRIC vertegenwoordigd door [persoon X] (hierna: [persoon X]) en Stichting HvH vertegenwoordigd door [gedaagde 2] hebben een "Exclusieve overeenkomst Lanyards t.b.v. bezoekersregistratie eRIC 2016" gesloten. Ter zake van deze overeenkomst diende Stichting HvH een bedrag van € 7.000,- exclusief BTW te betalen aan eRIC. De overeenkomst vermeldt in artikel 4 dat Stichting HvH de factuur zal ontvangen medio januari 2016 (productie 3 bij dagvaarding).

2.6. Op 28 januari 2016 heeft eRIC de factuur ad € 8.470,- inclusief BTW aan Stichting HvH verzonden (productie 4 bij dagvaarding). De factuur vermeldt een betalingstermijn van 30 dagen.

2.7. Door "ExpoRIC", vertegenwoordigd door [persoon X] en Stichting HvH, vertegenwoordigd door [gedaagde 2] is een "Overeenkomst eRIC" ondertekend (productie 5 bij dagvaarding). Deze vermeldt:

"In aanmerking nemende dat:

– Op 2, 3 en 4 juni 2016 de beurs eRIC zal plaatsvinden op het vliegveld in Twente georganiseerd door A [ExpoRIC]

– Partij B [Hulp voor Hulpverleners] een bijeenkomst organiseert op vrijdag 3 juni en hiervoor gebruik maakt van de congreszaal en inrichting

– De totale kosten voor inrichting € 22.000,- zijn en deze worden verdeeld over het aantal partijen dat gedurende de beurs gebruik maakt van de congreszaal. Dit is minimaal 1 en zijn maximaal 3 partijen.

– De kosten voor gebouwhuur € 5.500,- per dag zijn.

– De bijgesloten voorwaarden, de achterzijde van het officiële inschrijvingsformulier, van toepassing zijn op deze overeenkomst.

Komen het volgende overeen:

Partij A levert aan Partij B:

Inrichting en gebruik congreszaal zoals genoemd in de bijlage

Partij B levert aan Partij A:

Een deelname tarief voor eenmalige inrichting en huur van € 12.835,-.

Hierbij wordt uitgegaan dat de congreszaal 3 dagen wordt verhuurd.

Wanneer partijen afvallen wordt het deelnametarief resp. € 16.550,- bij deelname gedurende 2 dagen of maximaal € 27.500,- kan worden wanneer de ruimte slechts 1 dag wordt verhuurd."

2.8. Door "ExpoRIC", vertegenwoordigd door [persoon X] en Stichting HvH, vertegenwoordigd door [gedaagde 2] is een tweede "Overeenkomst eRIC" ondertekend (productie 5 bij dagvaarding). Deze is gelijkkluidend aan de eerste, met het verschil dat de woorden "vrijdag 3 juni" zijn doorgehaald en dat de woorden "zaterdag 4 juni" zijn bijgeschreven.

2.9. Op 21 maart 2016 heeft eRIC een factuur ad € 31.060,70 inclusief BTW aan Stichting HvH verzonden (productie 6 bij dagvaarding). De factuur vermeldt een betalingstermijn van 30 dagen. De omschrijving vermeldt dat de factuur inrichting en gebruik van de congreszaal op vrijdag 3 en zaterdag 4 juni 2016 betreft.

2.10. Op 31 mei 2016 heeft [gedaagde 2] aan [persoon X] medegedeeld dat het Ministerie van Veiligheid en Justitie (hierna: het ministerie) toegezegde subsidie niet wilde verlenen als gevolg waarvan de deelname van Stichting HvH niet kon doorgaan.

2.11. Een e-mail van 9 juni 2016 van [gedaagde 2] aan [persoon X] vermeldt:

"Zoals eerder aangegeven wordt dit opgelost. (...) Ik moet je dan ook vragen nog enig geduld te hebben.

[persoon Y] heeft ons telefonisch en per sms laten weten te willen compenseren, maar de ambtenaar [S.] is er nog over aan het onderhandelen. (...)

Ziet er naar uit dat we volgende week wel een overeenkomst kunnen sluiten. Iets later volgt dan de beschikking en weer iets later de daadwerkelijke uitbetaling.

De stichting heeft een verzekering afgesloten voor dit soort situaties. Mocht V&J weer hun toezeggingen gaan intrekken dan kan deze verzekering worden aangesproken. Heb er geen ervaring mee hoe dat dan gaat lopen en wat de doorlooptijden zijn. Wel is ons altijd voorgehouden dat op deze wijze crediteuren schadeloos gesteld.

Ik ga er dan ook volledig vanuit dat dit oplosbaar is, zolang wij de tijd gegund krijgen om het op te lossen."

2.12. Een brief van 7 april 2015 van de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie [persoon Y] aan de Voorzitter van de Tweede Kamer vermeldt onder meer (productie bij brief van 12 juni 2017): “Tijdens de begrotingsbehandeling VenJ van 25 november 2014 is de motie Segers/Dijkhoff aangenomen¹, waarmee de regering wordt verzocht in overleg te treden met de Stichting Hulp voor Hulpverleners (HVH) over het opzetten van een kenniscentrum dat geweld tegen professionele en vrijwillige hulpverleners signaleert en een vraagbaak voor werkgevers en de betrokken hulpverleners kan zijn.

(...)

4. Conclusie

De conclusie die ik naar aanleiding van de uitkomsten van het rondetafelgesprek trek, is dat het plan Landelijk Meldpunt – hoewel het een sympathiek initiatief betreft – onvoldoende toevoegt, draagvlak ontbeert en dat zelfs het risico bestaat dat dit leidt tot versnippering van zorgvoorzieningen voor hulpverleners. Ik heb daarom moeten besluiten geen subsidie te verstrekken aan HVH voor het plan Landelijk Meldpunt.

Graag wil ik benadrukken dat dit besluit geen enkele afbreuk doet aan de verdiensten van HVH. De stichting heeft in de afgelopen jaren, samen met vakorganisaties, brancheorganisaties en met HVH vergelijkbare initiatieven, er zonder enige twijfel aan bijgedragen dat PTSS en psychosociale problematiek onder hulpverleners beter bespreekbaar zijn geworden en steeds minder tot de taboesfeer behoren. De agendazettende rol van onder meer HVH, door mijn voorganger wel een «luis in de pels» genoemd, heeft eraan bijgedragen dat hulpverlenende en noodhulp verrichtende organisaties hun beleid met betrekking tot personeelszorg en veilig en gezond werken sterk hebben verbeterd en dat dit ook voortdurend wordt doorontwikkeld. Het wekt bij mij ook veel vertrouwen dat de deelnemers aan het rondetafeloverleg beseffen dat, ondanks de inzette stijgende lijn, het werk nog niet klaar is en er nog ruimte is voor verbetering. Omdat vertrouwen goed is en controle beter, zal ik de Inspectie vragen om de voortgang van deze activiteiten te monitoren. Ik reken erop dat HVH vanuit haar rol de Inspectie scherp zal houden.

Voorts heb ik grote waardering voor de activiteiten die HVH heeft ondernomen om maatschappelijke waardering en erkenning van hulpverleners te vergroten. Ik denk dan aan het jaarlijkse

awardgala Hulpverlener van het jaar en lotgenotendagen. Dergelijke initiatieven hebben een duidelijke meerwaarde en dragen ook bij aan beroepstrots van hulpverleners en collectieve verwerking. Om die reden heb ik in de afgelopen jaren – waar mogelijk – enkele van deze initiatieven gesteund met een subsidie. Recent heb ik aan HVH onder andere een financiële bijdrage verstrekt voor het organiseren van het ‘Awardgala Hulpverlener van het jaar 2015’ dat op 5 juni zal plaatsvinden. Ik ben bereid deze subsidierelatie in enige vorm voort te zetten, zodat HVH haar heilzame werk kan blijven doen.”

2.13. Op verschillende momenten in 2015 en 2016 hebben contacten plaatsgevonden en is informatie uitgewisseld tussen enerzijds Stichting HvH en anderzijds ambtenaren van het ministerie over subsidieverlening aan Stichting HvH.

2.14. Op 1 juni 2016 heeft Stichting HvH een formele subsidie aanvraag ingediend bij het ministerie. Op 17 juni 2016 is die aanvraag afgewezen (productie 16 bij dagvaarding). Het afwijzingsbesluit vermeldt:

“(…) Eveneens ten overvloede merk ik het volgende op. Ten tijde van onze gesprekken in 2015 is gesproken over een mogelijke meerjarige subsidierelatie. Daarbij is als tijdsindicatie een periode van 3 jaar genoemd. Ten tijde van die gesprekken bood de begroting van mijn ministerie ruimte om, zij het in beperkte mate, projecten zoals de organisatie van ervaringsdagen (nieuwe stijl) te subsidiëren. Dit maakte het ook mogelijk om in 2015 afspraken te maken over evt. (beperkte) subsidiering voor de periode 2016-2018. Een belangrijke voorwaarde hierbij was echter dat u voor die meerjarige periode tijdig een onderbouwd inzicht zou geven in de voorgenomen activiteiten. Alsdan zou het mogelijk zijn geweest al in 2015 een subsidiebesluit te nemen voor de dan voorliggende periode, in ieder geval voor het jaar 2016. Tot op de dag van vandaag echter heeft u geen meerjarig perspectief, als vorenbedoeld, aan mij overgelegd.

Inmiddels zijn ten aanzien van het verstrekken van subsidies binnen mijn departement nadere keuzes gemaakt die maken dat voor een subsidie voor de komende jaren geen ruimte meer aanwezig is. Ook om die reden kan ik uw aanvraag niet honoreren. (...)”

2.15. Bij brief van 13 juli 2016 van hun advocaat hebben O.G.Z. en Hesseling Beheer Stichting HvH in gebreke gesteld (productie 11 bij dagvaarding).

Voorts hebben zij [gedaagde 1], [gedaagde 2] en [gedaagde 3] persoonlijk aansprakelijk gesteld. De brief vermeldt:

“(…) Cliënten stellen zich bovendien op het standpunt dat de afzonderlijke bestuurders van Stichting HvH jegens cliënten hoofdelijk aansprakelijk zijn omdat zij onrechtmatig hebben gehandeld jegens cliënten. De bestuurders hebben namelijk bewerkstelligd of toegelaten dat Stichting HvH haar contractuele verplichtingen niet nakomt. Immers, Stichting HvH heeft overeenkomsten met eRIC gesloten wetende dat er een reële kans bestaat dat de uit hoofde van die overeenkomsten verschuldigde factuurbedragen niet zullen worden voldaan. Zij beschikte te tijde van het sluiten van de overeenkomsten niet over de financiële middelen om de facturen te voldoen en was (kennelijk) afhankelijk van een door het Ministerie nog te verstrekken subsidie. Ondanks die wetenschap is het bestuur namens de Stichting HvH de overeenkomsten aangegaan. Daarvan kan het bestuur, en ieder van de afzonderlijke bestuurders (in privé), een ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt, omdat zij wist(en) of behoorde(n) te begrijpen dat Stichting HvH deze verplichtingen niet na zou kunnen komen en geen verhaal zou bieden voor de ten gevolge van het uitblijven van de nakoming te lijden schade. (...)”

2.16. Op 19 juli 2016 is Stichting HvH in staat van faillissement komen te verkeren.

2.17. Een brief van 28 augustus 2016 van [gedaagde 1] namens Stichting HvH aan mr. Van Meteren vermeldt (productie 13 bij dagvaarding):

“Via de curator, [persoon Z], zijn wij gewezen op uw brief. (...)”

Bij de mondelinge toezegging gebruik te willen maken van het aanbod voor de lanyards, is aangegeven dat de kosten hiervan gedragen zullen moeten worden vanuit een subsidie bij het ministerie van Veiligheid & Justitie en dat het de verwachting was dat de betaling pas plaats zou kunnen vinden in de maand mei. De verbazing was dan ook groot toen er daadwerkelijke een factuur werd gestuurd. Hierover is mondeling meerdere keren gereclameerd. (...)”

Overigens moeten wij nu opmerken dat wij nu constateren dat de kwaliteit van de lanyards zeer te wensen overlaat. De opdruk is niet juist uitgevoerd met hetgeen wij hadden aangegeven, waardoor het logo geheel foutief wordt weergegeven. Dit hebben wij niet eerder geconstateerd, doordat

de levering van de lanyards heeft plaatsgevonden na de vakbeurs en wij er niet eerder aandacht aan hebben besteed.

(...) Op 14 maart is er een overleg geweest over de congressen op het kantoor van O.G.Z. in Geldrop. Tijdens het overleg is duidelijk aangegeven dat de financiering van beide dagen nog erg onzeker was. Voor wat betreft het congres over hulp, opvang en nazorg zou in de laatste week van april het definitieve besluit vallen of deze dag wel of niet door zou gaan. Dit tijdstip is in overleg met de organisatie genomen. Aan het einde van deze bijeenkomst werd een overeenkomst op tafel gelegd welke ondertekend moest worden, waaruit de intentie bleek dat partijen het wenselijk vonden om deze activiteiten te gaan organiseren. Bij het ondertekenen werd geconstateerd dat bedrijfsnamen niet juist stonden en dergelijke, maar op uitdrukkelijk verzoek van de organisatie en met de mededeling dat het zuiver en alleen symbolisch was om de intentie te bekrachtigen is uiteindelijk toch een handtekening gezet.

Het heeft ons wederom zeer verbaasd dat – ondanks de mondelinge toezeggingen en afspraken – er direct een factuur werd verstuurd. Ook hierover is wederom gereclameerd en zijn er diverse, voornamelijk telefonische, gesprekken over gevoerd. Het is dus feitelijk wederom onjuist dat wij de factuur zonder protest zouden hebben behouden.

(...) Het besluit voor het laten vervallen van de tweede dag is dus binnen de overeengekomen tijd met de organisatie medegedeeld, maar heeft tot op heden niet geresulteerd in het ontvangen van een creditnota of nieuwe en juiste factuur.

(...) De mededeling van het ministerie van Veiligheid en Justitie dat de subsidie zou worden afgewezen, kwam voor ons als een gehele verrassing. Naar aanleiding van de motie van de Tweede Kamer in december 2014 is er een gesprek geweest waarbij ons is toegezegd dat wij konden rekenen op een jaarlijkse subsidie van minimaal 72.500 euro.

(...) Overigens willen wij opmerken dat het openlijk en transparant communiceren met de organisatie ook zeer nadelig geweest is voor ons. Direct na het bericht van onze penningmeester aan [persoon X] over de discussie die is ontstaan over het mogelijk niet toekennen van de subsidie door het ministerie, heeft hij bij andere partijen kenbaar gemaakt dat de stichting in staat van faillissement is gesteld.

Met deze partijen waren wij al eerder in gesprek over langdurige sponsoring en hadden het voor-nemen om met deze bedrijven te praten over een mogelijk reddingsplan. Hiertoe hebben wij geen enkele kans gehad door de mededelingen die [persoon X] heeft gedaan.

(...) Zoals eerder aangegeven worden de facturen van O.G.Z. betwist voor een gedeelte. De lanyards waren van ondeugdelijke kwaliteit en zouden niet worden geaccepteerd voor afname als de financiële situatie anders was geweest. De factuur voor de huur van de congreszaal bevat 2 dagen, terwijl duidelijk en tijdig was aangegeven dat er-voor slechts 1 dag afname zou plaatsvinden. Wanneer de financiële situatie anders zou zijn geweest en wij niet in staat van faillissement zou-den verkeren, zou de vordering van uw cliënte dus voor € 15.330,- onbetwist en terecht zijn en niet hetgeen wat u stelt een vordering van € 39.530,-.

(...) Telkens bij het aangaan van de verplichtingen is cliënt erop gewezen wat de situatie was. De overeenkomst van de congreszaal was, tenminste zo werd het door de organisatie O.G.Z. bij het ondertekenen voorgesteld, een intentie. De be-drijfsnaam was [on]juist en de procedure om te ondertekenen kon niet op die manier worden uitgevoerd. Echter om de intentie te bekrachtigen is uiteindelijk het document ondertekend. Dit is toen ook mondeling medegedeeld en toegezegd door de vertegenwoordiger van O.G.Z. in de per-son van [persoon X]. (...)”

3. *Het geschil*

3.1. O.G.Z. c.s. vorderen, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

“1. te verklaren voor recht dat gedaagde sub 1 onrechtmatig jegens eisers heeft gehandeld en hem hoofdelijk, des dat de één betalende de ander zal zijn gekweten, te veroordelen tot betaling aan eisers een bedrag groot € 42.061,94, te vermeerderen met de contractuele rente per 1 oktober 2016, dan wel de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf het moment van verzuim, dan wel een door uw Rechtbank in goede justitie te bepalen rente, zulks tot aan de dag der algehele voldoening van de volledige vordering;

2. te verklaren voor recht dat gedaagde sub 2 onrechtmatig jegens eisers heeft gehandeld en hem hoofdelijk, des dat de één betalende de ander zal zijn gekweten, te veroordelen tot betaling aan eisers een bedrag groot € 42.061,94, te vermeerde-

ren met de contractuele rente per 1 oktober 2016, dan wel de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf het moment van verzuim, dan wel een door uw Rechtbank in goede justitie te bepalen rente, zulks tot aan de dag der algehele voldoening van de volledige vordering;

3. te verklaren voor recht dat gedaagde sub 3 onrechtmatig jegens eisers heeft gehandeld en hem hoofdelijk, des dat de één betalende de ander zal zijn gekweten, te veroordelen tot betaling aan eisers een bedrag groot € 42.061,94, te vermeerderen met de contractuele rente per 1 oktober 2016, dan wel de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf het moment van verzuim, dan wel een door uw Rechtbank in goede justitie te bepalen rente, zulks tot aan de dag der algehele voldoening van de volledige vordering;

4. gedaagden hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan eisers tegen behoorlijk bewijs van kwijting [van] een bedrag van € 1.195,62, zijnde de verschuldigde buitengerechtelijke incassokosten, zulks te vermeerderen met wettelijke rente ex artikel 6:119 BW te berekenen vanaf veertien dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis, zulks tot aan de dag der algehele voldoening;

5. met hoofdelijke veroordeling van gedaagden in de kosten van deze procedure, daaronder begrepen de kosten voor voornoemde advocaat, (des dat de één betalende de ander voor dat bedrag zal zijn gekweten), te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskostenveroordeling vanaf veertien dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis tot aan de dag der algehele voldoe-ning;

6. gedaagden hoofdelijk (des dat de één betalende de ander zal zijn gekweten) te veroordelen indien niet binnen veertien dagen na dagtekening van de aanschrijving tot vrijwillige voldoening aan het vonnis is voldaan, aan eisers te voldoen de nakosten ter hoogte van € 131,- zonder beteke-ning van het vonnis, te verhogen met € 68,- inge-val dit vonnis wel is betekend.”

3.2. [gedaagden] voeren verweer en concluderen tot afwijzing van de vorderingen, met veroorde-ling van O.G.Z. c.s. in de kosten van de procedure, inclusief nakosten, vermeerderd met wettelijke rente.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. O.G.Z. c.s. gronden hun vorderingen op onrechtmatige daad. Daartoe stellen zij – kort weergegeven – het volgende. [gedaagden]. hebben namens Stichting HvH een overeenkomst gesloten met eRIC terwijl zij wisten dat Stichting HvH deze overeenkomst niet kon nakomen. Aan [gedaagden]. kan een ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt. Zij wisten dat Stichting HvH niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Zij hebben als bestuurders bewerkstelligd en/of toegelaten dat Stichting HvH haar financiële verplichtingen niet nakomt.

4.2. De rechtbank zal de vorderingen afwijzen. Daartoe is het volgende redengevend.

4.3. In HR 5 september 2014 («JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (RCI Financial Services/Kastrop); *red.*), ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015, 22 is het volgende overwogen over de externe persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap:

“Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde 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 (vgl. HR 20 juni 2008, («JOR» 2008/260, m.nt. Borrius (Willemssen/NOM); *red.*), ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21).

(...)

Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als zojuist bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Indien de bestuurder

namens de vennootschap 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 aangaan van die verbintenis wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap 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 persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (zie onder meer HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 (Beklamel) en HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen); *red.*), ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/C), geval (i)). In de kern houdt dit zogenoemde “Beklamelcriterium” de eis in dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden.”

4.4. Deze maatstaf is ook van toepassing in het onderhavige geval waarin geoordeeld dient te worden over de externe persoonlijke aansprakelijkheid van (een) bestuurder(s) van een stichting. Er geldt derhalve een hoge drempel voor het aannemen van aansprakelijkheid van de bestuurder. Voor het kunnen aannemen van aansprakelijkheid is niet voldoende dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de stichting als gevolg van zijn handelen schade zou kunnen lijden. Vereist is ingevolge de rechtspraak van de Hoge Raad dat de bestuurder behoorde te begrijpen dat de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden.

4.5. Op het moment dat [gedaagde 2] volgens de stellingen van O.G.Z. c.s. als bestuurder van Stichting HvH de relevante verbintenissen met “eRIC” aanging, bestond er nog geen zekerheid over de vraag of Stichting HvH daadwerkelijk de financiële middelen zou kunnen verwerven die benodigd waren om haar verplichtingen jegens onder andere “eRIC” volledig na te komen. De rechtbank is echter van oordeel dat [gedaagde 2] destijds nog kon menen, ook al was dat achteraf bezien te optimistisch, dat er uiteindelijk door het ministerie wel enige vorm van subsidie (van voldoende omvang) zou worden verstrekt. Niet onbegrijpelijk is dat de bestuurders van Stichting

HvH, waaronder [gedaagde 2], vertrouwen hebben menen te kunnen ontlenen aan uitlatingen van de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie [persoon Y] (zie hiervoor onder 2.12).

4.6. Aan het voorgaande doet niet af dat al in 2015 duidelijk was dat door het ministerie geen subsidie zou worden verleend voor het Awardgala 2016. Immers, indien de subsidierelatie door het ministerie in enige vorm was voortgezet, zoals in 2015 kennelijk de intentie van de minister was, had Stichting HvH daarmee andere – reeds uitgevoerde en bekostigde – activiteiten kunnen bekostigen. Niet onaannemelijk is dat de stichting in dat geval voldoende middelen vrij had kunnen maken en/of alsnog had kunnen verwerven om ook haar door O.G.Z. c.s. gestelde verplichtingen jegens “eRIC” na te komen.

4.7. Aan het voorgaande doet evenmin af dat ambtenaren van het ministerie kennelijk van oordeel zijn dat Stichting HvH is tekortgeschoten in de informatieverstrekking aan het ministerie en/of in het tijdig en voldoende gedocumenteerd formeel aanvragen van subsidie. Dat eventuele tekortschieten van de stichting, wat daar ook van zij, rechtvaardigt immers niet de conclusie dat [gedaagde 2] op het moment dat hij als bestuurder van Stichting HvH verbintenissen met “eRIC” aanging al wist of behoorde te begrijpen dat het ministerie over 2016 in het geheel geen subsidie zou verstrekken (en dat door de stichting evenmin op andere wijze voldoende middelen zouden kunnen worden aangetrokken). Evenmin rechtvaardigt dat eventuele tekortschieten van de stichting de conclusie dat de bestuurders van de stichting jegens O.G.Z. c.s. dermate onzorgvuldig hebben gehandeld dat dit kwalificeert als een door hen persoonlijk jegens O.G.Z. c.s. gepleegde onrechtmatige daad die hen in privé verplicht de dientengevolge door O.G.Z. c.s. geleden schade te vergoeden.

4.8. De rechtbank is derhalve van oordeel dat niet kan worden aangenomen dat [gedaagde 2] bij het aangaan van de verbintenissen behoorde te begrijpen dat O.G.Z. c.s. als gevolg van zijn handelen schade zouden lijden. De hoge drempel voor het aannemen van aansprakelijkheid in privé van bestuurders naast de door hen vertegenwoordigde stichting is niet overschreden. Waar dat geldt voor [gedaagde 2], geldt dat temeer voor [gedaagde 1] en [gedaagde 3]. Immers, uitgaande van de stelling

van O.G.Z. c.s. hebben zij met de totstandkoming van de door O.G.Z. c.s. gestelde verbintenissen niet of nauwelijks bemoeienis gehad.

4.9. Bij deze stand van zaken behoeven de overige door [gedaagden] gevoerde verweren, welke onder meer zien op de totstandkoming en inhoud van de cont(r)acten en de kwaliteit van de door “eRIC” geleverde prestatie met betrekking tot de lanyards (keycards) – zie hiervoor onder 2.17 –, geen behandeling. Derhalve komt de rechtbank ook niet toe aan het opdragen van bewijs ter zake van de in dat kader nog bestaande feitelijke geschilpunten.

4.10. O.G.Z. c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [gedaagden] worden begroot op:
(...; *red.*).

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt O.G.Z. c.s. in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagden] tot op heden begroot op € 2.075,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na de dag waarop dit vonnis is uitgesproken tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt O.G.Z. c.s. in de na dit vonnis ontstane kosten (...; *red.*).

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Deze uitspraak heeft overeenkomsten met zaken die zijn beslecht door Rb. Rotterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4708 (*Stichting World Expo Milaan*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 29 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7516 (*Stichting Exploitatie PWA/B2S Holding*). Ook daarin stond de externe aansprakelijkheid van bestuurders van een stichting centraal. Anders dan in de onderhavige zaak en *Stichting World Expo Milaan* brachten de bestuurders het in *Stichting Exploitatie PWA/B2S Holding* er minder goed van af. Ik kom daar later in deze noot op terug. De onderhavige uitspraak is interessant om verschillende redenen.

2. De eerste reden is dat de rechtbank in r.o. 4.4 overweegt dat de in de rechtspraak ontwikkelde maatstaf voor de beoordeling van aansprakelijkheid van bestuurders van een kapitaalvennootschap jegens schuldeisers/derden (zogenoemde externe bestuurdersaansprakelijkheid) ook geldt voor de beoordeling van aansprakelijkheid van bestuurders van een stichting. Dat lijkt mij juist en volgt ook uit eerdergenoemde rechtspraak (zie ook C.H.C. Overes, 'Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!', *Ondernemingsrecht* 2015/103, par. 5 en de daarin genoemde bronnen. In dit specifieke geval gaat het om de norm uit HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286, m.nt. Ma (*Beklamel*).

3. De tweede reden is dat deze overeenkomstige toepassing op stichtingsbestuurders – met name in deze zaak – laat zien dat een belangrijk in rechtspraak en literatuur gebruikt argument voor het hanteren van de zogenoemde “ernstigverwijtmaatstaf” als “hoge drempel” voor aansprakelijkheid, die in feite niets van doen heeft met voornoemde Beklamel-norm (zie W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam) (IVOR nr. 108), 2017/10.2.5 en 10.2.6) niet opgaat. Ik doel dan op het “maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen”; zie HR 5 september 2014, «JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (*RCI/Kastrop*) waarnaar de rechtbank in r.o. 4.3 ook verwijst. In *RCI/Kastrop* werd op zijn beurt verwezen naar HR 20 juni 2008, «JOR» 2008/260, m.nt. Borrius (*Willemsen/NOM*). In die laatste zaak werd echter niet gesproken van een “maatschappelijk belang” maar van een “belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming” in samenhang met een “zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders bij de gang van zaken binnen de vennootschap”. Er is dan ook terecht kritiek gekomen op de onderbouwing in *RCI/Kastrop* (zie onder meer: W.J.M. van Veen, 'Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht', *WPNR* 2016/7102, p. 265-282, par. 3.2; S.M. Bartman, 'Anders dan het orakel van Delphi', *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723 en Westenbroek 2017, a.w. par. 10.6.2). De onderhavige zaak laat (wederom) zien dat die kritiek terecht is. Immers, welk (maatschappelijk) belang was in deze zaak ermee gediend dat de bestuurders hun handelen niet door (*wenselijke*)

defensievere overwegingen hadden laten bepalen? Anders dan een kapitaalvennootschap heeft een stichting geen aandeelhouders met een zelfgekozen betrokkenheid die belang hebben bij een “offensief” bestuur. Daar kon dus geen belang in zijn gelegen. Een maatschappelijk belang bestond kennelijk ook niet, nu zowel de minister als ambtenaren van het Ministerie van Justitie en Veiligheid die, naar mag worden aangenomen mede het maatschappelijk belang dienen, geen noodzaak zagen de Stichting (tijdig) van subsidies te voorzien. Ik zie geen (maatschappelijk noch een aandeelhouders)belang dat de bestuurders in deze zaak ervan diende te weerhouden zich defensiever op te stellen door eisers bij het aangaan van de betrokken overeenkomsten bijvoorbeeld erop te wijzen dat de nakoming van de overeenkomsten (kennelijk, maar dat blijkt niet zonder meer uit het vonnis) volledig afhankelijk was van de toekenning van voornoemde subsidies.

4. Hiermee kom ik aan bij de volgende reden die de uitspraak interessant maakt. De Beklamel-norm past goed bij de “klassieke” situatie waarin een bestuurder “going concern” in het belang van de bedrijfsvoering een (i) overeenkomst is aangegaan op basis van onzekere maar in zekere mate bedrijfseconomisch te rechtvaardigen toekomstverwachtingen en (ii) de rechtspersoon in “zwaar weer” zat of is komen te verkeren (zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, «JOR» 2015/2, m.nt. Westenbroek en de daarin genoemde bronnen; Th.P.J. Hanssen, 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015, p. 186-198; J.B. Huizink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid bij zwaar weer', *Tvl* 2002, p. 167). Van een bestuurder van een rechtspersoon in “zwaar weer” kan vanzelfsprekend niet per definitie worden verwacht dat hij geen rechtshandelingen meer aangaat met derden. Evenmin geldt dat hij deze derden te allen tijde zou moeten waarschuwen dat de rechtspersoon in zwaar weer zit. Die waarschuwing kan immers tot een “self-fulfilling prophecy” leiden omdat derden terughoudend kunnen zijn met een “insolvente partij” zaken te doen. De vraag wanneer het bestuur mag doorgaan met de bedrijfsvoering om de onderneming te redden en wanneer hij geen nieuwe verplichtingen meer mag aangaan of de

wederpartij moet waarschuwen, is bijzonder casuïstisch en zal van geval tot geval beantwoord moeten worden.

5. Als men moet afgaan op de (in mijn ogen ietwat gebrekkige) feitenomschrijving in deze zaak (waardoor deze noot mogelijk ook gekleurd is, dat voorbehoud maak ik), lijkt het er niet op dat van een hiervoor bedoelde “zwaar weer”-situatie sprake was. De vraag of de in deze zaak aangegane overeenkomsten konden worden nagekomen, was (zo lijkt het) niet afhankelijk van bepaalde in de toekomst gelegen onzekere bedrijfseconomische omstandigheden, maar waren (kennelijk) volledig afhankelijk van onzekere toekomstige financiering (subsidieverlening). Het gaat niet om substantiële bedragen, maar dat is niet relevant. Kennelijk waren de bedragen voor de stichting substantieel genoeg om behoedzaam te zijn. Dat weerhield de bestuurders er niet van om onnodig (een op zichzelf staande bijeenkomst op een beurs) onvoorwaardelijke verplichtingen aan te gaan. Hadden de bestuurders hier niet prudenter moeten zijn? In de hiervoor onder 1 genoemde zaak *Stichting World Expo Milaan* overwoog de rechtbank dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenissen de eiser met een ontbindende voorwaarde erop had gewezen dat nog geen zekerheid bestond over de vraag of de stichting daadwerkelijk de financiële middelen zou kunnen verwerven die benodigd waren om haar verplichtingen jegens eiser na te komen. De bestuurder ging (mede) daarom vrijuit (r.o. 4.5). Uit het vonnis van de rechtbank in de onderhavige zaak blijkt echter niet dat de onzekerheid over financiering op enig moment door gedaagden met eisers is gedeeld, terwijl daarvoor wel alle aanleiding bestond als men uitsluitend afgaat op de feitenomschrijving in het vonnis. Daaruit valt namelijk op te maken dat de stichting ten tijde van het aangaan van de verbintenissen met eisers en het opeisbaar worden daarvan nog niet eens een formele subsidieaanvraag had ingediend (r.o. 2.6, 2.9, 2.10 en 2.14). Zelfs als de aangevraagde subsidie op enig moment zou zijn toegelaten, hetgeen niet is gebeurd, zou die toekenning ook te laat zijn geweest om binnen redelijke termijn aan de betalingsverplichtingen jegens eisers te voldoen.

6. Wat houdt de *Beklamel*-norm ook weer precies in? De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.2 letterlijk: “dat het gaat om de vraag of Klaas bij het

aangaan van de overeenkomst als directeur van *Beklamel* wist, of er niet aan behoefde te twijfelen, dat *Beklamel* niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die *Stimulan* ten gevolge van die wanprestatie zou lijden”. In latere rechtspraak heeft de Hoge Raad steevast naar dit criterium verwezen. Sinds HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*) heeft de Hoge Raad echter een “ernstig verwijt”-jasje om dit criterium gedaan, dat blijkens *RCI/Kastrop* een “hoge drempel” voor aansprakelijkheid zou moeten inhouden. Dit jasje en deze onderbouwing kunnen (lagere) rechters aanleiding geven de bestuurder meer “bescherming” te geven dan wettelijk bedoeld en maatschappelijk wenselijk is. Dat blijkt ook in de onderhavige zaak. De rechtbank maakt het in r.o. 4.4 en r.o. 4.5 de bestuurders namelijk wel erg gemakkelijk waar het overweegt dat de bestuurders, “ook al was dat achteraf bezien te optimistisch”, bij het aangaan van de verbintenissen konden menen dat er uiteindelijk door het ministerie wel enige vorm van subsidie zou worden verstrekt gelet op eerdere uitlatingen van de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie. Hoewel deze overweging op het eerste gezicht lijkt te getuigen van een juiste onderkenning van het gevaar van hindsight bias (zo wordt het door Van den Sigtenhorst opgevat in zijn noot in RI 2017/109), trekt de rechtbank dit wel erg ver door. Het was namelijk niet alleen achteraf bezien te optimistisch, maar al op het moment zelf. De uitlatingen van de minister waren immers bepaald niet concreet, laat staan afdwingbaar. Bovendien blijkt uit de feitenomschrijving dat de bestuurders wisten dat (niettegenstaande het signaal van de minister) een belangrijke voorwaarde voor het verkrijgen van een subsidie in 2016 was dat de stichting tijdig en onderbouwd inzicht aan het ministerie zou geven in de voorgenomen activiteiten, zodat in 2015 een subsidiebesluit genomen zou kunnen worden voor het jaar 2016. Aan die voorwaarde had de stichting niet voldaan (r.o. 2.14). Integendeel, de stichting had eerst een dag voor de aanvang van de beurs een subsidieaanvraag ingediend. Dit is rijkelijk laat. In de hiervoor onder 1 genoemde zaak *Stichting Exploitatie PWA/B2S Holding* hadden de bestuurders verzuimd tijdig te voldoen aan de voorwaarden van een vergunning, als gevolg

waarvan deze vergunning werd ingetrokken en een dance-event geen doorgang kon vinden. De organisator leed hierdoor schade en het hof achtte de bestuurders daarvoor aansprakelijk. Ik zie wel enige parallel met deze zaak. Ook in de onderhavige zaak hadden de bestuurders kunnen inzien dat (i) het aangaan van verplichtingen zonder aanwezigheid van financiële middelen en (ii) het niet tijdig voldoen aan voorwaarden om überhaupt kans te maken op die financiële middelen, tot niet-nakoming en tot schade bij de contractspartij van de stichting zou leiden.

7. In dit verband heb ik ook mijn twijfels over de nadruk die de rechtbank in r.o. 4.4 legt op het feit dat voor het aannemen van aansprakelijkheid volgens de *Beklamel*-norm onvoldoende is dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis behoorde te begrijpen dat de schuldeiser schade *zou kunnen* lijden en dat vereist is dat hij behoorde te begrijpen dat de schuldeiser schade *zou* lijden. Dat is in mijn ogen in deze zaak een te simpele en te strikte benadering die geen recht doet aan de bewaarnemersrol van de bestuurder (vgl. Westenbroek 2017, a.w. par. 10.8 en W.A. Westenbroek, 'De waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht', *MvO* 2018, afl. 3-4). Ten eerste betrof het in deze zaak namelijk verbintenissen tot betaling van opeisbare geldsommen. Het stond, gelet op de feitenomschrijving en het daarin verwoorde tijds kader, buiten kijf dat de bestuurders wisten dat daar niet "*binnen een redelijke termijn*" (vgl. de *Beklamel*-norm) aan zou worden voldaan en dús (want het betrof betaling van een geldsom) dat geen verhaal zou bestaan (ervan uitgaande dat de Stichting overigens geen activa had die voor verhaal dienden). Dat hadden zij bij het aangaan van de verbintenissen aan eisers kunnen en moeten melden. Eisers hadden dan een eigen afweging kunnen maken of zij de betrokken overeenkomsten met de stichting wilden aangaan (of bijvoorbeeld met een andere partij in zee wilden gaan). Ten tweede wordt met de benadering van de rechtbank iedere onzekerheid over het verkrijgen van de voor betreffende verbintenissen *noodzakelijke* toekomstige financiering afgewend op de contractspartijen van de rechtspersoon, terwijl die contractspartijen niet bekend zijn met deze onzekerheid. Dat is niet redelijk (vgl. A. Karapetian, 'RCI Financial Services/Kastrop & mededelingsplichten van de

bestuurder van een vennootschap: hoe het strafrecht ons een handje helpt', *Tvl* 2015/51, par. 4, die terecht betoogt dat het blootstellen van de wederpartij van de rechtspersoon aan een aanmerkelijk groter risico dan waar deze op bedacht hoefde te zijn, ook als schade is aan te merken). Zou het criterium in stand blijven, dan zou dat een onwenselijke vrijbrief inhouden voor bestuurders van rechtspersonen om onvoorwaardelijke en op zichzelf staande financiële (huur)verplichtingen namens de rechtspersoon aan te gaan, gebaseerd op uitsluitend hoopvolle verwachtingen over niet afdwingbare toezeggingen van banken, overige financiers en/of subsidieverstrekkers. Dat is wat anders dan het "going-concern" aangaan van overeenkomsten op basis van (altijd) onzekere maar in zekere mate bedrijfseconomisch te rechtvaardigen toekomstverwachtingen die door "zwaar weer" helaas anders uitpakken. Daarbij komt dat het civiele recht voorziet in voldoende mogelijkheden om concrete afspraken te maken over dit soort zekere financiële onzekerheden (bijvoorbeeld met een financieringsvoorbehoud en opschortende of ontbindende voorwaarden) zoals de bestuurder in de zaak *Stichting World Expo Milaan* had gedaan.

8. In mijn ogen onderstreept deze uitspraak opnieuw het belang dat de rechterlijke macht zich bij de beoordeling van externe bestuurdersaansprakelijkheid niet moet laten leiden door een door de Hoge Raad geformuleerde "hoge drempel" van de ernstigverwijtmaatstaf dat in een te gesloten toetsingsmodel is gegoten om het casuïstische karakter van bestuurdersaansprakelijkheidszaken te beoordelen. Getoetst moet blijven worden aan de meer algemeen geformuleerde norm van art. 6:162 BW (Westenbroek 2017, a.w. par. 10.2.6, 10.9 en 10.10). Dat vergt een toets die van geval tot geval anders is. Is het maatschappelijk betamelijk om onvoorwaardelijke financiële verplichtingen met derden aan te gaan en deze derden in onwetendheid te laten over het feit dat de rechtspersoon deze misschien niet kan nakomen terwijl die nakoming volledig afhankelijk is van al dan niet te verkrijgen financiering? Als men dat vindt, vormt dat een uitnodiging voor een zeer risicovol ondernemingsbeleid waarvan men zich moet afvragen of de samenleving daarmee is gebaat. Ik

heb begrepen dat in deze zaak hoger beroep is ingesteld. Het laatste woord is er dus nog niet over gezegd.

9. Tot slot nog kort iets over de laatste reden die de uitspraak interessant maakt, namelijk hetgeen in r.o. 4.8 is overwogen. In HR 17 februari 2017, «JOR» 2017/121, m.nt. Leijten (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij externe bestuurdersaansprakelijkheid van tweedegraadsbestuurders een derde kan volstaan met aan te tonen dat de rechtspersoon-bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld, waarna alle tweedegraadsbestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk zijn, tenzij zij kunnen aantonen dat hun géén ernstig verwijt treft. Er is hiermee een normatief niet te verklaren processueel onderscheid gemaakt tussen de verdeling van stelplicht en bewijslast bij aansprakelijkheid van eerstegraadsbestuurders respectievelijk tweedegraadsbestuurders (zie ook C.E.J.M. Hanegraaf, *Art. 2.11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid* (diss. Leiden) (IVOR nr. 106), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 217). Ik heb betoogd dat de verdeling van stelplicht en bewijslast zoals toegepast in *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters* ook zou moeten gelden bij de beoordeling van aansprakelijkheid van eerstegraadsbestuurders omdat de ratio die de Hoge Raad aan die verdeling ten grondslag heeft gelegd, bij die beoordeling net zo goed opgaat (Westenbroek 2017, a.w. par. 11.5.5). Of deze lijn door het hof in hoger beroep in deze zaak gevolgd zal worden, zal de toekomst uitwijzen.

W.A. Westenbroek,
advocaat bij Westlegal te Amsterdam

90

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
2 januari 2018, nr. 200.186.247,
ECLI:NL:GHARL:2018:50
(mr. Ter Veer, mr. Croes, mr. Van Dijk)
Noot mr. C.J. Scholten

Bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement. Overdracht van bestuur. Onvoldoende onderzoek naar antecedenten opvolgend bestuurder en ontbreken van overleg. Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Malversaties opvolgend bestuurder vormen belangrijke oorzaak van faillissement. Erkenning onzorgvuldig handelen leidt tot aansprakelijkheid van voormalig (indirect) bestuurder. Geen grondslag voor matiging van schadevergoeding. Verwijzing naar HR 8 juni 2001, «JOR» 2001/171 (Panmo).

[BW art. 2:248]

Aan de orde is de vraag of appellant op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk is, met name doordat hij het bestuur van zijn bedrijf heeft overgedragen aan bepaalde (rechts)personen zonder voldoende diepgravend onderzoek te doen naar de integriteit, financiële achtergrond en kennis van zaken van die (rechts)personen.

Als (indirect) bestuurder had van appellant verwacht mogen worden dat hij bij de overdracht van het bestuur van de onderneming voldoende onderzoek zou verrichten naar de (rechts)personen aan wie hij het bedrijf, al dan niet tijdelijk, wilde overdragen. Begrijpelijk is dat appellant zich hierbij wilde laten adviseren, maar hij heeft daarbij niet gehandeld als een redelijk denkend bestuurder door een adviesbureau in te schakelen en af te gaan op de adviezen van de (indirect) bestuurders daarvan, zonder goed onderzoek te doen naar de achtergronden van deze onderneming en deze personen.

Met name kan appellant ook worden verweten dat hij geen overleg heeft gevoerd met de meerderheidsaandeelhouder van de vennootschap, zijn accountant en/of de Rabobank, als belangrijke financier van het bedrijf.

De conclusie luidt dan ook dat appellant zijn taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld door overhaast en zonder voldoende onderzoek en overleg het bestuur over te dragen aan de opvolgend bestuurder. Appellant heeft erkend dat de opvolgend bestuurder door deze bestuursover-