

Hoge Raad handhaaft standpunt over externe persoonlijke bestuurdersaansprakelijkheid

Bb 2018/55

In deze uitspraak bespreekt de auteur het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:470 (Eisers/TMF c.s.) over externe persoonlijke bestuurdersaansprakelijkheid.

Kern

In deze uitspraak maakt de Hoge Raad nadrukkelijk onderscheid tussen interne bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW (in beginsel collectief) en externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW (persoonlijk). De Hoge Raad bevestigt dat het beginsel van collectieve aansprakelijkheid niet geldt voor aansprakelijkheid ten opzichte van derden. Ook maakt de Hoge Raad duidelijk dat wanneer een vennootschap wettelijke voorschriften ter bescherming van het beleggend publiek heeft overtreden en daarvoor door derden aansprakelijk is gehouden, voor aansprakelijkheid van de bestuurders van die vennootschap nog steeds een persoonlijk ernstig verwijt vereist is. In deze bijdrage beperk ik mij tot een bespreking van deze onderwerpen.

Feiten

Kort de casus. In de nasleep van een misgelopen vastgoedproject in de Dominicaanse Republiek zijn partijen inmiddels voor de tweede keer bij de Hoge Raad beland. Eisers hadden in het project geïnvesteerd door appartementsrechten en aandelen in enkele projectvennootschappen te kopen. Toen het project uiteindelijk niet doorging, bleken de appartementsrechten en aandelen van eisers waardeloos. Initiatiefnemer van het project was de heer Pot. Als (indirect) aandeelhouder had hij de zeggenschap over de projectvennootschappen, waarvan hij en/of trustmaatschappij TMF Management (BVI) Ltd. en TMF Nederland B.V. bestuurder waren. In 2008 zijn Pot en enkele projectvennootschappen door het Hof Amsterdam hoofdelijk veroordeeld tot vergoeding van de door eisers geleden schade. Ten aanzien van de betrokken TMF-entiteiten (hierna gezamenlijk TMF Management) wees het hof de vordering af. Kennelijk is het eisers niet gelukt om hun schade (volledig) op de heer Pot en diens vennootschappen te verhalen. Na cassatie door de Hoge Raad wees ook het Hof Den Bosch de vorderingen tegen drie betrokken TMF-entiteiten echter af, waarna eisers de zaak opnieuw aan de Hoge Raad voorleggen.

1. Externe bestuurdersaansprakelijkheid – maatstaf

Eisers spreken TMF Management aan in haar hoedanigheid van (mede)bestuurder van de verschillende project-

vennootschappen. Zij stellen dat alle bestuurders in beginsel – naast de vennootschap – persoonlijk aansprakelijk zijn nu de vennootschap financieelrechtelijke voorschriften ter bescherming van het beleggend publiek heeft overtreden. De overtreden voorschriften betreffen de prospectusplicht uit art. 3 Wte (Wet toezicht effectenverkeer 1995, nu art. 5:2 Wft, Wet op het financieel toezicht) en de vergunningplicht uit art. 7 Wte (nu art. 2:96 Wft). Eisers verwijten TMF Management nalatigheid in de uitvoering van haar taak als bestuurder van die vennootschappen door niet op te treden tegen onrechtmatig handelen van haar medebestuurder, de heer Pot. Volgens eisers moet het beginsel van collectieve aansprakelijkheid, zoals toegepast in het kader van interne bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, ook worden toegepast op externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW.

Voor aansprakelijkheid ten opzichte van derden (meestal onbetaald gebleven crediteuren) is voor iedere bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt vereist. De ratio van deze eis vat de Hoge Raad citerend uit zijn arresten HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628 (*Hezemans/Air*) en HR 5 september 2014, NJ 2015/22 (*RCl*) als volgt samen:

“Als een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor de 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 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. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is bovendien afhankelijk van de aard, ernst en frequentie van de normschending en de overige omstandigheden van het geval, zoals de mate van schuld van de bestuurder.”

Daar voegt de Hoge Raad aan toe dat ook bij de toetsing van handelen of nalaten van trustbestuurders de ernstig verwijtmaatstaf moet worden aangelegd (HR 8 juli 2011, NJ 2011/477 (*Intertrust/Ontvanger*)).

¹ Mr. H.J. de Kraker is advocaat bij Damen & De Koning Advocaten in Amsterdam.

Of en wanneer dan sprake is van een ernstig verwijt wordt beoordeeld aan de hand van de zogenoemde *Ontvanger/Roelofsen*-maatstaf (HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659). In dit standaardarrest worden twee in de rechtspraak geregeld aan de orde komende categorieën van bestuurdersaansprakelijkheid omschreven, namelijk (i) de situatie waarbij de bestuurder een verbintenis aangaat terwijl hij wist of behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet kon nakomen en evenmin verhaal zou bieden; en (ii) verhaalsfrustratie, waarbij de bestuurder bewerkstelligt of toelaat dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor schade.

Deze casus betreft een geval als bedoeld onder (ii). Daarbij kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.

2. Geen collectief bestuur bij externe bestuurdersaansprakelijkheid

Naast aansprakelijkheid ten opzichte van derden (externe aansprakelijkheid), kan ook sprake zijn van aansprakelijkheid van bestuurders ten opzichte van de vennootschap (interne aansprakelijkheid). Ook hier is aansprakelijkheid pas aan de orde bij een onmiskenbare, duidelijke tekortkoming. Er moet sprake zijn van een ernstig verwijt aan de betrokken bestuurder (HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (*Staleman/Van der Ven*)). Eigenlijk is het andersom, de ernstig verwijtmaatstaf, geformuleerd in het kader van art. 2:9 BW, kleurt bij een onrechtmatige daad door een bestuurder in de uitoefening van zijn taak de toerekeningsmaatstaf in. Het verschil tussen de normen voor interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid is zo steeds kleiner geworden (zie ook HR 2 maart 2007, *NJ* 2007/240 (*Nutsbedrijf Westland*) en HR 20 juni 2008, *JOR* 2008/260 (*Willemsen/NOM*)).

Op grond van art. 2:9 BW is iedere bestuurder gehouden tot een behoorlijke invulling van zijn taak. Voor de invulling van de bestuurstaak zijn de bestuurders gezamenlijk verantwoordelijk. Dit principe van collectief bestuur brengt mee dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade als gevolg van onbehoorlijke taakuitvoering (ook als daarvan aan slechts aan één bestuurder een ernstig verwijt gemaakt kan worden). In dat geval kunnen de overige bestuurders zich disculperen door aan te tonen dat hen mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt treft en zij niet nalatig zijn geweest in het

treffen van maatregelen om de gevolgen van de tekortkoming af te wenden. In dat verband is de binnen het bestuur gehanteerde taakverdeling relevant. Daarbij geldt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken, waaronder in ieder geval de financiële gang van zaken valt.

Eisers stellen dat het beginsel van collectieve aansprakelijkheid en de invloed van taakverdelingen in dat verband, zoals toegepast in het kader van interne bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, eveneens moet worden toegepast op externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. Een bestuurder draagt medeverantwoordelijkheid voor alle bestuurstaken die niet aan één of meer andere bestuurders zijn toebedeeld, aldus eisers. Nu het onbehoorlijk bestuur van de heer Pot al vaststaat, zou daarmee ook de aansprakelijkheid van medebestuurder TMF Management gegeven zijn. De eis dat een bestuurder pas aansprakelijk is als hem *persoonlijk* een ernstig verwijt kan worden gemaakt zou dan komen te vervallen. Daarmee borduurt dit betoog voort op een discussie in de juridische literatuur over de wenselijkheid en toepasbaarheid van de ernstig verwijtmaatstaf (o.a. naar aanleiding van HR 23 november 2012, *NJ* 2013/302 (*Spaanse Villa*), zie met name W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017).

De Hoge Raad gaat daar echter niet in mee en bevestigt met deze uitspraak de vaste lijn in de jurisprudentie. Hij benadrukt het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt dat de bestuurder moet kunnen worden gemaakt. Daaruit volgt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid ten opzichte van derden voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij onrechtmatig heeft gehandeld, en dat dit handelen (of nalaten) aan hem kan worden toegerekend. Externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW betreft dus een individuele aansprakelijkheid (zie ook B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer (2013), Deel 1, p. 1101, onder (d)). Enige uitzondering hierop vormt de toepassing van art. 2:11 BW bij rechtspersoon-bestuurders (HR 17 februari 2017, *JOR* 2017/121 (*Kampschöer/Le Roux*), waarover J. Muller, 'Kampschöer/Le Roux en de doorgetrokken aansprakelijkheid', *Bb* 2018/4).

3. Ook bij schending van wettelijke voorschriften door vennootschap is voor aansprakelijkheid van de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt vereist

Het persoonlijke karakter van het ernstig verwijt-criterium staat er ook aan in de weg dat bij overtreding van wettelijke voorschriften door de vennootschap in beginsel sprake is van aansprakelijkheid van bestuurders ten opzichte van derden. De A-G spreekt in dit verband van een vermoeden van aansprakelijkheid. Volgens eisers is een dergelijk vermoeden van aansprakelijkheid aan de orde omdat financiële voorschriften ter bescherming van het beleggend publiek zijn overtreden.

De Hoge Raad oordeelt dat ook als een vennootschap wettelijke voorschriften (ter bescherming van het beleggend publiek) schendt, voor aansprakelijkheid van de bestuurders tegenover derden een persoonlijk ernstig verwijt vereist is. Steeds zal moeten worden bekeken of de bestuurder in kwestie een ernstig verwijt treft ten aanzien van het overtreden van regelgeving door de vennootschap. Overigens kan het zonder vergunning verrichten van een vergunningplichtige activiteit onder omstandigheden wel tot aansprakelijkheid van bestuurders leiden, wanneer dat een voorzienbaar risico van schade mee zou brengen (zie o.a. T.M.C. Arons en D. Busch, 'Bestuurdersaansprakelijkheid bij schending van financieelrechtelijke toezichtregels', *WPNR* 2016/7125 waar verwezen wordt naar Rb. Zeeland-West-Brabant 1 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ8906).

In zijn conclusie hanteert de A-G de 'objectieve wetenschap-maatstaf' als vuistregel: was voor de bestuurder voorzienbaar (of had het moeten zijn) dat zijn handelen of nalaten tot benadeling van crediteuren van de vennootschap zou leiden? Als daar niet van blijkt, is moeilijk voorstelbaar dat de bestuurder een ernstig verwijt treft. De stelling van eisers zou betekenen dat een bestuurder van een Wft-plichtige onderneming wordt vermoed persoonlijk aansprakelijk te zijn voor een wetsovertreding door die onderneming, ook als de bestuurder niet wist of redelijkerwijs had moeten weten dat de onderneming als gevolg van die wetsschending haar verplichtingen jegens crediteuren niet zou kunnen nakomen.

Een vermoeden van aansprakelijkheid wordt in de interne verhouding rechtspersoon-bestuurder wel gehanteerd wanneer de bestuurder in strijd handelt met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen (bijvoorbeeld een verplichting tot goedkeuring door de RvC voor bepaalde rechtshandelingen). Het is vaste rechtspraak dat een ernstig verwijt dan in beginsel wordt aangenomen (HR 29 november 2002, *NJ* 2003/455 (*Berghuizer Papierfabriek*)). Dat betreft echter handelen door de bestuurder zelf en niet door de vennootschap en heeft bovendien betrekking op de interne relatie bestuurder-vennootschap.

De door eisers verdedigde stelling doet denken aan het vonnis van de rechtbank Utrecht inzake Fortis, waarin aansprakelijkheid werd aangenomen van twee voormalige Fortis-bestuurders (Rechtbank Utrecht 15 februari 2012, *JOR* 2012/243, zie voetnoot 30 van de conclusie van de A-G voor een – kritisch – literatuuroverzicht n.a.v. deze uitspraak). In tegenstelling tot die zaak stond in dit geval echter niet vast dat TMF Management wist of had moeten weten dat wettelijke voorschriften werden overtreden (en evenmin dat eisers hierdoor schade zouden lijden). Van belang is ook tot wie de overtreden norm is gericht en tot bescherming van wiens belangen de norm strekt. In de *Fortis*-zaak ging het om een tot een ieder gericht voorschrift uit de Wft, terwijl de wettelijke voorschriften in dit geval (art. 3 en 7 Wte) alleen tot aanbieders van effecten zijn gericht.

Tot slot klagen eisers dat sprake is van ernstig verwijtbaar nalaten van TMF Management. Zij heeft er immers niet op toegezien dat de vennootschappen waarvan zij (mede)bestuurder was, de toepasselijke Nederlandse regelgeving

naleefden. De Hoge Raad bevestigt met zoveel woorden dat het houden van onvoldoende toezicht op de uitoefening van een taak door een medebestuurder onder omstandigheden persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder kan meebrengen. Ook hieraan staat in dit geval echter in de weg dat niet gebleken is dat TMF Management wist of redelijkerwijs had moeten dat haar medebestuurder, de heer Pot, in strijd met Nederlandse regelgeving handelde en dat eisers daardoor schade zouden lijden. Daarbij speelt de hoedanigheid van TMF Management als trustkantoor gevestigd op de British Virgin Islands een rol, evenals het feit dat zij met name was benoemd vanwege haar administratieve services. Daarmee komt de beperkte bestuurstaak van TMF Management alsnog aan de orde. In dit geval als relevante omstandigheid bij de beoordeling of sprake is van een ernstig verwijt, in plaats van bij een door de bestuurder te voeren taakverdelingsverweer ter disculpatie van dat verwijt. Die beoordeling pakt voor TMF Management bepaald niet ongunstig uit.