

(Geen) aansprakelijkheid bij onjuiste gegevensverschaffing bij zekerheidsverlening

Een rol voor ‘dwalingsaansprakelijkheid’ na HR 5 augustus 2014,
ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 (RCI/X)?

*Mr. M. L. Tuil**

1 Inleiding

Als partijen met elkaar in onderhandeling zijn over een te sluiten overeenkomst, dan komen zij tot elkaar te staan ‘in een bijzondere door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, medebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij’.¹ Uit deze rechtsverhouding vloeit voort dat partijen tegenover elkaar een verplichting hebben om te voorkomen dat een van beide partijen de overeenkomst onder invloed van dwaling sluit. Daarom hebben partijen een onderzoeksplicht en een mededelingsplicht. Als uitgangspunt geldt daarbij dat de mededelingsplicht voor de onderzoeksplicht gaat. Een partij heeft in beginsel de verplichting om zelfstandig en vrijwillig die informatie te verschaffen waarvan hij redelijkerwijze moet aannemen dat deze voor de wederpartij van essentieel belang is. Deze verplichting geldt evenzeer als een van de onderhandelende partijen een rechtspersoon is. In dat geval kan wel de vraag worden gesteld of de bestuurder van die vennootschap persoonlijk aansprakelijk is als de vennootschap de mededelingsplicht schendt.

Onlangs is door de Hoge Raad het arrest RCI/X² geweest. Ik gebruik dit arrest als startpunt voor de beantwoording van vorenstaande vraag. In dit arrest ging het om de casus waarin een vennootschap zich tegenover een financier had verplicht tot het verstrekken van eersterangs zekerheden, terwijl uiteindelijk slechts tweederangs zekerheden werden gevestigd. Dit had tot gevolg dat, toen de vennootschap failliede, de financier geen verhaal had. De Hoge Raad sanctioneerde het oordeel van het hof dat de bestuurder in een dergelijk geval niet persoonlijk aansprakelijk is op grond van het gegeven dat de bestuurder wist, althans behoorde te weten, dat de vennoot-

schap de verplichting tot het vestigen van eersterangs zekerheden niet kon nakomen. Voor bestuurdersaansprakelijkheid is, aldus hof en Hoge Raad, in een dergelijk geval tevens noodzakelijk dat de bestuurder bij het sluiten van de overeenkomst wist, althans behoorde te weten, dat de financier schade zou lijden, hetgeen in casu niet gebleken was.

Deze casus vormt een goed uitgangspunt voor de beantwoording van mijn onderzoeksvraag, nu het hebben van zekerheden voor een financier doorgaans van essentieel belang is. Een financier die van een vennootschap onjuiste informatie verkrijgt over de zekerheidspositie en op basis van deze informatie een overeenkomst sluit, zal doorgaans met succes een beroep op dwaling kunnen doen als blijkt dat de zekerheidspositie van de financier aanmerkelijk slechter is dan hij had gedacht. Een dergelijk beroep op dwaling mag de financier echter niet baten als de vennootschap reeds gefailleerd is. Het is daarom interessant om te onderzoeken of de wederpartij van een vennootschap in een dergelijk geval de bestuurder kan aanspreken als deze heeft bewerkstelligd of toegestaan dat de vennootschap de op de vennootschap rustende mededelingsplicht heeft geschonden. Ik zal deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid ‘dwalingsaansprakelijkheid’ noemen.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Allereerst bespreek ik de uitspraak van de Hoge Raad in het arrest RCI/X (par. 2). Vervolgens plaats ik deze uitspraak binnen het kader van de rechtspraak van bestuurdersaansprakelijkheid en constateer ik dat deze uitspraak voor een financier een slecht werkbaar uitkomst heeft (par. 3). Vandaar dat ik onderzoek of er ruimte is voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van het verschaffen van onjuiste, althans onvolledige informatie door de vennootschap (par. 4). Ik eindig met een conclusie (par. 5).

* Mr. M.L. Tuil is universitair docent aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

1. HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp).

2. HR 5 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (RCI/X).

2 De uitspraak

2.1 Casus

In deze zaak gaat het om bestuurders (hierna: de bestuurder) van een groep van vennootschappen (hierna: de vennootschappen) die onder andere een aantal Nissan- en Renault-dealers exploiteerde. Tussen deze vennootschappen en de ABN AMRO Bank (hierna: de bank) zijn op verschillende momenten tussen 1999 en 2005 kredietovereenkomsten gesloten. Voor de kredieten hebben de vennootschappen pandrechten gevestigd ten behoeve van de bank. De contracten en de (stam)pandakten zijn getekend door de bestuurders. In deze pandakten wordt onder meer een pandrecht van eerste rang gevestigd op de voorraad van de dealers.

In 2004 en 2006 zijn de vennootschappen mantelovereenkomsten aangegaan met RCI Financial Services (hierna: RCI). RCI verzorgt onder meer de financiering ten behoeve van de wederverkoop van Renault- en Nissan-voertuigen op 'klein-handelsniveau'. RCI maakt onderdeel uit van de Renault groep. In de mantelovereenkomsten verplichten de vennootschappen zichzelf om zekerheid te geven op onder meer voorraad en vorderingen. De overeenkomsten worden getekend door de bestuurder. Daarbij verklaren de vennootschappen dat zij bevoegd zijn deze zekerheid te verschaffen en dat de te verpanden goederen niet belast zijn met andere beperkte rechten. Bovendien verplichten de vennootschappen zich om een, volgens een door RCI verstrekt concept, verklaring te verstrekken van de huisbankier van de vennootschappen, in welke verklaring deze bankier afstand doet van de hem verleende beperkte rechten, voor zover deze botsten met de zekerheidsrechten die de vennootschappen krachtens deze mantelovereenkomst verstrekt dan wel dient te verstrekken aan RCI. Deze verklaring wordt evenwel nooit overgelegd.

In 2007 zeggen zowel de bank als RCI de kredietrelatie op. Ook Renault en Nissan beëindigen de dealerrelaties met de vennootschappen. Op dat moment waren de vennootschappen ruim zes miljoen euro verschuldigd aan RCI. Als RCI het pandrecht op de door haar gefinancierde auto's wil uitwinnen, blijkt dat de bank ook een pandrecht op de auto's heeft en dat dit pandrecht hoger in rang is doordat het eerder bij voorbaat is gevestigd. Als gevolg hiervan komt de opbrengst van de auto's voor een groot deel toe aan de bank en niet aan RCI.

Het moge duidelijk zijn dat deze uitkomst voor RCI onbevredigend is, des te meer omdat zij expliciet een eerste pandrecht had bedongen. Bovendien zijn de contracten en pandakten ten behoeve van de bank getekend door dezelfde bestuurder als die de contracten en de pandakten ten behoeve van RCI tekende. RCI begint dan ook een actie op grond van onrechtmatige daad tegen de bestuurder.

2.2 Rechtbank en hof

Voor zover in cassatie van belang legt RCI aan haar vordering tegen de bestuurder ten grondslag dat de vennootschappen

zich jegens RCI hadden verbonden een pandrecht eerste in rang te verstrekken, maar dat een pandrecht van lagere rang is verstrekt. Daarbij gaat RCI voor het anker van de Beklame-norm liggen. Deze norm houdt in dat bestuurdersaansprakelijkheid kan ontstaan in het geval de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan en de vordering van de schuldeiser onbetaald blijft en onverhaalbaar blijkt. Daarvoor is noodzakelijk dat de bestuurder 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.³

In deze casus vult RCI deze norm in door te stellen dat de bestuurder op het moment dat de vennootschappen overeenkwamen het eerste pandrecht te vestigen, wist, althans behoorde te weten, dat de vennootschappen in de nakoming van deze verbintenis tekort zouden schieten. De bestuurder verweert zich onder andere met de stelling dat hij niet begreep dat het pandrecht van de bank ook de auto's zou omvatten die door RCI werden gefinancierd.

Het hof gaat er bij zijn oordeel van uit dat de vennootschappen door het niet vestigen van een eerste pandrecht toerekenbaar tekort zijn geschoten. Bovendien oordeelt het hof dat de pandakten helder zijn verwoord en geen aanleiding geven te menen dat de bestuurder de daarin besloten verpandingsplicht niet heeft begrepen of gekend. Hiermee verwerpt het hof het verweer van de bestuurder dat hij de omvang van de verpandingsplicht niet begreep. Deze beslissing staat in cassatie niet meer ter discussie. Weliswaar is hiertegen incidenteel cassatieberoep ingesteld, maar nu de Hoge Raad het principale cassatieberoep verwerpt wordt het incidentele cassatieberoep niet behandeld. Het moet er in deze zaak dus voor worden gehouden dat de bestuurder redelijkerwijze op de hoogte had moeten zijn van de omvang van de verpandingsplicht.

Na het verweer van de bestuurder dat hij de omvang van de verpandingsplicht niet begreep verworpen te hebben, beantwoordt het hof de vraag of het verwijt dat de vennootschappen pandrechten van een lagere rang dan bedongen hebben verstrekt, persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder meebrengt. Het hof oordeelt dat om deze vraag te beantwoorden onderscheid moet worden gemaakt tussen twee verbintenissen die de vennootschappen op zich hebben genomen. Namelijk de primaire verbintenis tot terugbetaling van het krediet en de bijkomende verbintenis tot vestiging van het pandrecht van eerste rang. Het hof oordeelt dat het nadeel voor RCI erin bestaat dat als gevolg van het gewraakte handel-

3. HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 (Beklame) en HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/C). Zie over deze norm o.a. Asser 2-II*, nr. 269 en daar genoemde literatuur.

en (het aangaan van de verbintenis tot vestiging van een eerste pandrecht) een andere verbintenis (die tot terugbetaling van het krediet) niet werd nageleefd. Hiermee zoekt het hof de schade dus in de niet-nakoming van de primaire verbintenis en niet in de niet-nakoming van de verplichting tot zekerheidstelling.

Bij de beoordeling van de vraag of in dit geval de bestuurder een ernstig verwijt treft, stelt het hof vervolgens voorop dat bij toepassing van de Beklamel-norm aan twee cumulatieve criteria moet zijn voldaan. Allereerst moet de bestuurder weten of redelijkerwijze behoren te begrijpen dat de vennootschap de overeengekomen verplichting niet zou nakomen. Bovendien moet hij weten of behoren te begrijpen dat deze niet-nakoming voor de wederpartij tot schade zou leiden. Volgens het hof komt het er dus op aan of de bestuurder bij het namens de vennootschappen aangaan van de verplichting tot het verlenen van een pandrecht dat eerste in rang was heeft voorzien of heeft behoren te voorzien dat de vennootschappen hun verplichting tot terugbetaling niet zouden nakomen en dat verhaal van de daaruit voortvloeiende schade niet mogelijk zou zijn. Het hof concludeert dat RCI geen feiten en omstandigheden heeft gesteld, waaruit zou voortvloeien dat de bestuurder bij het in 2005 aangaan van de verplichting tot het vestigen van een pandrecht van eerste rang voorzienbaar was dan wel behoorde te zijn dat de vennootschappen geen verhaal zouden bieden voor de schade van RCI, nu het pas in 2007 tot uitwinning kwam.

2.3 Uitspraak van de Hoge Raad

RCI gaat tegen het oordeel van het hof in cassatie. RCI legt aan haar cassatieberoep ten grondslag dat het in deze zaak niet gaat om het feit dat RCI is benadeeld doordat de vennootschappen het krediet niet hebben afgelost, maar om het feit dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat door de vennootschappen geen eerste pandrechten zijn verleend. Daarbij stelt RCI dat het antwoord op de vraag of de bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt steeds afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval en dat het misleiden van een financier omtrent diens verhaalspositie een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan opleveren.

De Hoge Raad begint met in herinnering te brengen dat het uitgangspunt is dat alleen een vennootschap aansprakelijk is voor de gevolgen van een door de vennootschap gepleegde wanprestatie of onrechtmatige daad. Persoonlijke aansprakelijkheid is alleen mogelijk als een hoge drempel wordt genomen. De eisen die voor aansprakelijkheid van de bestuurder naast de vennootschap gelden, zijn hoger dan de eisen die in het algemeen gelden. De bestuurder moet een persoonlijk en ernstig verwijt kunnen worden gemaakt.⁴ Deze hoge drempel vindt volgens de Hoge Raad zijn rechtvaardiging 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.⁵

Na deze inleidende overwegingen oordeelt de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, afhankelijk is van 'de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.' In dit concrete geval gaat het er volgens de Hoge Raad om dat de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan en de vordering van de schuldeiser onbetaald blijft en onverhaalbaar blijkt. In dat geval bepaalt de zogenoemde Beklamel-norm of de bestuurder persoonlijk aansprakelijk is. Van persoonlijke aansprakelijkheid is sprake indien de bestuurder:

'bij het aangaan van [de] 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.'

Vervolgens herformuleert de Hoge Raad het Beklamel-criterium aldus dat de eis is 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' (r.o. 4.3).

Met deze herformulering benadrukt de Hoge Raad het vereiste van wetenschap aan de zijde van de bestuurder van de schade die de wederpartij van de vennootschap zou komen lijden. Dit wetenschapsvereiste is doorslaggevend voor de uitkomst van de zaak. De Hoge Raad oordeelt dat het verwijt dat de bestuurder wordt gemaakt is dat hij namens de vennootschap de verplichting is aangegaan om een eerste pandrecht te verschaffen, terwijl hij redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap deze verplichting niet kon nakomen. De Hoge Raad oordeelt dat een dergelijk verwijt 'pas tot aansprakelijkheid van de bestuurder leidt indien deze wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de schuldeiser als gevolg van het niet nakomen van de verplichting schade zou lijden'.

De stelling van RCI dat in dit geval de schade is gelegen in de gevolgen van het verkrijgen van een slechtere zekerheidspositie dan is overeengekomen, wordt door de Hoge Raad verworpen. Volgens de Hoge Raad brengt de enkele omstandigheid de schuldeiser, anders dan was overeengekomen, geen eerste maar een tweede pandrecht heeft verkregen, nog niet mee dat hij dientengevolge schade lijdt.

4. De Hoge Raad verwijst in dit kader naar HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 (Beklamel) en HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/C).

5. De Hoge Raad verwijst in dit kader naar HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21 (Willemsen/NOM).

De Hoge Raad sluit af met de opmerking dat in het arrest van het hof besloten ligt dat 'RCI onvoldoende heeft gesteld dat de door haar geleden schade als gevolg van het niet verkrijgen van eerste pandrechten voorzienbaar was op het moment dat [de bestuurder] namens de vennootschappen de verplichting tot het vestigen van die pandrechten aanging' (r.o. 4.5.). Dit oordeel is volgens de Hoge Raad feitelijk van aard en niet onbegrijpelijk.

3 Commentaar

Deze uitspraak past binnen een groot aantal uitspraken over de Beklamel-norm. Deze norm komt er, zoals de Hoge Raad overweegt, in de kern op neer 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. In het verleden ging het echter telkens erom dat de vennootschap de primaire verplichting, in dit geval de verplichting tot terugbetaling van het krediet, niet nakwam. Het bijzondere in dit geval is de afzonderlijke verplichting tot zekerheidstelling. De Hoge Raad maakt hier een rechtspolitieke keuze. Er was voor de Hoge Raad voldoende mogelijkheid geweest om te oordelen dat dit geval anders moest worden beoordeeld, gezien het feit dat RCI zich beriep op het niet nakomen van de afzonderlijke verplichting tot zekerheidstelling en dat die verplichting juist tot doel heeft om verhaal door de financier veilig te stellen en daarmee de schade waarop de Beklamel-norm ziet, te voorkomen. De Hoge Raad heeft er echter voor gekozen deze mogelijkheid niet aan te wenden. Hieruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad strak wil vasthouden aan de vereisten van de Beklamel-norm. Deze keuze lijkt te worden ingegeven door de wens om terughoudend te zijn met het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid.⁶ Mogelijkerwijze wil de Hoge Raad ook terughoudend zijn met het aannemen van dogmatisch moeilijk in te passen uitzonderingen op de Beklamel-norm.

Hoe het ook zij, met deze uitkomst werpt de Hoge Raad een hoge drempel op voor financiers die – gelijk RCI – zekerheidsrechten bedingen, en die achteraf moeten constateren dat de bedongen zekerheidsrechten niet zijn verstrekt. Een dergelijke financier is in dit geval aangewezen op de laatste opmerking van de Hoge Raad, de opmerking dat RCI onvoldoende heeft gesteld dat de door haar geleden schade als gevolg van het niet verkrijgen van eerste pandrechten voorzienbaar was op het moment dat de bestuurder namens de vennootschappen de verplichting tot het vestigen van die pandrechten aanging. De financier zal dus moeten stellen en bij betwisting bewijzen dat de schade op het moment van het verstrekken van het krediet al voorzienbaar was. Het feit dat de bestuurder wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschap de overeengekomen zekerheden niet zou kunnen vestigen, is onvoldoende.

Het geval waarin de schade al bij het verstrekken van het krediet voorzienbaar was, zal zich in de praktijk niet snel voordoen. Een financier zal in de regel uitsluitend krediet willen verschaffen indien zij verwacht dat de vennootschap het krediet op eigen kracht – dus zonder dat het tot uitwinning komt – kan terugbetalen. Om tot die beoordeling te komen doet een financier zelf onderzoek naar de toekomstverwachtingen van de vennootschap. Als de financier dit onderzoek goed doet, dan is het noch voor de financier, noch voor de bestuurder op het moment van kredietverschaffing voorzienbaar dat de vennootschap failliet zal gaan en daarmee is ook de schade niet voorzienbaar.

Bij dit alles moet wel bedacht worden dat kredieten doorgaans voor een lange termijn worden verstrekt. Een betrouwbare voorspelling van de toekomst van de kredietnemer is doorgaans niet mogelijk voor de termijn waarop een krediet wordt aangegaan. Vandaar dat banken gebruik maken van zekerheden. Hiermee worden de risico's van een lange blootstelling aan de kredietrisico's van de kredietnemer beperkt. Zonder zekerheden kunnen financiers niet voor een lange termijn krediet verschaffen, althans niet onder dezelfde voorwaarden. Vandaar dat een financier voorafgaand aan het verstrekken van een krediet onderzoek doet naar zijn zekerheidspositie. Dat geldt des te meer bij kredietverschaffing zoals deze waarbij de aankoop van bepaalde vermogensbestanddelen wordt gefinancierd. Een financier zal vragen naar gegevens over eerder verstrekte kredieten, bankrelaties, leverancierskrediet enzovoort.

Of ook in de onderhavige zaak een dergelijk onderzoek is verricht, wordt niet geheel duidelijk. Het heeft er echter wel alle schijn van gezien het feit dat RCI heeft gevraagd om een verklaring van de bank dat de pandrechten van de bank geen belemmering zouden vormen voor de pandrechten van RCI. Om welke reden dan ook heeft RCI deze verklaring nooit ontvangen. Dit gegeven zou in het kader van een beroep op eigen schuld (art. 6:101 BW) door de bestuurder wellicht van belang zijn. In deze zaak komt eigen schuld aan de zijde van RCI echter niet aan de orde.

De uitkomst van het arrest is in elk geval voor financiers problematisch. Deze uitkomst lijkt namelijk te impliceren dat een bestuurder vrijwel nooit aansprakelijk zal zijn voor het verschaffen van onjuiste of onvolledige informatie in het kader van een onderzoek naar de zekerheidspositie. Immers, op grond van de Beklamel-norm zal de bestuurder alleen aansprakelijk zijn als de schade bij het aangaan van het krediet, althans bij het vestigen van de zekerheden, al voorzienbaar was. Daarnaast is het denkbaar dat de bestuurder aansprakelijk is als bewezen kan worden dat hij de financier welbewust heeft misleidt. Dit vereist echter het bewijs van opzet aan de zijde van de financier, een vereiste waaraan in de praktijk vrijwel niet kan worden voldaan.

6. Zie HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde (Hezemans/X) en HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2930, JOR 2014/297.

Het effect van deze uitkomst is dat een financier minder zeker wordt van zijn zekerheidspositie. Bij het onderzoek dat de financier doet naar die zekerheidspositie, is hij namelijk afhankelijk van de beoogde wederpartij. Als deze laatste geen juiste (feitelijke) gegevens verschaft, dan kan de financier geen goed onderzoek doen. Als de bestuurder aansprakelijk zou (kunnen) zijn als de vennootschap onjuiste gegevens verschaft, dan lopen de belangen van de financier en de bestuurder bij het verschaffen van de juiste informatie gelijk en zal de bestuurder er belang bij hebben om de juiste informatie te verschaffen. Als de bestuurder echter de zekerheid heeft dat hij (vrijwel) niet aansprakelijk zal zijn voor het verschaffen van onjuiste of onvolledige informatie, dan lopen de belangen van de financier en de bestuurder van de vennootschap niet langer gelijk. De bestuurder heeft dan te veel ruimte om een te rooskleurige voorstelling van zaken te geven, of relevante informatie niet te verschaffen.

De financier kan het probleem van onjuiste of onvolledige informatieverschaffing door zijn wederpartij op twee manieren oplossen. Hij kan zelf een uitgebreider onderzoek doen naar de juistheid en de compleetheid van de gevraagde gegevens. Dat betekent dat de financier bij de vennootschap zelf onderzoek zal moeten gaan doen, hetgeen kostbaar is, al was het maar omdat de financier de systemen van de vennootschap niet kent. De tweede mogelijkheid om dit probleem op te lossen is dat de financier er contractueel voor zorgt dat de belangen van de financier en de bestuurder bij het verschaffen van de juiste informatie gelijk lopen. Dit gebeurt nu al doordat financiers vaak bedingen dat bestuurders zich naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de schulden van de vennootschap. Het is ook denkbaar dat de financier de bestuurder laat verklaren dat hij instaat voor de juistheid en volledigheid van de door de vennootschap verstrekte informatie.

Het nadeel van deze laatste weg is dat de financier wordt gedwongen de bestuurder vanuit wantrouwen te benaderen. Het nadeel van de weg van hoofdelijk medeschuldnaarstelling is dat hiermee de bestuurder naast de vennootschap aansprakelijk wordt voor de schulden van de vennootschap aan de financier, hetgeen kan leiden tot ongewenst defensief gedrag aan de zijde van de bestuurders.

4 Contracteren met een rechtspersoon

De uitspraak van de Hoge Raad is verklaarbaar gezien de door de Hoge Raad ingezette koers om terughoudend te zijn met de aansprakelijkheid van bestuurders. Toch lijkt de praktische uitkomst in dit geval onaantrekkelijk te zijn. Zoals gezegd houdt deze uitspraak in, dat (in elk geval) een financier niet uit kan gaan van de juistheid van de door de vennootschap versochte gegevens. Normaal gesproken beschermt de dwalingsactie een partij ertegen dat hij onder een fundamenteel onjuiste voorstelling van zaken contracteert. In de gegeven casus zou een actie van RCI uit dwaling vrijwel zeker slagen. Immers, voor een financier zoals RCI is de rang die zijn zeker-

heden innemen essentieel, terwijl de vennootschappen daarvan op de hoogte hadden moeten zijn, zeker gezien het gegeven dat dit expliciet werd overeengekomen. Aan RCI kan wellicht worden tegengeworpen dat zij er kennelijk genoeg mee heeft genomen dat de bank nooit de door RCI opgestelde verklaring heeft opgestuurd. Dat verweer zou doorgaans de vennootschappen niet mogen baten, nu uit vaste rechtspraak volgt dat de mededelingsplicht van de vennootschappen in beginsel zwaarder weegt dan de onderzoeksplicht van RCI.⁷ Een dwalingsactie zou RCI in de gegeven omstandigheden echter niet mogen baten, nu het effect daarvan alleen zou zijn dat na de vernietiging het verstrekte krediet zou moeten worden teruggegeven. Dat was nu juist onmogelijk.

Om deze reden is het interessant om na te gaan of er ruimte is voor bestuurdersaansprakelijkheid in het geval waarin de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de wederpartij contracteert onder invloed van een dwaling. Daarvoor moet mijns inziens in elk geval aan de volgende vereisten zijn voldaan. Allereerst moet de bestuurder een zorgplicht hebben om de wederpartij tegen dwaling te beschermen. Ten tweede geldt dat de persoonlijke aansprakelijkheid niet te snel moet kunnen ontstaan, omdat dat niet zou passen binnen het stelsel van terughoudendheid zoals dat door de Hoge Raad is uitgezet. Tot slot moet worden teruggegrepen naar de grondslag van de terughoudendheid van de Hoge Raad bij het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid – de wens te voorkomen dat bestuurders al te defensief gedrag gaan vertonen.

4.1 *Zorgplicht voor de bestuurder*

De vraag of voor de bestuurder een zorgplicht geldt om te voorkomen dat de wederpartij onder invloed van dwaling contracteert, is nog niet in de rechtspraak aan de orde geweest. De Beklamel-norm biedt in elk geval geen steun voor een dergelijke rechtsplicht, nu de norm daar niet bij aansluit.

In het arrest *Ontvanger/Roelofsen*⁸ is naast de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de Beklamel-norm nog een vorm van aansprakelijkheid aan de orde, die wel verhaalsfrustratie wordt genoemd.⁹ Deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid betreft de gevallen waarin de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt, waarbij als maatstaf geldt dat hij voor schade van de schuldeiser aansprakelijk kan 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

7. HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, NJ 1998/666 (Offringa/Vinck).

8. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659, OR 2007, 36 m.nt. J.B. Wezeman (Ontvanger/Roelofsen).

9. Zie bijv. noot J.B. Wezeman onder HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, OR 2007, 36 (Ontvanger/Roelofsen).

had behoren te weten 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.¹⁰ De Hoge Raad overweegt echter dat er zich ook andere omstandigheden kunnen voordoen op grond waarvan een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.

Zoals al blijkt uit de naam ‘verhaalsfrustratie’ ziet ook deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid primair op het geval dat de wederpartij van de vennootschap schade lijdt die niet te verhalen is. Toch sluit deze vorm van aansprakelijkheid beter aan bij de aansprakelijkheid voor het toestaan of bewerkstelligen dat de wederpartij van de vennootschap contracteert onder invloed van dwaling. Immers, nergens wordt met zoveel woorden deze aansprakelijkheid beperkt tot het frustreren van verhaal. Integendeel, de Hoge Raad spreekt telkens over het bewerkstelligen of toestaan dat de vennootschap de op haar rustende verplichtingen niet nakomt. Er is niets tegen om onder deze verplichtingen ook de mededelingsplicht te vatten. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de Hoge Raad bij klassieke verhaalsfrustratie geen bestuurdersaansprakelijkheid aanneemt bij het enkele intreden van de schade als gevolg van het handelen van de rechtspersoon, maar ook hier de eis stelt dat de vennootschap voor deze schade geen verhaal biedt. De Hoge Raad voegt daar echter aan toe dat ook onder andere omstandigheden een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen. Dit biedt in elk geval de opening om aan te nemen dat in sommige gevallen waarin de bestuurder bewerkstelligt of toestaat dat de wederpartij onder invloed van dwaling contracteert, bestuurdersaansprakelijkheid kan worden aangenomen.¹¹

4.2 Terughoudendheid

Het feit dat de rechtspraak wellicht enige ruimte biedt om aan te nemen dat een bestuurder die toestaat dat de wederpartij van de vennootschap onder invloed van dwaling contracteert, wil niet zeggen dat deze bestuurdersaansprakelijkheid ook daadwerkelijk zou moeten worden aangenomen. Immers, het is vaste rechtspraak dat bestuurdersaansprakelijkheid slechts in bijzonder omstandigheden wordt aangenomen. Het is dus de vraag of dwalingsaansprakelijkheid kan worden beperkt tot een voldoende afgebakend geval en of dwalingsaansprakelijkheid niet zal leiden tot een vanuit maatschappelijk oogpunt ongewenste defensieve houding aan de zijde van de bestuurders.

De centrale gedachte in de bestuurdersaansprakelijkheidsrechtspraak is dat de bestuurder een voldoende ernstig per-

soonlijk verwijt kan worden gemaakt.¹² Dit zou ook moeten gelden voor dwalingsaansprakelijkheid. Voor een dergelijk verwijt is opzet niet noodzakelijk. Immers, zowel bij schending van de Beklamel-norm als bij verhaalsfrustratie volstaat geobjectiverende wetenschap aan de zijde van de bestuurder. Mijns inziens zou bij dwalingsaansprakelijkheid het verwijt in elk geval erin moeten worden gevonden dat de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegestaan dat de vennootschap zijn mededelingsplicht schond. Dat houdt in dat de bestuurder redelijkerwijze op de hoogte moet zijn geweest van zowel de juiste stand van zaken, als van het belang dat de wederpartij heeft bij de specifieke informatie. Als dat namelijk niet het geval is, dan kan niet worden gezegd dat de bestuurder heeft bewerkstelligd dat de vennootschap zijn mededelingsplicht schond. Mijns inziens is dit echter nog onvoldoende voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder. Het verwijt moet immers een *persoonlijk* verwijt zijn, het moet de bestuurder dus in persoon treffen en mag niet primair tegen de vennootschap zijn gericht. Aan deze eis wordt mijns inziens voldaan als de eis wordt gesteld dat de bestuurder voldoende betrokkenheid heeft gehad bij de schending van de mededelingsplicht. Daarvan is sprake als de bestuurder zelf nauw bij de transactie is betrokken.

4.3 Onwenselijk defensief gedrag?

De derde eis waaraan moet worden voldaan wil er ruimte zijn voor het aannemen van dwalingsaansprakelijkheid, is dat deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid er niet toe mag leiden dat de bestuurder vanuit maatschappelijk oogpunt ongewenst defensief gedrag gaat vertonen. Op dit gevaar van bestuurdersaansprakelijkheid is gewezen door Kroeze in zijn oratie.¹³ Hij wijst erop dat bestuurders maatregelen zullen nemen om te voorkomen dat zij persoonlijk aansprakelijk worden. Kroeze toont aan dat het niet ondenkbaar is dat de bestuurders het risico om aansprakelijk te worden te hoog inschatten en dat zij daarom vanuit maatschappelijk perspectief te veel maatregelen nemen om aansprakelijkheid te voorkomen. Vanuit rechtseconomisch perspectief bezien waarschuwt hij voor het gevaar van overpreventie: het geval waarin de kosten van preventie hoger zijn dan de schade die met deze kosten wordt voorkomen.

Ik ben van mening dat dit gevaar zich bij dwalingsaansprakelijkheid niet voordoet. Immers, zoals ik hiervoor heb betoogd zou van dwalingsaansprakelijkheid alleen sprake zijn als de bestuurder op de hoogte is van de juiste stand van zaken en het belang van de informatie voor de wederpartij en als hij in voldoende mate bij de te sluiten overeenkomst was betrokken. Dit betekent dat de kans dat de bestuurder het risico op aansprakelijkheid te hoog inschat zich niet snel zal voordoen. Daarbij moet worden bedacht dat het vanuit maatschappelijk oogpunt juist gewenst is dat de bestuurder maatregelen neemt om te voorkomen dat de wederpartij van de vennootschap

10. Zie bijv. HR 3 april 1992, NJ 1992/411 (Van Waning/Van der Vliet); HR 18 februari 2000, NJ 2000/295; JOR 2000/56 (New Holland Belgium/Oosterhof); Zie ook: HR 18 januari 2002, NJ 2002/96; JOR 2002/59 (Steins/Textile Company) en andere in Asser 2-II*, nr. 469 genoemde rechtspraak.

11. Zie noot 8.

12. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, OR 2007, 36 (Ontvanger/Roelofsen).

13. M.J. Kroeze, Bange bestuurders (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

onder invloed van dwaling contracteert. Immers, een onder dwaling tot stand gekomen overeenkomst leidt tot verschillende vormen van schade. Allereerst bij de wederpartij die een overeenkomst aangaat die hij niet, of slechts onder andere voorwaarden zou hebben willen sluiten. Daarnaast betekent deze overeenkomst ook schade voor de vennootschap. Immers, de wederpartij mag de overeenkomst vernietigen, hetgeen betekent dat de vennootschap in elk geval een nieuwe overeenkomst zal moeten aangaan met een derde ter vervanging van hetgeen eerder was overeengekomen. Bovendien kan een vernietigingsactie uit dwaling andere kosten met zich meebrengen, zoals reputatieverlies voor de vennootschap en de kosten van de procedure. Het is dus in het belang van zowel de vennootschap als de wederpartij dat de bestuurder maatregelen neemt om te voorkomen dat de wederpartij van de vennootschap onder invloed van dwaling contracteert, en dwalingsaansprakelijkheid zal – mits voldoende terughoudend toegepast – niet leiden tot een overkill aan maatregelen.

Dat dwalingsaansprakelijkheid niet leidt tot ongewenste effecten, kan nog op een andere manier worden aangetoond, namelijk door de vraag te beantwoorden of de bestuurder deze aansprakelijkheid vrijwillig zou willen overeenkomen als de wederpartij dit verlangt. Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend, mits voor de bestuurder geldt dat hij eenvoudig en duidelijk kan vaststellen op welke informatie de aansprakelijkheid ziet en hij deze informatie zonder grote kosten kan verschaffen, althans kan vaststellen dat de verschaft informatie juist en volledig is. Dit is het geval zolang de dwalingsaansprakelijkheid wordt beperkt tot die informatie waarvan (1) de bestuurder weet dat deze voor de wederpartij van cruciaal belang is en (2) waarvan de bestuurder weet dat deze informatie bestaat. Onder die voorwaarden is het voor de bestuurder niet bezwaarlijk om te garanderen dat de vennootschap volledige en juiste informatie heeft verschaft. Vanuit een *ex post*-perspectief zal de rechter achteraf moeten invullen of partijen een dergelijke overeenkomst zouden hebben willen sluiten. Bij deze invulling zal de rechter de kennis die partijen hadden enigszins moeten objectiveren, maar dient hij niet uit het oog te verliezen dat als hij partijen te ruime kennis toerekent met behulp van het criterium 'behoren te weten', de bestuurder de overeenkomst niet meer zou willen sluiten.

Deze gedachte maakt ook direct duidelijk wat het verschil is tussen de aansprakelijkheid voor het verschaffen van onjuiste of onvolledige informatie en aansprakelijkheid voor het niet nakomen van de primaire op de vennootschap rustende aansprakelijkheid. Een bestuurder zal deze laatste aansprakelijkheid niet graag op zich nemen, nu hij het nakomen van de primaire verplichtingen van de vennootschap niet, of althans onvoldoende in de hand heeft. Wat dat betreft bestaat er dus iets meer ruimte voor de toepassing van dwalingsaansprake-

lijkheid, dan voor de toepassing van 'gewone' bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁴

5 Conclusie

In het arrest RCI/X heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een bestuurder van een vennootschap niet persoonlijk aansprakelijk is, om de enkele reden dat hij wist, of behoorde te weten, dat de vennootschap de overeengekomen zekerheden niet zou kunnen verschaffen. Daarvoor is ook noodzakelijk dat de bestuurder wist, althans behoorde te weten, dat het niet verschaffen van de zekerheden voor de wederpartij van de vennootschap zou leiden tot niet-verhaalbare schade. Deze uitspraak past goed in de eerder op grond van de Beklamel-norm gewezen uitspraken, maar leidt voor een financier die overweegt aan de vennootschap krediet te verschaffen tot ongewenste resultaten. Het ligt daarom voor de hand dat financiers in de toekomst eerder zullen bedingen dat de bestuurder naast de vennootschap instaat voor de juistheid van de door de vennootschap verstrekte informatie, of zullen bedingen dat de bestuurder zich naast de vennootschap hoofdelijk medeschuldenaar stelt, of zich voor de vennootschap borg stelt.

De uitspraak roept de vraag op in welke gevallen de bestuurder van een vennootschap persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden als hij bewerkstelligt of toestaat dat de vennootschap de in het kader van de dwalingsregeling op de vennootschap rustende mededelingsplicht niet nakomt. Er kan worden verdedigd dat een dergelijke bestuurder aansprakelijk is als hem in dat kader een persoonlijk verwijt treft. Daarbij geldt dat een dergelijke vorm van bestuurdersaansprakelijkheid niet hoeft te leiden tot ongewenst defensief gedrag aan de zijde van de bestuurders.

14. Opgemerkt zij overigens dat het niet ongebruikelijk is dat bestuurders zich voor de vennootschap hoofdelijk medeschuldenaar of borg stellen voor de vennootschap.