

Het trustkantoor als bestuurder en ‘omgaan’ in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470)

W.A. Westenbroek

1 Inleiding

Op 30 maart 2018 heeft de Hoge Raad een arrest op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid gewezen dat – in ieder geval waar het de theorie betreft – bij mij opnieuw de wenkbrauwen doet fronsen.¹ Het ging in deze zaak om de vraag of trustmaatschappij TMF op grond van art. 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW) aansprakelijk kon worden gehouden voor haar betrokkenheid bij een investeringsproject dat voor een kleine zeventigtal particuliere beleggers desastreus is uitgepakt.

Het arrest verdient om verschillende redenen bespreking. De eerste reden is dat de Hoge Raad de rechtspraak over het externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, zoals dat is ontwikkeld in de rechtspraak over aansprakelijkheid van bestuurders van Nederlandse rechtspersonen, toepast op een bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon. De tweede reden is dat de Hoge Raad, klaarblijkelijk geleid door het feit dat in casu een trustkantoor bestuurder was, grote nadruk legt op de taakverdeling binnen het bestuur en daarmee miskent dat deze taakverdeling niet afdoet aan het feit dat bepaalde kerntaken (zoals het algemene en financiële beleid, het toezicht houden op medebestuurders en het toezicht houden op naleving van voor de rechtspersoon essentiële wetgeving) behoren tot de verantwoordelijkheid van iedere statutair bestuurder. De derde reden is dat de Hoge Raad uitdrukkelijk bevestigt dat het onvoldoende toezicht houden op de uitoefening van een taak door een medebestuurder onder omstandigheden persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder kan meebrengen op grond van art. 6:162 BW, hoewel de Hoge Raad in de onderhavige zaak niet doorkomt op dat vlak. Het feit dat in casu een trustkantoor bestuurder was en een specifieke taak toebedeeld had, lijkt ook daarin (ten onrechte) een rol te hebben gespeeld. Tot slot is het arrest relevant omdat het tot denken zet over de vraag bij wie nu precies in welke mate de stelplicht behoort te rusten in zaken over externe bestuurdersaansprakelijkheid.

1 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470. Zie over dit arrest eveneens kritisch: P. van Schilf-gaarde in NJ 2018/330 en R.A. Wolf in JIN 2018/95. Zie echter, zoals verwacht instemmend, B.F. Assink, *Externe bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW en de eis van een persoonlijk ernstig verwijt*, AA 2018, p. 502-512. Zie voorts. M.L. Lennarts in haar noot in *Ondernemingsrecht* 2018/81.

Het trustkantoor als bestuurder en 'omgaan' in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470)

2 Woord vooraf: weerstand en omgaan door de Hoge Raad

Ik plaats nog het volgende woord vooraf. Het hierna te bespreken arrest kan niet los worden gezien van de wijze waarop de zogenoemde ernstigverwijtmaatstaf in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht de afgelopen jaren een steeds meer centrale rol is gaan spelen. Nadat ik in 2015² betoogde dat deze ontwikkeling strijdig is met het recht heb ik dat in de daaropvolgende jaren in verschillende publicaties³ en in mijn proefschrift⁴ nader onderbouwd. Ik ben daarbij onder meer ingegaan op de arresten Staleman/Van de Ven en Ontvanger/Roelofsen⁵ alsmede op de twee kernargumenten die met name sinds de arresten Hezemans Air en RCI/Kastrop⁶ worden gebruikt ter rechtvaardiging voor het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf. Die argumenten zijn (1) dat een (maatschappelijk) belang bestaat dat bestuurders zich niet in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten leiden (het 'bange bestuurders'-argument) en (2) dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap (het argument dat 'primaire' en 'secundaire aansprakelijkheid' bestaan). Met mij zijn er anderen die in het verre verleden⁷ en meer recentelijk (zie Strik,⁸ Huizink,⁹ Ver-

- 2 Naar aanleiding van mijn eerste publicatie W.A. Westenbroek, Metaalmoedigheid na 88 jaar 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los, *Ondernemingsrecht* 2015/69, afl. 11, p. 353 e.v.
- 3 W.A. Westenbroek, Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening, *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3, p. 112 e.v.; W.A. Westenbroek, Artikel 2:9 BW en de ernstig verwijt maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid, *RMThemis* 2016, afl. 4, p. 175-192; W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid: hoe iets is en hoe iets behoort te zijn. Naschrift naar aanleiding van de reactie van mr. drs. J. van Bekkum op *Ondernemingsrecht* 2016/24, *Ondernemingsrecht* 2016/99, p. 487-489; W.A. Westenbroek, De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de 'ernstig verwijt'-maatstaf en 'externe werknemersaansprakelijkheid', *WPNR* 2017/7144, p. 276-286; W.A. Westenbroek, Vrijtekening, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hfdst. 29, p. 403-413; W.A. Westenbroek, De waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht, *MvO* 2018, afl. 3-4, p. 63-75; W.A. Westenbroek, Over een pragmatische beoefening van het ondernemingsrecht, een terughoudende toetsing en aansluiting op de economische realiteit, *WPNR* 2018/7189, p. 302-308.
- 4 W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie (diss. Rotterdam; Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- 5 HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/29 (Staleman/Van de Ven) en HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen), r.o. 3.5.
- 6 HR 5 september 2014, NJ 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (Hezemans Air) en HR 5 september 2014, NJ 2015/22 m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (RCI/Kastrop), die volgden op HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (Willemsen/NOM) en HR 23 november 2012, NJ 2013/302 m.nt. P. van Schilfgaarde (Spaanse Villa).
- 7 Zie de vele bronnen genoemd in noot 3 van mijn eerdergenoemde bijdrage in *WPNR* 2017/7144, p. 276-286.
- 8 D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de board room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 23 en 27.
- 9 J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland? Bestuurstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW*, Deventer: Kluwer 2011, p. 9; J.B. Huizink, *Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw nodeloos ingewikkeld?*, *O&F* 2013, afl. 1, p. 23-32.

W.A. Westenbroek

stijlen,¹⁰ Tjittes,¹¹ Bartman,¹² Karapetian,¹³ Tuil¹⁴ en Van Veen¹⁵) kritiek hebben geuit op het gebruik van de maatstaf en de in dat verband gehanteerde twee kernargumenten. In 2017 heeft ook Van Schilfgaarde zich gevoegd bij deze critici. Hij constateert dat voornoemde kernargumenten ‘aanleiding geven tot vragen’¹⁶ en houdt Kroeze, sinds 2017 raadsheer bij de Hoge Raad, voor dat ‘het bange bestuurders argument (inclusief verwijzing naar het voorkomen van defensief gedrag)’ maar beter geschrapt kan worden.¹⁷ Ook constateert hij dat het ernstig-verwijtcriterium ‘voor aansprakelijkheid, zowel intern als extern, “vaag” is, weinig zekerheid biedt’, ‘tot interpretatieproblemen leidt bij het huidige art. 2:9 BW’ en ‘veel van haar onderscheidende kracht [zal] verliezen’.¹⁸ De vaagheid van de betekenis en functie van de term is een terugkerend thema, zo laat Van Schilfgaarde zien. Het was overigens tevens een belangrijk thema in de oratie van Kroeze¹⁹ en ook Assink had in 2010 nog ‘vragen, vragen, vragen’.²⁰

Niettemin trachten sommige rechtswetenschappers de maatstaf (nog steeds)²¹ ‘in te passen’ in het recht, blijven zij weerstand bieden tegen kritiek op de maatstaf

- 10 F.M.J. Verstijlen, Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid, NJB 2013/551, p. 4; F.M.J. Verstijlen, Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemeene recht, in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (Uitgave vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 323-348; F.M.J. Verstijlen, Bestuurdersaansprakelijkheid na Hezemans Air, in de bundel: B.J. Huizink e.a., *Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 21-29.
- 11 R.P.J.L. Tjittes, Handelen in hoedanigheid, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hfdst. 26, p. 367-380.
- 12 S.M. Bartman, Anders dan het orakel van Delphi, *Ondernemingsrecht 2014/143*, afl. 17, p. 723.
- 13 A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffman: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn, WPNR 2015/7052, p. 209-220; A. Karapetian, RCI Financial Services/Kastrop & mededelingsplichten van de bestuurder van een vennootschap: hoe het strafrecht ons een handje helpt, Tvl 2015/51, afl. 6, p. 336 e.v.
- 14 M.L. Tuil, (Geen) aansprakelijkheid bij onjuiste gegevensverschaffing bij zekerheidsverlening. Een rol voor ‘dwalingsaansprakelijkheid’ na Hoge Raad 5 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 (RCI/X)?, MvV 2015, afl. 2.
- 15 W.J.M. van Veen, Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht, WPNR 2016/7102, p. 265-282.
- 16 P. van Schilfgaarde, Van promotor tot promotus, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hfdst. 36, p. 491.
- 17 Van Schilfgaarde 2017, p. 492.
- 18 Van Schilfgaarde 2017, p. 490 en 492.
- 19 M.J. Kroeze, Bange bestuurders (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 16 en 20.
- 20 B.F. Assink, De Januskop van het ondernemingsrecht. Over facilitering en regulering van ondernemingschap, *Ondernemingsrecht 2010/50*, par. 55 e.v.
- 21 Zie Assink 2018, p. 502-512, die de maatstaf inmiddels heeft omarmd, veelal onder verwijzing naar Timmerman of Kroeze (zie de bronnen genoemd in par. 5.6 van mijn proefschrift). De vraag is echter of zijn theoretische beschouwingen niet juist voeding geven aan de in het verleden uitgesproken vrees dat het Nederlandse ondernemingsrecht voor de niet-specialist nog nauwelijks te doorgronden is. Zie J. Fleming, Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichhouders: de juridische risico’s van ondernemen, in: M. Lückerath-Rovers, B. Bier, H. van Ees e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2014*, Deventer: Kluwer 2014, par. 6.1.

of negeren zij die kritiek.²² Dat laatste lijken de A-G en de Hoge Raad in de zaak die ik in deze bijdrage zal behandelen ook te doen (in navolging van die wetenschappers, of is het andersom?).²³ De wijze waarop de A-G dat in deze zaak doet, leidt wel tot vraagtekens. Want hoewel hij de kritiek op de maatstaf weliswaar (doch summier) signaleert,²⁴ gaat hij die kritiek uit de weg door slechts te verwijzen naar het standpunt van zijn collega A-G Timmerman, die de maatstaf graag in stand houdt.²⁵ Ter verdere onderbouwing van dit standpunt verwijst de A-G verder twee keer naar een publicatie van Verstijlen, wiens standpunt hij dus kennelijk van belang acht.²⁶ Maar Verstijlen heeft in die publicatie juist uitdrukkelijk een standpunt ingenomen tégen het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf.²⁷ Verstijlen merkte over de door de Hoge Raad genoemde kernargumenten juist let-

- 22 De genoemde weerstand is mijns inziens vaak echter niet goed onderbouwd. Zie met name het naschrift van Timmerman (die ook als A-G fungeerde bij de belangrijke arresten *Ontvanger/Roelofsen*, *Willemsen/NOM* en *Spaanse Villa*) in WPNR 2018/7189 naar aanleiding van mijn bijdrage in WPNR 2018/7189. Hij stelt daarin bijvoorbeeld dat de term 'ernstig verwijt' door de Hoge Raad in 1997 is geïntroduceerd, terwijl dat in 1983 was. Zie ook *Van Schilfgaarde* 2017, p. 486. Timmerman stelt ook dat de wetgever de term heeft overgenomen in allerlei arbeidsrechtelijke bepalingen, maar in die bepalingen is de term een uiting van een zware ('ernstige') schuldmaatstaf, die niet te vergelijken is met de norm die men op bestuurders van toepassing acht. Zie *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3*, p. 40 met als voorbeelden *diefstal*, *bedrog*, *werkweigering*, enz. en P. Kruit, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:673 BW, aant. 1.1 (online bijgewerkt tot 1 november 2017).
- 23 Dat de literatuur vaak de rechtspraak van de Hoge Raad volgt, is een begrijpelijk verschijnsel. Maar wie volgt wie? Zie bijv. r.o. 2.2.6, waarin A-G Drijber verwijst naar hetgeen zijn collega A-G Timmerman en toenmalig medewerker bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad A.J.P. Schild in de literatuur schreven, om vervolgens te concluderen dat hij: 'net als Timmerman geen reden ziet waarom die maatstaf ten algemene zou moeten worden bijgesteld'.
- 24 R.o. 2.2.5 van de conclusie.
- 25 Ik heb dat eerder gesignaleerd in WPNR 2018/7189. In zijn naschrift naar aanleiding daarvan stelde Timmerman toen dat hij niet 'zo'n dogmatische spookverschijning is als Westebroek suggereert', omdat hij 'anders in zijn conclusie bij de zaak *Spaanse Villa* (HR 23 november 2012, NJ 2013, 302) niet zou hebben verdedigd dat het begrip ernstig verwijt niet diende te worden toegepast'. Maar die reactie is niet goed te begrijpen. Ten eerste heeft *Spaanse Villa* juist tot zoveel beroering geleid omdat de maatstaf inmiddels tot dogmatiek was verheven. Ten tweede meende Timmerman dat de maatstaf niet van toepassing was omdat er geen sprake zou zijn van bestuurdersaansprakelijkheid. In HR 5 september 2014, NJ 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hezemans Air*), r.o. 3.5.3 (waarop overigens de nodige kritiek is te leveren, zie ook eerdergenoemde Verstijlen) merkte de Hoge Raad over *Spaanse Villa* dan ook op: 'Dat arrest had niet betrekking op het handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap, maar op de vraag of de betrokkene, optredend als deskundig bemiddelaar (dienstverlener), had gehandeld in strijd met een op hem in die hoedanigheid van deskundig bemiddelaar rustende zorgvuldigheidsnorm.' Is wel sprake van bestuurdersaansprakelijkheid, dan geldt deze maatstaf volgens Timmerman onverkort, getuige ook zijn publicaties na *Hezemans Air*.
- 26 Zie voetnoot 19 en 28 van de conclusie.
- 27 In voetnoot 28 verwijst de A-G eerst naar Timmerman en Schild, waarna hij schrijft: 'Aldus ook F.M.J. Verstijlen, "Bestuurdersaansprakelijkheid na *Hezemans Air*", in de bundel: *Huizink e.a., Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW, 2017*, p. 37.' De genoemde bijdrage is evenwel opgenomen op p. 21-29 van de bundel uit 2017 (de verwijzing naar p. 37 is dus al onjuist) en Verstijlen neemt daarin uitdrukkelijk juist het tegenovergestelde standpunt in.

W.A. Westenbroek

terlijk op: 'ik bestrijd beide argumenten'.²⁸ Dat lijkt de A-G, die toch als rol heeft de Hoge Raad te ondersteunen met wetenschappelijk advies, niet helemaal goed te hebben gezien,²⁹ terwijl het een uitgelezen kans zou zijn geweest om te reageren op de kritiek, die Verstijlen dus ook heeft.³⁰ De Hoge Raad heeft vervolgens evenmin aanleiding gezien hier langer bij stil te staan, hoewel daar, zoals hierna zal blijken, in deze zaak genoeg reden voor was. Wat dat laatste betreft is een andere verwijzing naar Verstijlen op haar plaats. Hij schreef in 2015 in een boeiende bijdrage over 'omgaan door de Hoge Raad':

'Ook de Hoge Raad is menselijk, in zekere zin: hij kan alleen functioneren bij de gratie van de mensen die er zitting in hebben. Omdat mensen zich kunnen vergissen, kan de Hoge Raad zich vergissen. Het kan dan beter zijn op de schreden te keren, dan te volharden in de vergissing. (...) Het vergt durf om af te wijken van de eigen, soms reeds decennialang gevestigde rechtspraak. Het vergt inventiviteit – en soms een extra portie durf (...). Het is een kunst die de Hoge Raad niet zo heel vaak beoefent. Hij gaat niet zo vaak om.'³¹

Van Schilfgaarde schreef in 2017, in antwoord op de door hem zelf gestelde vraag of er rondom het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht beweging zal komen bij de Hoge Raad, dat zijn vroegere promovendus Kroeze, die in 2017 zoals gezegd tot het hoogste rechtscollege is toegetreden, 'als lid van dat college de beweging niet zal schuwen'.³² Dat gezegd hebbende, met het laatste arrest van de Hoge Raad inzake *X c.s./TMF* wordt, vanuit de rechtstheorie bekeken, een klein stapje vooruit gedaan, maar tegelijkertijd maakt de uitspraak duidelijk dat er nog een lange weg te gaan is. Ik zal daar nu op ingaan.

3 Het geschil

3.1 *De feiten – een mislukt resort in de Dominicaanse republiek*

Het arrest van de Hoge Raad is het vervolg op een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 6 september 2016. Zie daarover de noot van Frielink in JOR 2017/97. Die uitspraak kwam tot stand na een terugverwijzing door de Hoge Raad, die zich al eerder over deze zaak had gebogen op 17 december 2010. Voor een heldere samenvatting van de feiten wordt verwezen naar de noot van Hijink daarbij in JOR 2011/53. Kort gezegd ging de zaak over een zeventigtal particuliere beleggers die via vijf vennootschappen naar het recht van de Britse Maagdeneilanden (hierna: de BVI) en één Nederlandse vennootschap hadden geïnvesteerd

28 Verstijlen 2017, p. 26.

29 In een recente conclusie van 19 juli 2018, in een zaak waarin de Hoge Raad nog uitspraak moet doen en waarin evenmin wordt ingegaan op de kritiek uit literatuur, neemt A-G Hartlief deze onjuiste verwijzing vervolgens weer over. Zie ECLI:NL:PHR:2018:750 (DFP c.s./Vereniging Belangenbehartiging Participanten Hungry Eye C.V.), voetnoot 42.

30 De A-G beperkt zich in r.o. 2.2.5 echter tot de wat eufemistische opmerking dat 'in de literatuur enig debat over de wenselijkheid van de (...) ernstig verwijt-maatstaf' bestaat.

31 F.M.J. Verstijlen, Hoe om te gaan met 'omgaan?', *TvI* 2015/27, p. 174-181.

32 Van Schilfgaarde 2017, p. 486.

in diverse in het kader van een door een zekere heer Pot als initiatiefnemer opgezet project om in de Dominicaanse Republiek een resort, bestaande uit hotels en appartementen, te realiseren. De gelden werden echter niet goed besteed en het project is niet doorggegaan. Deels hebben de particuliere beleggers hun schade verhaald op Pot, die (in)direct als aandeelhouder en bestuurder de zeggenschap had over de genoemde vennootschappen. TMF Management (BVI) Ltd. (hierna: TMF Management) was medebestuurder van de BVI-vennootschappen. Van belang is dat TMF Management dus géén bestuurder was van de enige Nederlandse vennootschap. In de zaak die voorlag bij het hof en nadien bij de Hoge Raad was de vraag aan de orde of TMF Management (en een andere TMF-vennootschap die hier verder niet wordt besproken) ook aansprakelijk was jegens de particuliere beleggers.

3.2 *De verwijten*

TMF Management werd door eisers verweten dat het als bestuurder van de BVI-vennootschappen niet erop zou hebben toegezien dat de BVI-vennootschappen de Wet toezicht effectenverkeer (Wte) naleefden. Eisers stelden – vrij vertaald – dat de naleving van deze verplichtingen door de vennootschap behoort tot de collectieve en collegiale verantwoordelijkheid van alle bestuurders, dat schending van die verplichtingen in beginsel – behoudens schulduitsluitingsgrond – aansprakelijkheid meebrengt van iedere bestuurder van die vennootschap, en dat daarom ook TMF Management kon worden aangesproken.³³ Voorts stelden eisers – wederom vrij vertaald – dat voor zover geoordeeld zou worden dat de naleving van de Wte een taak was die uitsluitend aan medebestuurder Pot was toebedeeld, TMF Management onvoldoende erop heeft toegezien dat Pot deze taak behoorlijk vervulde. Door dit na te laten zou TMF Management jegens hen een zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden en dus uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk zijn.

3.3 *Het hof en de Hoge Raad*

Uit r.o. 3.3.2 van het arrest van de Hoge Raad blijkt dat zowel het hof als de Hoge Raad aansluiting heeft gezocht bij de gevestigde door mij bekritiseerde rechtspraak van de Hoge Raad over externe bestuurdersaansprakelijkheid, meer specifiek de ernstigverwijtmaatstaf uit eerdergenoemd arrest Ontvanger/Roelofsen, die nadien is bevestigd in de eerdergenoemde arresten Hezemans Air en RCI/Kastrop. Zowel het hof als de Hoge Raad heeft de vorderingen van eisers op basis van deze maatstaf afgewezen. Zij overwogen daartoe – vrij vertaald – dat eisers onvoldoende gesteld hebben dat TMF Management een ernstig verwijt treft. Ook als een vennootschap wettelijke voorschriften ter bescherming van het beleggend publiek schendt, geldt voor de aansprakelijkheid van een bestuurder van die vennootschap jegens derden het vereiste dat die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarmee verdraagt zich niet dat die aansprakelijkheid in beginsel wordt aangenomen op grond van een vermoeden van een persoonlijk ernstig verwijt. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat op zichzelf juist is

33 R.o. 2.1.3-2.1.7 conclusie A-G en r.o. 3.3.1 en 3.3.4 arrest.

W.A. Westenbroek

dat ook het houden van onvoldoende toezicht op de uitoefening van een taak door een medebestuurder onder omstandigheden persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder kan meebrengen, maar ‘dat eisers geen feiten en omstandigheden hebben gesteld waaruit blijkt dat TMF Management heeft geweten of redelijkerwijs heeft behoren te weten dat Pot in strijd met de Nederlandse regelgeving had gehandeld’.³⁴

4 Commentaar

4.1 Inleiding

Voorop gesteld moet worden dat het feitencomplex, voor zover dat uit het arrest van het hof en de conclusie van de A-G blijkt, laat zien dat het een ingewikkelde en langlopende zaak betreft. In een zaak als deze zijn – net zoals in alle zaken – de wijze waarop is geprocedeerd en de (juridische) stellingen die partijen over en weer in dat verband hebben ingenomen niet van ondergeschikt belang voor de uitkomst van de procedure. Dit noopt tot een zekere voorzichtigheid in het vellen van een oordeel over de overwegingen van de A-G en de Hoge Raad. Dat gezegd hebbende, de hiernavolgende analyse ziet vooral op de ontwikkeling van (de theorie van) het recht en dat is iets waar de A-G en de Hoge Raad *juist* ook aandacht voor moeten hebben.³⁵ In dat perspectief bezien is het teleurstellend dat het arrest van de Hoge Raad dusdanig summier is geformuleerd dat het weinig inzicht geeft in de gedachtegang van de Hoge Raad.

4.2 *Nederlands extern bestuurdersaansprakelijkheidsrecht van toepassing?*

In r.o. 3.5 van het arrest van het hof is overwogen dat tussen partijen niet (meer) in geschil is dat de ter beoordeling staande vragen vorderingen van eisers op grond van onrechtmatige daad betreffen, dat het daarbij gaat om in Nederland gepleegde onrechtmatige daden en dat deze naar Nederlands recht dienen te worden beoordeeld. Zowel het hof als de Hoge Raad heeft, zoals gezegd, vervolgens aansluiting gezocht bij de ernstigverwijtmaatstaf uit bestaande rechtspraak over het externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (gebaseerd op art. 6:162 BW). Ik denk dat hiermee voorbij is gegaan aan een belangrijke nuance die moet worden gemaakt bij de beoordeling van de vraag of bestuurders van *buitenlandse* rechtspersonen in Nederland aansprakelijk zijn op grond van art. 6:162 BW. Daartoe geldt het volgende.

Voor bestuurders van buitenlandse rechtspersonen gelden niet per se dezelfde normen als voor bestuurders van Nederlandse rechtspersonen, ook als beoordeeld dient te worden of zij in Nederland al dan niet een onrechtmatige daad hebben begaan. Als Nederlands recht van toepassing is, zoals in casu het geval was, geldt art. 6:162 BW uiteraard onverkort, maar de invulling van art. 6:162 BW zal van

³⁴ R.o. 3.3.2-3.5.2.

³⁵ Kamerstukken II 2010/11, 32576, 3, p. 1 (MvT): ‘In de praktijk wordt de cassatietaak van de Hoge Raad opgevat als de opdracht om in hoogste instantie (...) de rechtsontwikkeling te bevorderen (...)’.

Het trustkantoor als bestuurder en 'omgaan' in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470)

geval tot geval verschillen, omdat die invulling mede afhankelijk is van de Nederlandse óf buitenlandse wettelijke normen die rusten op de bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder van de betrokken rechtspersoon.

Zo geldt voor bestuurders van *Nederlandse* rechtspersoon dat zij een op het *Nederlandse* rechtspersonenrecht gebaseerde bewaarnemersrol vervullen die voortvloeit uit de zogenoemde 'waarborgfunctie' van het rechtspersonenrecht. Zij hebben op grond van art. 2:9 BW een collegiale en collectieve bestuursverantwoordelijkheid en dienen steeds de belangen betrokken bij de rechtspersoon te bewaken en af te wegen.³⁶ Het is in dit verband algemeen aanvaard dat in Nederland het algemene en het financiële beleid tot de kerntaken en dus de verantwoordelijkheid van het gehele bestuur behoren, onafhankelijk van een eventuele (informele) taakverdeling.³⁷ Voornoemde verantwoordelijkheid is in Nederland mede relevant voor de beantwoording van de vraag of de bestuurder een zorgplicht jegens derden heeft geschonden.³⁸ Dat blijkt ook uit de bestaande rechtspraak over het externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Zo is de Beklamel-norm gebaseerd op een geobjectiverde wetenschap van de bestuurder ('behoren te weten') die impliciet refereert aan de objectieve maatman-bestuurder, waaruit een verplichting voortvloeit om een zekere basiskennis te hebben over het wel en wee van de eigen rechtspersoon. Die objectieve maatmanstandaard beoogt de belangen betrokken bij de rechtspersoon te 'waarborgen' en daaronder kunnen ook de belangen van derden vallen. Het verband tussen de normen die gelden voor de bestuurder op grond van art. 2:9 BW (die zien op interne aansprakelijkheid) en de normen die gelden voor externe aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW verklaart ook waarom de ernstigverwijtmaatstaf uit Staleman/Van de Ven (in een streven naar zogenoemde 'normatieve convergentie') in het arrest Ontvanger/Roelofsen is overgewaaid naar het externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht.³⁹

Voor bestuurders van *buitenlandse* rechtspersonen kunnen echter minder strenge interne normen of juist strengere interne normen gelden dan voor bestuurders van *Nederlandse* rechtspersonen. Voor hen geldt immers niet het Nederlandse rechtspersonenrecht maar het rechtspersonenrecht van het land van vestiging van de rechtspersoon waarvan zij bestuurder zijn. Het is mede dát *rechtspersonenrecht* aan de hand waarvan aan art. 6:162 BW invulling gegeven dient te worden bij de vraag of een bestuurder van een dergelijke rechtspersoon in Nederland per-

36 Vgl. de Corporate Governance Code van 8 december 2016, preambule, p. 8: '(...) de vennootschap [is] een lange termijn samenwerkingsverband van diverse bij de vennootschap betrokken stakeholders. Stakeholders zijn (...) werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers en andere belanghebbenden. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben een verantwoordelijkheid voor de afweging van deze belangen (...). Stakeholders moeten erop kunnen vertrouwen dat hun belangen op zorgvuldige wijze worden meegewogen, (...).'

37 Westenbroek (diss.) 2017, par. 3.6.2 en de daarin genoemde bronnen.

38 Het feit dat 'stakeholders erop moeten kunnen vertrouwen dat hun belangen op zorgvuldige wijze worden meegewogen', geeft aan dat daar een zorgplicht uit voortvloeit.

39 Westenbroek (diss.) 2017, par. 10.8 en de daarin genoemde bronnen, alsmede Westenbroek (MvO) 2018.

W.A. Westenbroek

soonlijk een onrechtmatige daad heeft begaan. Art. 263 van het Belgisch Wetboek van Vennootschappen (eerste zin) bepaalt bijvoorbeeld uitdrukkelijk:

‘De zaakvoerders zijn, hetzij jegens de vennootschap, hetzij jegens derden, hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtreding van de bepalingen van dit wetboek of van de statuten van de vennootschap (...).’⁴⁰

Overtreding van een verplichting van ‘het Belgische boek 2 BW’ leidt daar op grond van de wet in beginsel dus reeds tot aansprakelijkheid jegens derden. Bij de vraag of het handelen van een bestuurder van een Belgische vennootschap in Nederland tevens een onrechtmatige daad oplevert, zal deze bepaling dus bijzonder relevant kunnen zijn en invulling geven aan de vraag of hij in Nederland aansprakelijk is op grond van art. 6:162 BW. Voor bestuurders van rechtspersonen uit andere landen kan het misschien juist gunstiger uitpakken. Indien het land waar de rechtspersoon gevestigd is bijvoorbeeld een wettelijk systeem kent waarin bepaalde individuele bestuurders uitsluitend intern verantwoordelijk zijn voor een specifieke aan hen toebedeelde (administratieve of secretariële) taak, zonder dat van iedere bestuurder collegiaal toezicht, inzicht in het algemene en financiële beleid of een bepaalde geobjectiveerde kennis wordt verwacht, zal deze bestuurder bezwaarlijk op grond van art. 6:162 BW jegens een derde aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het onvoldoende houden van toezicht of het ontbreken van geobjectiveerde kennis bij deze bestuurder.

Door kortweg de maatstaf toe te passen die is ontwikkeld in de bestaande rechtspraak over externe bestuurdersaansprakelijkheid, terwijl het in casu ging om de externe aansprakelijkheid van TMF Management als bestuurder van BVI-vennootschappen, lijkt zowel het hof als de Hoge Raad ten onrechte voorbij te zijn gegaan aan de hiervoor uiteengezette nuance. Dit is een gevolg van de reeds eerder door mij geconstateerde ontwikkeling dat de ernstigverwijtmaatstaf de rechter in een richting stuurt van een te gesloten systematisch toetsingsmodel, dat geen recht doet aan het casuïstisch karakter van de onrechtmatige daad en aan de gedrags- en toetsingsnormen die volgen uit art. 6:162 BW.⁴¹ Overigens zou men hiertegen in kunnen brengen dat de Hoge Raad met de ‘feiten en omstandigheden’ in zijn eerder geciteerde overweging dat ‘eisers geen feiten en omstandigheden hebben gesteld waaruit blijkt dat TMF Management heeft geweten of redelijkerwijs heeft behoren te weten dat in strijd met de Nederlandse regelgeving werd gehandeld’, tevens bedoeld kan hebben dat eisers onvoldoende zijn ingegaan op de verplichtingen van TMF Management uit hoofde van het rechtspersonenrecht uit de BVI (zou daaruit bijvoorbeeld volgen dat een collegiale bestuursverantwoordelijkheid bestaat, dan had dat een omstandigheid kunnen vormen die maakte dat TMF Management wél redelijkerwijs heeft behoren te weten dat in strijd met de Nederlandse regelgeving werd gehandeld). Ik acht het echter niet aannemelijk dat de Hoge Raad dit zo bedoeld heeft en hou het erop dat de Hoge

40 Zie hierover meer in Westenbroek (diss.) 2017, par. 12.4.

41 Westenbroek (diss.) 2017, par. 10.2.5 en 10.2.6.

Het trustkantoor als bestuurder en 'omgaan' in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470)

Raad de zaak gewoon heeft behandeld als een typisch 'Nederlandse' externe bestuurdersaansprakelijkheidszaak.

4.3 *Het niet toezien op de naleving van wetgeving en de stelplicht*

In r.o. 3.4.2 overwoog de Hoge Raad dat ook als een vennootschap wettelijke voorschriften ter bescherming van het belegend publiek schendt, voor de aansprakelijkheid van een bestuurder van die vennootschap jegens derden geldt dat die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Los van het woordje 'ernstig' is het een overweging die op zichzelf begrijpelijk is. Een bestuurder kan niet zonder meer aansprakelijk zijn voor de schending van wettelijke voorschriften door de rechtspersoon. De schending van wettelijke voorschriften (of dat nu is ter bescherming van het belegend publiek of ter bescherming van enig ander belang) kan talloze oorzaken hebben die niet aan de bestuurder zijn toe te rekenen, bijvoorbeeld omdat de schending buiten medeweten van de betrokken bestuurder door een werknemer of medebestuurder is veroorzaakt en de bestuurder in het geheel niet op de hoogte was of kon zijn.⁴² Waar het om gaat, is dat de bestuurder ten aanzien van die schending persoonlijk een verwijt valt te maken. De vraag of dat het geval is, is mijns inziens in eerste instantie niet zozeer een kwestie van bewijzen, maar een kwestie van stellen en onderbouwen, waarbij de stelplicht in beginsel bij eisers ligt.

Waar het betreft de naleving van wetgeving door de rechtspersoon zal in dat verband vooral relevant zijn of de betrokken wetgeving zich bevindt op een terrein waar alle bestuurders zich gelet op de activiteiten van de rechtspersoon mee zouden moeten bemoeien. Zelfs als taken zijn gedelegeerd aan specifieke bestuurders, zijn er immers onderwerpen die vanwege hun belang, verstrekkendheid of implicaties tot de werkring van het bestuur als college behoren. Daaronder vallen per definitie het algemene en het financiële beleid, alsmede het voeren van een deugdelijke administratie.⁴³ Zoals ik de feiten in de onderhavige zaak heb begrepen, hadden de betrokken BVI-vennootschappen en de gehele structuur waar TMF Management als trustkantoor zich aan had verbonden uitsluitend ten doel het aantrekken van beleggingskapitaal uit de markt met het oog op het realiseren van het project in de Dominicaanse Republiek. Zonder kapitaal, geen project. De A-G constateerde dat ook door in r.o. 2.2.14 te spreken 'van een trustmaatschappij die als bestuurder instapt in vennootschappen die speciaal zijn opgericht om beleggers te interesseren voor een project'. Daarmee behoorde de naleving van de betrokken Nederlandse regelgeving in mijn beleving zonder enige

42 Westenbroek (diss.) 2017, par. 10.4.5.

43 Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 19; Handelingen II, 29 augustus 1985, p. 6344; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, JOR 2015/32 m.nt. M. Holtzer (Meepo), r.o. 3.7, 3.8 en 3.31; Hof Amsterdam 12 juni 2012, JOR 2012/348 (Nederlandse Rode Kruis), r.o. 3.3.2; Hof Leeuwarden 22 september 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ8485, r.o. 9.3; Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, JOR 2013/237 m.nt. U.B. Verboom (Landis), r.o. 9.19.5; Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, JOR 2014/291 m.nt. W.J.M. van Andel (Stichting Daidalos), r.o. 5.15; Rb. Alkmaar 5 augustus 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BJ5272. Zie voorts A.F. Verdam, Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3, *Ondernemingsrecht* 2013/102.

twijfel tot de 'core business' (het algemene en financiële beleid) van de bedoelde BVI-vennootschappen en vormde zij een kerntaak van het bestuur, waar iedere bestuurder dus verantwoordelijk voor is (zie par. 4.2 hiervoor). Zouden wij aannemen dat dit voor BVI-vennootschappen niet anders is (iets waar de Hoge Raad niet bij lijkt te hebben stilgestaan), dan had het voorgaande mijns inziens dus tot de conclusie moeten leiden dat eisers in beginsel hadden kunnen volstaan met de stelling dat de naleving van de betrokken wetgeving door de BVI-vennootschappen mede een taak van TMF Management was en dat de niet-naleving daarvan daarom het vermoeden rechtvaardigt dat TMF Management in dat verband een verwijt treft. De vraag of TMF Management in dat geval aansprakelijkheid had kunnen ontlopen, zou dan afhankelijk moeten zijn geweest van de vraag of TMF Management het vermoeden had kunnen weerleggen dat haar een verwijt viel te maken.

Daartoe had TMF Management in dat geval in eerste instantie bijvoorbeeld kunnen stellen dat zij ten aanzien van deze kerntaak van het bestuur vertrouwde op de specifieke vakkennis van haar medebestuurder Pot. Voor bestuurders van Nederlandse rechtspersonen geldt in dit verband dat iedere bestuurder in zekere zin mag afgaan op de juistheid van hetgeen aan hem door een medebestuurder is gerapporteerd.⁴⁴ Een bestuurder mag vertrouwen op vakkennis van medebestuurders. Heeft de bestuurder echter aanleiding daar niet zonder meer op te kunnen vertrouwen (op basis van een eigen objectieve-maatmananalyse van deze bestuurder over de capaciteiten van zijn medebestuurder), dan rust op de bestuurder echter wel de verplichting om extern advies in te winnen. Immers, een bestuurder dient bij het maken van afwegingen op een geïnformeerde grondslag en doordachte wijze te handelen⁴⁵ en zo nodig advies in te winnen bij deskundigen. Als het bestuur op een bepaald terrein onvoldoende expertise in huis heeft, dienen de bestuurders zich – met het oog op een behoorlijke taakvervulling – van extern advies door deskundigen te laten voorzien.⁴⁶ Dat kunnen deze bestuurders natuurlijk alleen maar doen door zélf te beoordelen of het bestuur als orgaan de nodige expertise in huis heeft. Waar het om gaat, is dat het bestuur als orgaan onderkent welke informatie en advisering benodigd zijn voor de (kern)activiteiten van de onderneming en ervoor zorgt dat deze behoorlijk worden ingevuld en uitgevoerd. De vraag of individuele bestuurders zich voldoende hebben laten informeren en adviseren, hangt af van onder meer (1) de aard, strekking en complexiteit van de materie, (2) de aard en waarneembaarheid van de gelopen risico's,

44 M. Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling* (diss. Rotterdam; Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 83), Deventer: Kluwer 2011, p. 41; Y. Borrius, *Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen/Besluitvorming – zelfstandige besluiten individuele bestuursleden*, in: M. Lückerath-Rovers, B. Bier, H. van Ees e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2012*, Deventer: Kluwer 2012, par. 8.5.3; Hof Amsterdam 21 september 2010, JOR 2011/40 m.nt. Wezeman (Stichting Freule Lauta van Aysma), r.o. 4.31 en 4.32.

45 B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam; Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 59), Deventer: Kluwer 2007, p. 525 en de daarin genoemde jurisprudentie.

46 Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, RO 2013/73 (Stichting Bureau Jeugdzorg).

Het trustkantoor als bestuurder en 'omgaan' in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470)

(3) de (te verwachten) kennis, ervaring en eventuele routine van het bestuur, (4) de kwaliteit, aard en omvang van de voorhanden informatie en (5) de kosten, tijdspanne en de financiële toestand van de vennootschap.⁴⁷

Zouden wij aannemen dat al het voorgaande voor BVI-vennootschappen niet anders is, dan plaats ik toch wel vraagtekens bij het feit dat blijkens de uitspraken van zowel het hof als de Hoge Raad op geen enkel moment de vraag aan de orde lijkt te zijn gekomen of TMF Management (1) zelf heeft stilgestaan bij de naleving van de Wte, aangezien dit een kerntaak van het bestuur was, (2) op dit vlak heeft stilgestaan bij de capaciteiten van Pot en/of (3) (zo nodig extern) advies heeft ingewonnen over de naleving van de Wte. Het lijkt erop dat de Hoge Raad zich volledig heeft gebaseerd op het feit dat TMF Management alleen maar een contractuele administratieve taak had als trustkantoor, en dat doet mijns inziens geen recht aan de verplichtingen die het Nederlandse recht (nogmaals: ik denk dat de Hoge Raad de nuance in par. 4.2 niet heeft onderkend) legt op statutair bestuurders.⁴⁸ Dit brengt mij op het punt van de plicht tot het houden van toezicht op medebestuurders en de taakverdeling tussen bestuurders.

4.4 *Onvoldoende toezicht op medebestuurder, taakverdeling en stelplicht bij externe aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW*

Zelfs als in de onderhavige zaak zou moeten worden aangenomen dat het toezien op de naleving van de betrokken wetgeving door de BVI-vennootschappen niet behoorde tot de kerntaken van het bestuur als college, dan geldt nog immer dat een eventuele taakverdeling niet allesbepalend is omdat, onafhankelijk van de specifieke taak die een bestuurder op zich heeft genomen, iedere bestuurder de verantwoordelijkheid blijft houden toezicht te houden op medebestuurders en in te grijpen indien dat nodig is. De wetgever heeft daar bij de invoering van het huidige art. 2:9 BW per 1 januari 2013 geen twijfel over laten bestaan. Om dat te onderstrepen citeer ik hieronder een aantal relevante passages uit de parlementaire geschiedenis:

‘Wanneer een bestuurder waarneemt dat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, zal die bestuurder moeten ingrijpen om beroep te kunnen blijven doen op de disculpatiegrond, ook wanneer de desbetreffende taak slechts aan de medebestuurder is toebedeeld.

47 Borrius 2012, par. 8.4.1, onder verwijzing naar Assink 2007, p. 516-526.

48 Zie ook P. van Schilfgaarde in NJ 2018/330 en R.A. Wolf in JIN 2018/95 die mede onder verwijzing naar F.J.P. van den Ingh, Collegiaal bestuurlijk toezicht, TvOB 2005-4, p. 115-121 om dezelfde reden kritisch is. Zie voorts (waarin auteur als advocaat betrokken was) Hof Amsterdam 2 februari 2010, JOR 2010/334 m.nt. W.J.M. van Andel die schreef: “De benadering van het hof lijkt mij juist. Als tussen een trustkantoor – als (beoogd) bestuurder – en de vennootschap c.q. de principaal één of meerdere overeenkomsten zijn gesloten waarin nader invulling wordt gegeven aan hun onderlinge rechtsverhoudingen, wil dat niet zeggen dat louter nog de *contractuele* band tussen partijen bepalend is voor de beoordeling en de kwalificatie van het handelen van dat trustkantoor. Het trustkantoor is in die situatie immers niet alleen een wederpartij die zich aan het contract dient te houden, maar – nog steeds – tevens een bestuurder die zich aan de wet en de statuten dient te houden.”

W.A. Westenbroek

De huidige wettekst laat enige twijfel toe over de vraag of een bestuurder die kan aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn werkkring behoorde, bevrijd is, waarna men niet meer toekomt aan de vraag of hij maatregelen had moeten treffen om het onheil af te wenden, zij het dat de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur een rol blijft spelen. (...) In de nieuwe tekst verzekert het woord “en” in het tweede lid dat de taakverdeling én de eventuele nalatigheid van de bestuurder om maatregelen te treffen, beide worden getoetst.⁴⁹

En:

‘Elke bestuurder is in beginsel aansprakelijk bij onbehoorlijk bestuur van een medebestuurder. Hij kan zich normaliter disculperen met een beroep op de onderlinge taakverdeling. (...) Dat is alleen anders wanneer [hij] slecht toezicht heeft gehouden of niet heeft ingegrepen terwijl hij wist dat de [mede]bestuurder onbehoorlijk bestuurde. (...). Het is in algemene zin echter wenselijk dat bestuurders zich periodiek op de hoogte stellen van de taakuitoefening door medebestuurders.’⁵⁰

En:

‘Een taakverdeling ontheft een bestuurder niet van de plicht om de werkzaamheden van zijn medebestuurders in het oog te houden.⁵¹ (...) Een taakverdeling laat de collectieve verantwoordelijkheid van de bestuurders onverlet. Als gevolg van die collectieve verantwoordelijkheid kan een bestuurder aansprakelijk zijn voor schade die optreedt als gevolg van onbehoorlijk bestuur van een andere bestuurder. (...) De consequentie van dit systeem is dat een bestuurder die opmerkt dat een andere bestuurder zijn taken niet of onjuist vervult en dat daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, moet ingrijpen om het risico van aansprakelijkheid te vermijden. Dat kan in een concreet geval betekenen dat een bestuurder een taak naar zich toe trekt, in afwijking van de eerder gemaakte afspraken over de verdeling van de taken. Hij is daartoe dus bevoegd.’⁵²

Nu zou kunnen worden beargumenteerd dat de voorgaande passages betrekking hebben op de interne aansprakelijkheid van een bestuurder en niet op de externe aansprakelijkheid van een bestuurder. Dat is juist, maar deze argumentatie zou wel ten onrechte eraan voorbijgaan dat de interne verantwoordelijkheid in een bredere maatschappelijke context moet worden geplaatst, omdat de op bestuurders rustende dwingendrechtelijke normen van art. 2:9 BW (en bijvoorbeeld ook

49 Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 8.

50 Kamerstukken I 2010/11, 31763, 28, item 4.

51 Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 6.

52 Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 15.

Het trustkantoor als bestuurder en 'omgaan' in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470)

art. 2:10 BW⁵³) kunnen doorspelen in het maatschappelijk verkeer. In het eerder aangehaalde art. 263 van het Belgisch Wetboek van Vennootschappen komt dit duidelijk naar voren waar is bepaald dat schending van een bepaling van dat wetboek ook tot aansprakelijkheid jegens derden leidt (het bestaan van schade is daartoe uiteraard wel een vereiste). Een tekortkoming in de nakoming van de in beginsel interne verantwoordelijkheden van de bestuurder kan simpelweg *extern* gevolgen hebben. Deze gedachte heeft nota bene mede aan de basis gelegen van de zo belangrijke tweede en derde antimisbruikwet, waarin bijvoorbeeld niet-naleving van de administratieplicht en publicatieplicht zelfs leidt tot de bekende bewijsvermoedens van art. 2:138/248 BW.⁵⁴ Assink stelde verder terecht dat het in de rede ligt de maatman-bestuurder evenzeer tot uitgangspunt te nemen in de externe aansprakelijkheidsanalyse op de voet van art. 6:162 BW.⁵⁵ Waar het op neerkomt, is dat de bestuurder van een rechtspersoon (1) een bepaalde geobjectieeerde kennisvoorsprong⁵⁶ heeft ten opzichte van de wederpartij (wist of behoorde te weten; vergelijk de Beklamel-norm) en (2) een bepaalde geobjectieeerde macht heeft om de rechtspersoon al dan niet bepaalde handelingen te laten verrichten en/of verplichtingen te laten aangaan en nakomen. Zo kan ook de bestuurder die niet persoonlijk de overeenkomst met een derde is aangegaan toch op grond van de Beklamel-norm aansprakelijk zijn, indien onvoldoende collegiaal toezicht ertoe heeft geleid dat hij niet heeft voorkomen dat zijn medebestuurder de overeenkomst is aangegaan.⁵⁷ Dat hangt namelijk onlosmakelijk samen met het feit dat de bestuurder een op de waarborgfunctie van het ondernemingsrecht gebaseerde bewaarnemersrol vervult voor de belangen betrokken bij de rechtspersoon. Uit die bewaarnemersrol vloeit een zekere zorgplicht voort om zorgvuldig met die kennis of die machtspositie om te gaan jegens derden.⁵⁸ In de regel leidt de toepassing van zorgplichten tot een *verschert* schuldbegrip (dus schuld wordt sneller aangenomen). Uit zorgplichten kunnen bijvoorbeeld onderzoeksplichten voortvloeien, die meebrengen dat een beroep op onwetendheid minder snel verschoonbaar zal worden geacht. Om een lang verhaal kort te maken: de bewaarnemersrol geeft invulling aan de maatschappelijke betamelijkheid die een bestuurder heeft na te leven.⁵⁹

53 Zie concreet Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, JOR 2014/291 m.nt. W.J.M. van Aniel (Stichting Daidalos), r.o. 5.15.

54 Zie over het verband tussen art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW Westenbroek (diss.) 2017, par. 3.7.

55 B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium voor het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1106. Zie voorts P. van Schilfgarde in NJ 2018/330.

56 L. Timmerman, *Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid*, WPNR 2016/7105, par. 13 wijst er ook op dat een superieure kennis van de bestuurder ten opzichte van een gemiddelde (maatman-)bestuurder van betekenis is voor het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag.

57 Zie bijv. Hof Amsterdam 5 juli 2001, JOR 2001/175.

58 Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 14.2 (online bijgewerkt tot 15 juli 2014). Zie voorts HR 6 december 2013, NJ 2014/167 m.nt. Van Schilfgarde (Fortis), r.o. 4.2.1.

59 Zie over al het voorgaande uitvoerig Westenbroek (diss.) 2017, par. 10.8 en Westenbroek (MvO) 2018 en de daarin genoemde bronnen. Zie voor een interessante benadering ook K.H.M. de Roo, *De nalevingsplicht van het bestuur van rechtspersonen*, *Ondernemingsrecht* 2018/2.

Gelet op hetgeen hiervoor in par. 4.2 is uiteengezet, zou het voorgaande mijns inziens moeten betekenen dat de Hoge Raad niet bij eisers de stelplicht had moeten leggen om aan te tonen dat TMF Management níét aan haar verplichtingen had voldaan, maar juist bij TMF Management de stelplicht had moeten leggen, opdat zij had kunnen stellen en zo nodig kunnen aantonen dat zij wél aan haar zorgverplichtingen had voldaan. Voor zover die zorgplicht niet tevens inhield het zelfstandig nagaan of de BVI-vennootschappen voldeden aan hun wettelijke verplichtingen, omdat dit tot een kerntaak behoorde, geldt in ieder geval dat die zorgplicht ook inhield het toezicht houden op medebestuurder Pot. Zie de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis. Uiteraard had de taakverdeling in dat geval TMF Management kunnen helpen bij het onderbouwen van de stelling dat zij zich niet in eerste instantie met de bedoelde wetgeving heeft beziggehouden en dat zij vertrouwde op de behoorlijke taakuitoefening door Pot, maar van TMF Management had mijns inziens wel verlangd kunnen worden antwoord te geven op de vraag op welke wijze zij zich had gekweten van de taak om daarop toezicht te houden.⁶⁰ Die vraag had alleen TMF Management – en niet eisers – kunnen beantwoorden, terwijl de beantwoording van die vraag cruciaal was ten einde te kunnen beoordelen of TMF Management redelijkerwijs heeft geweten of redelijkerwijs heeft behoren te weten dat de BVI-vennootschappen in strijd met de Nederlandse regelgeving hadden gehandeld.

Het hof en de Hoge Raad zagen dit anders. Zij oordeelden – kort gezegd – dat TMF Management slechts administratieve taken waren toebedeeld en dat behoudens door eisers aan te voeren feiten en omstandigheden TMF Management daarom geen (ernstig) verwijt ervan kan worden gemaakt dat de BVI-vennootschappen de betrokken regelgeving niet hadden nageleefd. Het hof overwoog (r.o. 3.6.4):

‘Gelet op het feit dat zij het verlenen van management- en administratieve services als bedrijfsvoering had, mag worden aangenomen dat laatstgenoemde omstandigheid een belangrijke reden is geweest om haar voor de bestuursfuncties in de BVI vennootschappen in te zetten. Van enige specifiek aan haar toebedeelde taak, anders dan de registratie van de DR Marketing inschrijvingen en het versturen van de aandeelbewijzen voor die aandelen (...) is niet gebleken. (...) Door [eisers] zijn verder geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat TMF Management heeft geweten of redelijkerwijs heeft behoren te weten dat (...)’

De A-G overwoog vervolgens (r.o. 3.1.7):

‘Het oordeel van het hof, dat TMF Management geen ernstig verwijt treft, rust in belangrijke mate op de overweging dat haar geen specifieke taak was

60 Door bijvoorbeeld aan te tonen dat zij zich ervan vergewist hebben dat over de regels die gelden voor de aanbieding van effecten deskundig advies is ingewonnen en dat conform dat advies is gehandeld. Vgl. Lennarts 2018, par. 3.7.

Het trustkantoor als bestuurder en 'omgaan' in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470)

toegekend, anders dan administratie en registratiewerkzaamheden. (...) Het oordeel van het hof dat TMF Management mede tegen die achtergrond niet persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden is niet onbegrijpelijk.'

De Hoge Raad overwoog vervolgens (r.o. 3.5.2):

'Het hof (...) heeft daarbij in aanmerking genomen dat de vestiging van TMF Management op de British Virgin Islands en de omstandigheid dat de bedrijfsvoering van TMF Management bestond uit het verlenen van management- en administratieve services, belangrijke redenen zijn geweest om TMF Management ten behoeve van de op die eilanden gevestigde vennootschappen in te zetten, en dat ook niet is gebleken dat zij andere dan – kort gezegd – administratieve werkzaamheden heeft verricht. Het oordeel dat TMF Management onder die omstandigheden niet persoonlijk een ernstig verwijt ervan kan worden gemaakt dat zij niet actief erop heeft toegezien dat de vennootschappen de art. 3 en 7 (oud) Wte 1995 naleefden, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.'

Ik denk dat deze overwegingen zich niet goed verhouden tot het recht zoals ik dat hiervoor heb uiteengezet. De Hoge Raad heeft echter wel een stap in de goede richting gezet door te overwegen dat het houden van onvoldoende toezicht op een medebestuurder onder omstandigheden persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder kan meebrengen. De Hoge Raad doelde, gelet op de context, op externe aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW en bevestigt daarmee dat de hiervoor door mij uiteengezette 'interne' normen om collegiaal toezicht te houden extern gevolgen kunnen hebben. Om de betrokken overweging van de Hoge Raad ook daadwerkelijk waardevol te laten zijn, is de concrete uitwerking van de overweging door de Hoge Raad echter bepalend. Die uitwerking stelt echter helaas teleur, omdat de Hoge Raad de betrokken overweging in deze zaak de facto tenietdoet door, zoals gezegd, de taakverdeling centraal te stellen en niet in te gaan op de vraag of los van die taakverdeling een verplichting bestond toezicht te houden op de taken van medebestuurders.

De Hoge Raad maakt verder niet duidelijk onder welke omstandigheden het houden van onvoldoende toezicht persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder kan meebrengen en legt in dit verband ten onrechte de stelplicht op eisers door uitdrukkelijk te overwegen dat eisers geen feiten en omstandigheden hadden gesteld waaruit blijkt dat TMF Management redelijkerwijs had behoren te weten dat haar medebestuurder (de Hoge Raad moet bedoeld hebben: de BVI-vennootschappen⁶¹) in strijd met de Nederlandse regelgeving had gehandeld. Hoe hadden eisers aan die stelplicht moeten voldoen anders dan, zoals zij gedaan hebben, simpelweg te stellen dat de BVI-vennootschappen de Wte niet hadden nageleefd?

61 Het gaat in de kern immers niet om de vraag of TMF Management wist of behoorde te weten of haar medebestuurder in strijd met de Nederlandse regelgeving had gehandeld. Van belang is of TMF Management wist of behoorde te weten dat de vennootschappen waarvan zij bestuurder was in strijd met de Nederlandse regelgeving hadden gehandeld.

Derden (zoals eisers) staan immers buiten de rechtspersoon. Zij kunnen daarom per definitie niet weten of en hoe bestuurders onderling met elkaar hebben gecommuniceerd en over welke wetenschap individuele bestuurders beschikten. Zij kunnen simpelweg niet weten of er wel of geen collegiaal toezicht is gehouden en of er al dan niet is ingegrepen door individuele bestuurders. Zij kunnen alleen maar zien hoe de rechtspersoon als geheel heeft geopereerd.⁶² Het in de Nederlandse wet vastgelegde systeem dat ervan uitgaat dat het bestuur als orgaan wordt geacht de rechtspersoon te besturen en te vertegenwoordigen en het daaraan ten grondslag liggende collegialiteitsbeginsel, dat een verplichting legt op bestuurders om toezicht op elkaar te houden, rechtvaardigen mijns inziens dat bestuurders moeten kunnen toelichten of zij aan de daaruit voortvloeiende interne verplichtingen hebben voldaan. Zou men het in meer dogmatische bewijsrechtelijke termen willen verwoorden, dan zou men kunnen spreken van een (weerlegbaar wettelijk, feitelijk of rechterlijk) vermoeden⁶³ dat iedere bestuurder kennis had of had behoren te hebben van de jegens een derde verrichte schadeveroorzakende handelingen of omissies van een individuele bestuurder als onderdeel van het bestuursorgaan,⁶⁴ welk vermoeden uiteraard door de bestuurder weerlegd kan worden.⁶⁵ Deze benadering doet recht aan het feit dat de derde steeds van doen heeft gehad met de rechtspersoon, vertegenwoordigd door het bestuur. Hij heeft geen inzicht in de wijze waarop individuele bestuurders intern hun taken verdeeld en vervuld hebben, en dus evenmin in de mate waarin individuele bestuurders bekend waren met informatie die hen had moeten bewegen om een door het bestuur bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon, die tot schade bij de derde zou leiden, te voorkomen. Het is een benadering die de facto wordt toegepast in het recente arrest *Kampschöer/Le Roux Fruit*

- 62 De overweging in r.o. 2.3.2 van de conclusie van de A-G is op zich juist, in zoverre dat een bestuurder (vanzelfsprekend) alleen maar aansprakelijk is wanneer hij zelf (persoonlijk) onrechtmatig heeft gehandeld, maar dat betekent niet, zoals Assink in het door de A-G aangehaalde citaat stelt, dat een derde zou moeten bewijzen 'dat de desbetreffende bestuurder persoonlijk jegens hem heeft gehandeld'. Het kan bijvoorbeeld ook zo zijn dat een bestuurder heeft nagelaten te handelen namens de rechtspersoon, of heeft nagelaten in te grijpen bij een medebestuurder en daardoor had moeten voorzien dat dit schade bij derden kon opleveren.
- 63 Zie over de wettelijke respectievelijk feitelijke of rechterlijke vermoedens onder meer Asser *Procesrecht/Asser 3* 2017/296-305 en W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling (Burgerlijk Proces & Praktijk, deel 3)*, Deventer: Kluwer 2004, par. 32-44. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om daar nader op in te gaan.
- 64 Dit neemt niet weg dat er proceseconomische redenen kunnen bestaan om niet alle bestuurders aan te spreken (bijv. omdat op voorhand voor de derde al duidelijk is dat bepaalde bestuurders niets te verwijten valt).
- 65 Het eerder aangehaalde art. 263 van het Belgische Wetboek van Vennootschappen (tweede zin) zegt in dit verband over de aansprakelijkheid jegens derden voor overtredingen uit dat Wetboek: 'Ten aanzien van de overtredingen waaraan zij geen deel hebben gehad, worden zij van die aansprakelijkheid slechts ontheven indien hun geen schuld kan worden verweten en zij die overtredingen hebben aangeklaagd op de eerste algemene vergadering nadat zij er kennis van hebben gekregen.' De bepaling laat duidelijk zien dat ook als de bestuurder niet zelf betrokken was bij de overtreding, hij nog steeds moet laten zien dat (1) hem geen schuld (gewoon verwijt) treft (oftewel: hij kon het niet weten) én zelfs (2) dat hij de overtreding heeft aangekaart zodra hij het wel wist.

Het trustkantoor als bestuurder en 'omgaan' in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470)

Exporters, dat gaat over de externe aansprakelijkheid van tweedegraadsbestuurders. Er bestaat echter geen enkele reden waarom diezelfde benadering niet ook zou moeten gelden bij de beoordeling van externe aansprakelijkheid van eerste-graadsbestuurders.⁶⁶

5 Tot slot

Ik zou gelet op al het voorgaande (en geabstraheerd van de nuance in par. 4.2) menen dat een te zware stelplicht op eisers is gelegd en dat het juist op de weg van TMF Management had moeten liggen om te onderbouwen waarom zij 'redelijkerwijs *niet* behoorde te weten' dat de BVI-vennootschappen in strijd met de Nederlandse regelgeving hadden gehandeld. Voor de goede orde, ik zeg daarmee niet dat ik meen dat TMF Management een verwijt jegens eisers valt te maken. Ik zeg alleen wel dat het onbegrijpelijk is dat in een zaak die zoveel jaren in beslag heeft genomen uiteindelijk helemaal niet goed lijkt te zijn onderzocht óf TMF Management een verwijt kon worden gemaakt, terwijl het feit dat TMF Management een trustkantoor is, en niet vooral een statutair bestuurder, daarin ten onrechte een centrale rol lijkt te hebben gespeeld.

Uit het arrest *Intertrust/Ontvanger*⁶⁷ volgt dat voor de externe aansprakelijkheid van een trustbestuurder geen andere maatstaf geldt dan voor iedere andere bestuurder van een rechtspersoon. Zowel de A-G als de Hoge Raad refereert aan dit arrest.⁶⁸ Dat de Hoge Raad dusdanig veel belang hecht aan het feit dat de bedrijfsvoering van TMF Management bestond uit het verlenen van 'management- en administratieve services', doet echter de vraag rijzen of de Hoge Raad deze stelregel in de onderhavige zaak vooral voor de bühne heeft gehanteerd, maar in de praktijk het trustkantoor toch anders heeft behandeld.

Wat hier ook van zij, ik kan mij niet voorstellen dat de Hoge Raad met deze zaak bedoeld heeft een 'landmark'-arrest te wijzen waar trustbestuurders geruststelling aan zouden kunnen ontleen om zich in de toekomst niet al te veel aan te hoeven trekken van de wijze waarop medebestuurders hun taken vervullen. Dat zou het interne en externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht uithollen op een wijze die de Hoge Raad niet bedoeld kan hebben. Wat dat betreft zou ik menen

66 Zie over het voorgaande uitvoerig Westenbroek (diss.) 2017, par. 11.5 en Westenbroek (MvO) 2018 en de daarin genoemde bronnen.

67 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8686, NJ 2011/477 m.nt. Zwemmer, JOR 2011/285 m.nt. Tekstra (*Intertrust/Ontvanger*, ook aangeduid als MPT/Ontvanger), r.o. 3.6.1. Zie verder: K. Frielink, *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in de Caribische delen van het Koninkrijk*, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied* (Uitgave vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 731-759, par. 4.4: 'Wat betreft het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid heeft een trustbestuurder, gezien de rechtspraak van de Hoge Raad, echter te gelden als een volwaardige bestuurder en zal zijn doen en nalaten overeenkomstig die norm worden getoetst.'

68 R.o. 2.2.15 conclusie en r.o. 3.3.2 arrest.

W.A. Westenbroek

dat de volgende in cassatie onbestreden en in stand gelaten overweging van het hof in de zaak Intertrust/Ontvanger nog immer geldt:

‘Een trustkantoor dat het bestuur van een besloten vennootschap op zich neemt is (in elk geval voor zover niet op de voet van art. 2:239 BW een statutaire beperking is aangebracht) volwaardig bestuurder en kan zich niet beperken tot de functie van brievenbus of secretariaat. De Nederlandse wetgeving laat zo een beperkte taakopvatting niet toe. Had MeesPierson Trust aan haar onderzoeksplicht voldaan, dan had zij moeten bemerken dat het vervreemden van aandelen die Hilltop nog geen half jaar tevoren had verworven tot gevolg kon hebben dat alsnog kapitaalbelasting zou worden geheven.’⁶⁹

Voor trustkantoren geldt mijns inziens dan ook het advies het in deze bijdrage besproken arrest niet als vrijbrief te zien om geen toezicht te houden op de behoorlijke taakvervulling door medebestuurders.

69 R.o. 3.25 van het hof, kenbaar uit HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8686, NJ 2011/477 m.nt. Zwemmer, JOR 2011/285 m.nt. Tekstra (Intertrust/Ontvanger, ook aangeduid als MPT/Ontvanger).