

95

Hoge Raad
30 maart 2018, nr. 16/06014
ECLI:NL:HR:2018:470
(mr. Numann, mr. Snijders, mr. Tanja-van den Broek, mr. Kroeze, mr. Sieburgh)
(concl. A-G mr. Drijber (niet opgenomen; Red.))
Noot R.A. Wolf

Financieel recht. Onrechtmatige daad. Aansprakelijkheid van bestuurders. Voldoende ernstig persoonlijk verwijt.

Bestuurdersaansprakelijkheid (art. 6:162 BW). Vervolg op HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1979, NJ 2011/8. Invloed collegiale verantwoordelijkheid van bestuurders (art. 2:9 BW) op persoonlijk ernstig verwijt als bestuurder. Betekenis van schending van normen van financieel recht (art. 3 en 7 (oud) Wte 1995).

[BW art. 2:9; BW art. 6:162]

Onderdeel 1 van het middel klaagt in de kern dat het hof heeft miskend dat de collegiale verantwoordelijkheid van bestuurders (zoals bedoeld in art. 2:9 BW) de eis van een persoonlijk ernstig verwijt (ook) in het kader van art. 6:162 BW mede vormgeeft en dat het hof hierop gerichte stellingen van [eisers] ten onrechte niet of niet voldoende kenbaar in zijn oordeel heeft betrokken. Ook bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW geldt dat in beginsel alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld, tot de taak van iedere bestuurder behoren, en dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Het voorgaande heeft in het bijzonder gevolgen voor de aansprakelijkheid voor nalaten. Het hof heeft terecht tot uitgangspunt genomen de maatstaf van HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofs), die nadien is bevestigd in HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 (Hezemans Air) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 (RCI). Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is het uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van een zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Het voorgaande geldt onverkort als een trustmaatschappij als bestuurder optreedt (HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8686, NJ 2011/477).

Uit het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt dat de bestuurder moet kunnen worden gemaakt, volgt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid, behoudens bij toepassing van art. 2:11 BW (HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, NJ 2017/215), voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit handelen (waaronder is begrepen nalaten) aan hem kan worden toegerekend.

1. [Eiser 1], en 67 anderen ([eiser 1] is genoemd op het voorblad van het exploit, de overige 67 eisers staan vermeld op een lijst die aan de cassatiedagvaarding is gehecht. Alleen Zig B.V., genoemd als appellant sub 67 in het bestreden arrest, staat niet vermeld in de cassatiedagvaarding en heeft dus kennelijk in het bestreden arrest berust), eisers tot cassatie, advocaten: mr. D. Rijpma, voorheen mede mr. C.J-A. Seinen, tegen
1. de rechtspersoon naar vreemd recht *TMF Management (BVI), Ltd.*, gevestigd te Tortola, British Virgin Islands,
2. *TMF Netherlands B.V.*, voorheen *TMF Nederland B.V.*, gevestigd te Amsterdam, verweersters in cassatie, advocaat: mr. B.T.M. van der Wiel.

Eisers zullen hierna ook worden aangeduid als [eisers], verweersters zullen hierna afzonderlijk worden aangeduid als *TMF Management* en *TMF Nederland* en gezamenlijk als *TMF c.s.*

Hoge Raad:

1. Het geding

Voor het verloop van het geding tot dusver verwijst de Hoge Raad naar:

- zijn arrest in de zaak 09/01879 ECLI:NL:HR:2010:BO1979, NJ 2011/8 van 17 december 2010;
 - het arrest in de zaak 200.174.250/01 van het gerechtshof Den Haag van 1 september 2015.
 - het arrest in de zaak 200.177.939/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 6 september 2016.
- De arresten van het gerechtshof Den Haag en het gerechtshof 's-Hertogenbosch zijn aan dit arrest gehecht.

2. Het tweede geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 6 september 2016 hebben [eisers] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

TMF c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep en vorderen wettelijke rente over de toe te wijzen proceskosten. De zaak is voor *TMF c.s.* toegelicht door hun advocaat. De conclusie van de advocaat-generaal B.J. Drijber strekt tot verwerping van het cassatieberoep. De advocaat van [eisers] heeft bij brief van 21 december 2017 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- [betrokkene 2] heeft in 1997 het initiatief genomen tot realisatie van een resort met hotels en appartementen in de Dominicaanse Republiek (hierna: het project).
- Voor het project zijn vennootschappen opgericht waarover [betrokkene 2] als (indirect) aandeelhouder de zeggenschap had (hierna gezamenlijk: [betrokkene 2] c.s.).

(iii) TMF Management was, al dan niet samen met [betrokkene 2], bestuurder van een deel van de hiervoor onder (ii) bedoelde vennootschappen.

(iv) Derden konden op uiteenlopende wijzen als belegger investeren in het project. [eisers] hebben op enig moment tussen 1997 en november 2002 geïnvesteerd door aandelen in een of meer vennootschappen te kopen.

(v) Het project is niet doorgegaan. [eisers] hebben hierdoor schade geleden.

3.2.1. De vorderingen van [eisers] tegen TMF c.s. strekken onder meer tot betaling van schadevergoeding.

Aan hun vordering tegen TMF Management hebben [eisers] onder meer ten grondslag gelegd dat TMF Management in haar hoedanigheid van bestuurder van een deel van de hiervoor in 3.1 onder (ii) bedoelde vennootschappen, niet heeft voorkomen dat deze vennootschappen hebben gehandeld in strijd met het bepaalde in de art. 3 en 7 (oud) van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (hierna: Wte 1995). Rechtbank en het gerechtshof Amsterdam hebben de vorderingen afgewezen. De Hoge Raad heeft het arrest van het gerechtshof Amsterdam vernietigd bij arrest van 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1979, NJ 2011/8. De zaak is verwezen naar het hof.

3.2.2. Het hof heeft de vorderingen van [eisers] andermaal afgewezen en daartoe, samengevat, als volgt overwogen.

a. Het uitgangspunt dat een rechtspersoon aansprakelijk is voor de gevolgen van zijn onrechtmatig handelen jegens een derde en dat die gevolgen in beginsel niet aan een bestuurder van een rechtspersoon in privé kunnen worden toegerekend, lijdt slechts uitzondering indien die bestuurder van zijn handelen of nalaten persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen)) (rov. 3.6.1-3.6.3).

b. Over de aanbieding in Nederland van aandelen in strijd met art. 3 (oud) Wte 1995 (zonder prospectus) en het in strijd met art. 7 (oud) Wte 1995 (zonder vergunning) optreden als effectenbemiddelaar, hebben [eisers] onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd op grond waarvan tot een persoonlijk onrechtmatig handelen of nalaten van TMF Management in de hiervoor omschreven zin kan worden geconcludeerd. De stelling van [eisers] dat naleving van de effectenwetgeving een collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur behoort te zijn en dat iedere bestuurder daarvoor verantwoordelijk is, is wellicht van belang voor de interne verantwoordelijkheid van een bestuurder jegens de vennootschap. Daaruit volgt echter niet dat de bestuurder die niet op de naleving heeft toegezien, persoonlijk onrechtmatig handelen jegens een derde kan worden verweten.

In dit geval gaat het om een project waarvan [betrokkene 2] de geestelijk vader en initiator was. [betrokkene 2] was Nederlander met connecties in Nederland. Hij was bij uitstek de persoon om de aanbieding en verkoop van aandelen in Nederland in het kader van het project ter hand te nemen. TMF Management was (mede)bestuurder van vier van de vennootschappen die voor het project waren opgericht. TMF Management was een op de British Virgin Islands (BVI) gevestigde vennootschap. 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 inschrijvingen en het versturen van de aandeelbewijzen voor die aandelen en het (in dit geding verder niet relevante, aan TMF Nederland gedelegeerde) beheer van de depotbetalingen voor de appartementsrechten, is niet gebleken.

Dat TMF Management zich niet heeft bemoeid met de aanbieding en verkoop van aandelen door [betrokkene 2] c.s. in Nederland en niet erop heeft toegezien of daarbij de Nederlandse regelgeving in acht werd genomen, kan haar, zo zij daarvoor al intern verantwoordelijk zou kunnen worden gesteld, in de hiervoor omschreven omstandigheden niet persoonlijk als een zodanig onzorgvuldig handelen jegens [eisers] worden verweten dat zij op die grond persoonlijk voor de door [eisers] daarvoor geleden schade aansprakelijk kan worden gehouden. Door [eisers] zijn verder geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat TMF Management heeft geweten of redelijkerwijs heeft behoren te weten dat [betrokkene 2] c.s. in strijd met de Nederlandse regelgeving voormelde aandelen in Nederland hebben aangeboden en verkocht en dat [eisers] daarvan na deel zouden ondervinden. (rov. 3.6.4)

3.3.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt in de kern dat het hof heeft miskend dat de collegiale verantwoordelijkheid van bestuurders (zoals bedoeld in art. 2:9 BW) de eis van een persoonlijk ernstig verwijt (ook) in het kader van art. 6:162 BW mede vorm geeft en dat het hof hierop gerichte stellingen van [eisers] ten onrechte niet of niet voldoende kenbaar in zijn oordeel heeft betrokken. Ook bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW geldt dat in beginsel alle bestuurders die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld, tot de taak van iedere bestuurder behoren, en dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Het voorgaande heeft in het bijzonder gevolgen voor de aansprakelijkheid voor nalaten.

3.3.2. Het hof heeft terecht tot uitgangspunt genomen de maatstaf van HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen), die nadien is bevestigd in HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 (Hezemans Air) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 (RCI).

Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.

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

Het voorgaande geldt onverkort als een trustmaatschappij als bestuurder optreedt (HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8686, NJ 2011/477).

3.3.3. Uit het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt dat de bestuurder moet kunnen worden gemaakt, volgt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid, behoudens bij toepassing van art. 2:11 BW (HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, NJ 2017/215), voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig heeft ge-

handeld en dat dit handelen (waaronder is begrepen nalaten) aan hem kan worden toegerekend.

3.3.4. Uit het voorgaande volgt dat bij de toepassing van art. 6:162 BW in een geval als het onderhavige, de aan onderdeel 1 ten grondslag liggende rechtsopvatting niet kan worden aanvaard. Het onderdeel faalt dus.

3.4.1. Onderdeel 3 klaagt in de kern dat de niet-naleving door een vennootschap van wettelijke voorschriften ter bescherming van het belegend publiek, zoals de art. 3 en 7 (oud) Wte 1995, in beginsel, althans eerder dan bij andere normschendingen, aansprakelijkheid meebrengt van iedere bestuurder van die vennootschap. Met de niet-naleving van dergelijke voorschriften is een persoonlijk ernstig verwijt in beginsel gegeven.

3.4.2. Ook als een vennootschap wettelijke voorschriften ter bescherming van het belegend publiek schendt, geldt voor de aansprakelijkheid van een bestuurder van die vennootschap jegens derden, het hiervoor in 3.3.2 genoemde vereiste dat die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarmee verdraagt zich niet dat in dat geval de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van art. 6:162 BW wordt aangenomen zonder dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt, of dat die aansprakelijkheid wordt aangenomen op grond van een vermoeden van een persoonlijk ernstig verwijt. De rechtsopvatting die onderdeel 3 verdedigt, kan niet worden aanvaard. Het onderdeel faalt om die reden.

3.5.1. Het middel klaagt voorts in diverse onderdelen over de verwerping van de stelling van [eisers] dat sprake is van persoonlijk ernstig verwijtbaar nalaten van TMF Management als bestuurder, doordat zij niet erop heeft toegezien dat de vennootschappen waarvan zij (mede)bestuurder was, de toepasselijke Nederlandse regelgeving naleefden. Het betoogt in dat verband onder meer dat van persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder sprake kan zijn als deze niet of onvoldoende heeft toegezien op de wijze van uitoefening van een taak door een andere bestuurder, aan wie deze taak was toebedeeld.

3.5.2. Op zichzelf is juist 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. Het hof heeft dit evenwel niet miskend. Het heeft het daarop betrekking hebbende verwijt van [eisers] immers onderzocht en is tot het oordeel gekomen dat [eisers] geen feiten en omstandigheden hebben gesteld waaruit blijkt dat TMF Management heeft geweten of redelijkerwijs heeft behoren te weten (waarmee het hof kennelijk heeft bedoeld: wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen) dat [betrokkene 2] c.s. in strijd met de Nederlandse regelgeving hebben gehandeld (rov. 3.6.4). Het 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.

3.6. Ook de overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eisers] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van TMF c.s. begroot op € 6.590,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eisers] deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

NOOT

1. In deze annotatie staat de externe aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een schuldeiser op grond van onrechtmatige daad centraal. Meer in het bijzonder zijn in dat kader de vragen of (i) bij een meerhoofdig bestuur de collectieve verantwoordelijkheid leidt tot collectieve (en hoofdelijke) aansprakelijkheid, en (ii) het nalaten van het houden van toezicht door een medebestuurder op het naleven van wettelijke bepalingen door de andere bestuurder(s) tot een persoonlijk ernstig verwijt van die medebestuurder leidt.

2. Bestuurder A was in 1997 de initiatiefnemer van een project in de Dominicaanse Republiek, waarbij een resort van hotels en appartementen gerealiseerd zou worden. Daarvoor werd een aantal vennootschappen opgericht: (i) GolfOne Group Inc. voor de exploitatie van het project en die tevens als holdingmaatschappij fungeerde; (ii) Construction Inc. voor de ontwikkeling en bouw van het project en de verkoop van appartementsrechten; (iii) GolfOne Host Inc. voor het aantrekken van geld voor de voorontwikkelingskosten van GolfOne Group; (iv) CPC Inc., houder van de verkooprechten van de verschillende beleggingsproducten van GolfOne Group; (v) Caribbean Comfort B.V. die namens CPC appartementsrechten verkocht; en (vi) DR Marketing Inc., een dochtervennootschap van CPC, voor het stimuleren van de verkoop van appartementsrechten door CPC en Caribbean Comfort. Bestuurder A had als aandeelhouder de zeggenschap over deze vennootschappen. TMF Management (BVI) Ltd. (hierna: 'TMF Management') was samen met bestuurder A bestuurder van GolfOne Group, tot 10 december 2002 bestuurder van CPC en tot 12 oktober 2002 bestuurder van DR Marketing. TMF Management was tot 1 november 2009 enig bestuurder van Construction Inc. en tot 11 juni 2009 enig bestuurder van GolfOne Host. Bestuurder A was enig bestuurder van Caribbean Comfort. TMF Nederland B.V. (hierna: 'TMF Nederland') was trustee en trad niet als bestuurder op. TMF Management en TMF Nederland worden hierna samen aangeduid als 'TMF c.s.'. Derden konden als belegger in het project investeren. Eisers tot cassatie (hierna: 'beleggers', in totaal 68) hebben tussen 1997 en november 2002 in het project geïnvesteerd door het kopen van aandelen in DR Marketing, Caribbean Comfort en/of GolfOne Host. Het project is niet doorgegaan. De beleggers hebben schade geleden door het waardeloos worden van de door hen gekochte aandelen. Zij hebben in 2009 en 2010 hun door het Gerechtshof Amsterdam tegen bestuurder A toegewezen vordering tot een bedrag van € 264.960,= op die bestuurder kunnen verhalen; de rest van de door hen geleden schade niet. Ook jegens TMF c.s. hebben de beleggers vorderingen tot schadevergoeding ingesteld. TMF Management heeft in haar hoedanigheid van bestuurder van de hiervoor genoemde vennootschappen niet voorkomen dat deze vennootschappen hebben gehandeld in strijd met art. 3 en 7 (oud) van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (thans: Wft). De rechtbank en het Gerechtshof Amsterdam hebben de vorderingen afgewezen. De Hoge Raad heeft het arrest van dat hof vernietigd (zie ECLI:NL:HR:2010:BO1979, NJ 2011/8). De zaak is verwezen naar het Gerechtshof Den Bosch. Ook dat hof heeft de

vorderingen van de beleggers afgewezen. Voor de kernoverweging die tot die afwijzing heeft geleid, verwijs ik naar r.o. 3.2.2 van het arrest van de Hoge Raad. Ik kom in sub 7 en 11 van deze annotatie daarop terug.

3. Tegen het arrest van het Gerechtshof Den Bosch hebben de beleggers cassatie ingesteld. De beleggers stellen dat de collegiale verantwoordelijkheid van bestuurders (zoals bedoeld in art. 2:9 BW) de eis van een persoonlijk ernstig verwijt (ook) in het kader van art. 6:162 BW mede vormgeeft. Meer in het bijzonder stellen zij dat ook bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW in beginsel geldt dat alle bestuurders die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld, tot de taak van iedere bestuurder behoren, en dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Dat heeft in het bijzonder gevolgen voor de aansprakelijkheid voor nalaten, zoals in deze casus aan de orde was. Dat brengt collectieve aansprakelijkheid mee, aldus het middel.

4. De Hoge Raad gaat niet in deze gedachte mee en doet onder verwijzing naar een aantal standaardarresten dit onderdeel van het middel vrij kort af, zie r.o. 3.3.2-3.3.4 (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*), HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 (*Hezemans Air*) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 (*RCI*)). Het gaat om een secundaire aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap jegens een derde op grond van onrechtmatige daad, waarvoor bijzondere omstandigheden zijn vereist en een hoge drempel geldt. Deze hoge drempel wordt gerechtvaardigd omdat ten opzichte van de derde 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 (zie recent: B. Assink, L. Timmerman & J.B. Wezeman (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, IVO-reeks deel 104, Deventer: Wolters Kluwer 2017). Of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Een en ander geldt ook als een trustmaatschappij als bestuurder optreedt, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.3.2 (zie HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8686, NJ 2011/477). De Hoge Raad vervolgt met de overweging (r.o. 3.3.3) dat uit het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt dat de bestuurder moet kunnen worden gemaakt, volgt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit handelen (waaronder is begrepen nalaten) aan hem kan worden toegerekend. Dit geldt niet als art. 2:11 BW toepassing vindt, aldus de Hoge Raad (zie HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, NJ 2017/215, m.nt. P. van Schilfgaarde, «JOR» 2017/121, m.nt. A.F.J.A. Leijten, *Ondernemingsrecht* 2017/79, m.nt. M. Mussche en Y. Borrius, *Ars Aequi* 20170523, m.nt. S.M. Bartman en C.E. Hanegraaf en «JIN» 2017/51, m.nt. R.A. Wolf). Kort gezegd: collectieve verantwoordelijkheid brengt in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad jegens een schuldeiser geen hoofdelijke aansprakelijkheid mee.

5. Een ander onderdeel van het cassatiemiddel betoogde dat de niet-naleving door een vennootschap van wettelijke voorschriften ter bescherming van het belegend publiek, zoals art. 3 en 7 (oud) Wte 1995, in beginsel, althans eerder dan bij andere normschendingen, aansprakelijkheid meebrengt van iedere bestuurder van die vennootschap. Met de niet-naleving van dergelijke voorschriften is een persoonlijk ernstig verwijt in beginsel gegeven (zie r.o. 3.4.1).

6. Ook dit onderdeel doet de Hoge Raad kort af. Hij verwijst naar de regels die uit de standaardarresten volgen. Daarmee verdraagt zich niet dat in dat geval de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van art. 6:162 BW wordt aangenomen zonder dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt, of dat die aansprakelijkheid wordt aangenomen op grond van een vermoeden van een persoonlijk ernstig verwijt, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.4.2.

7. Het cassatiemiddel betoogde in de diverse onderdelen bovendien dat van persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder sprake kan zijn als deze niet of onvoldoende heeft toegezien op de wijze van uitoefening van een taak door een andere bestuurder aan wie deze taak was toebedeeld (zie r.o. 3.5.1). De Hoge Raad onderschrijft dat en stelt vast dat het hof dit niet heeft miskend (zie r.o. 3.5.2). De beleggers hebben volgens het hof geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat TMF Management wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat bestuurder A in strijd met de (thans) Wft heeft gehandeld. In zijn overwegingen heeft het hof betrokken dat TMF Management op de British Virgin Islands is gevestigd en dat de bedrijfsvoering van TMF Management bestond uit het verlenen van management- en administratieve diensten. Dat waren belangrijke redenen om TMF Management voor de op die eilanden gevestigde vennootschappen in te zetten. Het is niet gebleken dat zij andere dan administratieve werkzaamheden heeft verricht, aldus het hof. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het oordeel van het hof dat TMF Management onder die omstandigheden niet persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt dat zij niet actief erop heeft toegezien dat de vennootschappen art. 3 en 7 (oud) Wte 1995 naleefden, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting geeft en niet onbegrijpelijk is.

8. Het arrest van de Hoge Raad is in die zin niet verrassend, omdat het past binnen de kaders van het leerstuk van de secundaire aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap jegens een derde op grond van onrechtmatige daad. Anders dan bij bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW, art. 2:138/248 BW en art. 36 Invorderingswet is bij deze aansprakelijkheid geen sprake van een collectieve en hoofdelijke aansprakelijkheid, zoals dat in het eerste en tweede onderdeel van het cassatiemiddel (zie sub 3 en 5 van deze annotatie) wel werd betoogd. Dat de Hoge Raad niet meegaat in het betoog dat schending van belangrijke, wettelijke voorschriften ter bescherming van het belegend publiek een collectieve aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW oplevert, houdt niet in dat een bestuurder in een meerhoofdige bestuur nimmer jegens derden op deze grond aansprakelijk zou kunnen zijn. Dat kan wel, maar alleen als die bestuurder gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval een persoonlijk ernstig verwijt treft, waarvoor een hoge drempel geldt.

9. Het is niet voor het eerst dat de Hoge Raad deze regel ten aanzien van de niet-handelend bestuurder heeft geformuleerd. Uit het *Pelco/Sturkenboom*-arrest (HR 8 januari 1999, NJ 1999/318, m.nt. Ma) volgde al dat voor de aansprakelijkheid van een bestuurder voor schade als gevolg van de wanprestatie van de vennootschap ter zake van een transactie waarbij deze bestuurder de vennootschap niet vertegenwoordigde het noodzakelijk is dat die bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarvoor zijn bijzondere omstandigheden vereist, bijvoorbeeld dat die bestuurder anderszins nauw bij de overeenkomst betrokken is (zie r.o. 3.7 onder iii van het *Pelco/Sturkenboom*-arrest). Deze bijzondere omstandigheden moeten door de schuldeiser worden gesteld (r.o. 3.7 onder iv) en bij gemotiveerde betwisting bewezen worden. Het enkele onbetaald laten van de factuur door de vennootschap is onvoldoende.

10. Terug naar het arrest dat in deze annotatie centraal staat. De

vraag is of sprake kan zijn van een persoonlijk ernstig verwijt als een bestuurder niet erop heeft toegezien dat de vennootschap waarvan hij (mede)bestuurder is, de toepasselijke Nederlandse regelgeving naleeft. Anders gezegd: kan falend toezicht van een medebestuurder in het kader van een collegiaal bestuur leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid jegens een schuldeiser? Dat is wel in de literatuur betoogd, bijvoorbeeld: F.J.P. van den Ingh, 'Collegiaal bestuurlijk toezicht', *TvOB* 2005-4, p. 115-121. De normschending in het kader van het persoonlijk ernstig verwijt is dan het gebrek aan (adequaat) toezicht. Dat is in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Van den Ingh verwijst niet alleen naar het *Pelco/Sturkenboom*-arrest, maar ook naar het *Barbortje*-arrest (Hof Amsterdam 5 juli 2001, «JOR» 2001/175). In dat laatste arrest overwoog het hof dat een bestuurder aansprakelijk kan zijn als hij op de hoogte was of behoorde te zijn van de bestellingen bij een leverancier zonder dat er voldoende uitzicht bestond dat de vennootschap de facturen ter zake zou kunnen voldoen, of als hij de omvang van de bestellingen niet kende maar hij de andere bestuurders de gelegenheid heeft gegeven deze bestellingen namens de vennootschap bij de leverancier te doen, zonder dat daarop het toezicht werd gehouden dat minimaal van een bestuurder kan worden verlangd met de daarbij toe te passen controle- en correctie maatregelen. Van den Ingh plaatst zijn betoog in het licht van de financiële positie van de vennootschap.

11. Dat laatste was niet wat primair in het cassatiemiddel centraal stond (zie onderdeel 2.1.4 van de conclusie A-G). In de eerste plaats ging het om het nalaten van TMF Management erop toe te zien dat bestuurder A niet in strijd met de (thans) Wft zou handelen. De beleggers stellen in het cassatiemiddel vervolgens dat de collegiale verantwoordelijkheid van bestuurders (zoals bedoeld in art. 2:9 BW) de eis van een persoonlijk ernstig verwijt (ook) in het kader van art. 6:162 BW mede vormgeeft. Meer in het bijzonder stellen zij dat ook bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW in beginsel geldt dat alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld, tot de taak van iedere bestuurder behoren, en dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Geheel onlogisch lijkt deze gedachte niet. In Gerechtshof Amsterdam 11 december 2012, «JOR» 2013/5, m.n.t. Borrius, was een bestuurder van een stichting derdengelden op grond van art. 2:9 BW aansprakelijk omdat hij geen of onvoldoende controle hield op betalingen van die stichting. Zijn te passieve opstelling leverde een ernstig verwijt op. Zou het nalaten van het toezicht houden door de medebestuurder op zijn andere bestuurder(s) of die andere bestuurder(s) zich aan de wet houden niet als een bijzondere omstandigheid kunnen worden aangemerkt, vereist voor het die medebestuurder te treffen persoonlijk ernstig verwijt? Zou een andere bijzondere omstandigheid in het kader van het vaststellen van dat persoonlijk ernstig verwijt kunnen zijn het feit dat TMF Management een wereldwijde, professionele organisatie is die bij vele vennootschappen als bestuurder optreedt (zie bijvoorbeeld ook de Cancun-beschikkingen)? In het kader daarvan zou juist verwacht mogen worden dat een dergelijke organisatie (en bestuurder) toezicht houdt op zijn medebestuurder(s) of die zich wel aan de wet houdt(t)(en). Wat mij betreft kunnen dan ook vraagtekens worden gesteld bij de overwegingen van het hof (en de 'goedkeuring' daarvan door de Hoge Raad) dat TMF Management op de British Virgin Islands gevestigd is en dat zij management- en administratieve diensten verleende. Het ging in dit geval om vennootschappen die waren opgericht om een resort met hotels en appartementen te realiseren waarin belegend publiek kon investeren. De (thans) Wft is in dat kader en voor de aard van deze onderneming essentiële wetgeving. TMF Management was geen specifieke taak toebedeeld, anders dan de registratie van de

inschrijvingen en het versturen van de aandelebewijzen voor die aandelen en het (aan TMF Nederland gedelegeerde) beheer van de depotbetalingen voor de appartementsrechten. Dat komt mij voor als werkzaamheden gerelateerd aan de Wft en in het kader van de door de beleggers gedane investeringen.

Ik vraag mij overigens af of het hof het als een relevante omstandigheid heeft gezien dat bestuurder A in strijd met de Nederlandse wetgeving, de Wft, in Nederland aandelen heeft aangeboden. Zie r.o. 3.1.2 van het arrest op welke plaats naar r.o. 3.6.4 van het arrest van het hof wordt verwezen. Wellicht ligt in die formulering onbedoeld de nadruk op Nederland. Dat zou voor een buitenlandse bestuurder, zoals TMF Management, niet moeten uitmaken. Iedere bestuurder moet ervoor zorgen dat de vennootschap en de door haar gedreven onderneming conform de wettelijke bepalingen handelt in de jurisdicties waarin zij opereert. A-G Drijber gaat in zijn conclusie op de hiervoor genoemde bijzondere omstandigheden in. Voor hem zijn die omstandigheden geen aanleiding aansprakelijkheid aan te nemen. Zie onderdeel 2.2.7-2.2.15 van zijn conclusie.

12. Hoe het ook zij, het voorgaande toont eens temeer aan dat de gedachten over het ernstig-verwijtcriterium in beweging zijn. Ik verwijs bijvoorbeeld naar W.A. Westenbroek, 'Metaalmoeheid na 88 jaar "externe" bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat ernstig verwijt maatstaf los', *Ondernemingsrecht* 2015/69, en zijn dissertatie *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*, IVO-reeks deel 108, Deventer: Wolters Kluwer 2017, B.I. Kraaijpoel en E.J. Oppedijk van Veen, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2016: it's the end of the world as we know it (and I feel fine)', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2016-2017, Serie VHI deel 141, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 2, p. 4-5, en L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', *WPNR* 2016/7105, p. 329 (sub 10).

R.A. Wolf

UdinkScheepel Advocaten Den Haag en universitair docent Maastricht University (ICGI)

699

96
<p>Hoge Raad 13 april 2018, nr. 17/03121 ECLI:NL:HR:2018:597 ECLI:NL:PHR:2018:87 (mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Polak, mr. Sieburgh, mr. Wattendorff) (concl. A-G mr. Wesseling-van Gent) Noot E.P.C. Duinkerke</p>
<p>Ondernemingsrecht. Enquête. Kostenverhaal. Hoofdlijke aansprakelijkheid.</p>
<p>Kostenverhaal ex art. 2:354 BW is van toepassing op feitelijk bestuurders. Veroordeling tot betaling van de onderzoekskosten valt binnen de wettelijke taak van de Ondernemingskamer.</p>
[BW art. 2:354; BW art. 6:6 lid 2]

Onderdeel 1 klaagt dat de kosten van het onderzoek niet zonder een uitdrukkelijke wetsbepaling (ook) op een feitelijk bestuurder als [eiser 1] kunnen worden verhaald. Art. 2:354 BW laat slechts kostenverhaal toe op een formeel bestuurder, aldus de klacht.