

Zij aan zij aansprakelijk: wanneer verliest de bestuurder zijn vennootschappelijke bescherming?

*J. de Meij LL.M. B.A.**

Inleiding

Rechtspersonen zijn ficties en hebben daarom een fysieke component nodig om te kunnen handelen in het rechtsverkeer. Deze fysieke component is in de eerste plaats de bestuurder van de rechtspersoon. Als deze bestuurder een fout begaat, terwijl hij handelt in het kader van de rechtspersoon, wordt dit primair de rechtspersoon toegerekend. De rechtspersoon is derhalve aansprakelijk voor de uit de fout van de bestuurder voortvloeiende schade. Waar ooit aansprakelijkheid van een bestuurder geheel werd uitgesloten,¹ lijkt hij nu meer op zijn hoede te moeten zijn. Indien de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken, kan ook hij persoonlijk aansprakelijk worden gesteld.² In het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2012³ is echter bepaald dat de bestuurder in sommige gevallen ook rechtstreeks aansprakelijk kan worden gesteld uit onrechtmatige daad zonder dat er een strengere norm wordt gehanteerd. In deze bijdrage staat de vraag centraal of de Hoge Raad in het arrest een nieuwe lijn inzet richting rechtstreekse aansprakelijkheid van bestuurders of dat slechts sprake is van een marginale verschuiving binnen het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid.

HR 23 november 2012

Voorgeschiedenis

In februari 2004 bezoeken verweerders in cassatie (hierna: Verweerders) de 'Second Home'-beurs in Houten. Tijdens dit bezoek komen zij in contact met A B.V. (hierna: de Vennootschap), die informatie verschaft over woningbouwprojecten in Spanje. Eiser in cassatie (hierna: Eiser) is samen met een compagnon bestuurder van de Vennootschap. Deze compagnon is verder niet betrokken bij het geding in cassatie. Een van de woningbouwprojecten betrof het project 'Villa Mundo' (hierna: het Project) van de firma Prever 2002 SI (hierna: Prever), gelegen te La Marina, gemeente Elche, aan de Spaanse Costa Blanca. In de brochures van de Vennootschap, die uitgereikt

zijn op de 'Second Home'-beurs, omschrijft de Vennootschap haar diensten als volgt:

'Wij kennen de Spaanse markt en hebben ons gespecialiseerd in de Costa Blanca. (...) Wij bieden een totaalconcept, alle zaken die aan de orde zijn bij aankoop van een woning in Spanje vullen wij desgevraagd voor u in. Naast alle financiële en fiscale zaken, kunt u ook voor alle juridische en verzekeringsvragen bij ons terecht. (...) Indien u dit wenst kunt u gebruik maken van onze samenwerking met zowel Nederlandse als Spaanse Notarissen. Deze checkt eerst of aan alle voorwaarden en vergunningen voldaan wordt alvorens hij uw betaling doorboekt. Veiligheid voor alles, is hierin ons devies. (...)'

Op de beurs is bij Verweerders de nodige interesse ontstaan in de diensten van de Vennootschap. Dit heeft vervolgens geleid tot een bezoek van Eiser bij Verweerders thuis, waarbij nadere informatie is verstrekt en een maquette is getoond van een villa behorend tot het Project. In mei 2004 reizen Verweerders zelfs af naar Spanje, waar zij worden ontvangen door Eiser, die hun onder meer het Project toont. Bij het bezichtigen blijkt dat rondom het Project rode borden zijn geplaatst met daarop een waarschuwing afkomstig van de gemeente Elche. Eiser heeft Verweerders meegedeeld dat de borden vermelden dat per perceel meer is gebouwd dan toegestaan (bijvoorbeeld een zwembad). Met het betalen van een boete door Prever zou het probleem verholpen zijn.

In de navolgende periode komen partijen een koopprijs overeen voor een (nog te bouwen) huis in het Project, waarvan een gedeelte ten bedrage van EUR 90.000 wordt voldaan. Enige tijd later vernemen Verweerders echter dat niet kan worden gestart met de bouw van hun huis vanwege protest van omwonenden. Daarop reizen Verweerders opnieuw naar Spanje af om te praten over een alternatieve locatie dan wel woning. Tijdens deze nieuwe bezichtiging komen Verweerders in gesprek met de Engelse bewoners van een reeds door Prever gebouwde villa. Verweerders vernemen van hen dat er geruchten zijn over problemen met bouwvergunningen voor de villa's. De gemeente Elche zou zelfs een afbraakplicht hebben afgekondigd voor illegaal gebouwde villa's.

* J. de Meij, LL.M. BA is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. HR 2 april 1880, W 4516.

2. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I, Deventer: Kluwer 2004, nr. 155.

3. L.J.N. BX5881.

Ondanks het eerdere mislukken van de bouw en de genoemde geruchten besluiten Verweerders toch een (nog af te bouwen) villa te kopen die onderdeel is van het Project van Prever. Eiser heeft Verweerders meegedeeld dat het huis een goede investering is. Tevens adviseert hij hun geen hypotheek te nemen bij een bank, maar in plaats daarvan een bedrag uit de eigen pensioenvoorziening te lenen voor de betaling van de koopprijs van EUR 265.000. Prever heeft de garantie afgegeven dat de villa binnen een jaar afgebouwd kon worden. Eind januari 2005 vernemen Verweerders echter dat het door hen gekochte en nog af te bouwen huis was afgebroken. Op het perceel waar hun huis stond, mocht niet worden gebouwd: hier was dus ook geen bouwvergunning voor afgegeven.

Procesverloop

Na de sloop van de villa in aanbouw zijn Verweerders een procedure gestart tegen onder andere Eiser en de Vennootschap voor de Rechtbank Den Bosch. In deze procedure vorderden zij hoofdelijke veroordeling tot terugbetaling van EUR 250.000 en betaling van vergoeding van de schade die zij hebben geleden door het niet kunnen verhuren van de villa. Aan deze vordering hebben zij ten grondslag gelegd dat zowel Eiser als de Vennootschap een onrechtmatige daad jegens hen heeft gepleegd. Het onrechtmatige handelen bestond met name hierin dat noch Eiser, noch de Vennootschap Verweerders op de hoogte heeft gesteld van het feit dat de villa's zonder bouwvergunning waren gebouwd, waardoor er een risico was dat deze in de toekomst gesloopt zouden worden.

De rechtbank is evenwel niet in dit betoog meegegaan. Bij eindvonnis van 13 september 2006 is de vordering van Verweerders afgewezen. De rechtbank was van mening dat er van professionele betrokkenheid van Eiser en de Vennootschap geen sprake was nu zij niet optraden in de hoedanigheid van makelaar bij de kooptransactie van de woning. Zij waren derhalve niet gehouden nader onderzoek te doen naar de geruchten omtrent mogelijke afbraak van de illegale villa's.

Verweerders hebben vervolgens hoger beroep ingesteld bij het Hof Den Bosch. Bij arrest van 12 april 2011 heeft het hof het eindvonnis vernietigd. Voorts heeft het, opnieuw rechtdoende, zowel Eiser als de Vennootschap hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan Verweerders ten hoogte van EUR 200.000. Bij het instellen van het hoger beroep hadden Verweerders de schadevergoeding ter zake van de aankoop van de woning verminderd.

In tegenstelling tot de rechtbank heeft het hof geoordeeld dat er sprake was van onrechtmatig handelen jegens Verweerders, waarvoor zowel Eiser als de Vennootschap aansprakelijk is. Het hof heeft daarbij overwogen dat er wel sprake was van professionele betrokkenheid bij de totstandkoming van de beide koopovereenkomsten, zelfs

'zozeer (...) dat dit met zich bracht dat zij zich op grond van hetgeen krachtens ongeschreven recht in het maat-

schappelijk verkeer betaamt, de belangen van [verweerders] c.s. dienden aan te trekken door zich goed op de hoogte te stellen van de (on)mogelijkheden van woningbouw ter plaatse door Prever en het kunnen verkrijgen van een bouwvergunning, en door [verweerders] c.s. ter zake juist en volledig te informeren of te waarschuwen (rov. 4.7.2).'⁴

Dit is echter nagelaten.

Het hof stelt voorts dat Eiser op grond van dit handelen c.q. nalaten *persoonlijk* uit onrechtmatige daad aansprakelijk is tegenover Verweerders. Naast Eiser is ook de Vennootschap aansprakelijk uit onrechtmatige daad. Belangrijk is om op te merken dat dit niet gelijk een situatie oplevert waarin de bestuurder zijn taak als bestuurder van de vennootschap onbehoorlijk heeft vervuld. De onrechtmatige gedragingen van Eiser als omschreven in de vorige paragraaf

'zijn zozeer terug te voeren op de aan hem in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de Vennootschap toekomende bevoegdheden, dat zij in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de Vennootschap kunnen worden aangemerkt.'⁵

Hier geldt hetzelfde.

Eiser gaat vervolgens tegen het arrest van het hof in cassatie. Het cassatiemiddel van Eiser bestaat uit een drietal onderdelen (r.o. 3.3):

1. Het hof heeft miskend dat een bestuurder slechts naast de vennootschap aansprakelijk kan zijn indien hem een (persoonlijk) ernstig verwijt kan worden gemaakt, mede gelet op diens verplichting tot behoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek (BW), en indien de onrechtmatige gedragingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als gedraging van de vennootschap.
2. In het tweede onderdeel van het cassatiemiddel klaagt Eiser dat het hof miskent dat een bestuurder geen voldoende verwijt kan worden gemaakt, als hij niet heeft toegelaten of bewerkstelligd dat de vordering van de benadeelde partij op de vennootschap onbetaald of onverhaalbaar is gebleven.
3. Het laatste onderdeel van het cassatiemiddel is gericht tegen de miskening door het hof dat slechts sprake kan zijn van een voldoende ernstig verwijt dat tot persoonlijke aansprakelijkheid leidt, indien het niet een verwijt ter zake van een gedraging is die in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als een onrechtmatige daad van de vennootschap.⁶

4. R.o. 3.2.2.

5. R.o. 3.2.2.

6. R.o. 3.3.

De Hoge Raad verwerpt alle bovenstaande onderdelen van het cassatiemiddel. Hij stelt vast dat het hof heeft geoordeeld dat in de onderhavige casus de aansprakelijkheid van Eiser niet voortvloeit uit een tekortkoming of onrechtmatig handelen van de Vennootschap, maar uit het feit dat Eiser heeft gehandeld in strijd met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Verweerders. Er is sprake van een losstaande zorgvuldigheidsnorm, waarbij dus de gewone regels van de onrechtmatige daad gelden. Het (strengere) criterium van het voldoende ernstig verwijt blijft dientengevolge buiten beeld. Daar kan ook het feit dat de Vennootschap naast Eiser aansprakelijk is, aangezien gedragingen van Eiser in het maatschappelijk verkeer tevens hebben te gelden als gedragingen van de Vennootschap, niet aan afdoen.

Daderschap: primair, secundair en rechtstreeks

Het leerstuk van de aansprakelijkheid van bestuurders van een vennootschap komt veelvuldig in de literatuur en jurisprudentie aan bod. Hoewel er meerdere verschijningsvormen zijn van bestuurdersaansprakelijkheid, is de meest voorkomende die waarin primair de vennootschap aansprakelijk is voor het niet nakomen van een contractuele of wettelijke verplichting jegens een derde en op de bestuurder als gevolg daarvan aansprakelijkheid rust op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). In het Kleuterschool Babel-arrest⁷ heeft de Hoge Raad de vennootschappelijke aansprakelijkheid uitgebreid: niet alleen gedragingen van organen van de vennootschap kunnen leiden tot aansprakelijkheid van die vennootschap, maar *alle* gedragingen die in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als gedraging van de vennootschap, ongeacht de hoedanigheid van de handelende functionaris. De rechtspersoon wordt dus geacht primair de dader te zijn en is dus ook primair aansprakelijk. Dit is geenszins onbegrijpelijk, aangezien de figuur van de rechtspersoon haar bestaan ontleent aan de wens tot het mitigeren van het ondernemersrisico.

Reeds in het arrest Kretschmar/Mendes de Leon, uit 1927, heeft de Hoge Raad hier echter een kanttekening bij gemaakt. Een door de vennootschap gepleegde onrechtmatige daad is

‘niet steeds van dien aard (...), dat [de bestuurders] geacht kunnen worden *persoonlijk* eene onrechtmatige handeling te hebben gepleegd, maar dat ten deze zulk eene onrechtmatige daad wel aanwezig is, wanneer de gestelde feiten juist zijn [curs. JdM].’⁸

Externe aansprakelijkheid van de bestuurder(s) op dezelfde grond, te weten onrechtmatige daad, is dus mogelijk. Indien de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt, mede gelet op zijn gehoudenheid tot een behoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:9 BW, kan hij aansprakelijk worden gesteld voor een onrechtmatige daad van de vennootschap. Tevens wordt in de rechtspraak per-

soonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder aangenomen wanneer deze, bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen, wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichting zou kunnen voldoen, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.⁹ Bij beide varianten is er sprake van secundair daderschap. In de eerste plaats is namelijk de vennootschap aansprakelijk, maar *via* de vennootschap kan – mits voldaan is aan de juiste criteria – ook de functionaris aansprakelijk worden gehouden.

De Valk waarschuwt in haar proefschrift evenwel dat in geval van secundair daderschap terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van aansprakelijkheid.¹⁰ De reden hiervoor is dat de criteria van de onrechtmatige daad in het algemeen niet gelden voor de fysieke dader die als vertegenwoordiger van een vennootschap wordt aangemerkt. Het doen of laten wat hem in het maatschappelijk verkeer volgens ongeschreven recht betaamt, blijft hier niettemin overeind, want deze notie kleurt het zwaardere criterium van de persoonlijke verwijtbaarheid van de functionaris in. De overige criteria gelden natuurlijk wel wanneer de vertegenwoordiger c.q. functionaris een – mogelijk andere – norm heeft geschonden die direct op hem rustte. Hiermee betreedt men een nieuw terrein, namelijk dat van het rechtstreekse daderschap.

Bij rechtstreeks daderschap van de functionaris is er sprake van dubbele aansprakelijkheid, dat wil zeggen primaire aansprakelijkheid van zowel de vennootschap als de functionaris. De Valk spreekt hier van nevensgeschikte aansprakelijkheid, want zij komt niet langer via de vennootschap tot stand.¹¹ In feite is in deze situatie dus sprake van een ‘gewone’ onrechtmatige daad van de functionaris. In het hier besproken arrest heeft de Hoge Raad kennelijk willen aansluiten bij de leer van het rechtstreekse daderschap, waarmee hij de analyse van A-G Timmerman in zijn conclusie bij het arrest volgt, aangezien de Hoge Raad inderdaad de gewone maatstaven van de onrechtmatige daad heeft gehanteerd om de aansprakelijkheid van Eiser vast te stellen. De volgende rechtsoverweging is instructief in dit kader:

‘3.4.2. (...) Voor dergelijke aansprakelijkheid van een bestuurder – die niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening betreft, maar berust op een daarvan losstaande zorgvuldigheidsnorm – gelden de gewone regels van onrechtmatige daad. In het bijzonder is dan niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt. Dat geldt ook in een geval als het onderhavige, waarin de onrechtmatige gedragingen van de bestuurder (tevens) als gedragingen van de vennootschap

7. HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Kleuterschool Babel).

8. HR 25 november 1927, NJ 1928, 634 (Kretschmar/Mendes de Leon).

9. HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/R).

10. S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevenden (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 88.

11. De Valk 2009, p. 130.

kunnen worden aangemerkt, zodat ook de vennootschap uit eigen hoofde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden kan worden.’

De geschonden norm rustte zowel op de vennootschap als op de functionaris; deze norm zou ook op de functionaris gerust hebben zonder dat er sprake was van enige vennootschappelijke betrekking. Hier lijkt op zich weinig nieuws aan de horizon. Er is een norm, iemand heeft de norm geschonden, dus is die normschender aansprakelijk. En op deze manier is volkomen begrijpelijk dat de Hoge Raad de onderdelen van het middel van Eiser heeft verworpen. Desalniettemin is niet zonder meer duidelijk waarom de gedragingen van Eiser (of de Vennootschap?) een persoonlijke normschending en een vennootschappelijke normschending betreffen, maar tegelijkertijd zodanig los van elkaar staan dat beide primair aansprakelijk zijn. Hoewel het onderscheid tussen het primaire, secundaire en rechtstreekse daderschap theoretisch gezien goed te bevatten is, is de verwachting dat de praktijk zich niet eenvoudig in deze theoretische mal laat gieten. Waarom komt Eiser hier niet de vennootschappelijke bescherming toe die uiting vindt in het criterium van het persoonlijk ernstig verwijt?

In het geval waarin een bestuurder duidelijk over de schreefging en zijn schuldenaar in een koelcel opsloot, is deze vraag eenvoudig te beantwoorden.¹² Een dergelijke gedraging heeft immers op geen enkele wijze te maken met wat men zou kunnen noemen ‘werkzaamheden in het kader van de vennootschap’. In de casus hield Eiser zich echter als bestuurder van de Vennootschap bezig met onder andere bemiddeling bij de verkoop van villa’s op de Spaanse onroerendgoedmarkt en heeft in deze hoedanigheid (als vertegenwoordiger van de Vennootschap) een zorgvuldigheidsnorm geschonden door gebrekkige informatievoorziening aan Verweerders. Op grond van de feiten in deze zaak zou het hof, met inachtneming van de ‘normale’ criteria voor bestuurdersaansprakelijkheid als reeds omschreven, ook tot aansprakelijkheid van Eiser hebben kunnen komen, temeer nu ook de Vennootschap aansprakelijk is. Behoudens die gevallen waarin de normschending evident buiten de vennootschappelijke sfeer plaatsvindt (denk hierbij aan gevallen waarin sprake is van grove schuld of opzet), is het in mijn optiek alleen geëigend tot aansprakelijkheid van de functionaris te komen via de weg van de secundaire aansprakelijkheid.

Het zal niet de bedoeling van de Hoge Raad zijn geweest dat in alle gevallen dat een vennootschap aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad ook de bestuurder rechtstreeks kan worden aangesproken en hij de bescherming van de rechtspersoon en de strengere aansprakelijkheidsnorm mist. Indien dat wel de bedoeling van de Hoge Raad zou zijn, zou dat ertoe leiden dat benadeelden in alle gevallen bestuurders rechtsreeks naast de rechtspersoon zouden gaan aanspreken en de ‘bescherming’ dat de bestuurder een ernstig persoonlijk ver-

wijt gemaakt moet kunnen worden, volledig wegvalt. Mogelijk heeft, zonder dat dit in de uitspraak van het hof tot uitdrukking is gekomen, bij het hof wel de gedachte geleefd dat de feiten in dit specifieke geval zodanig ernstig waren dat deze als eigen onrechtmatig handelen van Eiser moeten worden aangemerkt. Indien deze gedachte juist is, betekent dit als het ware dat van een ‘verschuiving’ sprake zou kunnen zijn: de ‘ernst’ zou bij rechtstreekse aansprakelijkheid niet langer gekoppeld zijn aan de verwijtbaarheid, maar aan de aard van de norm en de ernst van de inbreuk op die norm. Dat zou betekenen dat het verschil mogelijk maar marginaal is.

Conclusie

Het hier besproken arrest maakt andermaal duidelijk dat de vennootschappelijke bescherming van de functionaris niet onbegrensd is. Nog altijd geldt natuurlijk dat primair de vennootschap aansprakelijk is voor gedragingen van haar functionaris, zoals in het Kleuterschool Babel-arrest. Zo beoogt men te voorkomen dat de functionaris persoonlijk aansprakelijk is voor elke fout die hij begaat. De functionaris verliest echter deze bescherming als hij niet handelt zoals het hem in het maatschappelijk verkeer betaamt en hem een ernstig persoonlijk verwijt treft. Zo kan hij via de vennootschap aansprakelijk worden gesteld, waarbij artikel 2:9 BW als maatstaf geldt voor de beoordeling van zijn gedragingen. In een dergelijk geval is sprake van secundaire aansprakelijkheid, zo is gebleken. In de onderhavige zaak is de functionaris echter rechtstreeks aansprakelijk geoordeeld, terwijl ook de Vennootschap aansprakelijk is. Doordat uit het arrest niet goed duidelijk wordt in welke gevallen een functionaris rechtstreeks dan wel via de vennootschap aansprakelijk moet worden geoordeeld, bestaat onzekerheid ten aanzien van de functionaris toekomstige vennootschappelijke bescherming. Of de Hoge Raad voor de praktijk veel duidelijkheid heeft geschapen met het wijzen van het hier besproken arrest – voor zover het procesverloop dit toeliet – is onzeker. De vraag gesteld in de titel kent derhalve geen duidelijk antwoord.

12. HR 25 juni 1999, LJN ZC2936, NJ 2000, 33 m.nt. PAS.