

NOTITIE AANSPRAKELIJKHEID TRUSTKANTOREN

Aan : Deelnemers Bijeenkomst 16 juni 1998
Van : mrs E.L. Joubert, K. Frielink en K. van Batenburg
Datum : 1 september 1998
Inzake : Bijeenkomst Aansprakelijkheid Trustkantoren

Tijdens de bijeenkomst op 16 juni 1998 in het Avila Beach Hotel hebben wij toegezegd u nader over de aansprakelijkheid van trustkantoren in hun hoedanigheid van managementvennootschap te zullen informeren. Deze toezegging doen wij met deze notitie gestand. De notitie draagt slechts een inleidend karakter en is als volgt opgebouwd:

Hoofdstuk A Inleiding aansprakelijkheid bestuurders
Hoofdstuk B Korte samenvatting inleiding Karel Frielink
Hoofdstuk C Nederlands-Antilliaanse jurisprudentie

A. Inleiding aansprakelijkheid bestuurders

Bij aansprakelijkheid van bestuurders van een NV kan aan een keur van gevallen worden gedacht: de onrechtmatige daad (bijvoorbeeld bij betalingsonwil, waarna de vennootschap faillieert), voor belastingsschulden inzake bijvoorbeeld winst- en loonbelasting (geregeld in de betreffende belastingverordeningen), in de beginperiode van de vennootschap (artikel 40 Wetboek van Koophandel NA; "WvK"), bij faillissement en voor openbaar gemaakte maar misleidende jaarstukken (artikelen 117 en 129 WvK).

Denk ook aan de bestuurdersaansprakelijkheid bij zetelverplaatsing: op grond van de *Landsverordening Zetelverplaatsing Derde Landen* kan de rechter namelijk op verzoek van een of meer crediteuren de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de jegens hen bestaande verplichtingen van de naar het buitenland verplaatste vennootschap. Zo is er nog wel meer te bedenken.

Een onderscheid kan worden gemaakt tussen interne en externe aansprakelijkheid.

Interne aansprakelijkheid

Iedere bestuurder is tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak, aldus artikel 106 WvK. Betreft het een aangelegenheid die tot het werkterrein van twee of meer bestuurders behoort, dan zijn zij hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk voor de ontstane schade.

Het gaat hier om een inspanningsverbintenis: de bestuurders moeten zich inzetten voor een behoorlijke uitoefening van hun taak. Een verwijt moet van een zekere ernst zijn alvorens een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld voor door de vennootschap geleden schade (HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543 [Debrot]¹ en HR 1 november 1991, NJ 1992, 32 [Van Helderer]). Bij bijvoorbeeld 'opzet', 'bewuste roekeloosheid' en 'handelen in strijd met de wet' is al gauw sprake van een ernstig verwijt. Het enkele feit echter dat een investering jammerlijk is mislukt en de vennootschap schade heeft berokkend, is onvoldoende om interne aansprakelijkheid op te baseren. Zie ook het arrest inzake Van de Ven (HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360) en het artikel van De Kluiver (WPNR 1997/6273, blz. 373 e.v.).

Bij zijn toetsing zal de rechter de vraag moeten beantwoorden wat een redelijk handelend en redelijk bekwaam bestuurder onder de gegeven omstandigheden zou hebben gedaan. Een dergelijke toetsing

¹

Dit betreft overigens een Antilliaanse zaak! Omdat Aruba geen deel van de Antillen meer uitmaakt, zou het vandaag de dag een Arubaanse zaak zijn geweest.

wordt als marginaal of negatief aangeduid. De vraag is dus niet of de bestuurder het goed heeft gedaan (positieve toetsing) en evenmin of het nog beter had gekund.

De bestuurder die

- 1) kan bewijzen dat hem terzake niets te verwijten valt én
- 2) dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden,

is niet aansprakelijk. De rechter heeft een expliciete matigingsbevoegdheid (zelfs: -plicht) in het geval van hoofdelijke aansprakelijkheid: de bestuurder moet dan wel bewijzen dat de door de vennootschap geleden schade slechts voor een betrekkelijk gering deel aan hem te wijten is (artikel 107 WvK). Ons lijkt dat de rechter op grond van het gemene recht ook in andere gevallen tot matiging bevoegd moet worden geacht.

Externe aansprakelijkheid

Een bestuurder kan onder omstandigheden bijvoorbeeld aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad jegens schuldeisers van de vennootschap. Het betreft een persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders, naast of in plaats van de aansprakelijkheid van de vennootschap.

In de rechtspraak wordt onder meer een beroep gedaan op een onrechtmatige daad wanneer een bestuurder een verplichting aangaat namens de vennootschap, terwijl hij weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de vennootschap deze verplichtingen niet zal kunnen nakomen (HR 6 oktober 1989, NJ 1989, 286 [Beklamel], HR 14 november 1997, NJ 1998, 270 [Henkel/JMG] en HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 [Romme/Bakker]). Het gevolg is dat de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld.

In het Henkel/JMG arrest overwoog de Hoge Raad dat 'wanprestatie van de rechtspersoon onder omstandigheden kan meebrengen dat een bestuurder (of commissaris) op grond van het voorzienbaarheids-

vereiste zelf naast de rechtspersoon op grond van onrechtmatige daad jegens de benadeelde aansprakelijk wordt indien hem te dier zake persoonlijk een verwijt treft'. De Hoge Raad bedoelt hiermee dat de voorzienbaarheid van de wanprestatie of het feit dat de bestuurder zich intensief met de bedrijfsvoering bezighoudt en in feite de volledige zeggenschap over de rechtspersoon heeft, dient te worden onderzocht in het licht van de overige omstandigheden van het geval. In deze benadering staat het onmisbare element van 'persoonlijke verwijtbaarheid' als grondslag voor een onrechtmatige daad voorop.

Ook zou van een onrechtmatige daad sprake kunnen zijn indien er sprake is van betalingsonwil (HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 [van Waning/Van der Vliet]).

Evenzeer zou sprake kunnen zijn van een onrechtmatige daad indien de bestuurder inbreuk maakt op de wettelijke regelingen betreffende kapitaalbescherming.

Hoe zit het met de bewijslastverdeling in voornoemde gevallen? Normaliter geldt voor deze problematiek artikel 1884 Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen (BWNA), waarbij degene die zich beroept op bepaalde stellingen deze ook moet bewijzen ('wie stelt, bewijst'). Echter de Hoge Raad oordeelde dat op grond van de redelijkheid en billijkheid aangenomen moet worden dat degene die bestuurder is van een vennootschap en de volledige zeggenschap over die vennootschap heeft², moet worden belast met het bewijs omtrent de gang van zaken binnen de vennootschap. Er is dus een omkering van de bewijslast. Het gevolg is dat de derde die de vordering ingevolge artikel 1382 BWNA instelt slechts behoeft aan te geven dat hij het vermoeden heeft dat er sprake is van een onrechtmatige daad.

²

Belangrijke schrijvers zijn van mening dat het niet per se nodig hoeft te zijn dat de bestuurder volledige zeggenschap heeft. Wanneer er sprake is van een behoorlijke invloed zou de omkering van de bewijslast ook moeten gelden: HR 6 oktober 1989, NJ 1989, 286 [Beklamel (zie noot onder 10) en HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 [Van Waning/Van der Vliet] (zie noot onder 11)].

jegens hem. Onder de genoemde omstandigheden zal de rechter dan de bewijslast in beginsel omkeren ten gunste van de benadeelde derde.

Aansprakelijkheid bij faillissement

Het belangrijkste artikel is artikel 116 WvK. Dat artikel heeft betrekking op het geval dat de vennootschap is gefailleerd. In dat geval kan de curator van de bestuurders en commissarissen schadevergoeding vorderen, indien de toestand waarin de vennootschap verkeert (mede) is te wijten aan hun grove schuld of grove nalatigheid (in Nederland: "kennelijk onbehoorlijk bestuur"; zie bijvoorbeeld HR 5 juni 1998, JOR 1998, 106 [Kling/Stainless Products]).

Belangrijk is dat deze schadevergoeding alléén ten behoeve van de crediteuren kan worden gevorderd: dus niet ten behoeve van de aandeelhouders. (Zie ook: artikelen 2:138/248 BW-NED waarin het gaat om "het tekort van de boedel"!.) Een eerder door de AVA verleende decharge doet niets af aan deze bevoegdheid van de curator (artikelen 116 en 127 WvK).

N.B.: Het gaat hier primair om interne aansprakelijkheid, namelijk van de bestuurder jegens de vennootschap. Deze is evenwel beperkt tot de vorderingen van de crediteuren. Daarom wordt wel verdedigd dat deze ook extern werkt.

Waar het gaat om commissarissen heeft de Rechtbank te Breda (1 mei 1990, NJ 1990, 740 [Tilburgse Hypotheekbank]) geoordeeld dat aansprakelijkheid alleen aan de orde is voor door crediteuren geleden schade, wanneer hetgeen de commissarissen hebben gedaan of nagelaten, gelet op hun wettelijke en statutaire taken, door geen redelijk handelende commissaris zou zijn gedaan of nagelaten. Bovendien moet er sprake zijn geweest van een flagrante schending van elementaire beginselen van een goed commissariaat, waardoor het belang van de crediteuren, naar de commissarissen konden of behoorden te voorzien, werd geschaad ('grote schuld / 'grote nalatigheid'). Typisch een 'onderbuikgevoel-criterium' of 'je voelt het op je klompen aan-toetsing'. De commissaris die weet heeft van wanbeleid van

het bestuur, maar niet ingrijpt en lekker stil blijft zitten, die hangt (Hof Arnhem 2 december 1997, JOR 1998, 42 m.nt. F.J.P. van den Ingh). En dat is maar goed ook!

B. Korte samenvatting inleiding Karel Frielink

Het gaat hier om de *externe aansprakelijkheid* van trustkantoren als bestuurders, ofwel die jegens derden. Het gaat bovendien niet om evidente gevallen, waarbij iedereen aanvoelt dat fout is gehandeld: het trustkantoor dat als bestuurder van een NV valsheid in geschrifte pleegt, meinedige verklaringen aflegt, of een greep in de kas doet, is daarvoor zelf ten volle verantwoordelijk.

Het gaat derhalve om die schemergevallen, waarbij het de vraag is of een bestuurder zich wel of niet achter de vennootschap kan verschuilen (vgl. HR 14 november 1997, NJ 1998, 270 m.nt. Ma; [Henkel/JMG]). Gevallen dus, waarbij de NV iets fout doet, misschien wel goed fout doet, maar daarvoor niet kan opdraaien omdat er geen geld is, en de gedupeerde hoopt dat de bestuurder van de NV, het trustkantoor, wel een zak met geld heeft, of op zijn minst goed is verzekerd.

Relevante omstandigheden?

Als er, zoals sommigen beweren, voor trustkantoren andere regels inzake aansprakelijkheid gelden, dan moeten er ook concrete feiten en omstandigheden zijn, die zulks rechtvaardigen. Waaraan moeten we dan denken?

1. Is relevant dat een trustkantoor als bestuurder van een NV in feite handelt op instructie van een ander en derhalve min of meer beschouwd kan worden als lasthebber van de aandeelhouder(s) met slechts een beperkte beleidsruimte? Maakt het wat uit of de bestuurder zelf bij onderhandelingen over de inhoud van een contract is betrokken of dat (onaardig gezegd) alleen maar bij het kruisje mag worden getekend?

2. Maakt het wat uit, zoals wel is verdedigd, dat offshore-vennootschappen en dus de aanwezigheid van trustkantoren op Curaçao van groot economisch belang is? Met andere woorden: als de activiteit die je verricht maar van voldoende economisch belang is, dan zou de kans op aansprakelijkheid reeds daarom geringer moeten zijn. Een gekscherend voorbeeld: als Toko Zuikertuintje een pond bedorven vlees verkoopt, dan zou zij daarvoor minder vergaand aansprakelijk moeten zijn dan wanneer Heuvel Snack dit doet, omdat Toko Zuikertuintje van groter economisch belang is. Is dat terecht?
3. Speelt de omstandigheid een rol dat het zijn van bestuurder van een bepaalde vennootschap voor een trustkantoor géén full-time functie is? Met andere woorden: zou degene die maar een klein deel van zijn tijd aan één vennootschap besteedt en daarvoor niet meer dan een redelijke vergoeding ontvangt, wel voor het volle pond aansprakelijk moeten zijn? Anders gezegd: loopt een trustkantoor die bestuurder is van talloze vennootschappen niet een onevenredig groot risico, omdat zij bijna nooit van alle *inn's* en *out's* van de overeenkomsten die zij moet tekenen op de hoogte is?

Vragen die mogelijk ook van belang zijn:

1. Speelt een rol dat een trustkantoor een professionele partij is, een beroepsdirecteur? Een directeur dus die zich uit de aard der zaak goed bewust is van mogelijke risico's en die zich niet op het standpunt kan stellen slechts een marionet van de aandeelhouder te zijn?
2. Is van belang dat een trustkantoor er zelf voor kiest om bestuurder van talloze NV's te worden?
3. Is het niet zo dat trustkantoren nu juist goed worden beloond, omdat ze risico's lopen?

4. Is van belang dat de wet geen enkel aanknopingspunt bevat voor de stelling dat voor trustkantoren een verzwakt of lichter aansprakelijkheidsregime geldt?³

C. Nederlands-Antilliaanse jurisprudentie

Bevat de schaarse jurisprudentie waarin trustkantoren ter sprake komen aanwijzingen voor de opvatting dat voor trustkantoren een afwijkend aansprakelijkheidsregime geldt?

Gemeenschappelijk Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba,
28 november 1989 [Peter Divers Company] (n.g.)

Aandeelhouder van de Panamese vennootschap Cornhill Corporation, tevens directeur en aandeelhouder van de Antilliaanse vennootschap Sealac, De La Fuente, geeft in zijn kwaliteit van enig aandeelhouder van Peter Divers, opdracht aan Peter Divers tot onderhoudswerkzaamheden aan de drijvende bok Phoenix die geëxploiteerd wordt door Sealac en eigendom is van Cornhill Corporation S.A. Nadien blijkt dat de reparatiekosten oplopen tot een veelvoud van de geschatte kosten, zodat de andere aandeelhouders niet accoord gaan met uitbetaling van het meerdere aan Peter Divers. Laatstgenoemde stelt vervolgens Cornhill Corporation aansprakelijk uit onrechtmatige daad wegens het profiteren van de wanprestatie van Sealac.

Inzake de positie van de bestuurder van Cornhill overweegt het Hof:

'Nu Cornhill een papieren directie in Panama bezat en haar eigenlijke besluitvorming bij de aandeelhouders lag, doch de directie van Sealac door De La Fuente werd uitgeoefend, ligt het in de rede dat de "andere aandeelhouders" zich boos hebben gemaakt in hun kwaliteit van aan-

³

Terzijde: artikel 16 van de winstbelastingverordening 1940 voorziet in een disculpatiemogelijkheid voor bestuurders.

deelhouder van Sealac (en wel over het beleid van haar directie).'

Het Hof wijst vervolgens de vordering af omdat De La Fuente de overige aandeelhouders van Sealac niet over de kostenoverschrijding had geraadpleegd en de kostenoverschrijding Sealac zelf aanging. Ook de subsidiaire stelling dat er onder de gegeven omstandigheden sprake is van vereenzelviging van de vennootschappen en in strijd met de redelijkheid en billijkheid is gehandeld, ging niet op.

Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao, 18 augustus 1991, T.A.R. Justitia 1951-1993, p. 59-62 [Zapata Gomez e.a./Curaçao Corporation]

Lloyd's Bank International (Cayman) Limited was jarenlang enig (trust)bestuurder van 'H of H Limited', onder welke laatstgenoemde vennootschap onder andere Antilliaanse NV's hingen. Lloyds gaf in haar hoedanigheid van enig bestuurder opdrachten c.q. instructies inzake benoeming en ontslag van bestuurders van (klein)dochtervennootschappen, terwijl voorstellen daartoe in de aandeelhoudersvergadering van 'H of H Limited' nu juist niet waren aangenomen.

Het Gerecht overweegt in een kort geding:

'Lloyds is in deze eigenmachtig opgetreden, hetgeen voor een trustbestuurder nogal ver gaat'

Niet duidelijk is of het Gerecht van oordeel is dat een trustkantoor dat optreedt als enig bestuurder van een vennootschap zich bij besluitvorming (in de regel) moet voorzien van steun van de aandeelhouder(s) van deze vennootschap, of dat het als enig bestuurder toch nemen van een besluit dat de aandeelhouders nu juist hebben verworpen te ver gaat (we laten in het midden of en in hoeverre aan een aandeelhoudersvergadering een instructiebevoegdheid toekomt).

Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao, 26 november 1990, T.A.R. Justitia 1951-1993, p. 102-110 [Al Turki/Radwan, Pierson Trust] (geëindigd in: Hoge Raad 18 februari 1994, NJ 1994, 604)

In deze zaak was Pierson Trust lokaal bestuurder van de op de Nederlandse Antillen gevestigde naamloze vennootschap SEIC die via een tussenholding houdster was van zo goed als alle aandelen in de te Parijs gevestigde vennootschap naar Frans recht Saudi European Bank S.A.

Aan de orde is de vraag of Pierson Trust als bestuurder mede naast bestuurder Radwan aansprakelijk is uit onrechtmatige daad voor de daling van de waarde van de aandelen van SEIC door uitgifte van bonusaandelen.

Het Gerecht in Eerste Aanleg verwoordt de positie van Pierson Trust als volgt:

'Pierson Trust heeft geen feitelijke leiding. Zij is hier aangesteld om in opdracht van Radwan en/of anderen die formaliteiten af te handelen, die op Curaçao moeten worden gedaan'.

En inzake de uitbreiding van het kapitaal stelt het Gerecht vast:

'De directie van SEIC heeft in 1983 -voor de toetreding van Pierson Trust- besloten tot uitbreiding van het kapitaal'.

Over de beweerde aansprakelijkheid van Pierson Trust voor de emissie door SEIC en Radwan overweegt het Gerecht:

'Pierson Trust heeft met het voorafgaande directiebesluit geen bemoeienis gehad. (...) Het staat zelfs niet vast, dat Pierson Trust het private placement memorandum kende, of moest kennen en dat Pierson Trust wist of moest weten,

dat de laatste 600.000 aandelen, na de verwatering van het kapitaal door de uitgifte van de bonusaandelen, werden uitgegeven aan outsiders. (...) Voorshands gaat het Gerecht ervan uit, dat er onvoldoende redenen bestaan om Pierson Trust als directrice persoonlijk aansprakelijk te stellen voor de schade van Al Turki c.s.'

Inzake de statutenwijziging overweegt het Gerecht:

'Overigens dient wel te worden vermeld, dat een ongeldig besluit tot statutenwijziging wel aan Pierson Trust zal kunnen worden tegengeworpen -de vraag is wel welke consequenties dit kan hebben ten gunste van Al turki c.s.- omdat de desbetreffende papieren aandeelhoudersvergadering en de notariële akten tot wijziging onder de verantwoordelijkheid van Pierson Trust vallen. Als Pierson Trust één en ander door derden heeft laten uitvoeren, dan is dat voor haar risico.'

Het is de vraag hoe de weergegeven overwegingen van het Gerecht en het Hof moeten worden verstaan tegen de achtergrond van de vraag naar de aansprakelijkheid van de trustkantoren. Uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid dat zowel het Gerecht als het Hof in beginsel uitgaan van een aansprakelijkheidsregime van de trustkantoren dat gelijk is aan dat van andere bestuurders, maar dat in casu niet is voldaan aan het vereiste van persoonlijke verwijtbaarheid, dat immers een onmisbaar element vormt voor persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van een onrechtmatige daad.