

Bestuurdersaansprakelijkheid en het vestigen van een "tweederangs" pandrecht

Mr. J.H.L. Beckers, PSL bij NautaDutilh (jos.beckers@nautadutilh.com)

1. Inleiding

Op 5 september heeft de Hoge Raad twee belangrijke arresten gewezen over de externe bestuurdersaansprakelijkheid. In beide zaken benadrukt de Hoge Raad dat ook in dit soort gevallen de verzwaarde norm van ernstige verwijtbaarheid geldt. De casus vertonen ook enige verwantschap. In het ene geval werd een bemiddelaar aangesproken omdat hij in hoedanigheid van bestuurder van de BV namens welke hij optrad in strijd had gehandeld met de betaalinstructies van zijn cliënt, die schade leed als gevolg van het feit dat degene die die gelden uiteindelijk ontving geen verhaal bood (HR 5 september 2014, [ECLI:NL:HR:2014:2628](#), JOR 2014/296 m.nt. Kroeze). In deze bijdrage bespreek ik het andere geval, waarin centraal stond het verwijt dat een bestuurder ten behoeve van een financier van de vennootschap een pandrecht van lagere rangorde had gevestigd dan overeengekomen (HR 5 september 2014, [ECLI:NL:HR:2014:2627](#)). Ook in dit soort omstandigheden, wil de Hoge Raad niet weten van verlaging van de drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid. Enerzijds blijkt daaruit hoezeer aan die hoge drempel wordt gehecht, anderzijds roept dit wel de vraag op waar precies de grens ligt. In deze bijdrage bespreek ik na weergave van feiten en procesverloop waarom de Hoge Raad hier niet aan aansprakelijkheid wil en welke lering zowel de financierings- als de procespraktijk uit dit oordeel kan trekken.

2. Feiten

Bestuurder Kastrop was samen met zijn echtgenote tot medio 2007 (middellijk) bestuurder van een aantal BV's waarin Renault- en Nissanvestigingen geëxploiteerd werden.

Tussen de Renaultvestigingen en ABN Amro bank is op 3 mei 1999 een kredietovereenkomst tot stand gekomen betreffende een rekening-courantkrediet van f 1.000.000. De Renaultvestigingen hebben zich verbonden ten behoeve van de bank een pandrecht te vestigen op huidige en toekomstige voorraden en vorderingen. De daartoe in 2001 opgemaakte pandakte is namens de Renaultvestigingen ondertekend door Kastrop.

Op 24 januari 2005 is een tweede kredietovereenkomst gesloten, ditmaal tussen alle Renault- en Nissanvestigingen en de bank, waarbij het bestaande krediet wordt uitgebreid tot €3.300.000. Door alle betrokken vennootschappen is aan de bank pandrecht en volmacht tot vestiging daarvan verleend, waartoe op 6 januari 2005 (sic) een “combi-pandakte met volmacht voor voorraden en/of inventaris en/of vorderingen” tot stand is gebracht. Kastrop heeft deze combi-pandakte ondertekend namens de vestigingen.

Behalve genoemd bancair krediet, maakten de vestigingen gebruik van een lening van RCI, een financieringsmaatschappij die deel uitmaakt van het Renault/Nissan-concern. In de daartoe tussen 2004 en 2006 door Kastrop namens de vestigingen aangegane "mantelovereenkomsten" hebben de vestigingen zich verplicht tot het vestigen van een eerste pandrecht ten behoeve van RCI op alle vorderingen uit hoofde van de relatie met Renault/Nissan en de huidige en toekomstige voorraad auto's. In de pandakte hebben de vestigingen verklaard (vgl. art. 3:237 lid 2 BW) dat zij tot het verpanden van genoemde zaken bevoegd waren en dat daarop geen beperkte rechten van derden rustten. Ten slotte is in de mantelovereenkomsten opgenomen dat de vestigingen aan RCI een verklaring verstrekken in welke verklaring de huisbankier of enige andere zekerheidsgerechtigde bank

afstand doet van zijn beperkte rechten, voor zover deze botsten met de zekerheidsrechten van RCI. Deze verklaring is evenwel nooit door de bank getekend.

In april 2007 heeft ABN de kredietovereenkomst opgezegd tegen 15 mei 2007. Een dag later legde zij conservatoir beslag op onder meer alle nieuwe en gebruikte voertuigen. Een maand later legde RCI beslag op alle door haar gefinancierde voertuigen. Bij uitwinning bleek dat ABN een ouder pandrecht had waardoor RCI zich slechts ten dele op de opbrengst kon verhalen. Kort na de executieverkoop, in de periode augustus-september 2007, zijn de vestigingen in staat van faillissement verklaard.

3. Oordeel in feitelijke instanties

Volgens RCI heeft Kastrop jegens haar onzorgvuldig gehandeld door namens de vestigingen de verplichting tot verlening van eerste pandrechten aan te gaan terwijl hij wist of behoorde te begrijpen dat zij daaraan niet of niet binnen een redelijke termijn zouden kunnen voldoen en geen verhaal zouden bieden voor de voorzienbare schade die RCI dientengevolge zou lijden. Kastrop heeft in eerste aanleg onder meer het verweer gevoerd dat hij ervan mocht uitgaan dat de door de bank verkregen pandrechten geen betrekking hadden op door derden gefinancierde auto's. De rechtbank heeft dit verweer gehonoreerd, daartoe in de kern overwegend dat Kastrop mocht afgaan op de kredietovereenkomst ondanks de ruimer geredigeerde pandakte. Daarop strandde RCI's vordering.

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Anders echter dan de rechtbank meende kan volgens het hof niet worden gezegd dat Kastrop de strekking van de verpandingsplicht niet heeft begrepen of gekend. Dat de pandakte ruimer is geformuleerd dan de kredietovereenkomst, doet aan de daarin vervatte verpandingsverplichting slechts in zoverre af dat de ruimere verplichting pas ontstond op het moment van ondertekening van de pandakte. Nu RCI's grief inzake het voorgaande slaagde, was in appél opnieuw de aansprakelijkheidsvordering jegens Kastrop aan de orde. In dat verband oordeelde het hof dat de vestigingen jegens RCI toerekenbaar te kort zijn geschoten door de verplichting tot het vestigen van eerste pandrechten op de bestaande en nieuwe (door RCI gefinancierde) voertuigen niet na te komen. Bij de vraag of dit persoonlijke aansprakelijkheid van Kastrop meebrengt, komt het er volgens het hof op aan of hij bij het namens de vennootschappen aangaan van de verplichting tot het verlenen van een pandrecht dat eerste in rang was heeft voorzien of heeft behoren te voorzien dat vestigingen hun verplichting tot terugbetaling niet zouden nakomen en dat verhaal van de daaruit voortvloeiende schade niet mogelijk zou zijn. Het hof oordeelde dat RCI hiertoe onvoldoende heeft gesteld.

4. Oordeel Hoge Raad

In cassatie wordt geklaagd dat het in deze zaak niet gaat om benadeling wegens het niet aflossen van het verleende krediet, maar om nadeel dat voortvloeit uit het niet vestigen van een eerste pandrecht. Het middel wijst er op dat het antwoord op de vraag of de bestuurder daarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, steeds afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval en betoogt dat het misleiden van een financier omtrent diens verhaalspositie een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan opleveren.

De Hoge Raad stelt onder verwijzing naar HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 (Willemsen/NOM) voorop dat voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap naast die vennootschap vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat aldus hogere eisen gelden dan in het algemeen het geval is. Vervolgens herhaalt de Hoge Raad zijn eerdere rechtspraak dat het antwoord op de vraag of de bestuurder

persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, afhankelijk is van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval en dat in gevallen zoals hier aan de orde persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder kan worden aangenomen indien deze bij het aangaan van die verbintenis wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Stimulan/Klaas) en HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen), geval (i)).

In casu wil de Hoge Raad hiervan niet weten. Anders dan het middel aanvoert, leidt ook het door RCI gemaakte verwijt pas tot aansprakelijkheid indien de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de schuldeiser als gevolg van het niet nakomen van de verplichting tot het verstrekken van een eerste pandrecht schade zou lijden. 's-Hofs oordeel dat RCI onvoldoende heeft gesteld om de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat de door haar geleden schade als gevolg van het niet verkrijgen van eerste pandrechten voorzienbaar was op het moment dat de bestuurder de verpandingsverplichting aanging, is volgens de Hoge Raad feitelijk van aard en geenszins onbegrijpelijk. Het middel betoogt voorts dat die schade in dit geval is gelegen in de gevolgen van het verkrijgen van een slechtere zekerheidspositie dan is overeengekomen. Volgens de Hoge Raad brengt evenwel de enkele omstandigheid dat de schuldeiser, anders dan was overeengekomen, geen eerste maar een tweede pandrecht heeft verkregen, nog niet mee dat hij dientengevolge schade lijdt.

5. Commentaar

5.1 Voorzienbaarheid en schade

In de rechtspraktijk wordt bij de bestuurdersaansprakelijkheid uit hoofde van art. 6:162 BW onderscheiden tussen twee verschijningsvormen: de "Beklamel-aansprakelijkheid" (Ontvanger/Roelofsen type I) en de "frustratie van verhaal-aansprakelijkheid" (Ontvanger/Roelofsen type II). Waar het Hof eerder op een soort hybride-variant leek uit te zijn gekomen, plaatst de Hoge Raad onderhavige casus expliciet in de Beklamel-sleutel. Daarbij - en bij de wijze waarop dat gebeurt - valt een aantal kanttekeningen te plaatsen.

Zo kan men zich afvragen waarom het hof als peildatum nam het tekenen van de (eerste) pandakte op 6 januari 2005; de Hoge Raad laat zich hier niet over uit. Ik zou denken dat hiervoor enkel in aanmerking komt het moment van aangaan van de verpandingsverplichting jegens RCI, zoals die voortvloeit uit de respectieve mantelovereenkomsten (*idem* de annotatoren bij het arrest a quo (Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2013, JOR 2014/48 m.nt. Duynstee en JIN 2014/70 m.nt. Flapper en Stikkelbroeck). Uit de gepubliceerde stukken is overigens niet op te maken wanneer die precies tot stand gekomen zijn.

Een belangrijker punt betreft het voorzienbaarheidsvereiste, dat niet alleen voortvloeit uit het commune aansprakelijkheidsrecht, maar ook besloten ligt in het ernstig verwijt-criterium (vgl. AG Timmerman voor HR 8 december 2006, nr. 5.6). De strikte wijze waarop de Hoge Raad dit vereiste hanteert, zeker in samenhang gezien met de categorische weigering om schade aan te nemen bij misleiding omtrent iemands verhaalspositie (zie hierna), betekent dat voor crediteuren in de positie van RCI de toch al hoge drempel om bestuurders succesvol aan te spreken haast onneembaar is. Het gaat er immers niet slechts om of de niet-nakoming van de verplichting tot het vestigen van een eerste pandrecht voorzienbaar was, maar er moet ook wetenschap zijn van schending van de daarmee gesecuriseerde financiële verplichtingen uit de kredietovereenkomst, waaronder die tot terugbetaling.

Zoals het hof opmerkte, is er sprake van een cumulatief criterium (vgl. reeds HR 10 juni 1989, NJ 1990/286 (Beklamel), r.o. 3.2). Ergens ligt dit voor de hand. Zolang de vennootschap aan haar financiële verplichtingen blijft voldoen, blijft een slechtere verhaalspositie dan voorgespiegeld buiten beeld; voorzienbaarheid van benadeling in verhaalspositie kan dan ook moeilijk los worden gezien van voorzienbaarheid van niet-nakoming van die verplichtingen. Lastig is tegelijk wel dat partijen normaliter onder een *clear blue sky* financiering afspreken onder vestiging van zekerheid voor het geval *onvoorzienbaar* niet langer kan worden voldaan aan de kredietverplichtingen; men kan zich afvragen of het gelet daarop niet meer voor de hand ligt om enkel te kijken naar de voorzienbaarheid van benadeling wegens het vestigen van een pandrecht van tweede garnituur. In deze zaak - en in een recent vergelijkbaar geval: Hof den Bosch 11 november 2014, [ECLI:NL:GHSHE:2014:4660](#), r.o. 3.5.4 - is dit vergeefs geprobeerd. Wellicht is de cumulatieve voorzienbaarheid-toets onvermijdelijk wanneer men strikt vasthoudt aan het Beklamel-kader, maar toch wringt de uitkomst enigszins, zeker voor de financier te goeder trouw (zie hierna). De terughoudendheid waartoe de AG maant om al te snel van "behoren te weten" uit te gaan in situaties als deze, op grond waarvan hij overigens tot vernietiging concludeert, maakt dat niet anders.

Dan de overweging dat de schade niet gegeven is met een pandrecht van lagere rang. Ook dit uitgangspunt is strikt genomen juist. Die schade manifesteert zich pas op het moment van uitwinning, hetgeen volgt op het opeisbaar worden van de lening bij schending van de financieringsvoorwaarden. In zoverre kan de overweging van de Hoge Raad niet los worden gezien van hetgeen hiervoor over de voorzienbaarheid van die schade is opgemerkt. Maar, en in aanvulling daarop: er kan toch niet geheel aan het "ervaringsfeit" voorbij worden gegaan dat in de praktijk nagenoeg alle activa - al dan niet bij voorbaat - zijn verpand aan de bank? Dit gegeven ontslaat de gelaedeerde natuurlijk niet van de verplichting zijn schade te substantiëren (i.c. lijkt daar wel wat op af te dingen), maar anderzijds moet de rechter mede gelet op art. 6:97 BW toch tot op zekere hoogte in staat geacht worden om tot een schadebegroting of -schatting te komen. Een ruimer schadebegrip zou ook passend zijn gelet op het feit dat misleiding omtrent de rangorde van iemands zekerheidsrecht een strafbaar feit oplevert; het vereiste dat in de pandakte een verklaring moet worden opgenomen over eerdere zekerheidsrechten (art. 3:237 lid 2 BW) lijkt hierdoor zelfs ingegeven (MvA II (Parl. Gesch. Boek 3, p. 749)). Bovendien wordt ook in het kader van de pauliana benadeling in verhaalsmogelijkheden aangenomen bij verlies van een pandrecht (vgl. HR 21 februari 2014, JOR 2014/119, r.o. 3.5.2).

Omdat RCI's vordering reeds op beide voornoemde aspecten strandde, speelde hier niet de vraag wat RCI nu eigenlijk wist of had moeten weten aangaande de haar voorgespiegelde zekerheidspositie. In het kader van de eigen schuld en daarmee samenhangende schadebeperkingsplicht van art. 6:101 lid 1 BW kan dat evenwel een rol spelen. In de lagere rechtspraak zijn in de Beklamel-sfeer enige voorbeelden te vinden van afwijzingen wegens bekendheid met het risico op niet-nakoming van de zijde van de vennootschap (Assink|Slagter 2013 (Deel I), p. 1109). Voor de goede orde: uit de eerder genoemde andere 5 september-uitspraak van de Hoge Raad volgt dat de wetenschap van de crediteur geen rol speelt (r.o. 3.6.3), maar daar ging het om de (gestelde) wetenschap van de slechte financiële situatie van zijn gevolmachtigde van wie die crediteur nu juist verlangd had dat hij de betaling juist niet zou ontvangen. Terug naar onze casus. In het algemeen lijkt het te ver te gaan om van iedere financier te vergen dat hij onderzoek doet naar de rangorde van zijn pandrecht. Dat is te meer bezwaarlijk nu een vuistloos pand als het onderhavige niet traceerbaar is in enig openbaar toegankelijk register (zie ook A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, Kluwer 2008, p. 19). Anderzijds lijkt het mij niet onredelijk bij bancaire kredietverschaffing bekend te veronderstellen dat conform art. 24 ABV pandrecht rust op alle bestaande en toekomstige zaken (anders: Rb. Rotterdam 12 december 2011, JOR 2011/381, r.o. 7.24, maar dit betrof de "goederenrechtelijke goede trouw" van

art. 3:11 BW jo art. 3:238 lid 1 BW). Los daarvan speelde hier nog de specifieke moeilijkheid dat RCI in de mantelovereenkomsten een afstandsverklaring van de bank had voorgeschreven, maar aan het ontbreken daarvan - wat moet worden verondersteld; de casus biedt hierover geen uitsluitel - geen gevolgen voor wat betreft het verstrekken van de financiering verbond. Uit het opnemen van die verklaring zou kunnen worden afgeleid dat RCI op de hoogte was van haar zekerheidspositie (in die richting de eerdergenoemde JIN-annotatie van Flapper en Stikkelbroeck), maar daarmee laat zich weer moeilijk rijmen dat de financiering niettemin verstrekt werd.

5.2 *Lessen voor de praktijk*

Deze uitspraak gaat waarschijnlijk gevolgen hebben voor zowel de financierings- als de procespraktijk.

I. voorkomen is beter dan...

Het verdient uiteraard aanbeveling het risico op een lager gerangschikt pandrecht dan toegezegd op voorhand uit te sluiten. Deze zaak onderstreept het belang van het *on hold* zetten van financiering tot na ontvangst van de door de bank getekende afstandsverklaring. Naarmate de overige zekerheden voldoende dekking bieden voor haar vorderingen zal de bank uiteraard eerder bereid zijn tot een dergelijke verklaring. Rangwisseling in zekerheidspositie met de bank zou een optie kunnen zijn door deze in de macht van de tweede pandhouder te brengen (art. 3:238 BW) en aldus een vuistpand te creëren, maar deze route stuit op praktische bezwaren. Om twijfel weg te nemen zou in aanvulling op de in de pandakte wettelijk voorgeschreven verklaring over bestaande zekerheden, een persoonlijke garantie van de bestuurder kunnen worden gevraagd. Deze zal hierbij ongetwijfeld enige aarzeling voelen, maar weigering is op zichzelf wellicht ook een bruikbaar signaal.

II.genezen

De financier die zich reeds in RCI's positie geplaatst ziet, hoeft nog niet alle hoop op een claim op de bestuurder te laten varen.

Hij kan zijn vordering op de bestuurder schoeien op de leest van de verhaalsfrustratie oftewel "Ontvanger/Roelofsen-type II". Voorzienbaarheid speelt hier ook een rol (vgl. recent nog Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2014, [ECLI:NL:GHARL:2014:8423](#), r.o. 4.17-4.18), maar kan mogelijk meer dan onder Beklamel toegespitst worden op de bewuste misleiding omtrent zekerheidsverschaffing (zie ook Assink|Slagter 2013 (deel I), p. 1113 en 1117-1118). Binnen deze categorie is immers minder vastomlijnd welke elementen een rol spelen bij ernstige verwijtbaarheid, zoals ook volgt uit de "in ieder geval"-formulering (vgl. Y. Borrius, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008/2009, p. 91).

Mogelijk kan voor dit soort gevallen ook een vorm van risicoaansprakelijkheid bepleit worden. In die richting ging ook - uiteindelijk dus vergeefs - het eerste onderdeel van het cassatiemiddel: "[o]nderdeel 2 voert onder meer aan dat het antwoord op de vraag of de bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt steeds afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval en dat het misleiden van een financier omtrent diens verhaalspositie een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan opleveren." Voorop staat dat in beginsel het risico op benadeling onvoldoende is (vgl. reeds HR 10 juni 1994, NJ 1994/766 (Romme/Bakker)). Op dat beginsel is een aantal uitzonderingen gemaakt, onder meer voor risicovolle concernstructuren (HR 11 september 2009, NJ 2009/565 (Comsys)). Een

Gepubliceerd in Bb 2015/2, p. 20-23

voldoende geadstrueerd beroep op analogische toepassing in een geval als het onderhavige lijkt mij zeker niet kansloos.