

# Afgeleide en rechtstreekse schade *revisited*

HR 2 november 2007, NJ 2008, 5 (Kessock c.s./S.F.T. Bank N.V.)

G.M. Menon\* & T.H.M. van Wechem

## 1 Inleiding

Sinds 1994<sup>1</sup> heeft de Hoge Raad met enige regelmaat uitspraak gedaan over de vraag of, en zo ja in welke situaties, een individuele houder van aandelen in een kapitaalvennootschap recht heeft op vergoeding van de schade die hij lijdt door een waardevermindering van zijn aandelen als gevolg van een door een derde jegens de vennootschap, waarin de aandelen worden gehouden, gepleegde wanprestatie of onrechtmatige daad.<sup>2</sup>

Vaste lijn in deze rechtspraak is dat indien *aan een vennootschap* door een derde vermogensschade wordt toegebracht door het niet behoorlijk nakomen van contractuele verplichtingen jegens die vennootschap of door gedragingen die tegenover de vennootschap onrechtmatig zijn, alleen de vennootschap het recht heeft uit dien hoofde van deze derde vergoeding van deze aan haar toegebrachte schade te vorderen. Een dergelijke toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad van deze derde ten opzichte van de vennootschap kan mogelijk meebrengen dat de aandelen van de vennootschap minder waard worden en dat daardoor de aandeelhouder(s) indirect schade lijdt/lijden. Deze schade wordt aangeduid als 'afgeleide schade'.<sup>3</sup> De aandeelhouder(s) kan/kunnen in beginsel geen eigen vordering tot schadevergoeding tegen de bedoelde derde geldend maken wan-

\* G.M. Menon, advocaat Holland Van Gijzen Amsterdam.

1 HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Poot/ABP); HR 29 november 1996, NJ 1997, 178 (Cri Cri); HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip & Sloetjes/RaboBank Winterswijk); HR 12 december 1997, NJ 1998, 348 (Ventaz); HR 14 juli 2000, NJ 2001, 685 (Van de Mosselaar/Lagero); HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699 (Heino Krause); HR 15 juni 2001, NJ 2001, 573 (Chipsol) en HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256 (Tuin Beheer). Zie ook Rb. Den Haag 12 juli 2000, JOR 2001/90; Rb. Rotterdam 22 augustus 2002, JOR 2002/175; Rb. Utrecht 4 juli 2007, RO 2007, 82; Rb. Rotterdam 15 augustus 2007, JIN 2007, 519; Hof Den Haag 17 oktober 2007, JIN 2007, 634.

2 Zie voor een overzicht van eerdere (veelal lagere) rechtspraak en literatuur van vóór Poot/ABP: M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie (diss. Groningen), Deel 45 Serie Instituut voor Ondernemingsrecht RU Groningen, Deventer: Kluwer 2004, p. 28-33.

3 Kroeze geeft in zijn dissertatie (zie vorige noot) de volgende definitie van 'afgeleide schade van een aandeelhouder': 'de schade die een aandeelhouder lijdt door een waardevermindering van zijn aandelen, wanneer en voorzover deze waardevermindering het gevolg is van schade die aan de vennootschap is toegebracht'. De Hoge Raad in HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256 (Tuin Beheer), r.o. 3.9 definieert afgeleide schade (onder verwijzing naar HR 29 november 1996, NJ 1997, 178) als: 'de schade die de aandeelhouder lijdt als gevolg van de vermindering van de waarde van zijn aandelen in de vennootschap (...)'.  
 3

neer hij/zij dergelijke waardeverminderingsschade heeft/hebben geleden. Het ligt – volgens deze rechtspraak – op de weg van de vennootschap om ter bescherming van de belangen van allen die bij het in stand houden van haar vermogen belang hebben, van de derde schadevergoeding te vorderen. Slaagt zij daarin, dan moet ook de met die schade corresponderende waardevermindering van de aandelen geacht worden ongedaan te zijn gemaakt. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de aandeelhouder slechts recht heeft op vergoeding van door hem in deze hoedanigheid geleden schade als deze schade het gevolg is van schending van een jegens hem geldende specifieke zorgvuldigheidsverplichting.

Van de door een aandeelhouder te lijden afgeleide schade dient te worden onderscheiden de schade die de aandeelhouder (als rechtssubject) mogelijk kan lijden en welke niet is afgeleid van toegebrachte schade aan het vermogen van de vennootschap (rechtstreekse schade). Rechtstreekse schade van een aandeelhouder loopt niet ‘indirect’ of ‘afgeleid’ via het vermogen van de vennootschap. Het is de schade die een aandeelhouder direct en onafhankelijk van (en eventueel naast) de schade van de vennootschap lijdt. Rechtstreekse schade komt voor vergoeding in aanmerking wanneer er sprake is van een (specifiek) jegens de aandeelhouder gepleegde toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad.

Een mooi voorbeeld van een geval van rechtstreeks door een aandeelhouder geleden schade deed zich voor in het arrest van de Hoge Raad van 16 februari 2007.<sup>4</sup> In dat arrest kwam onder meer de vraag naar voren of de aandeelhouder, die tevens crediteur was van de vennootschap, de schade van de derde kon vorderen die hij leed doordat zijn vordering als schuldeiser op de vennootschap onverhaalbaar bleek. De Hoge Raad achtte dat verhaal niet op voorhand uitgesloten.

Schade die het gevolg is van afgeleide schade kan ook rechtstreeks geleden zijn.<sup>5</sup> In het Kip & Sloetjes/RaboBank Winterswijk-arrest<sup>6</sup> heeft de Hoge Raad een rechtstreekse vordering van de oud-aandeelhouders toegewezen voor schade die zij in eerste instantie via het vermogen van de vennootschap hadden geleden. Daarover hierna meer.

Wat bijzonder is, is dat de *soort* schade die de aandeelhouder lijdt, van belang lijkt te zijn voor de beantwoording van de vraag of hij de door hem geleden schade op een derde kan verhalen. In dit aan het vennootschapsrecht gerelateerde leerstuk heeft de Hoge Raad zoals hiervoor opgemerkt voor een aantal typen schade nadere aanwijzingen gegeven die als volgt kunnen worden weergegeven:

4 HR 16 februari 2007, CO5/173HR, NJ 2007, 256.

5 Zie Kroeze, a.w., p. 22.

6 HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662.

1. Voor *afgeleide schade* is de zogenoemde Poot/ABP-norm<sup>7</sup> ontwikkeld die in het hiervoor aangehaalde arrest van 16 februari 2007 nog eens door de Hoge Raad is verduidelijkt<sup>8</sup> voor het geval de derde (schadeveroorzakende) partij tevens een bestuurder van de vennootschap is.<sup>9</sup> De aandeelhouders kunnen de derde schadeveroorzaker slechts voor door hen geleden *afgeleide* schade aansprakelijk houden in het geval dat er bijkomende omstandigheden zijn gesteld, zoals het opzet om de desbetreffende aandeelhouder aldus te benadelen.
2. Voor *crediteurschade* (van de aandeelhouders) heeft de Hoge Raad,<sup>10</sup> eveneens in het voornoemde arrest van 16 februari, bepaald dat de enkele omstandigheid dat de vordering van een schuldeiser door toedoen van een derde waardeloos is geworden, nog niet meebrengt dat laatstgenoemde onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de aandeelhouder. Daarbij – en dat lijkt een bijzondere invulling van de norm van artikel 6:162 BW – dient tot uitgangspunt te worden genomen dat, indien de belangen van een derde (aandeelhouder) zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van een overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kunnen meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. De Hoge Raad verwees voor dat punt expliciet naar zijn eerdere arrest van 24 september 2004.<sup>11</sup>

7 Zie noot 2.

8 In het arrest overweegt de Hoge Raad onder meer (r.o. 3.3 onder c): 'In zijn arrest van 2 december 1994, nr. 15511, NJ 1995, 288, heeft de Hoge Raad in de eerste plaats geoordeeld dat, indien aan een naamloze of besloten vennootschap door een derde vermogensschade wordt toegebracht door het niet behoorlijk nakomen van contractuele verplichtingen jegens de vennootschap of door gedragingen die tegenover de vennootschap onrechtmatig zijn, alleen de vennootschap het recht heeft uit dien hoofde van de derde vergoeding van deze aan haar toegebrachte schade te vorderen. Die vermogensschade van de vennootschap zal, zolang zij niet is vergoed, een vermindering van de waarde van de aandelen in de vennootschap (kunnen) meebrengen. In beginsel kunnen de aandeelhouders echter op grond van voor hen ontstaan nadeel niet een eigen vordering tot schadevergoeding tegen de bedoelde derde geldend maken. Voorts heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de aandeelhouder slechts recht heeft op vergoeding van door hem in deze hoedanigheid geleden schade als deze schade het gevolg is van schending van een jegens hem geldende specifieke zorgvuldigheidsverplichting. In HR 29 november 1996, nr. 16136, NJ 1997, 178 is de schade die de aandeelhouder lijdt als gevolg van de vermindering van de waarde van zijn aandelen in de vennootschap, afgeleide schade genoemd.'

9 Zie HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256.

10 Waarbij de schadeveroorzakende derde tevens bestuurder van de vennootschap was.

11 HR 24 september 2004, RvdW 2004, 108.

Voor *andere schadeposten* dan afgeleide schade en crediteurschade heeft de Hoge Raad (nog) *geen* afzonderlijke regels geformuleerd. Echter, in de procedures waarin tot toekenning van een schadevergoeding (van andere dan afgeleide schade) aan de aandeelhouders werd geoordeeld, was altijd iets méér aan de hand. Er was altijd sprake van een extra feitelijke constellatie. Het schadeveroorzakend handelen van de derde richtte zich niet slechts – en beperkte zich niet slechts – tot de vennootschap, maar *ook* rechtstreeks tot de desbetreffende aandeelhouders. In het arrest Kip en Sloetjes<sup>12</sup> bijvoorbeeld, werd aan de bank verweten dat ten tijde van het handelen van de bank de belangen van Kip en Sloetjes sterk met die van het concern waren verweven. Temeer daar Kip en Sloetjes in privé zekerheden hadden verstrekt en zij afhankelijk waren van het door hen opgebouwde, in het concern uitgeoefende bedrijf. Volgens de Hoge Raad had het hof dan ook ten onrechte *niet het geheel* van aan de bank verweten onrechtmatige gedragingen jegens Kip en Sloetjes (leidend tot afgeleide én rechtstreekse schade) in onderlinge samenhang onderzocht, doch hun stellingen opgesplitst in gedragingen van de bank die primair het concern raakten en gedragingen van de bank rechtstreeks jegens Kip en Sloetjes.<sup>13</sup>

Resumerend: in een geval waarbij een aandeelhouder schade heeft geleden, waaronder de waardevermindering van zijn aandelen, is het ondoorzichtig of hij deze schade vergoed kan krijgen. Wanneer de waardevermindering (of het waardeloos worden) van de aandelen als *afgeleide* schade wordt gevorderd, dan geldt de (zware) Poot/ABP-norm. Wordt dezelfde schade echter gevorderd als rechtstreekse schade, dan gelden hiervoor klaarblijkelijk andere eisen. Echter, het is niet duidelijk wat de precieze criteria zijn. Evenmin is duidelijk of hier de leerstukken van causaliteit van artikel 6:98 BW (waaronder de voorzienbaarheid van de schade) of die van het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW nog een rol (kunnen) spelen, en zo ja welke.<sup>14</sup> Wat opvalt, is dat in de commentaren op de arresten veelal vanuit een vennootschapsrechtelijk perspectief wordt geredeneerd. Veel gewicht wordt toegekend aan de vennootschapsrechtelijke positie van de vennootschap en de positie van de aandeelhouder daarvan. Kort gezegd, als de vennootschap een eigen vorderingsrecht ten aanzien van de desbetreffende schadeveroorzaker heeft en de door de vennootschap geleden schade door betaling van die schade aan de vennootschap kan worden weggenomen, dan blijft

12 HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662.

13 Het is niet duidelijk of het arrest van 16 februari 2007 een aanscherping van het arrest Kip & Sloetjes is, omdat de Hoge Raad in het als eerst genoemde arrest wel duidelijk de positie jegens de aandeelhouder scheidt van die van de gedragingen jegens de vennootschap. Zie Maeijer in zijn noot onder HR 16 februari 2007, NJ 2008, 5.

14 Zie voor het relativiteitsvereiste Van Veen & Van Wechem in hun noot onder HR 16 februari 2007, JOR 2007, nr. 112.

de aandeelhouder – ook al heeft deze schade geleden – in beginsel buiten spel. De *precieze* rol van artikel 6:162 BW en de hieraan gerelateerde artikelen 6:98 en 6:163 BW blijft bij de commentaren vaak onbesproken.

De vraag die derhalve opkomt, is wat het scharnierpunt van de hiervoor beschreven benadering is. Betreft dit de *aard* van de schade? Met andere woorden: dient *vanwege* de *soort* schade – schade die een aandeelhouder lijdt als gevolg van de vermindering van de waarde van de aandelen in de vennootschap<sup>15</sup> – een apart regime te worden gevolgd? Of dient de gehoudenheid tot vergoeding van deze ‘afgeleide schade’ anders te worden benaderd, omdat de desbetreffende *normschending*<sup>16</sup> in verband waarmee de schade gepretendeerd wordt te zijn ontstaan, niet ernstig genoeg is om tot de vergoeding van *ook* die schade over te gaan?

In dit artikel willen wij deze vragen beantwoorden, mede aan de hand van het onderhavige arrest Kessock c.s./S.F.T. Bank N.V.,<sup>17</sup> dat naar onze mening nadere inzichten biedt.

## 2 Het arrest van 2 november 2007

### 2.1 Feiten

Het ging in deze zaak om het volgende:

Kessock, woonachtig te Curaçao (‘Kessock’), was enig aandeelhouder van Caribbean Bistros N.V. Sinds ongeveer 1987 exploiteerde Caribbean Bistros N.V. een restaurant te Mahaai op Curaçao. Kessock en zijn echtgenote Kessock-Leenders (verder tesamen ‘Kessock c.s.’) waren gezamenlijk de *managing directors* van dit restaurant. In 1999 hebben zij, vanwege het succes van het restaurant te Mahaai, besloten een filiaal te openen aan de Cornelisbaai te Curaçao. Dit bedrijf werd geëxploiteerd door Beach Bistros N.V. Kessock-Leenders was één van de aandeelhouders van Beach Bistros N.V. Kessock-Leenders is in de loop van 1999 ernstig ziek geworden. Sindsdien kon zij het management niet meer op adequate wijze vervullen en ook Kessock had onvoldoende tijd om beide restaurants op verantwoorde wijze te leiden. Het gevolg was mismanagement en oplopende verliezen. Kessock heeft daarop

15 Let wel, Maeijer merkt op dat dit criterium (schade die een aandeelhouder lijdt als gevolg van de waardevermindering van zijn aandelen) niet zuiver door de Hoge Raad is geformuleerd, omdat het gaat om schade aan de aandelen en niet om daardoor geleden schade, zie Maeijer, in zijn noot onder NJ 2008, 5.

16 De normschending als bedoeld in art. 6:162 BW, inclusief het leerstuk van relativiteit (art. 6:163 BW) en causaliteit (art. 6:98 BW).

17 HR 2 november 2007, NJ 2008, 5 m.nt. JMM. Zie ook over dit arrest: J.W.H. van Wijk, Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk 2008, p. 25-33; B.F. Assink, annotatie JOR 2007/302 en F. Veenstra, De aandeelhouder en zijn afgeleide schade, Ondernemingsrecht 2008-4, p. 40 e.v.

diverse pogingen gedaan om de beide restaurants te verkopen. De bank van beide vennootschappen, S.F.T. Bank N.V. te Curaçao (hierna: 'SFT Bank'), was hiervan op de hoogte.

Vanaf begin december 2000 hebben partijen (Kessock en de SFT Bank) onderhandeld over (tijdelijke) voortzetting van de financiering van Caribbean Bistros N.V. en Beach Bistros N.V. teneinde Kessock in staat te stellen de beide restaurants die de rechtspersonen dreven 'going concern' te verkopen. SFT Bank wilde daarnaast betaling verzekeren van de nog openstaande schuld. Rond december 2000 waren de gezamenlijke debetsaldi op de bij SFT Bank aangehouden bankrekeningen van beide restaurants namelijk opgelopen tot ongeveer ANG 1,5 miljoen, terwijl slechts een 'overdraft facility' aan de beide vennootschappen ten bedrage van ANG 50.000 was toegestaan. Voor deze schuld waren geen zekerheden gesteld. Bij brief van 4 december 2000 heeft Kessock aan Club Caribbean N.V., eigenares van het pand waarin Beach Bistros N.V. haar restaurant exploiteerde, onder meer bericht de huur van het pand op te zeggen. Op 27 december 2000 heeft Kessock ANG 100.000 op de rekeningen van de vennootschappen gestort, zodat de salarissen van het personeel konden worden betaald.

Ongeveer een maand later heeft SFT Bank aan Kessock toegezegd dat zij op de debetstanden van beide rekeningen een bedrag van ANG 300.000 zou afboeken (kwijtschelden) als Kessock een bedrag van ANG 580.000 (volgens Kessock) of ANG 600.000 (volgens SFT Bank) zou hebben betaald.

Bij faxbrief van 1 februari 2001 heeft SFT Bank aan Kessock bericht:

*'We herewith acknowledge your various meetings, recently held with our Messrs L. Rigaud and R. Irasusquin, and (...) During above mentioned conversations we discussed (...) the present situation of the overdraft facilities, extended to Caribbean Bistros N.V. and Beach Bistros N.V. We agreed upon that you will grant your personal guarantee for all amounts that exceed the cumulative balances on both accounts of ANG 1,200,000. For the sake of completeness we have to inform you that the total debit balance of both accounts amounts to ANG 1,357,438.70 (...), being respectively ANG 865,633.28 debit on current account number XXX002 and ANG 491,805.45 on current account number XXX003.'*

Tot daadwerkelijke verstrekking van zekerheden in privé door Kessock voor de bedragen boven ANG 1,2 miljoen zoals door SFT Bank verzocht, is het echter niet gekomen. Wel heeft Kessock op 5 maart 2001 – ter uitvoering van de hiervoor vermelde afspraak – ANG 320.000 gestort op de rekening van

Caribbean Bistros N.V. en ruim één week later op 13 maart 2001 nog eens ANG 260.000 (totaal: ANG 580.000).<sup>18</sup>

Bij faxbrief van 15 maart 2001 – dus twee dagen na de laatste storting door Kessock – heeft SFT Bank Kessock bericht de kredietlimieten te bevriezen tot de hoogte van de bestaande debetsaldi. Vanaf 15 maart 2001 hebben de vennootschappen hun dagopbrengsten slechts gedeeltelijk op hun rekeningen bij de bank gestort. Bij faxbrief van 29 maart 2001 heeft SFT Bank aan Kessock bericht dat zij (althans in de ogen van Kessock) nadere voorwaarden aan de met Kessock gemaakte afspraken stelt. Caribbean Bistros N.V. mocht niet meer ‘rood’ staan op haar rekening. Beach Bistros N.V. werd een kredietlimiet van ANG 450.000 toegestaan, maar zij moest wel tot zekerheid al haar eigendommen fiduciair aan de bank overdragen. Kessock heeft hiertegen geprotesteerd, omdat deze nadere voorwaarden niet haalbaar waren en ook niet waren overeengekomen.

Op 9 april 2001 heeft SFT Bank conservatoir beslag doen leggen op alle goederen en geldswaarden van Beach Bistros N.V. Op 20 april 2001 hebben beide restaurants hun deuren gesloten. Eerst op 27 april 2001 heeft SFT Bank het toegezegde bedrag van ANG 300.000 van de rekening van Caribbean Bistros N.V. afgeschreven (‘kwijtingescholden’). De relatie tussen de SFT Bank tussen Beach Bistros N.V. en Caribbean Bistros N.V. enerzijds en de SFT bank anderzijds is op 2 mei 2001 beëindigd.

Reeds vanaf eind 2000 zijn diverse biedingen gedaan voor de aankoop van de aandelen in de vennootschappen en de daarin geëxploiteerde restaurants. Deze hebben pas na mei 2001, dus na de hiervoor genoemde beëindiging van de relatie met de bank tot overeenstemming geleid, zij het voor een veel lager bedrag dan aanvankelijk geboden.

Kessock c.s. hebben zich bij verzoekschrift van 30 juni 2003 gewend tot het Gerecht van Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen en Aruba (zittingsplaats Curaçao), en – kort gezegd – verzocht SFT Bank te veroordelen om aan Kessock c.s. te betalen, in hun hoedanigheid van aandeelhouders van Beach Bistros N.V., een bedrag van ANG 4.140.000 en, in hun hoedanigheid van aandeelhouders van Caribbean Bistros N.V., een bedrag van ANG 1.140.000, met rente en kosten wegens het niet nakomen van de met Kessock c.s. gemaakte afspraken en subsidiair op grond van onrechtmatige daad.

## 2.2 Gerecht van Eerste Aanleg

In de procedure hebben Kessock c.s. SFT Bank in het bijzonder verweten dat deze nadat door Kessock ANG 580.000 was gestort op de rekening van

<sup>18</sup> Daarmee was de garantstelling feitelijk mogelijk minder actueel (de debetsaldi lagen als gevolg van de genoemde aflossingen immers ver onder het genoemde drempelbedrag).

Caribbean Bistros N.V. niet onmiddellijk (maar pas op 27 april 2001) ANG 300.000 (het restant van de rekening op een relatief gering bedrag na) heeft afgeschreven (kwijtgescholden), dat SFT Bank geen kredietruimte van ANG 1.200.000 aan de twee bistro's ter beschikking heeft gesteld, dat SFT Bank de rekeningen heeft bevroren (in die zin dat de kredietruimte werd gelimiteerd op de per 15 maart 2001 openstaande saldi) zonder de bistro's een redelijke termijn te gunnen om een andere financiële instelling te vinden die krediet wilde geven, dat (met het voorgaande verband houdende) SFT Bank in strijd met afspraken nieuwe voorwaarden heeft gesteld aan kredietverlening, dat nadien de kredietovereenkomsten werden opgezegd, dat SFT Bank conservatoir beslag heeft laten leggen en later ook heeft geëxecuteerd, en dat SFT Bank de verkoop van de bistro's als 'going concern' heeft verrijdeld.<sup>19</sup> Het Gerecht van Eerste Aanleg oordeelde dat SFT Bank geen wanprestatie jegens Kessock had gepleegd door geen vrije kredietruimte van ANG 1.200.000 aan de beide vennootschappen ter beschikking te stellen. SFT Bank had volgens het Gerecht van Eerste Aanleg echter wel onzorgvuldig jegens Kessock c.s. gehandeld wat het blokkeren en beëindigen van het krediet betreft. Dit kon echter niet leiden tot toewijzing van de vordering van Kessock c.s. Het Gerecht oordeelde op dit punt als volgt:

'10.1. SFT bank heeft stellig onzorgvuldig jegens Kessock c.s. gehandeld. Dit handelen heeft echter niet tot aan haar rechtens toe te rekenen schade van Kessock c.s. geleid. Die schade is het directe gevolg van de nalatigheid van de beide N.V.'s en/of Kessock c.s. om zekerheid te stellen dan wel voor alternatieve financiering van de vennootschappen zorg te dragen. Kessock c.s. hebben te hard onderhandeld. Dat zou hen echter niet hebben geschaad als zij de restaurants tijdig hadden weten te verkopen. Dat is hun echter niet gelukt en dat is niet aan SFT Bank te wijten.'

Om twee redenen heeft het gerecht de vorderingen van Kessock c.s. vervolgens afgewezen:

1. het aldus ontbreken van de vereiste *causaliteit*;
2. de schade die Kessock c.s. hadden geleden door het onrechtmatige handelen van SFT Bank kwam wegens 'eigen schuld' niet voor vergoeding in aanmerking (r.o. 10.2 van het vonnis).

19 Deze verkorte weergave van de zijdens Kessock c.s. – onder meer – gestelde feiten en omstandigheden is ontleend aan het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, r.o. 4.3.



### 2.3 Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba

Tegen dit eindvonnis hebben Kessock c.s. hoger beroep ingesteld bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba (hierna: het 'Hof') onder aanvoering van zeven grieven. SFT Bank heeft eveneens hoger beroep ingesteld onder aanvoering van twee grieven.

Na bespreking van alleen de eerste – en meest vérstrekkende – grief van SFT Bank,<sup>20</sup> waarna de overige grieven in de twee hoger beroepen (in de woorden van het Hof) geen bespreking meer behoeften, heeft het Hof bij arrest van 13 december 2005 het vonnis waarvan beroep onder verbetering van gronden bevestigd. Het Hof heeft daartoe, na in r.o. 4.2 te hebben verwezen naar de Hoge Raad-arresten Poot/ABP en Chipshol, als volgt overwogen:

'4.4. In deze gestelde feiten en omstandigheden is een potentiële wanprestatie of onzorgvuldigheid jegens de vennootschappen besloten, maar niet (tevens) specifiek jegens de aandeelhouders. Door Kessock e.a. zijn daartoe onvoldoende bijzondere feiten en omstandigheden aangevoerd. Dat een der aandeelhouders (Kessock) de storting van ANG 580.000 heeft verricht op de rekening van Caribbean Bistros N.V. en naar mag worden aangenomen daarmee een vordering heeft gekregen op Caribbean Bistros N.V. is op zichzelf onvoldoende. Vaak zullen financiële injecties in vennootschappen worden gedaan door grootaandeelhouders tevens bestuurder (verg. de storting op aandelen in HR 14 juli 2000, NJ 2001, 685, Van de Mosselaar, rov. 3.6.3). De SFT Bank heeft van de vennootschap verlangd dat het tekort op de rekening werd verminderd. Tegenover de storting van ANG 580.000 stond een kwijtschelding aan de vennootschap van ANG 300.000 hetgeen gunstig was voor de vermogenspositie van de vennootschap en indirect voor die der aandeelhouders (aangezien een déconfiture toen nog niet in de verwachting lag).'

De zogenoemde Poot/ABP-uitzondering (schending mede van een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens aandeelhouders in privé) deed zich – naar het oordeel van het Hof – dan ook niet voor.

20 Met een beroep op het Poot/ABP-arrest heeft SFT Bank daarin aangevoerd dat hoogstens de vennootschappen Caribbean Bistros N.V. en Beach Bistros N.V. – en niet Kessock c.s. in hun hoedanigheid van (achterliggende) aandeelhouders – eventueel een recht op schadevergoeding zouden kunnen ontleenen aan de aan SFT Bank verweten wanprestatie of onrechtmatige daad.

## 2.4 Hoge Raad

In cassatie klagen Kessock c.s. er onder meer over dat in het licht van bedoelde afspraak met de SFT Bank en het daaraan door Kessock c.s. ontleende vertrouwen, de handelwijze van SFT Bank als een schending van de afspraak en dat vertrouwen dient te worden aangemerkt en dus als een tevens specifiek jegens Kessock c.s. door SFT Bank gepleegde wanprestatie en/of onrechtmatige daad, waarvan de sluiting van de restaurants, de verijdeling van de verkoop daarvan als *'going concern'* en daarmee de door Kessock c.s. gederfde verkoopwinst het voldoende rechtstreekse en aan SFT Bank toerekenbare gevolg zijn. Hieraan zou dan niet af (hoeven) doen dat het hier om afgeleide schade gaat en evenmin dat het definitieve karakter ervan mede is veroorzaakt door het inmiddels onherstelbaar berusten van de vennootschappen in de afwijzing van hun eigen vordering.<sup>21</sup>

De Hoge Raad is het met Kessock c.s. eens en oordeelt:

'3.3 (...) De klacht is gegrond. Kessock c.s. hebben in de feitelijke instanties onder meer aangevoerd:

- dat SFT met Kessock in privé afspraken heeft gemaakt, onder meer over het aanzuiveren van de debetsaldi door Kessock voor een bedrag van ANG 580.000 en de hoofdelijke aansprakelijkheid van Kessock voor de debetsaldi van de vennootschappen boven een bedrag van ANG 1,2 miljoen;
- dat SFT op grond van die afspraken aan de vennootschappen ANG 300.000 zou kwijtschelden en een kredietruimte van maximaal ANG 1,2 miljoen zou gunnen;
- dat Kessock c.s. op grond van die afspraken mochten vertrouwen dat zij nog ongeveer zes maanden de tijd zouden hebben om de beide vennootschappen "going concern" te verkopen;
- dat SFT in strijd met die afspraken en het daardoor bij Kessock c.s. gewekte vertrouwen heeft gehandeld door, nadat Kessock ANG 580.000 had gestort, de kredietruimte te bevriezen op het resterende debetsaldo, en door niet aanstonds na de storting van ANG 580.000 doch pas nadat de beide restaurants hun deuren hadden moeten sluiten, tot afboeking van een bedrag van ANG

21 Vergoeding van de desbetreffende schade was eerder door de vennootschappen zelf (in een separate procedure) van de SFT bank gevorderd, maar afgewezen bij vonnis van het Gerecht in Eerste Aanleg van 13 januari 2003 (door middel van een niet-ontvankelijkverklaring) – nota bene – op de grond dat een Poot/ABP-uitzondering zich voordeed. De vennootschappen hadden in dat vonnis berust en geen hoger beroep ingesteld. Het Hof dacht daar dus anders over en oordeelde – zoals hiervoor aangegeven – dat de genoemde Poot/ABP-uitzondering zich juist niet voordeed. Daarmee dreigden Kessock c.s. in een klassieke 'Catch 22'-situatie terecht te komen.

- 300.000 over te gaan en vervolgens de kredietrelatie met de vennootschappen te beëindigen;
- dat Kessock c.s. als gevolg van deze gedragingen van SFT de aandelen in beide vennootschappen voor een aanzienlijk lager bedrag hebben verkocht dan anders het geval zou zijn geweest, voor welk nadeel zij SFT aansprakelijk houden.
- Deze stellingen kunnen in beginsel een vordering op grond van – een specifiek jegens Kessock c.s. gepleegde – onrechtmatige daad of wanprestatie dragen. (...) Het hof heeft evenwel die grieven onbesproken gelaten, zodat in hoger beroep de mogelijkheid is opengebleven dat SFT op beide punten onrechtmatig heeft gehandeld dan wel wanprestatie heeft gepleegd. In dat licht getuigt van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is onbegrijpelijk het oordeel van het hof in rov. 4.4 dat Kessock c.s. te dier zake onvoldoende hebben gesteld. Hetgeen het hof vervolgens nog in de rov. 4.4 - 4.6 overweegt, maakt dat niet anders aangezien het aldaar overwogene, gelet op hetgeen Kessock c.s. in hoger beroep hebben aangevoerd, niet de mogelijkheid uitsluit dat SFT heeft gehandeld in strijd met de gemaakte afspraken of gewekte verwachtingen.'

Met betrekking tot het type schade dat wordt gevorderd, oordeelt de Hoge Raad als volgt:

'3.4 Onderdeel 2 van het middel is gericht tegen de rov. 4.7 - 4.10, waarin het hof heeft overwogen dat "bij het voorgaande komt" dat Kessock c.s. uitsluitend "afgeleide schade" vorderen en geen "rechtstreekse schade", dat de "afgeleide schade" definitief is geworden doordat de vordering van de vennootschappen tegen SFT tot vergoeding van dezelfde schade (in een eerdere procedure) door het gerecht is afgewezen, waarin de vennootschappen hebben berust, en dat het definitief worden van de "afgeleide schade" op zichzelf niet maakt dat de gedragingen van SFT als onrechtmatig jegens Kessock c.s. moet worden aangemerkt.

Het onderdeel klaagt dat het hof aldus ten onrechte heeft geoordeeld dat aan de toewijsbaarheid van de vordering van Kessock c.s. in de weg staat dat het om "afgeleide schade" gaat, en betoogt voorts dat het feit dat het "definitieve" karakter van de schade mede is veroorzaakt door het inmiddels onherstelbare berusten van de vennootschappen in de afwijzing van hun vordering rechtens evenmin zonder meer aan de toewijsbaarheid van de vordering van Kessock c.s. in de weg staat.

Het onderdeel berust op een verkeerde lezing van de desbetreffende overwegingen van het hof en mist daarom feitelijke grondslag. Het hof heeft niet miskend dat Kessock c.s. als aandeelhouders van de vennootschappen schadevergoeding van SFT kunnen vorderen voor de vermindering van de waarde van hun aandelen in de vennootschappen (“afgeleide schade”), indien zij dergelijke schade hebben geleden als gevolg van schending door SFT van een jegens hen geldende specifieke zorgvuldigheidsverplichting (vgl. HR 2 december 1994, nr. 15511, NJ 1995, 288 en HR 16 februari 2007, nr. Co5/173, NJ 2007, 256 (rov. 3.3 onder (c)). Evenmin heeft het hof miskend dat aan vergoeding van dergelijke schade niet in de weg staat dat die schade voor de vennootschappen “definitief” is geworden op de grond dat een vordering van de vennootschappen tot vergoeding van die schade in rechte is afgewezen en de vennootschappen daarin berust hebben. Het hof heeft in dit verband slechts geoordeeld (rov. 4.9) dat het definitief worden van de “afgeleide schade” doordat de vennootschappen thans buiten staat zijn of zichzelf buiten staat gesteld hebben schadevergoeding te vorderen, op zichzelf niet meebrengt dat de gedragingen van SFT jegens Kessock c.s. als onrechtmatig moeten worden aangemerkt. Dat oordeel is juist (vgl. rov. 3.4.4 van HR 15 juni 2001, nr. C99/301, NJ 2001, 573). Het onderdeel faalt derhalve.’

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie en verwijst het geding naar dat hof ter verdere behandeling en beslis-sing.

### **3            Commentaar**

#### **3.1         Algemeen**

De zaak vertoont gelijkenis met het Kip & Sloetjes/Rabobank Winterswijk-arrest,<sup>22</sup> maar is daar slechts ten dele mee vergelijkbaar.

In dat arrest werd een onrechtmatige daad jegens de aandeelhouders (het echtpaar Kip en Sloetjes) persoonlijk aangenomen. Het ging dus niet meer om afgeleide schade, maar om rechtstreekse ‘eigen’ schade. De relevante overweging luidde als volgt:

‘3.6 Genoemd arrest van HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 [Poot/ABP; EvW/MM], had betrekking op een geval waarin de eisende partij als directeur/enig aandeelhouder van een concern feiten en omstan-

<sup>22</sup> HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662.

digheden had gesteld, die een onrechtmatige daad tegenover dat concern zouden opleveren, doch niets had gesteld waaruit zou hebben kunnen volgen dat zijn wederpartij daarnaast ook nog in strijd had gehandeld met de jegens hemzelf in privé vereiste zorgvuldigheid. De schade in verband met de waardevermindering van eisers – nog steeds aan hem toebehorende – aandelen correspondeerde geheel met de schade die het concern als gevolg van de beweerdelijk gepleegde onrechtmatige daad in zijn vermogen had geleden.

De grondslag van de vordering van Kip en Sloetjes is evenwel van geheel andere aard. Hun stellingen komen erop neer dat de Bank jegens hen persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld en dat de door hen geleden schade het gevolg is van een samenhangend geheel van onrechtmatige gedragingen van de Bank, die niet alleen ertoe hebben geleid dat de waarde van hun aandelen ernstig is aangetast door het onzorgvuldige kredietbeleid van de Bank en door het dwingen tot medewerking aan de surséance, maar ook tot gevolg hebben gehad dat zij vervolgens die aandelen – onder druk van de Bank – op een zeer ongunstig tijdstip hebben moeten verkopen, zodat de door de waardevermindering ontstane schade definitief ten laste van hun vermogen is gekomen en niet meer kan worden opgeheven door een eventuele schadevergoeding van de Bank aan de vennootschappen van het concern, terwijl bovendien ten tijde van de aan de Bank verweten gedragingen hun belangen sterk met die van het concern waren verweven, mede in verband met de door hen in privé gegeven zekerheden en hun afhankelijkheid, voor wat betreft hun inkomen en vermogensvorming, van het door hen opgebouwde, in het concern uitgeoefende bedrijf.'

In het onderhavige geval was in geschil de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen tussen de SFT Bank met Kessock c.s. 'in privé' over het geven van kredietruimte en of de SFT Bank specifiek jegens Kessock 'persoonlijk' zodanige verwachtingen had gewekt over het voortzetten van de kredietrelatie dat het bevrozen daarvan als onrechtmatig jegens Kessock moest worden aangemerkt. Het Hof was voorbijgegaan (had de ter zake ingediende grieven onbesproken gelaten) aan hetgeen daaromtrent van de zijde van Kessock c.s. enerzijds, en SFT Bank anderzijds, was gesteld, zodat de mogelijkheid openbleef dat de stellingen van Kessock c.s. een vordering op grond van een specifiek jegens Kessock c.s. gepleegde onrechtmatige daad of wanprestatie konden dragen.

Sterker, het lijkt erop dat het Hof het onderscheid tussen afgeleide en rechtstreekse schade niet geheel zuiver op het netvlies heeft gehad. De bewoordingen van de rechtsoverwegingen 4.2-4.7 van het vonnis van het Hof dui-

den erop dat het Hof er kennelijk van uit is gegaan dat Kessock c.s. *enkel afgeleide* schade hebben gevorderd. In die context is de volgende opmerking van advocaat-generaal Timmerman in zijn conclusie voor het arrest onder 4.17 interessant:

“Tenslotte nog een opmerking over het oordeel van het Hof dat Kessock c.s. uitsluitend “afgeleide schade” vordert. Indien zou komen vast te staan dat SFT Bank onrechtmatig jegens Kessock (c.s.) zou hebben gehandeld – of sprake zou zijn van wanprestatie –, dient de omvang van de schade te worden bepaald. Bij het bepalen van de omvang van de schade zal onder meer het causale verband tussen de onrechtmatige gedraging en het intreden van de schade moeten worden onderzocht. Het feit dat Kessock gesteld heeft dat de omvang van de schade gelijk is aan de waardevermindering van de aandelen van de vennootschappen, betreft slechts een stelling over de omvang van de door hem geleden schade. Het feit dat Kessock de omvang van de schade verbindt aan de waardedaling van de aandelen van de vennootschappen maakt niet dat Kessock afgeleide schade vordert.’

Annotator Maeijer<sup>23</sup> wijst er vervolgens op dat het niet echt duidelijk is geworden wat de Hoge Raad met betrekking tot het type schade vindt. Bij de weerlegging van dit onderdeel van het cassatiemiddel gaat de Hoge Raad er immers in de derde alinea van r.o. 3.4. (zie hiervoor) van uit dat het afgeleide schade betreft. Bij *afgeleide schade* in de juiste betekenis van het woord kan de aandeelhouder volgens de Poot/ABP-doctrine echter in beginsel *geen* vergoeding hiervan vorderen; echter wel indien er sprake is van een gedraging die jegens hem *specifiek* onzorgvuldig is. Zoals gezegd, *rechtstreekse schade* komt voor vergoeding in aanmerking wanneer er sprake is van een (specifiek) jegens de aandeelhouder gepleegde wanprestatie of onrechtmatige daad. Men kan, aldus Maeijer, de Hoge Raad aldus verstaan dat dit laatste in het onderhavige geval niet uitgesloten moet worden geacht, en dat het Hof deze mogelijkheid onvoldoende heeft onderzocht nu het de hierop betrekkende grieven onbesproken heeft gelaten. Met andere woorden, de Hoge Raad casseert, omdat niet uitgesloten kan worden geacht dat de rechtstreekse schade die door Kessock is geleden wél voor vergoeding in aanmerking kan komen en dat het Hof door het louter toepassen van de Poot/ABP-doctrine, *dat aspect* niet voldoende heeft onderzocht.

Van belang hierbij is een aantal terugkerende variabelen, te weten: aandeelhouder, afgeleide schade en rechtstreekse schade. Uit de vorenstaande noot van Maeijer komt evenals in de eerder genoemde arresten nogmaals

<sup>23</sup> NJ 2008, 5.

naar voren dat het woord 'specifiek' zich in twee hoedanigheden kan openbaren:

1. als betrekking hebbend op de zorgvuldigheidsnorm (de gedraging) als bedoeld in Poot/ABP;
2. als betrekking hebbend op een (specifiek) *jegens* de aandeelhouder (de persoon jegens wie de gedraging zich richt) gepleegde wanprestatie of onrechtmatige daad.

De nuancering die de Hoge Raad aanbrengt, wordt bijna onbegrijpelijk.

Kroeze merkt op dat het arrest Kessock c.s. illustreert dat de vraag of van afgeleide schade sprake is en de vraag of een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden (waaronder wanprestatie), onafhankelijk van elkaar moeten worden beoordeeld.<sup>24</sup> Hij acht vier gevallen denkbaar:

1. er is sprake van afgeleide schade en geen schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens de aandeelhouder(s);
2. er is sprake van afgeleide schade en er is wél schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens de aandeelhouders(s);
3. er is sprake van rechtstreekse schade voor de aandeelhouder(s) en er is geen specifieke zorgvuldigheidsnorm geschonden;
4. er is rechtstreekse schade voor de aandeelhouder(s) en er is wél schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm.

Hij plaatst het Kessock c.s./SFT Bank-arrest onder categorie 4, maar sluit niet uit dat in de vervolprocedure blijkt dat een gedeelte van de door Kessock c.s. geclaimde schade ook afgeleide schade omvat, zodat die schade dan onder het regime onder 2 te plaatsen is. Kortom, hij plaatst een en ander in de sleutel van de *soort* schade die is geleden.

De Hoge Raad herhaalt in zijn arrest van 16 februari 2007 (Tuin Beheer) de Poot/ABP-regel:

'Anders dan het onderdeel betoogt, brengt de enkele omstandigheid dat een voorzienbaar gevolg was van de handelwijze van [B] dat [eiseres] als aandeelhouder van [A] werd benadeeld, niet mee dat [B] jegens [eiseres] in haar hoedanigheid van aandeelhouder een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. Dit laatste geldt ook indien [B] onnodig en desbewust het faillissement van [A] heeft veroorzaakt voor haar eigen gewin. Indien de bestuurder van een vennootschap zich aldus gedraagt, leidt dit tot vermindering van de

<sup>24</sup> M.J. Kroeze, Ondernemingsrecht 2008-1, p. 44.

waarde van de aandelen in de vennootschap, of zelfs tot waardeeloosheid daarvan, en dus tot afgeleide schade van de aandeelhouder(s) van die vennootschap. Indien geen bijkomende omstandigheden zijn gesteld, zoals het opzet om die aandeelhouder aldus te benadelen, kan echter niet worden gesteld dat de bestuurder dusdoende tevens een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden tegenover die aandeelhouder.’

Bij afgeleide schade gaat het derhalve om schending van een bijzondere zorgvuldigheidsnorm *waarvoor bijkomende omstandigheden moeten worden gesteld*, zoals het opzet om de aandeelhouder aldus te benadelen. Van Veen en Van Wechem<sup>25</sup> neigen ernaar aan te nemen dat de Hoge Raad hiermee bedoelt dat de bijzondere omstandigheden qua zwaarte met opzet vergelijkbaar dienen te zijn.<sup>26</sup> Dit ingegeven door de feiten in de desbetreffende zaak.

Kroeze stelt vooruitlopend op de beslissing van het Hof in arrest Kessock/SFT Bank dat er zijns inziens in beginsel geen bezwaar bestaat wanneer het Hof Kessock c.s. ook hun afgeleide schade vergoedt, omdat de vergoeding van de afgeleide schade van Kessock in dit geval het vennootschapsrecht niet doorkruist. Hij heeft eerder in zijn proefschrift betoogd dat een rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade mogelijk is wanneer deze het vennootschapsrecht niet op een onaanvaardbare wijze doorkruist. Van doorkruising is – kort gezegd – sprake als er een inbreuk wordt gemaakt op de rangorde tussen de aandeelhouders en andere belanghebbende(n) wanneer deze laatste(n) wordt(en) benadeeld, wanneer de aandeelhouder een vergelijkbaar resultaat kan bereiken door gebruikmaking van aan het vennootschapsrecht ontleende bevoegdheden en wanneer deze vordering in strijd is met het gerechtvaardigde belang van de vennootschap.<sup>27</sup> Wanneer Kroeze op dat punt gevolgd zou worden, dan zou afgeleide schade zoals door de Hoge Raad gedefinieerd als schade van de aandeelhouder door waardevermindering van zijn aandelen,<sup>28</sup> *van kleur verschieten* naar gelang de stelling van de eiser in de procedure. Wanneer het feit van waardevermindering van de aandelen wordt gepresenteerd als gevolg van schade door de vennootschap geleden, dan moet de Poot/ABP-drempel worden genomen. Wordt het feit van waardevermindering van de aandelen echter gepresenteerd als gevolg

25 JOR 2007, 112.

26 Anders Van Wijk a.w. en Assink JOR 2007, 302.

27 Kroeze a.w., p. 66.

28 Let wel: Maeijer geeft in zijn noot onder Kessock aan dat deze definitie van de Hoge Raad gelezen moet worden in de context als ware dat het schade moet zijn die afgeleid is van schade door de vennootschap zelf geleden.



van een onrechtmatige daad die gepleegd is tegen het rechtssubject, de aandeelhouder, maar niet in de hoedanigheid van aandeelhouder in de desbetreffende vennootschap, dan kan de waardevermindering van de aandelen als rechtstreekse schade voor vergoeding in aanmerking komen.

### 3.2 Vereisten voor onrechtmatige daad

Zoals in de inleiding aangegeven, de legitimatie van gemaakte keuzes door de Hoge Raad lijkt nauw samen te hangen met de positie van de aandeelhouder en het rechtskarakter van het vennootschapsrecht. Sieburgh stelt zich op het standpunt dat hiertoe een onderzoek naar de grondslagen van het vennootschapsrecht en van het burgerlijk recht en naar de wortels van het 'waarom' dient plaats te vinden. Het primaat bieden aan de regels van het vennootschapsrecht boven die van het burgerlijk recht zou evengoed een onaanvaardbare doorkruising van het burgerlijk recht kunnen opleveren.<sup>29</sup> Wij kunnen ons in deze benadering geheel vinden, het is inderdaad maar van welke kant je het bekijkt.

Voor wie de reeks onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, schade, causaliteit en relativiteit – de eisen waaraan moet zijn voldaan voor het vorderen van schadevergoeding bij een onrechtmatige daad – beschouwt, is het moeilijk te bevatten dat de 100%-aandeelhouder wiens vennootschap (moedwillig, en louter voor eigengewin van een derde) door die derde 'is beschadigd', louter aanspraak kan maken op schadevergoeding wanneer een gedraging *specifiek* jegens de aandeelhouder onzorgvuldig is geweest<sup>30</sup> in de context van de eis van bijkomende omstandigheden, zoals de opzet om de aandeelhouder te benadelen. Er wordt geabstraheerd van het gevolg, maar de *intentie* tot benadeling lijkt doorslaggevend. Hierbij is volstrekt ondoorzichtig of de beperking bij de Poot/ABP-norm in de normering van artikel 6:162 BW ligt besloten, omdat een schadeveroorzakende gedraging zonder die intentie (of zonder het zich voordoen van de bijzondere omstandigheden) jegens de aandeelhouder dus niet onrechtmatig is of dat de legitimatie van deze benadering in de relativiteit van artikel 6:163 BW moet worden gezocht.

### 3.3 Relativiteit

Over het antwoord op de vraag of het ontbreken van voldoende relativiteit in het kader van artikel 6:163 BW aan het vorderen van afgeleide schade in de weg staat, wordt verschillend gedacht. Wanneer de geschonden norm niet

<sup>29</sup> C. Sieburgh, M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie, RMTthemis 2006, p. 215.

<sup>30</sup> HR 15 juni 2001, NJ 2001, 573.

strekt ter bescherming van de gepretendeerde schade, bestaat er vanwege het ontbreken van relativiteit geen verplichting om die schade te vergoeden. Kroeze meent dat ook bij (wel) aanwezige relativiteit, bijvoorbeeld bij opzettelijk handelen, ook dan het gevolg (vergoeding van afgeleide schade) onwenselijk is om dezelfde redenen als dit in de andere gevallen onwenselijk is. Wij zijn het hiermee – in navolging van Van der Wiel<sup>31</sup> – oneens. Deze mening van Kroeze zou meebrengen dat de afgeleide schade vanwege zijn specifieke karakter buiten de ‘normale’ regels van schadevergoeding zou vallen. Wanneer dat zo zou zijn, dan zou het (helemaal) onverklaarbaar zijn dat deze (zelfde) schade dan wel onder de noemer *rechtstreekse* schade te brengen zou zijn.

### 3.4 Causaliteit

Kroeze besteedt in zijn proefschrift ruime aandacht aan de verhouding tussen artikel 6:98 BW (causaliteit), artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) en artikel 6:163 BW (relativiteit).<sup>32</sup> Het (vermeend) ontbreken van de causaliteit als reden voor het niet toekennen van afgeleide schade bij een onrechtmatige daad wordt veelal niet als grondslag beschouwd om het niet toekennen van *afgeleide* schade te rechtvaardigen.<sup>33</sup>

Dit komt ons juist voor en wordt onzes inziens door de Hoge Raad in zijn arrest van 16 februari 2007, in de aanvang van r.o. 3.5 duidelijk gemaakt met de woorden:

‘Anders dan het onderdeel betoogt, brengt de enkele omstandigheid dat een voorzienbaar gevolg was van de handelwijze van [B] dat [eiseres] als aandeelhouder van [A] werd benadeeld, niet mee dat [B] jegens [eiseres] in haar hoedanigheid van aandeelhouder een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden.’

Dus, kort gezegd, ondanks voorzienbaarheid bestaat er niet automatisch aansprakelijkheid voor *afgeleide schade*. Wat hierbij intrigeert, is dat A-G Timmerman in zijn conclusie voor Kessock – zoals hiervoor aangehaald – lijkt te benadrukken dat de afwezigheid van causaliteit bij de omvang van de vergoeding van de rechtstreekse schade wel een rol kan spelen.

Dit betekent dat causaliteit bij afgeleide schade in het leerstuk van Poot/ABP géén rol van betekenis lijkt te spelen, maar wanneer waardevermindering van de aandelen als rechtstreekse schade wordt gepresenteerd, de

31 B.T.M. van der Wiel, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, bespreking proefschrift van M.J. Kroeze, *MvV* 2005, p. 11.

32 Kroeze a.w., p. 39-59.

33 Kroeze a.w., p. 44 e.v.

causaliteit wél een rol van betekenis kan vervullen. Dit zou er dan op duiden dat het verschil tussen de beide typen schade *in de vaststelling van de vergoedbaarheid van de schade* en niet in de *aard* van de schade gelegen is.

### 3.5 Afwijkende benadering: proportionaliteit en samenloop?

Het gevoelen bekruipt dat de rechtsliteratuur en de Hoge Raad in een moeilijk te doorbreken cirkel zijn beland. Aanknoping bij *de aard van de schade* is moeilijk, omdat het onzes inziens niet zo kan zijn dat – vanuit een vermogensrechtelijk benadering beschouwd – schade bestempeld als ‘afgeleide schade’ niet, maar die zelfde schade bestempeld als ‘rechtstreekse schade’ wél voor vergoeding in aanmerking komt. Het is immers dezelfde waardevermindering van een vermogensobject (aandelen) van de schadelijder.<sup>34</sup> Aanknoping bij *de positie van het desbetreffende rechtssubject* (de aandeelhouder) biedt evenmin duidelijkheid. Het is immers in beide gevallen van (geleden) schade hetzelfde rechtssubject.

Aanknoping bij het leerstuk van relativiteit lijkt onzes inziens reëel mogelijk, maar de vraag dringt zich op of hier niet naar een theorie wordt gezocht om een probleem op te lossen, terwijl het leerstuk van de relativiteit zich eigenlijk niet goed laat toepassen. Wanneer namelijk gemeend wordt dat een bepaalde gedraging wel zou nopen tot vergoeding van de schade als crediteur geleden, maar niet van schade als aandeelhouder geleden, dan wordt wel veel inlevingsvermogen gevraagd om te kunnen aangeven waar het verschil in de gedraging zit.

Wij bepleiten om de problematiek vanuit een ander gezichtspunt te benaderen en wel vanuit een proportionaliteitsbenadering.<sup>35</sup> Het probleem lijkt immers te kunnen worden teruggebracht tot het volgende. Wanneer de onrechtmatige gedragingen ‘grotendeels’ tot de vennootschap zijn gericht, kan de aandeelhouder slechts onder *bijzondere omstandigheden* de schade aan zijn aandelen verhalen. De onrechtmatige gedraging heeft zich namelijk tot de vennootschap gericht en ‘een beetje’<sup>36</sup> tot de aandeelhouder. Wan-

34 Wij hebben er natuurlijk oog voor dat de ‘omvang’ van de door de aandeelhouder gepretendeerde schade zich lastig laat vaststellen, temeer omdat de vordering die de vennootschap op de aandeelhouder heeft ter zake van de onrechtmatige gedraging van de derde partij deel uitmaakt van het vermogen van de vennootschap en dus ook mede bepalend kan zijn voor de waarde van de aandelen. Echter, de omvang van de schade betreft een ander vraagstuk dan de vraag of de schadeveroorzaker gehouden is deze schade te vergoeden en zal slechts spelen als de aandeelhouder in het geheel geen schade (waardevermindering van zijn aandelen) heeft geleden.

35 Overigens niet in een betekenis als bedoeld in de arresten van 31 maart 2006: HR 31 maart 2006, AU6092, Co4/303HR en HR 31 maart 2006, AU6093, Co4/304HR.

36 De vraag is natuurlijk dan wel: ‘voor welk beetje’.

neer de onrechtmatige gedraging zich grotendeels (specifiek) tot de aandeelhouder heeft gericht, is er in beginsel geen beletsel dat hij de schade aan zijn aandelen aan de schadeveroorzaker in rekening brengt. Het lijkt erop dat het hier dus eigenlijk gaat om proportionaliteit ten aanzien van de onrechtmatige gedraging. Jegens de vennootschap wordt een deelgedraging onderscheiden die *ook* de aandeelhouder in zijn positie als aandeelhouder raakt en wanneer deze laatste gedraging *groot genoeg* is, kan de aandeelhouder ook (naast de vennootschap) zijn afgeleide schade vorderen. De onrechtmatige daad heeft in die benadering meer adressanten. *Daarom* dient de aandeelhouder aan te tonen dat de onrechtmatige gedraging *ook* jegens hem specifiek onzorgvuldig was. Hij was immers (mogelijk) niet de primaire adressant van de onrechtmatige gedraging.

De gedragingen die jegens de vennootschap een onrechtmatige daad opleveren en de vennootschap schade berokkenen, leveren ten opzichte van de aandeelhouder niet per se een normschending op, ondanks dat de aandeelhouder in verband daarmee afgeleide schade lijdt.

De vraag is dan of vanuit de huidige benadering er niet te veel van wordt uitgegaan dat het één onrechtmatige daad is en dat het onderwerp meer moet worden benaderd vanuit de gedachte van samenloop of van proportionaliteit. Het betreft dan verschillende feitelijke substraten die tot onderling verschillende normstellingen nopen.

Dit is slechts anders wanneer er sprake is van – zoals de Hoge Raad aangeeft in zijn arrest Poot/ABP – bijzondere omstandigheden, zoals het opzet om de aandeelhouder te benadelen. Deze omstandigheden lijken ons dan niet bijzonder in het kader van de normschending jegens de aandeelhouder, maar bijzonder bezien in het kader van de normschending jegens de vennootschap. *Diezelfde feiten en gedragingen* (bijzondere omstandigheden) bezien door de bril van de aandeelhouder in een procedure die alleen maar betrekking heeft op de vraag of bepaalde gedragingen jegens *hem* onrechtmatig zijn, zijn niet bijzonder, doch hebben slechts betrekking op het antwoord op de vraag of jegens hem (de aandeelhouder) een onrechtmatige daad is gepleegd; die gedragingen worden dan beoordeeld (in beginsel) ongeacht welke rol deze spelen in de verhouding jegens de vennootschap, om als onrechtmatig tegenover de aandeelhouder te worden bestempeld.<sup>37</sup>

37 Let wel, uit het arrest Kip & Sloetjes/Rabobank kan worden begrepen dat de gedraging jegens de vennootschap de onrechtmatigheid van de gedraging jegens de aandeelhouder mede kan inkleuren. Het volstrekt scheiden van de onrechtmatige gedraging jegens de vennootschap enerzijds en de aandeelhouder anderzijds, kan derhalve een reden voor cassatie zijn, echter het lijkt erop dat vanuit een soort te nemen 'drempel' wordt geredeneerd.

Wanneer de onrechtmatige daad zich voornamelijk tot de aandeelhouder heeft gericht – met andere woorden wanneer de onrechtmatige daad dus ‘groot genoeg’ is jegens de aandeelhouder – heeft de Hoge Raad er in beginsel geen moeite mee dat de schade van waardevermindering aan de aandelen als schade in rekening wordt gebracht. Het lijkt derhalve dus allemaal terug te voeren tot de ‘kracht/intensiteit’ van de normschending in relatie tot de toepasselijke norm ten opzichte van de adressant van de onrechtmatige daad en niet zozeer om de aard van de schade. In feite gaat het dus om proportionaliteit in de toemeting van de onrechtmatigheid jegens de vennootschap en de aandeelhouder.

De Hoge Raad maakt het in het Tuin Beheer-arrest echter niet gemakkelijk door voor afgeleide schade klaarblijkelijk een andere norm te stellen dan voor schade geleden door het rechtssubject (aandeelhouder) in zijn positie als crediteur. Toch zou dit ogenschijnlijk verschil tussen de schadetypen ook in onze benadering plaatsbaar zijn. Een onrechtmatige gedraging is voor vergoeding van crediteurschade eerder ‘groot genoeg’ (in het samengevoegde plaatje van een onrechtmatige daad richting de vennootschap) dan de vergoeding van afgeleide schade (bezien vanuit de gedraging richting de vennootschap).<sup>38</sup> De hamvraag is of wij hiervoor nu toch niet (stiekem) het systeem van relativiteit, onrechtmatigheid en causaliteit anders aan het beschrijven zijn. Waarschijnlijk wel, maar wij vragen aandacht voor het gegeven dat de onrechtmatige daad wordt benaderd vanuit een bundeling van verschillende gedragingen. De combinatie van arresten lijkt erop te wijzen dat de aandeelhouder die een gedeelte van de bundeling van gedragingen als onrechtmatig jegens *hem* kan kwalificeren geen onoverkoombare drempels ziet om *alle* schade vergoed te krijgen. De vergoeding van afgeleide schade die dan als directe schade wordt getypeerd, kent dan slechts de beperking van causaliteit.<sup>39</sup>

Met andere woorden, wij vragen ons, indachtig het thema van dit artikel, af of er wel sprake is van enige doorkruising van het vennootschapsrecht of het vermogensrecht, omdat via de door ons voorgestane benadering het zwaartepunt binnen artikel 6:162 BW kan blijven: is de verweten gedra-

38 Wij merken hierbij op dat het onderscheid ook kan worden gelegitimeerd, omdat de vennootschap die schade in het geheel niet kan vorderen. Echter, wat bevreemdt, is dat de Hoge Raad toch ook voor deze schade een ‘verzwaarde’ eis lijkt te stellen, door aan te geven dat het openbaren van de schade niet voldoende is voor de onrechtmatigheid. Dit zou derhalve pleiten voor de door ons voorgestane benadering dat de aandeelhouder de onrechtmatigheid van de gedraging jegens hem naar voren dient te brengen en niet als afgeleid van de gedraging van de schadeveroorzaker richting de vennootschap.

39 Vgl. voor directe schade in het contractenrecht, T.F.E. Tjong Tjin Tai, Directe schade in het contractenrecht, *MvV* 2007, p. 226 e.v. die directe schade ook aan de causaliteit koppelt.

ging wel onrechtmatig ten opzichte van de aandeelhouder. De bijzondere omstandigheden in Poot/ABP duiden dan als bijzonder bezien in de context van de onrechtmatige gedraging *ten opzichte van de vennootschap* en niet zozeer bijzonder (als normverzwaring) ten opzichte van de aandeelhouder. Voor de praktijk kan het volgende in ieder geval worden geconcludeerd. De aandeelhouder doet er goed aan om in voorkomend geval waar schade wordt geleden als gevolg van een waardevermindering van zijn aandelen, weg te blijven bij 'afgeleide schade' en zijn pijlen in eerste instantie te (proberen te) richten op de relatie tussen de aandeelhouder en de derde en de rechtstreeks geleden schade van deze laatste te claimen. Er moet daarbij sprake zijn van schade die (ten minste gedeeltelijk) niet kan worden beschouwd als 'afgeleide schade' (de grondslag van de vordering is dan van een geheel andere aard). Daaronder kan zijn begrepen de schade die hij op andere wijze lijdt dan door vermindering van de waarde van zijn aandelen in de vennootschap of in een andere hoedanigheid dan in die van aandeelhouder (zie wat de hoedanigheid van schuldeiser betreft: Tuin Beheer<sup>40</sup>). De aard van de geleden schade wordt bepaald door de aard van de onderliggende rechtsverhouding. Tot die schade kan zelfs behoren schade als gevolg van een waardedaling van de aandelen (Kip & Sloetjes/Rabobank Winterswijk, Kessock c.s./SFT Bank). Indien sprake is van schending van een specifieke jegens de aandeelhouder in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm, kan de aandeelhouder wel proberen deze schade als gevolg van de waardevermindering van aandelen te vorderen als 'eigen schade' (zonder dat daarbij sprake is van de schade van de vennootschap 'afgeleide' schade).<sup>41</sup> Of en in hoeverre de desbetreffende waardedaling van de aandelen als eigen dan wel als 'afgeleide' schade zal worden aangemerkt, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. De causaliteit zal daarbij, nogmaals, zeker een rol spelen.

40 De te hanteren maatstaf om vast te stellen of bestuurder Verheij zelfstandig onrechtmatig jegens Tuin Beheer als schuldeiser heeft gehandeld, is die van het Vleesmeesters-arrest (HR 24 september 2004, JOR 2004, 341). Vgl. en voortbouwend op Tuin Beheer Hof Den Haag 17 oktober 2007, JIN 2007, 634 (Decorette; aandeelhouders tevens borgstellers van de vennootschappen).

41 Zie ook Rb. Rotterdam 22 augustus 2002, JOR 2002/175 (Heprofor/Carl Prior): 'Wat resteert is de mogelijke schade voor Smits-Holding (waardevermindering van haar deel in de aandelen van de PH-vennootschappen) doordat de resultaten van de PH-vennootschappen hebben geleden onder de liquiditeitskrapte die is ontstaan door de bovenmatige opnemingen in rekening-courant door Van Boxel-Holding. In zoverre zal de vordering worden toegewezen.'