

1.

Nationaal Register
Cursus Good Corporate Governance
Wet- en Regelgeving Aruba

Mr. K. Frielink

Donderdag 1 december 2016 van 14.30 - 16.30 uur

2.

We gaan het vandaag hebben over een nog immer modieus verschijnsel: *Corporate Governance*, ofwel over deugdelijk bestuur, deugdelijk toezicht én deugdelijke aandeelhoudersinvloed in ondernemersland.

Daarbij gaat het dus niet alleen om goed ondernemingsbestuur in de enge zin, dat wil zeggen om hoe het bestuur van een rechtspersoon (al zal het in hoofdzaak gaan om de NV, AVV en VBA) functioneert. Het gaat om het functioneren van alle organen van een vennootschap, dus om het bestuur, de raad van commissarissen (of raad van toezicht) en de algemene vergadering (van aandeelhouders).

3.

Ik noemde ‘Corporate Governance’ een modieus verschijnsel. Dat betekent zoveel als dat het een ‘hot topic’ is. Maar dat is niet iets van de afgelopen jaren. Het is al een oud verschijnsel. De bekende filosoof en econoom Adam Smith had het in zijn ‘*An Inquiry into the Nature And Causes of the Wealth of Nations*’ (1776) al over managers van vennootschappen die zelf géén kapitaalverschaffer waren en hij stelde dat van hen niet verwacht kon worden dat zij de belangen van de kapitaalverschaffers zouden behartigen op een wijze als ging het om hun eigen geld. Anders gezegd: met geld van een ander neem je makkelijker en meer risico’s dan met je eigen geld. De stelling van Adam Smith geldt uiteraard ook voor de politiek: politici ‘beheren’ immers evenzeer het geld van anderen.

Na de grote crisis die in 1929 begon werd er uitvoerig over Corporate Governance geschreven. Vanaf ongeveer de jaren 70 van de vorige eeuw wordt er wereldwijd over gedebatteerd. In 1997

vond de Oost-Aziatische financiële crisis plaats, waarbij de economieën van Thailand, Indonesië, Zuid-Korea, Maleisië en de Filippijnen instortten als gevolg van het wegstromen van buitenlands kapitaal. De oorzaak daarvan wordt gezocht in het ontbreken van adequate *corporate governance*-regels.

De oorzaak van het omvallen van Enron en Worldcom in 2002 wordt in dezelfde hoek gezocht. En bij de bankencrisis die zich in 2008 openbaarde is het eigenlijk niet anders. Daar waar duidelijke en verantwoorde spelregels ontbreken, of niet voldoende op de naleving van die spelregels wordt toegezien, kunnen zich financiële rampen voltrekken. Geef je iemand macht en mogelijkheden zonder een goed systeem van ‘*checks & balances*’ dan kan dat leiden tot uitwassen.

Om die reden zien we overal ter wereld Corporate Governance Codes verschijnen. Het doel van zo’n Code is, en ik citeer de Belgische Code, “*het bevorderen van waardecreatie op lange termijn. Zakelijke successen hebben aangetoond dat goede corporate governance kan leiden tot creatie van welvaart, niet alleen voor de aandeelhouders maar ook voor andere stakeholders. Een gebrekkige bedrijfsvoering kan echter tot aanzienlijke verliezen leiden die verder reiken dan het verlies van aandeelhouderswaarde*”. Dat die Codes primair voor beursvennootschappen worden opgesteld, of zoals in Curaçao, St. Maarten en de BES-eilanden voor overheidsvennootschappen, betekent niet dat ze niet relevant zijn voor particuliere ondernemingen. Het is daarbij wel zaak om de verschillen in het oog te houden.

4.

Bij veel ondernemingen is er niet meer dan een bestuur en een aandeelhoudersvergadering. Bij een groot deel daarvan zijn de aandeelhouders ook bestuurder. Zij zien de vennootschap ook als hun vennootschap of als hun bedrijf. Bij dat soort vennootschappen worden veel beslissingen in de praktijk genomen zonder dat wordt stilgestaan bij de vraag welke pet de betrokkene op heeft: die van aandeelhouder of die van bestuurder. Voor die categorie heeft de wetgever in Curaçao, St. Maarten en de BES-eilanden overigens de aandeelhouderbestuurde vennootschap bedacht.

In de Verenigde Staten wordt in dat verband wel gesproken over ‘the King and his kingdom’: de aandeelhouder is de ‘King’ en zijn ‘company’ is zijn koninkrijk. Winstmaximalisatie is daarbij bovendien het belangrijkste doel van de vennootschap. Anders gezegd: in de Angelsaksische wereld is een vennootschap in de eerste plaats een verlengstuk van de aandeelhouders.

Bij ons gaan we ervan uit dat bij een vennootschap partijen met verschillende, uiteenlopende belangen zijn betrokken (de ‘stakeholders’), die niet noodzakelijk hetzelfde doel nastreven. Denk in dat verband aan aandeelhouders, bestuurders, commissarissen, werknemers, crediteuren en (ook niet onbelangrijk) de samenleving als geheel (bescherming milieu). Het primaire doel van de vennootschap is continuïteit en het zoveel mogelijk in harmonie nastreven van de verschillende doelen van de betrokken partijen.

Dat zien we ook terug in de rechtspraak. Indien aan een rechtspersoon een onderneming is verbonden, wordt het belang van de rechtspersoon in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming (HR 4 april 2014, *JOR* 2014, 290 m.nt. De Haan inzake *Invernostra vs Cancun*).

Ondernemers hebben doorgaans een hekel aan regels en formaliteiten, vooral als ze de snelheid van hun handelen in de weg zitten. Dat moge zo zijn, maar de wet stelt wel normen waaraan hun doen en laten kan worden getoetst.

5.

Het rechtspersonenrecht in Aruba is verbrokkeld geregeld. Aruba kent de naamloze vennootschap (NV), de Aruba Vrijgestelde Vennootschap (AVV), de Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (VBA), de vereniging, de coöperatieve vereniging, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting. De NV is geregeld in het Wetboek van Koophandel van Aruba (WvKA) en daarin is sedert 1 juli 1988 ook de AVV geregeld. Op 1 januari 2009 is de VBA geïntroduceerd met het van kracht worden van een gelijknamige landsverordening. Bij de VBA is het mogelijk om te kiezen voor een monistisch (one-tier) of dualistisch (two-tier) bestuursmodel.

De vereniging is geregeld in de art. 7A:1665 e.v. BW, de onderlinge waarborgmaatschappij (OWM) in art. 352a WvK en de coöperatie (Coop) is geregeld in de Landsverordening op coöperatieve verenigingen. De OWM en de Coop zijn bijzondere vormen van de vereniging, maar in andere wetten geregeld. De vereniging van (appartementen)eigenaren is geregeld in Boek 5 Titel 9 BW getiteld Appartementsrechten. De Arubaanse stichting is geregeld in de Landsverordening op Stichtingen. Ook voordat er een wettelijke regeling kwam werden er al stichtingen naar Arubaans recht opgericht, die toen beheerst werden door (notarieel) gewoonterecht.

Er is een voorstel van wet in voorbereiding dat moet resulteren in een Boek 2 BW voor Aruba. De VBA en de AVV zullen daarin niet worden opgenomen; de VBA wordt vervangen door de BV en de bestaande AVV's zullen zich binnen een overgangsperiode van vijf jaren moeten opheffen dan wel omzetten in een NV of BV.

6.

Relevante bronnen van regelgeving bij vennootschappen:

- De wet
- Statuten

- Reglementen
- Aandeelhoudersovereenkomsten

Ik ga hier voorbij aan de wet- en regelgeving voor financiële instellingen, zoals banken, verzekeringsmaatschappijen en pensioenfondsen. Zowel in de betreffende wetgeving als in door de Centrale Bank van Aruba uitgevaardigde richtlijnen zijn tal van bepalingen te vinden die over corporate governance gaan, en waarvan kennisneming op zichzelf nuttig kan zijn.

7.

Corporate Governance of Good Corporate Governance kan op meerdere zaken betrekking hebben. Ik beperk mij er tot drie.

(1) Formele toepassing regels en toezicht daarop

In de eerste plaats kan het gaan om het functioneren van de verschillende organen van een vennootschap. De meest simpele in dat verband te stellen vraag is of het bestuur, de raad van commissarissen (als die er is) en de aandeelhoudersvergadering de formele regels in de wet en de statuten in acht nemen. Wordt bijvoorbeeld de oproepingstermijn voor de aandeelhoudersvergadering in acht genomen? Worden bestuurders en commissarissen in de gelegenheid gesteld hun raadgevende stem te laten horen voordat de aandeelhouders een besluit nemen? Leeft het bestuur de wettelijke verplichting op het voeren van een deugdelijke financiële administratie na? Wordt de aandeelhoudersvergadering tijdig geïnformeerd als sprake is van een tegenstrijdig belang? Dat lijken vervelende regels, en ze zijn dat misschien ook wel, maar realiseert u zich dat het niet in acht nemen daarvan ertoe kan leiden dat een rechter een besluit kan vernietigen of dat u als bestuurder persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld.

(2) Inhoudelijke toepassing van de regels en toezicht daarop

Het wordt al gecompliceerder als we zien dat het bestuur op grond van de wet verplicht is te handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Dan komt bijvoorbeeld de vraag aan de orde welke belangen een rol spelen, hoe die tegen elkaar worden afgewogen en hoe op die afweging toezicht wordt uitgeoefend. Het gaat dan ook om begrippen als:

- transparantie – is voor de toezichthouder (RvC of aandeelhoudersvergadering) voldoende duidelijk *welke* afweging heeft plaatsgevonden en *hoe* die heeft plaatsgevonden,

en

- integriteit – heeft de afweging op zuivere gronden plaatsgevonden, of spelen er mogelijk nog andere belangen (van vriendjes, of politieke belangen) een rol?

In dit verband moeten ook als vragen worden genoemd: of het bestuur tijdig plannen maakt, op welke wijze het bestuur de organisatie controleert, hoe de informatiestromen zijn georganiseerd, hoe intern de bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden zijn verdeeld, enz.

(3) De maatschappelijke omgeving

Corporate governance kan ten slotte ook op een breder terrein betrekking hebben. Dan gaat het niet alleen om hoe de vennootschap intern functioneert, maar om de rol en plaats van die vennootschap in de samenleving. In dat verband wordt wel gesproken over de sociale en maatschappelijke verantwoordelijkheid van de onderneming. Ik ga daaraan op dit moment voorbij.

8.

Wanneer het gaat om de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen zijn onder meer de volgende onderwerpen van belang:

- de interne aansprakelijkheid: jegens de rechtspersoon
- de externe aansprakelijkheid: jegens derden
- de externe aansprakelijkheid: jegens de failliete boedel
- het criterium ernstig (persoonlijk) verwijt
- de hoofdelijkheid (besturen is een collectieve verantwoordelijkheid en daarin tekortschieten leidt in beginsel tot een collectieve/hoofdelijke aansprakelijkheid)
- besturen als inspanningsverplichting (geen resultaatverplichting)
- disculpatiemogelijkheden
- quasi-bestuurders

9.

Ik ga hier eerst in op de Arubaanse NV; wat hier wordt opgemerkt geldt ook voor de AVV.

Aansprakelijkheid van bestuurders kan berusten op uiteenlopende gronden: onrechtmatige daad (bijvoorbeeld bij betalingsonwil, waarna de vennootschap faillieert), het bestaan van belastingschulden inzake bijvoorbeeld winst- en loonbelasting (geregeld in de betreffende belastingverordeningen), rechtshandelingen aangegaan in de beginperiode van de vennootschap (art. 40 WvKA), onbehoorlijke taakvervulling die leidt tot interne aansprakelijkheid (art. 106 WvKA) of zelfs tot faillissement (art. 116 WvKA) en voor openbaar gemaakte maar misleidende jaarstukken (artt. 117 en 129 WvKA).

Eerst kort iets over de aansprakelijkheid rond de oprichtingsfase. Bestuurders zijn hoofdelijk voor het geheel jegens derden aansprakelijk (externe aansprakelijkheid), onverminderd de aansprakelijkheid van de vennootschap zelf, voor handelingen waardoor de NV gebonden wordt

nog voordat de in art. 39 lid 1 WvKA bedoelde neerlegging heeft plaatsgevonden en nog voordat ten minste één tiende deel op de bij de oprichting geplaatste aandelen is gestort (art. 40 WvKA).

De wet bevat een tot bestuurders gerichte norm als het gaat om het besturen van een NV. Iedere bestuurder is tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak (art. 106 lid 1 WvKA). 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 de interne aansprakelijkheid, derhalve jegens de NV. Aangenomen wordt dat de algemene gang van zaken en het financiële beheer per definitie tot de taken van elke bestuurder behoren. Bovendien worden bestuurders geacht elkaar op de hoogte te houden van al datgene wat voor het bestuur als geheel van belang kan worden geacht, dienen zij elkaar zonodig vragen te stellen, elkaar te controleren en waar nodig (trachten) te corrigeren. Besturen is (in zoverre) een collectieve verantwoordelijkheid en daarin tekortschieten leidt in beginsel tot een collectieve/hoofdelijke aansprakelijkheid.

Ik wijs er op dat een bestuurder verplicht is de rechtspersoon te besturen. Dit brengt mee dat een bestuurder de rechtspersoon daadwerkelijk dient te besturen en zijn bestuurstaak niet onvervuld mag laten. Indien een bestuurder de feitelijke leiding uit handen geeft aan een derde, dient hij behoorlijk toezicht te houden op het handelen van die derde (vgl. r.o. 5.21. van Hof Arnhem 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8114).

De bestuurstaak heeft het karakter van een inspanningsverbintenis: de bestuurders moeten zich inzetten voor een behoorlijke uitoefening van hun taak. Aansprakelijk tegenover de rechtspersoon op grond van art. 106 WvKA is een bestuurder slechts indien hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt, dient, volgens de Hoge Raad, te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval (HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, inzake *Staleman vs Van de Ven Automobiëlbetrijf*; zie ook HR 20 juni 2008, *JOR* 2008, 260 inzake *Willemsen vs NOM*). Als door de Hoge Raad in zijn arrest genoemde omstandigheid voor het aanvaarden van aansprakelijkheid geldt 'het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult'. Een verwijt moet dus van een zekere ernst zijn wil een bestuurder aansprakelijk kunnen worden gesteld voor door de vennootschap geleden schade. Bij bijvoorbeeld 'opzet', 'bewuste roekeloosheid', 'ernstige verwaarlozing van zijn taak', 'handelen in strijd met de wet' en 'bewust in strijd met de doelomschrijving rechtshandelingen aangaan' is al gauw sprake van ernstige verwijtbaarheid.

Het enkele feit echter dat een investering of belegging jammerlijk is mislukt en de vennootschap daarvan schade heeft ondervonden, is echter onvoldoende om interne aansprakelijkheid op te baseren. Bij zijn toetsing zal de rechter de vraag moeten beantwoorden of een redelijk handelend en redelijk bekwaam bestuurder onder de gegeven omstandigheden hetzelfde zou hebben kunnen doen. Hij moet zich dus afvragen of de bestuurder waarvan het gedrag aan hem ter toetsing voorligt zich irrationeel heeft gedragen. Een dergelijke toetsing wordt als marginaal of negatief

aangeduid. De vraag is dus niet of de bestuurder het goed heeft gedaan (positieve toetsing) en evenmin of het ook beter had gekund, en al helemaal niet wat in de gegeven omstandigheden het (meest) juiste zou zijn geweest, omdat dit laatste alleen met wijsheid achteraf is vast te stellen. Bestuurders moeten het voor een interne bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 106 WvKA dus wel bont hebben gemaakt: niet ieder minder gewenst doen of nalaten leidt tot aansprakelijkheid.

Voorbeelden van onbehoorlijke taakvervulling:

- het verstrekken van een geldlening aan een bloedverwant zonder enig belang voor de vennootschap;
- het (ongeoorloofd) aanwenden van de financiële middelen voor privégebruik;
- (heimelijk) concurrerende activiteiten ontplooiën, met name in combinatie met het gebruikmaken van vertrouwelijke informatie;
- het vervreemden van de activa van de vennootschap tegen een onzakelijk lage prijs;
- onttrekking van eigen vermogen van de vennootschap (agio-uitkering aan de directeur-groootaandeelhouder met verrekening van de schuld aan de dga; Rb Den Haag 8 januari 2014, *JOR* 2014, 192 m.nt. Barneveld inzake mr. Oosterveld q.q. vs Exiton);
- het nemen van onverantwoord grote financiële risico's;
- het aangaan van rechtshandelingen met verstrekkende financiële consequenties, in het bijzonder wanneer niet sprake was van een behoorlijke voorbereiding van het besluit;
- het niet afsluiten van bepaalde verzekeringen;
- maar ook meer in het algemeen aan handelen (of nalaten) in strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen (vgl. Rb Rotterdam 26 augustus 2015, *JOR* 2015, 327 m.nt. Van Bekkum inzake Fibercom vs A3M Beheer).

De bestuurder die

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

is niet aansprakelijk (art. 106 lid 2 WvKA). 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 (art. 107 WvKA). Mij lijkt dat de rechter op grond van het gemene recht ook in andere gevallen tot matiging bevoegd moet worden geacht.

Een bestuurder van een NV kan tegenover derden (extern dus) aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Als bijvoorbeeld sprake is van betalingsonwil van een bestuurder waardoor een schuld van de rechtspersoon niet wordt voldaan of in het geval dat de bestuurder namens de rechtspersoon een verplichting aangaat terwijl hij weet of redelijkerwijs behoort te weten dat die verplichting door de rechtspersoon niet kan worden nagekomen, terwijl deze evenmin in staat zal zijn de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden, dan kan de

bestuurder daarvoor persoonlijk aansprakelijk worden gesteld (de Beklamel-norm uit het arrest van de Hoge Raad van 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286).

Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 juli 2015, *JOR* 2015, 290: De bestuurders wordt een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt, omdat zij bij het sluiten van de *share purchase agreement* wisten dat de vennootschap niet aan de daaruit voortvloeiende verplichtingen zou kunnen voldoen, en zij hebben nagelaten een financieringsvoorbehoud op te nemen en hebben nagelaten de wederpartij te informeren over de noodzaak van externe financiering. Er wordt door de rechter *ex tunc* getoetst: het gaat om de wetenschap op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Die wetenschap wordt bovendien geobjectiveerd getoetst, en het gaat dus niet om een louter subjectieve verwachting van de bestuurder, maar om de vraag of er objectief gezien wetenschap was (of gelet op een onderzoeksplicht had behoren te zijn) van een voorzienbare benadeling.

10.

Commissarissen en anderen die niet deel uitmaken van het bestuur maar handelingen verrichten die het karakter hebben van bestuurshandelingen worden te dien aanzien als bestuurders van de vennootschap beschouwd (art. 130 WvKA). Doorgaans wordt over schaduwbestuurder, quasi-bestuurder of *de facto* bestuurder (i.t.t. de *de iure* bestuurder) gesproken. Het gaat om personen die bij de vennootschap (mede) beleidsbepalend zijn. Denk bijvoorbeeld aan de aandeelhouder die geen bestuurder is, maar wel steeds door druk op het bestuur uit te oefenen (bijvoorbeeld door te dreigen met ontslag) zijn zin doordrukt.

Het (mede) beleidsbepalen kan zowel direct als indirect plaatsvinden, zowel zichtbaar voor derden als achter de schermen, en zowel met als zonder medewerking van de formele (de *de iure*) bestuurders. Om als quasi-bestuurder te kunnen worden aangemerkt, moet men zich hebben gedragen als ware men de formele bestuurder (of één van de formele bestuurders). Dat hoeft niet het gehele beleid van de rechtspersoon te betreffen, maar het kan ook gaan om één of enkele wezenlijke onderdelen van het beleid.

De Hoge Raad heeft in het arrest *Van der Have v Ontvanger* (HR 24 mei 2002, *JOR* 2002, 130) geoordeeld dat het enkel *kunnen* bepalen van het beleid niet voldoende is om als quasi-bestuurder te kunnen worden aangemerkt. Het beleid moet ook *daadwerkelijk* bepaald zijn. Het moet gaan om directe, actieve bemoeienis met het bestuur van de rechtspersoon. Het enkel bewust stilzitten, wetende dat het handelen van de formele bestuurder tot schade voor derden zou kunnen leiden, kan niet worden aangemerkt als "*het beleid bepalen of mede bepalen*". Ook het inspireren van, raadgeven aan en stimuleren van de formele bestuurders is niet voldoende om iemand quasi-bestuurder te maken.

Zo kan bijvoorbeeld iemand die geen formele bestuurder is, zich als vertegenwoordiger van de rechtspersoon presenteren bij het sluiten van een belangrijk contract en zich dus gedragen als

ware hij bestuurder. Een ander voorbeeld is het geval dat een aandeelhouder of commissaris het beleid van de vennootschap (mede) bepaalt door incidenteel of steeds specifieke instructies aan de formele bestuurders te geven, die dergelijke instructies uitvoeren omdat zij niet tegen de zin van de aandeelhouder of commissaris durven in te gaan. Een dergelijke aandeelhouder of commissaris kan in beginsel als quasi-bestuurder worden aangemerkt.

Het bestuur van een rechtspersoon heeft bij de vervulling van zijn taak een eigen verantwoordelijkheid om zich te richten naar het belang van de rechtspersoon (en de eventueel daaraan verbonden onderneming), en dat is niet anders indien (bij bijvoorbeeld een NV) de aandeelhouders op grond van de machtsverhoudingen binnen de vennootschap feitelijke instructiemacht hebben. Met andere woorden: het bestuur houdt een eigen verantwoordelijkheid en moet steeds een afweging maken of een instructie, gelet op alle af te wegen belangen, wel of niet kan worden opgevolgd (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 augustus 2015, *JOR* 2015, 326 m.nt. Van Thiel inzake X vs mr. Gustenhoven q.q.). Als een rechtspersoon onderdeel is van een concern kan ook het concernbelang een (soms belangrijke) rol spelen. Ook daar geldt steeds de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur van elke concernvennootschap.

De norm die voor de aansprakelijkheid van een gewone bestuurder geldt, namelijk dat sprake moet zijn van een ernstig verwijt, geldt evenzeer voor de quasi-bestuurder. Art. 130 WvKA houdt geen beperking in van de kring van aansprakelijke personen in geval van faillissement; de reikwijdte van de kring wordt met deze bepaling juist uitgebreid. De formele bestuurder kan zich niet disculperen met de stelling dat feitelijk (materieel) iemand anders het bestuur voerde. Bovendien rust op de formele bestuurder de plicht om maatregelen te nemen om de negatieve gevolgen van het handelen van een quasi-bestuurder af te wenden.

Kunnen er ook quasi-commissarissen bestaan? Het valt niet goed in te zien hoe iemand quasi-commissaris in de hier bedoelde zin kan zijn en tevens door zijn ernstig verwijtbare doen of nalaten schade veroorzaakt. Wellicht kan worden gedacht aan het geval van bij (relevante) derden opgewekte schijn dat iemand commissaris is (en feitelijk toezicht uitoefent), of om een commissaris waarvan achteraf wordt vastgesteld dat zijn benoemingsbesluit (met terugwerkende kracht) nietig is, maar die de facto wel de taak van commissaris heeft uitgeoefend. Hoe dit ook zij, de quasi-commissaris die wegens een ernstig tekortschietende taakuitoefening persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld zal wel een zeldzaamheid blijven.

11.

Art. 116 WvKA 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’). Belangrijk is dat deze schadevergoeding alléén ten behoeve van de crediteuren kan worden gevorderd: dus niet ten behoeve van de aandeelhouders. Een eerder door de aandeelhoudersvergadering verleende

décharge doet niets af aan deze bevoegdheid van de curator (artt. 116 en 127 WvKA). De omstandigheid dat een bestuurder door de aandeelhoudersvergadering is gedechargeerd staat derhalve aan de vordering op grond van art. 116 WvKA niet in de weg. Een décharge van de bestuurders werkt in die zin dus niet absoluut. De wetgever heeft hiermee willen voorkomen dat de schuldeisers van de vennootschap ten gevolge van een décharge onredelijk zouden worden benadeeld.

Waar het gaat om commissarissen heeft de Rechtbank Breda (1 mei 1990, NJ 1990, 740 inzake de Tilburgse Hypotheekbank) geoordeeld dat aansprakelijkheid voor door crediteuren geleden schade alleen aan de orde is, 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 (groeve schuld of grove nalatigheid). De commissaris die weet heeft van wanbeleid van het bestuur, maar niet ingrijpt en stil blijft zitten, is aansprakelijk voor de daardoor ontstane schade. Aangenomen moet worden dat het naar Arubaans recht ook hierbij alleen om schadevergoeding ten behoeve van crediteuren gaat.

12.

Op 1 januari 2009 is in Aruba de Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (VBA) geïntroduceerd. Een flexibele vennootschap. Bij de VBA kan worden gekozen tussen een monistisch bestuursmodel (one-tier board) of het klassieke dualistische bestuursmodel (two-tier board). Een RvC is in het one-tier model niet mogelijk.

Bij het one-tier model worden één of meer leden van het bestuur – de uitvoerend bestuurders - met uitsluiting van de overige leden belast met de dagelijkse leiding en de andere bij het bestuur behorende uitvoerende taken. In de statuten mag worden bepaald dat het bestuur zal bestaan uit een dagelijks bestuur en een algemeen bestuur, maar noodzakelijk is dit niet. Zowel uitvoerend als niet uitvoerend bestuurders maken dus steeds deel uit van het bestuursorgaan. De regeling van het monistisch bestuursmodel in de BES-eilanden, Curaçao en St. Maarten verschilt overigens van die in Aruba.

De non-executives moeten de meerderheid van het bestuur uitmaken (art. 51 LVBA). De gedachte daarachter is dat zij alleen dan effectief toezicht op de executives (of het dagelijks bestuur) kunnen uitoefenen op een wijze die vergelijkbaar is met die van een RvC. Om dezelfde reden is bepaald dat de voorzitter van het bestuur (de Chairman) steeds een non-executive moet zijn.

In de MvT bij de LVBA is aangegeven dat in een one-tier model de met toezicht belaste leden (de non-executives) een positie hebben die zoveel mogelijk vergelijkbaar is met die van

commissarissen in een two-tier model. Daarmee wordt onder meer bedoeld op de toezichthoudende taak, maar ook op het toepasselijke aansprakelijkheidsregime.

In art. 51 lid 4 LVBA is daarom bepaald dat voor toepassing van de bepalingen inzake de vertegenwoordigingsbevoegdheid, de boekhoudplicht, de verplichting tot het opstellen van een jaarrekening, de aansprakelijkheid bij faillissement alsmede andere verplichtingen die bij de wet aan het bestuur zijn opgedragen, uitsluitend de executives als bestuur of bestuurders hebben te gelden. Hieruit volgt dat non-executives niet deelnemen aan vertegenwoordigingshandelingen, tenzij de statuten anders bepalen. De non-executives worden niet aangemerkt als bestuurders wanneer het gaat om bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement; zij hebben een positie vergelijkbaar met commissarissen. Uiteraard zouden zij, onder omstandigheden, wel als medebeleidsbepalers kunnen worden aangemerkt en dan trekken de non-executives in zoverre met de bestuurders op in termen van aansprakelijkheid (art. 61 lid 7 LVBA).

13.

De formele en materiële aspecten van besluitvorming en besluiten kan in zaken die betrekking hebben op aansprakelijkheid een belangrijke rol spelen. Om die reden wordt daarop kort ingegaan.

De rechterlijke toetsing van bestuurlijk handelen draagt een sterk casuïstisch karakter. Daarom wordt hierna gepoogd een toetsingskader in bredere zin te schetsen. Er wordt uitgegaan van bestuursbesluiten die de rechter toetst in het kader van de vraag of een bestuurder van een rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk is. Bovendien draagt dit toetsingskader een algemeen karakter, waarbij aanvullingen en nuanceringen mogelijk zijn.

De rechter zal zoveel mogelijk willen vermijden op de stoel van het bestuur te gaan zitten als hem een besluit ter toetsing wordt voorgelegd. Een rechter is geen bestuurder met de kennis en ervaring van degenen die het besluit hebben genomen, en hij kan zich onmogelijk verplaatsen in de positie van de bestuurders op het moment dat zij het gewraakte besluit namen. In de literatuur is vanwege dat feit een discussie ontstaan over de vraag of de rechter een besluit slechts marginaal dan wel ten volle mag toetsen. Het gemaakte onderscheid is echter kunstmatig.

De toetsing zal in de eerste plaats betrekking hebben op het besluitvormingsproces. Een doorgaans eenvoudig te toetsen element daarvan is of alle procedurele regels in acht zijn genomen. Is sprake van een schending van één of meer regels dan ligt de vraag voor welke gevolgen die schending met zich behoort te brengen. Los van de vraag of de procedurele regels goed zijn toegepast, zal sowieso ook meer materieel een rol spelen of de betrokkenen (waaronder degenen voor wie het besluit gevolgen heeft) zodanig tijdig en adequaat van het voorgenomen besluit op de hoogte zijn gesteld, dat zij geacht kunnen worden voldoende invloed op de besluitvorming te hebben kunnen uitoefenen. Dat laatste uiteraard alleen voor zover zij dat recht

expliciet hebben dan wel het naar eisen van redelijkheid onaanvaardbaar zou zijn hen niet in het besluitvormingsproces te betrekken.

Een ander element is of het bestuur zichtbaar en beredeneerd tot een afweging is gekomen, met name in het geval dat de evidentie van het nemen van het besluit niet aanstonds blijkt. Bij een afweging speelt bijvoorbeeld een rol de noodzaak van het besluit, wat voor en tegen het besluit pleit, welke alternatieven er voorhanden waren en of de (op dat moment kenbare) belangen van de betrokkenen voldoende in de afweging zijn betrokken. De toetsing kan in zoverre marginaal worden genoemd, dat het er niet om gaat of onder de gegeven omstandigheden het (naar het inzicht van de rechter) beste besluit is genomen, maar of een redelijk handelend en redelijk bekwaam bestuurder (de ‘prudente maatman-bestuurder’) dit besluit had kunnen nemen. Het is bovendien goed mogelijk dat een bestuurder die zich irrationeel heeft gedragen desondanks een besluit heeft genomen dat deze redelijkheidstoets kan doorstaan. De ‘rationaliteit’ van het besluit wordt primair getoetst, terwijl de (ir)rationaliteit van de bestuurder aan de orde komt bij de vraag of hem (i) (persoonlijk) een ernstig verwijt kan worden gemaakt (interne aansprakelijkheid/ onrechtmatige daad) of (ii) hem kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden verweten (bij faillissement).

Door een bestuur worden niet zelden talloze besluiten genomen. Besluiten van verschillende soort en verschillend gewicht. Naarmate de importantie van een besluit groter is kunnen aan de besluitvorming hogere eisen worden gesteld. Vanuit een oogpunt van (potentiële) bestuurdersaansprakelijkheid zijn de meer belangrijke besluiten uiteraard het meest interessant. Aan dat soort besluiten kan de eis worden gesteld dat die op ‘fully informed basis’ behoren te worden genomen, in het bijzonder wanneer de gevolgen van deze besluiten negatief of zelfs dramatisch blijken te zijn. Bij dit alles zal echter ook een rol kunnen spelen onder welke druk de besluitvorming tot stand is gekomen.

14.

Ter afsluiting kijken we naar enkele rechterlijke uitspraken die naar Arubaans recht zijn geweest.

Eerst de zaak die heeft geleid tot het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van 19 mei 2009, KG 1128/08 – H 487/08 en KG 1441/08 – H 485/08 (Naranjo c.s./Oduber). Het gaat hier om de externe aansprakelijkheid (jegens derden). De feiten zijn samengevat als volgt. Sun Development Company N.V. (Sun Development) is een in 1980 opgerichte projectontwikkelingsmaatschappij. Sun Capital Corporation N.V. (Sun Capital) is een volle dochter van Sun Development. Sun Capital heeft in de jaren '90 kapitaal aangetrokken door middel van uitgifte van obligaties. Enkele beleggers hebben obligaties gekocht. Sun Development (de moeder) heeft zich in 1998 garant gesteld voor de verplichtingen uit hoofde van de obligaties. Sun Development heeft de beleggers in 1999 aangeboden de obligaties te converteren in aandelen van Sun Development. Van dat aanbod hebben enkelen gebruik gemaakt. Sun Capital en Sun Development zijn op 28

juli 2000 respectievelijk 28 september 2000 failliet verklaard. De investeerders hebben in een brief van 3 december 2003 Oduber verweten in zijn hoedanigheid van bestuurder (directeur c.q. commissaris) van (onder meer) Sun Development en/of Sun Capital onrechtmatig jegens hen te hebben gehandeld.

Het Hof (r.o. 3.5) overweegt dat de enkele stelling dat obligaties zijn uitgegeven gedurende een periode dat de vennootschappen er financieel slecht voorstonden onvoldoende is om een onrechtmatige daad van de bestuurder op te baseren. Eisers hebben niet geconcretiseerd welke persoonlijke betrokkenheid Oduber bij de uitgifte had en op grond waarvan Oduber ten tijde van de uitgifte van de obligaties wist of moest begrijpen dat de vennootschappen ook later hun verplichtingen uit de obligaties niet zouden nakomen en geen verhaal zouden bieden, dan wel bewust heeft bewerkstelligd dat de verplichtingen uit de obligaties niet zouden worden nagekomen.

Inzake de door eisers aan Oduber gemaakte verwijten (r.o. 3.7) overweegt het Hof (r.o. 3.8) dat bij de beoordeling daarvan vooropgesteld wordt dat aansprakelijkheid van een bestuurder kan worden aangenomen wanneer hem van de tekortkoming van de vennootschap een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Het Hof overweegt verder dat uit het verslag van de curator van Sun Development van 19 oktober 2007 het beeld naar voren komt dat het bestuur van Sun Development diverse activiteiten heeft ondernomen in een poging de financiële structuur van de vennootschap te verbeteren en het faillissement van de vennootschap te voorkomen. Dat deze pogingen zijn mislukt is volgens het Hof op zichzelf onvoldoende om te kunnen oordelen dat aan de bestuursleden een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Voorshands acht het Hof onvoldoende aannemelijk dat de bestuursleden van Sun Development persoonlijk aansprakelijk kunnen worden geacht voor schade van eisers, die als obligatiehouders bij Sun Development en/of Sun Capital betrokken waren. Ook is volgens het Hof voorshands onvoldoende aannemelijk dat, gelet op de activiteiten die het bestuur ontplooidde, sprake is van ernstig tekortschietend toezicht door Oduber als commissaris van Sun Development, terwijl onvoldoende is gesteld om anders te oordelen ten aanzien van de bestuurders en commissarissen van Sun Capital.

Verder overweegt het Hof (r.o. 3.10) dat onvoldoende feitelijk is onderbouwd dat Oduber misbruik heeft gemaakt van het identiteitsverschil tussen vennootschappen (hoezeer die ook aan elkaar gelieerd zijn), zodat niet duidelijk is waarom vereenzelviging aan de orde is en tot aansprakelijkheid van Oduber zou moeten leiden. Volgens het Hof geldt ook voor het beroep op andere leerstukken, zoals de doorbreking van aansprakelijkheid, de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur, het vertrouwensbeginsel en de leer van de toerekenbare schijn, dat die onvoldoende feitelijk zijn onderbouwd. Het Hof bevestigt de twee vonnissen waarvan beroep.

Uit deze overwegingen van het Hof blijkt niet alleen dat de feiten en omstandigheden van het concrete geval een belangrijke rol spelen, maar ook dat het voor een eisende partij van belang is om zo concreet mogelijk aan te geven en te onderbouwen op grond waarvan een bestuurder of

commissaris tot schadevergoeding is gehouden. Het houden van een voorlopig getuigenverhoor alvorens een bodemprocedure te beginnen kan zinvol zijn.

15.

Dan de zaak die heeft geleid tot het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van 23 april 2013, AR 3129/2009 Ghis 57613 – H 325/12 (Viapree/Costa Linda). Het gaat hier om de interne aansprakelijkheid (dus jegens de rechtspersoon). De feiten zijn samengevat de volgende.

Costa Linda Operating Company N.V. (Costa Linda) drijft/opereert ten behoeve van haar aandeelhouder, de Coöperatieve Vereniging Costa Linda Beach Resort (Coop), een timeshare resort. Tussen deze partijen is een managementovereenkomst getekend. Op grond daarvan opereert Costa Linda op basis van een jaarlijks door de algemene vergadering van de Coop vastgestelde begroting. Het bestuur van Costa Linda en de Coop zijn gebonden aan de door de algemene ledenvergadering goedgekeurde begrotingen. Goedkeuring betreffende salarisverhogingen en bonussen kon alleen geschieden indien daarvoor fondsen beschikbaar waren gesteld in de door de algemene vergadering goedgekeurde begroting. Beslissingen ter zake van voorgestelde aanpassingen van de salarissen van Viapree en de financieel directeur van Costa Linda konden worden genomen door het bestuur van Coop, niet door één bestuurder. Viapree was op de hoogte van deze regel. Haar wordt verweten salarisverhogingen te hebben doorgevoerd en bonussen te hebben toegekend in strijd met deze regel.

Viapree is op 1 augustus 2001 bij Costa Linda aangesteld als statutair en algemeen directeur. Op 21 februari 2008 is zij naar aanleiding van bevindingen van een forensisch onderzoeksbureau als statutair directeur ontslagen. Costa Linda heeft vervolgens een procedure tegen Viapree ingesteld tot verhaal van de schade die zij zegt geleden te hebben als gevolg van onrechtmatig handelen van Viapree. Een deel van de vorderingen wordt afgewezen omdat die onvoldoende specifiek, helder dan wel onderbouwd zijn en geen bewijs is aangeboden. Alleen het verwijt inzake de verhogingen van salaris en toekenning van bonussen komt hier aan de orde.

Het Hof overweegt (r.o. 3.3) dat voor het aannemen van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen van een bestuurder jegens de vennootschap wegens tekortkoming in de vervulling van de aan hem opgedragen taak, vereist is dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, en dat dit in een concreet geval dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Het Hof (r.o. 3.4) overweegt vervolgens dat de door Viapree voorgestelde salarisverhogingen en bonussen door de (vice-)voorzitter van het bestuur van de Coop, tevens voorzitter van Personnel Committee, voor akkoord zijn getekend, dat de salarisverhogingen in de door Viapree gepresenteerde begrotingen inzichtelijk zijn gemaakt, genoemde begrotingen door het voltallige bestuur van de Coop voor akkoord zijn getekend en deze begrotingen door de algemene vergadering van de Coop zijn goedgeurd. De stelling van Costa Linda dat Viapree eenzijdig en tegen de regels in de salarisverhogingen en bonussen heeft doorgedrukt mist volgens het Hof feitelijke grondslag.

Het Hof overweegt verder dat het voltallige bestuur van de Coop en de algemene vergadering de door de (vice-)voorzitter geaccordeerde en door Viapree inzichtelijk gemaakte salarisverhogingen (in elk geval achteraf) hebben goedgekeurd. Voor zover Costa Linda bedoelt te betogen dat Viapree in 2007¹ tegen de regels in een bonus en salarisverhoging heeft gekregen, is het Hof van oordeel van Viapree hieromtrent geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, omdat, gelet op de voorgaande jaren, de door het bestuur van de Coop en de algemene vergadering goedgekeurde werkwijze ter zake salarisaangelegenheden aldus was dat de (vice-)voorzitter de salarisverhoging voor akkoord ondertekende en dat de salarisverhoging op de volgende begroting inzichtelijk werd gemaakt, zodat het voltallige bestuur van de Coop en de algemene vergadering deze konden beoordelen. Niet is gebleken, aldus het Hof, dat Viapree in 2007 anders heeft gehandeld dan de jaren daarvoor.

* * * * *

¹ In een verslag van een vergadering van *Personnel Committee* van 9 maart 2007 staat, kort gezegd, dat het nieuwe bestuur over de salarisverhoging van Viapree en de financieel directeur zou beslissen en zonodig met terugwerkende kracht (zie r.o. 2.11 van het vonnis van het Hof).