

College 'Bestuur en toezicht bij rechtspersonen'

Mr. K. Frielink

Universiteit van de Nederlandse Antillen

Dinsdag 2 februari 2010 van 19.00 - 20.30 uur

Bestuur

1. Iedere rechtspersoon ("RP") heeft een bestuur (8 lid 1). Bestuur 'belast' met besturen (8 lid 2).¹ Niet alle bestuurstaken kunnen worden overgedragen (bijvoorbeeld: administratieplicht; verplichting commerciële rechtspersonen om jaarrekening op te stellen; verplichting aandeelhoudersregister bij te houden).

Wat is besturen? De meer omvattende activiteit gericht op instandhouding en ontwikkeling van de rechtspersoon (en de eventuele onderneming) als geheel.

Wat doet een bestuur zoal? Realisatie doelstellingen, strategie, beleid en bewaking resultaatontwikkeling. Plegen van investeringen, personeelsbeleid, maken begroting, naleving wet- en regelgeving, beheersen risico's, zorgen voor voldoende financiering, etc.

Als er maar één bestuurder is, vormt hij het hele orgaan bestuur. Een meerhoofdig bestuur is ook mogelijk. Als er in de wet 'bestuur' staat, wordt het gehele bestuur bedoeld, dus die ene bestuurder, of het meerhoofdig bestuur. Soms spreekt de wet over de 'individuele bestuurder', dan gaat het over de bestuurder afzonderlijk.

Uitgangspunt is: collectief of collegiaal bestuur. De bestuurders oefenen gezamenlijk de bestuurstaak uit. De taken mogen wel verdeeld worden: algemeen directeur, financieel directeur, directeur buitenlandse zaken etc. Maar de verantwoordelijkheid blijft bij het gehele bestuur rusten, daarom is sprake van collectief of collegiaal bestuur. Over de daarmee samenhangende aansprakelijkheid gaan we het later nog hebben.

¹ Verwezen wordt steeds naar Boek 2 Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen, tenzij anders is aangegeven.

Is iedere directeur ook een statutair bestuurder? Nee, alleen degenen die als zodanig door het bevoegde orgaan zijn benoemd. De andere directeuren zijn 'titulair' directeur; dat zijn gewone werknemers die zich directeur mogen noemen en doorgaans deel uitmaken van een managementteam.

2. Beperkingen bestuursbevoegdheid (8 lid 2): geen aangifte tot faillietverklaring (8 lid 4); AVA besluit in beginsel tot uitgifte aandelen (104/204); goedkeuringslijstje in de statuten (evt. in reglement of besluit krachtens de statuten).

Andere beperking (die niet uit de wet blijkt): bestuur mag niet besluiten de onderneming of een substantieel onderdeel daarvan te verkopen zonder toestemming algemene vergadering, want materieel staat dit gelijk aan een liquidatie.

Vgl. HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 ABN AMRO

ABN AMRO werd benaderd door een "hedge-fund" (=TCI) dat stelde dat ABN zich zou moeten opsplitsen om op deze manier de koers te redden. ABN AMRO ging als redding fuseren met Barclays. Kort daarna kwam er een tegenbod van een consortium (o.a. Fortis), dat interesse had in de Amerikaanse dochter van ABN AMRO (LaSalle). Als reactie heeft ABN AMRO LaSalle aan Bank of America verkocht, waarschijnlijk in een poging het consortium tegen te werken. De VEB stelde in een enquêteprocedure dat een dergelijke beslissing toestemming of goedkeuring behoeft van de AVA.

Een belangrijk onderdeel van ABN AMRO, LaSalle, werd dus verkocht, terwijl er sprake is van een overnamesituatie. Dit kan, volgens de HR, niet zonder dat de wet of de statuten daarin voorzien leiden tot een goedkeuringsrecht van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) van ABN AMRO holding met betrekking tot de verkoop van LaSalle. Dit leidt op zichzelf evenmin tot een verplichting van het bestuur van ABN AMRO Holding de AVA ter zake te consulteren. [Het besluit tot afsplitsing en verkoop van LaSalle kan niet worden aangemerkt als een besluit omtrent een "belangrijke verandering van de identiteit van de onderneming", 2:107a lid 1 BW=NL]. Hiervan is alleen sprake in gevallen waarin die besluiten zo ingrijpend zijn dat zij de aard van het aandeelhouderschap veranderen in die zin dat de aandeelhouder daardoor kapitaal gaat verschaffen aan een wezenlijk andere onderneming.

Anekdotisch: LaSalle bleek later vol met probleemhypotheek te zitten en is een blok aan het been van Bank of America.

Ingeval van ABN AMRO was er dus niet sprake van een materiële liquidatie. Stel dat een NV een onderneming drijft die bestaat uit het produceren van industriële verf, dan zou

de verkoop van die onderneming erin resulteren dat de NV nog slechts als geldvennootschap door het leven gaat. In een dergelijke situatie verandert het karakter van de NV wezenlijk en is dus wel goedkeuring van de algemene vergadering vereist. Zou goedkeuring van de algemene vergadering nodig zijn als het bestuur van die NV niet de gehele onderneming wil verkopen, maar juist een andere onderneming met geheel andere activiteiten (bijvoorbeeld de productie van plasmascermen) zou willen kopen?

3. Waar moet bestuur zich bij taakvervulling naar richten (8 lid 3)? Belang RP en de eventueel daaraan verbonden onderneming.

Wat een onderneming is hebben we vorige week besproken. De kernelementen:

1. organisatorisch verband
2. voor langere tijd
3. Deelname aan economisch-/handelsverkeer
4. gericht op economisch voordeel (vallen besparingen daar ook onder?)

Enmalig iets samen doen, is dus geen onderneming als hier bedoeld!

Wat is het vennootschappelijk belang? Het vennootschappelijk belang is het belang dat een vennootschap heeft bij haar eigen gezonde bestaan uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel (Maeijer). Het vennootschappelijk belang is een resultante van deelbelangen? Niet volgens Maeijer: je kunt niet alles op één hoop gooien; er bestaat een zelfstandig belang van vennootschappen. Daaronder valt ook de continuïteit van de onderneming.

Pluriformiteit van belangen (werknemers, crediteuren, aandeelhouders, maatschappelijke belangen, bestuurders...).

Moet het bestuur concrete instructies van de algemene vergadering opvolgen? Wel als de bevoegdheid daartoe in de statuten is opgenomen. Maar ook dan geldt dat het bestuur op de genoemde belangen moet letten.

HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 Forumbank (een Nederlandse zaak):

Twee aandeelhouders van Forum Bank N.V., J.A. en M. van Toorn hadden een algemene vergadering van aandeelhouders ("**AVA**") bijeengeroepen tot behandeling van een voorstel om de NV een pakket eigen aandelen van de betrokken aandeelhouders te doen inkopen. Het voorstel werd ondanks hevig verzet van de directie en diverse andere

aandeelhouders aangenomen. Net als het Hof, betoogde de HR dat de bevoegdheid tot inkoop van eigen aandelen, behoudens statutaire afwijking, uitsluitend toekomt aan de directie. Nu het besluit niet de instemming van het bestuur had, was het besluit van de AVA nietig. De HR benadrukt dat de stelling, dat de AVA bevoegd is aan de directie opdracht te geven eigen aandelen voor een bepaalde prijs van bepaalde aandeelhouders te kopen, onjuist is.

Dus AvA moet de scheiding van de bevoegdheden respecteren. Dit hangt samen met het uitgangspunt dat het bestuur autonoom is en als bewaker van het vennootschappelijk belang een zekere onafhankelijkheid ten opzichte van de andere 'spelers' moet hebben. Overigens is die autonomie in concernverband vaak beperkt en moeten dochtervennootschappen zich aan instructies van de moeder houden, waarbij zij nog wel de afweging moeten maken of opvolging van die instructies in het belang van de vennootschap is.

De AvA heeft de facto wél altijd een instructiebevoegdheid; zij kan immers de bestuurders ontslaan. Voor de NA geldt dat de statuten aan de AvA een instructiebevoegdheid kunnen toekennen. Als dat niet is gebeurd dan geldt het Forumbank-arrest.

4. De rechtsverhouding van de bestuurder met de RP is geen arbeidsverhouding (8 lid 5). Toch is er een dubbele band: organisatierechtelijke betrekking plus een contractuele band (overeenkomst van opdracht). De eerste gaat voor: wordt een bestuurder ontslagen dan wordt daarmee ook de contractuele band verbroken; organisatierechtelijke betrekking kan niet worden hersteld met een poging de beëindiging van het contract ongedaan te maken. Een bestuurder mag immers 'te allen tijde' worden ontslagen.

Deze bepaling is op 1 maart 2004 van kracht geworden. Een bestuurder die daarvoor was benoemd en met wie een arbeidsovereenkomst was gesloten, heeft nog steeds een arbeidsverhouding met de RP. Een bestuurder kan een arbeidsrelatie hebben met een groepsmaatschappij, als hij daar maar geen statutair bestuurder is.

5. Gaat de RP failliet dan blijft het bestuur zitten; de curator kan het bestuur niet ontslaan, dat kan alleen het bevoegde orgaan, doorgaans de algemene vergadering. De loonbetalingen stoppen en komen dus niet ten laste van de failliete boedel. De R-C kan anders beslissen (8 lid 6). Dit zal met name het geval zijn als de curator voor wat betreft de afwikkeling nog enige tijd van één of meer bestuurders gebruik wil maken.

Benoeming bestuurders

1. De eerste bestuurders worden in de akte van oprichting aangewezen (4 lid 2), in afwijking van de daarin opgenomen benoemingsregels. Dit geldt alleen niet voor de testamentaire stichting.
2. Voor de stichting is bepaald dat de statuten een regeling moeten bevatten voor de benoeming en het ontslag van bestuurders (51 lid 1 sub c). De stichting kent geen algemene vergadering (geen leden, geen aandeelhouders). Er kan wel een RvC zijn. Het bevoegde orgaan is veelal het bestuur (coöptatie), maar kan ook de RvC zijn, of een ander orgaan met bijvoorbeeld uitsluitend deze bevoegdheid. Als er zo'n orgaan is kan de vraag worden gesteld of er dan niet toch sprake zou zijn van strijd met het ledenverbod: nee zegt de wet (50 lid 2 sub a).
3. Wordt een vereniging niet bij notariële akte opgericht, dan wordt wel over een 'informele' vereniging gesproken; ook dat is een RP, maar die kan geen registergoederen verkrijgen en geen erfgenaam zijn, terwijl de bestuurders hoofdelijk naast de vereniging zijn verbonden voor de rechtshandelingen (73 leden 1 en 2). Wordt een vereniging wel opgericht bij notariële akte, dan moeten de statuten een regeling bevatten voor de benoeming en het ontslag van bestuurders (71 lid 2 sub e). De vereniging kent wel een algemene vergadering: de ledenvergadering. Dat is het tot benoeming en ontslag bevoegde orgaan, tenzij de statuten anders bepalen. Elk lid van de vereniging moet middellijk of onmiddellijk aan de stemming over de benoeming van bestuurders kunnen deelnemen (80 lid 2). Soms bestaan verenigingen uit afdelingen en dan zou bijvoorbeeld in de statuten kunnen worden bepaald dat iedere afdeling één bestuurder mag benoemen.

Het bestuur wordt uit de leden benoemd, tenzij de statuten iets anders bepalen (80 lid 1). De statuten kunnen dus bepalen dat ook andere personen dan leden worden benoemd. Dat zal bij gezelligheids- en amateur sportverenigingen misschien niet zo snel gebeuren, maar bij grote, commerciële verenigingen kan daaraan zeker behoefte bestaan.

De statuten kunnen bepalen, dat een of meer bestuurders, mits minder dan de helft, door andere personen dan de leden worden benoemd (80 lid 3). Dat zou dus een RvC kunnen zijn, of buitengewone of ereleden die verder geen stemrecht hebben of iemand buiten de vereniging. Indien o.g.v. de statuten een bestuurder door leden of afdelingen

buiten een vergadering wordt benoemd, dan moet aan de leden gelegenheid worden geboden kandidaten te stellen (zie verder 80 lid 5).

4. Bij de NV en BV benoemt de algemene vergadering de bestuurders, tenzij de statuten een andere regeling bevatten (136/236 lid 1). Wat kunnen de statuten bepalen? Dat het bestuur zelf bestuurders benoemt (coöptatie), of dat bestuurders worden benoemd door aandeelhouders van een bepaalde klasse (bijv. prioriteitsaandelen), of dat de RvC bevoegd is bestuurders te benoemen.
5. We komen nog te spreken over het monistische bestuursmodel. Wat hiervoor is gezegd over de benoeming van bestuurders geldt niet voor de uitvoerend bestuurders als zodanig (80 lid 8; 137/237).

Toezicht

1. Bij iedere RP kan er een RvC zijn, behalve wanneer is gekozen voor een *one-tier board* (19 lid 1). Op de benoeming en het ontslag van commissarissen zijn, kort gezegd, dezelfde regels van toepassing als bij bestuurders (19 lid 8). Wie houdt toezicht als er geen RvC is? De algemene vergadering (leden, aandeelhouders).
2. Bij de stichting? Niemand, tenzij er een RvC is. Ook als dit orgaan een andere naam draagt (bijvoorbeeld Raad van Advies) maar taken uitoefent die eigen zijn aan de RvC (19 lid 2), dan wordt een dergelijk orgaan waar het betreft aansprakelijkheid met een RvC gelijkgesteld. Het komt dus niet aan op de naam, maar op de materiële kenmerken.
3. Taken (19 lid 2): toezicht op bestuur; adviesfunctie t.b.v. bestuur. Bij het dualistische bestuursmodel is ook een taak voor de RvC weggelegd waar het betreft de schorsing van bestuurders, tenzij de statuten een andere regeling bevatten (19 lid 4). Een schorsing vervalt overigens van rechtswege indien de bestuurder niet binnen twee maanden wordt ontslagen. De statuten kunnen nadere taken aan een RvC toekennen (19 lid 5), bijvoorbeeld dat de RvC een bindende voordracht mag doen voor de benoeming van één of meer bestuurders.
4. Op welke belangen moet de RvC letten? Arrest Doetinchemse IJzergieterij (Hoge Raad 1 april 1949, NJ 1949, 465). De RvC had besloten om nieuwe aandelen uit te geven om meer kapitaal te verkrijgen, maar de meerderheidsaandeelhouders verzetten zich daartegen. De Hoge Raad heeft bepaald dat de RvC zich moet richten op het vennootschappelijk belang en zich niet uitsluitend hoeft te richten op de belangen van de aandeelhouders (in Nederland is dat in 1971 ook in de wet opgenomen).

In de Nederlandse Antillen is bepaald dat commissarissen zich richten naar het belang van de RP en, voor zover daarvan sprake is, de met deze verbonden onderneming. Tenzij de statuten anders bepalen, sluit dit niet uit dat een commissaris, met inachtneming van de vorige zin, in het bijzonder opkomt voor de belangen van degene die hem heeft benoemd of voorgedragen en deze belangen relatief zwaar laat wegen (19 lid 7). Gedacht kan worden aan een commissaris die door de financier van de RP wordt voorgedragen of commissarissen in joint venture verhoudingen. Ook kan worden gedacht aan de door de overheid benoemde commissaris. Hoewel de politieke kleur dan doorgaans een rol speelt, wordt de betrokkene niet door een politieke partij maar door (een orgaan van) de overheid benoemd. Als hij de belangen van degene die hem heeft benoemd zwaar laat wegen, moge dat niet de partijpolitieke belangen zijn, maar eerder iets als het 'algemeen belang'.

5. Wie kunnen benoemd worden? Alleen natuurlijke personen (19 lid 3). De wet stelt in dat verband geen eisen. In zijn algemeenheid mag, net als bij bestuurders, de eis worden gesteld dat de betrokkene voldoende geëquipeerd moet zijn om zijn taak naar behoren te vervullen. Aan *corporate governance* wordt nu geen aandacht besteed, maar met name bij overheidsvennootschappen speelt een discussie over deskundigheid en onafhankelijkheid van door de overheid te benoemen commissarissen.
6. De hoofdtaak van de RvC is het uitoefenen van toezicht. Dat toezicht wordt in zekere zin op afstand uitgeoefend. Anders dan bestuurders, lopen commissarissen doorgaans niet iedere dag bij de RP rond. Zij krijgen ook bij lange na niet de informatie die aan de bestuurders wordt verstrekt. De wet bepaalt alleen dat het bestuur aan de RvC en aan de individuele commissarissen tijdig de voor de uitoefening van hun taak noodzakelijke of met het oog daarop door de betrokkene verlangde gegevens verschaft (19 lid 6). Van RP tot RP kan dit verschillen en zal mede afhankelijk zijn van de mate waarin de commissarissen er zelf voor kiezen om actief te zijn. Komt de RvC bijvoorbeeld een keer maand of een keer per kwartaal bijeen? Of er wordt voor gekozen dat de voorzitter van de RvC zeer actief is en de overige commissarissen periodiek op de hoogte brengt of zoveel eerder als dat noodzakelijk lijkt.
7. Bij de NV is het mogelijk een 'onafhankelijke raad van commissarissen' in te stellen (139). Bij de BV kan geen onafhankelijke RvC worden ingesteld. Volgens de MvT is een dergelijke raad goed denkbaar bij naamloze vennootschappen in de financiële sector of bij (geprivatiseerde) overheidsbedrijven. Het ligt daarbij voor de hand aan de wat grotere ondernemingen te denken. Met het begrip 'onafhankelijk' wordt bedoeld dat de commissarissen onafhankelijk zijn van bepaalde aandeelhouders of belangengroepen en, tot op zekere hoogte, ook onafhankelijk van de algemene vergadering van

aandeelhouders als zodanig. Zij hebben een eigen verantwoordelijkheid en functioneren zonder (verplichte) last of ruggespraak met degenen die hen hebben benoemd of voorgedragen. Wanneer een NV een onafhankelijke RvC instelt, dan verbindt de wet daaraan het gevolg dat op die vennootschap het jaarrekeningregime van de grote NV dwingend van toepassing is (IFRS; *International Financial Reporting Standards*), ook al is niet of niet volledig aan de criteria voor een grote NV voldaan. Een NV is groot als er, kort gezegd, in de Nederlandse Antillen ten minste twintig mensen fulltime werken, de waarde van de activa minimaal ANG 5 miljoen bedraagt en de netto-omzet in een boekjaar ANG 10 miljoen of meer is (119).

Bestuursmodellen

1. Dualistisch model: bestuur + AVA (evt. RvC). Dualistisch betekent 'tweeledig', wat wil zeggen dat er (minimaal) twee organen zijn, waarvan er één toezicht uitoefent op een ander orgaan. De stichting die geen RvC kent neemt in dit verhaal een aparte plaats in. Het dualistische bestuursmodel hebben we net besproken.
2. Monistisch model: geen afzonderlijk orgaan voor het houden van toezicht. Er is één algemeen bestuur; de bestuurstaken worden vervuld door uitvoerende (*executives*) en niet uitvoerende bestuursleden (*non-executives*).
3. De statuten van een RP kunnen bepalen dat de bestuurstaken worden verdeeld over een algemeen bestuur en een uitvoerend bestuur (18 lid 1).
4. Het uitvoerend bestuur is belast met het besturen van de RP, voor zover dit betrekking heeft op de dagelijkse gang van zaken. Het uitvoerend bestuur is voorts belast met de overige taken die in Boek 2 BW aan het bestuur zijn toebedeeld; met name ook met de vertegenwoordiging van de RP (18 lid 2). Naast de wet kunnen ook de statuten die vertegenwoordigingsbevoegdheid beperken, maar de statuten kunnen deze bevoegdheid niet aan het uitvoerend bestuur ontnemen. Het begrip 'belast' houdt een exclusieve verplichting in.
5. Tot de taak van het algemeen bestuur behoort in elk geval: het als zodanig benoemen van uitvoerende bestuurders en het vaststellen van hun bezoldiging als zodanig, het beslissen over aangelegenheden die de dagelijkse gang van zaken te boven gaan en het houden van toezicht op het uitvoerend bestuur (18 lid 4). Bij twijfel over de vraag of een bepaald onderwerp tot de dagelijkse gang van zaken behoort, beslist het algemeen bestuur (18 lid 5). De leden van het algemeen bestuur die geen uitvoerend bestuurder

zijn, houden toezicht op de uitvoerend bestuurders en hebben dus een functie vergelijkbaar met die van commissarissen.

6. Wordt voor het monistische model gekozen dan kan geen RvC worden ingesteld (19 lid 1). Waarom eigenlijk niet? Waarschijnlijk wordt Boek 2 BW op dit punt aangepast.
7. Het algemeen bestuur is te allen tijde bevoegd een uitvoerend bestuurder als zodanig te ontslaan of voor een periode van maximaal twee maanden te schorsen (18 lid 8). De uitvoerend bestuurder die tevens lid is van het algemeen bestuur wordt dan niet tevens in die laatstgenoemde hoedanigheid geschorst of ontslagen. Voor het overige geldt dat bestuurders worden benoemd (en ontslagen) door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.
8. Er is nog een opmerkelijke punt bij de *one-tier board*: De leden van het algemeen bestuur hebben, voor zover zij geen lid zijn van het uitvoerend bestuur, een functie vergelijkbaar met die van commissarissen. Een verschil is dat die leden van het algemeen bestuur ook RP kunnen zijn, terwijl de wet voor de raad van commissarissen uitdrukkelijk bepaalt dat die bestaat uit één of meer natuurlijke personen (19 lid 3). Dit is ongetwijfeld een vergissing van de wetgever, maar een die uitsluitend de wetgever kan herstellen.

Bestuurdersaansprakelijkheid

1. Ik herhaal nog even: bij de vervulling van hun taak richten het bestuur (8 lid 3) en de RvC (19 lid 7) zich naar het vennootschappelijk belang, ofwel naar dat van de RP en de daarmee verbonden onderneming. Bij de RvC komt daar nog iets bij. Tenzij de statuten anders bepalen, kan namelijk een commissaris, met inachtneming van de behartiging van het belang van de RP, in het bijzonder opkomen voor de belangen van degene die hem heeft benoemd of voorgedragen; hij mag deze belangen relatief zwaar laten wegen.
2. Onrechtmatige daad: jegens derden is een bestuurder aansprakelijk voor het aangaan van een rechtshandeling namens een RP als hij weet of behoort te weten dat de RP zijn verplichtingen niet kan nakomen en de RP geen of onvoldoende verhaal biedt (Beklamel-norm).
3. Voor wat de aansprakelijkheid van bestuurders tegenover de RP betreft, de interne aansprakelijkheid, is het uitgangspunt een hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders. Het gaat hier om aansprakelijkheid op grond van onbehoorlijk bestuur: een

toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de bestuursverbintenis. De plichtverzaking moet van een zekere ernst zijn wil een bestuurder aansprakelijk kunnen worden gesteld voor door de RP geleden schade. In geval van bijvoorbeeld 'opzet', 'bewuste roekeloosheid', 'ernstige verwaarlozing van zijn taak', 'handelen in strijd met de wet of de statuten' en 'bewuste doeloverschrijding' zal doorgaans gesproken kunnen worden van ernstige verwijtbaarheid.

4. Van belang bij de interne aansprakelijkheid is voorts dat een taakverdeling tussen bestuurders op de aansprakelijkheid van invloed kan zijn. Niet aansprakelijk is de bestuurder, die bewijst dat het schadeveroorzakende feit, mede gelet op zijn werkkring, niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (14 lid 4). Het ligt op de weg van de betrokken bestuurder om nauwkeurig en onderbouwd aan te geven waarom het voor hem niet mogelijk was die maatregelen te treffen die verwacht mochten worden in het kader van zijn verantwoordelijkheid jegens de RP en derden.
5. In geval van faillissement van de RP kan sprake zijn van zogenaamde 'externe bestuurdersaansprakelijkheid'. Iedere bestuurder is jegens de boedel (dat zijn primair de crediteuren) hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort - zijnde het bedrag van de schulden voor zover deze niet uit (de opbrengst van) de overige baten kunnen worden voldaan - indien er, in de voorafgaande periode van drie jaar, sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (2:16 lid 1). Door het gebruik van de term 'onbehoorlijk bestuur' wordt duidelijk gemaakt dat het ook het handelen of nalaten van één bestuurder kan betreffen; niet alle bestuurders hoeven hieraan te hebben bijgedragen. Indien niet is voldaan aan de administratieplicht - of wanneer de jaarrekening niet tijdig is opgemaakt - wordt vermoed dat er ook voor het overige sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat bovendien dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, tenzij sprake is van een onbelangrijk verzuim (2:16 lid 2). Dit tweeledige vermoeden is op beide punten weerlegbaar; dat wil zeggen dat de betrokken bestuurders ten aanzien van beide vermoedens tegenbewijs kunnen leveren.
6. In zijn algemeenheid geldt dat niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat het onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement, mede gelet op zijn werkkring en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (16 lid 3). Bij de interne aansprakelijkheid wordt eenzelfde disculpatiemogelijkheid gegeven (14 lid 4). Een onderlinge taakverdeling tussen bestuurders kan derhalve van invloed zijn op hun aansprakelijkheid.

7. Een redelijke uitleg van art. 2:16 lid 2 BW-NA brengt m.i. met zich dat voor het ontzenuwen van het bewijsvermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Beroept een bestuurder zich in dat geval op een van buiten komende oorzaak (bijvoorbeeld het wegvallen van een belangrijke afnemer, de algehele economische neergang, kredietopzegging door de bank, afbranden van een bedrijfspand) en maakt de curator hem het verwijt dat hij ook heeft nagelaten het intreden van die van buiten komende oorzaak te voorkomen (bijvoorbeeld door willens en wetens niet aan de verzekeringsvoorwaarden te voldoen waardoor geen uitkering plaatsvindt), dan moet de bestuurder ook feiten en omstandigheden stellen en zonodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Slaagt de bestuurder daarin, dan is het weer aan de curator om op grond van art. 2:16 lid 2 BW-NA aannemelijk maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling toch mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Vgl. in dit verband voor Nederland: HR 30 november 2007, JOR 2008, 29 m.nt. Borrius inzake Blue Tomato B.V.
8. Met een bestuurder wordt voor de toepassing van artikel 2:16 BW-NA gelijkgesteld degene die gedurende enig tijdvak binnen de genoemde periode van drie jaren, het beleid van de RP heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder, dan wel degene die als oprichter kennelijk onzorgvuldig heeft gehandeld.
9. Hetgeen is bepaald in de artikelen 2:9, 2:14 en 2:16 BW-NA, dus hetgeen we net hebben besproken, is ook op commissarissen van toepassing (19 lid 7). Ook zij kunnen bijvoorbeeld, in geval van faillissement, onder omstandigheden persoonlijk aansprakelijk zijn voor schade die de RP heeft geleden door hun doen of nalaten voor een bedrag gelijk aan het tekort van de boedel.
10. Waar het de aansprakelijkheid van bestuurders in geval van een *one tier board* betreft, kan de vraag worden gesteld of de niet uitvoerend bestuurders (non-executives) op gelijke wijze aansprakelijk zijn als commissarissen in het dualistische bestuursmodel. In art. 2:18 lid 10 BW-NA is bepaald dat voor de toepassing van de wet leden van het algemeen bestuur en van het uitvoerend bestuur gelijkelijk als bestuurder hebben te gelden, voor zover het tegendeel niet uit de wet blijkt. Het volgende kan daarover worden opgemerkt: als er uitvoerend en niet uitvoerend bestuurders zijn, is er per definitie sprake van een taakverdeling. Een taakverdeling is van invloed op de eventuele aansprakelijkheid. De niet uitvoerend bestuurders moeten, net als geldt voor commissarissen, toezicht uitoefenen op de uitvoerend bestuurders en als zij daarin falen kan aansprakelijkheid hun lot zijn. In veel gevallen zullen niet uitvoerend bestuurders

zich intensiever met het bestuur bemoeien, en moeten bemoeien, dan commissarissen. Zij lopen dan ook eerder de kans voor de aansprakelijkheidsspuit te worden gehouden. Dat geldt temeer als zij zich opstellen als medebeleidsbepalers. In al die gevallen blijft echter het criterium van “ernstige persoonlijke verwijtbaarheid” gelden. In zoverre maakt het weer niet zoveel uit of iemand niet uitvoerend bestuurder is in een monistische dan wel commissaris in een dualistische structuur.

11. De Nederlands Antilliaanse aansprakelijkheidsregeling voor bestuurders en commissarissen beoogt alleen excessen van onverantwoordelijk bestuur respectievelijk toezicht tegen te gaan. Er is meer nodig dan fouten, misrekeningen of achteraf beschouwd onjuiste beoordelingen om tot aansprakelijkheid te kunnen concluderen. Bij de uitleg van de wettelijke bepalingen dient dit uitgangspunt leidend te zijn. Dit betekent dat (afgezien van (i) het geval dat een wettelijk vermoeden niet kan worden weerlegd of (ii) van specifieke aansprakelijkheden, bijvoorbeeld op grond van fiscale wetgeving) van aansprakelijkheid alleen dan sprake kan zijn ingeval een bestuurder of commissaris een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

* * * * *