

College 'Bestuur, toezicht, vertegenwoordiging en bestuurdersaansprakelijkheid'

Deel I

Mr. K. Frielink

Universiteit van de Nederlandse Antillen

Dinsdag 17 maart 2009 van 19.00 - 21.00 uur

Bestuur

1. Iedere RP heeft een bestuur (8 lid 1). Bestuur 'belast' met besturen (8 lid 2).¹ Niet alle bestuurs-taken kunnen worden overgedragen (administratieplicht; verplichting commerciële RP-en om jaarrekening op te stellen; verplichting aandeelhoudersregister bij te houden).

Wat is bestuur ? 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 resultaat-ontwikkeling. 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

¹ Verwezen wordt steeds naar Boek 2 Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen, tenzij anders is aangegeven. De afkorting RP staat voor rechtspersoon.

rusten, daarom is sprake van collectief of collegiaal bestuur. Over de daarmee samenhangende aansprakelijkheid gaan we het volgende keer hebben.

Is iedere directeur ook een statutair bestuurder? Nee, alleen degenen die als zodanig door het bevoegde orgaan zijn benoemd. De andere directeurs 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 goed-

keuring 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 plasma-schermen) zou willen kopen?

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

Wat is een onderneming? Een algemene definitie: organisatorisch verband gericht op duurzame deelneming aan economisch verkeer, gericht op het behalen van voordeel:

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!

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 daarvóór 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. prioriteits aandelen), 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).

Vertegenwoordiging

1. Bestuur bevoegd tot vertegenwoordiging, maar ook iedere individuele bestuurder, tenzij de statuten anders bepalen (10 lid 1). Gaat om optreden naar buiten toe: rechtshandelingen. Een (interne) taakverdeling tussen bestuurders levert geen beperking wat betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid op.

2. We bespraken al de beperkingen die gelden voor de besluitvorming. Er zijn ook beperkingen in het kunnen vertegenwoordigen van de RP. In de eerste plaats zegt de wet dat de eerder besproken beperkingen ook gelden voor wat betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid (10 lid 2). Als dus de algemene vergadering bevoegd is tot uitgifte van aandelen, dan mag het bestuur daartoe niet besluiten. Maar het bestuur mag die aandelen dan ook niet uitgeven, dus geen rechtshandeling verrichten tot uitgifte van aandelen zonder dat de algemene vergadering daartoe heeft besloten. Een wettelijke beperking is bijvoorbeeld de regeling bij tegenstrijdig belang (11 lid 1): bij een rechtshandeling met of rechtsgeding tegen een bestuurder wordt de RP vertegenwoordigd door de RvC en als die er niet is dan door de overige bestuurders gezamenlijk, en als die ontbreken dan door een door de algemene vergadering aan te wijzen persoon (bij de stichting door de rechter). Ik kom op dat tegenstrijdig belang volgende keer nog terug.

Vraag: is die RvC of aangewezen persoon nu ook (voor dit geval) bestuurder? Er moet bijvoorbeeld ook worden besloten of die rechtshandeling wel wenselijk is en dat is een bestuursaan gelegenheid.

Statutaire beperkingen (of bij de aandeelhouderbestuurde BV in de aandeelhoudersovereenkomst; 241 lid 1) zijn ook mogelijk, bijvoorbeeld dat alleen twee gezamenlijk handelende bestuurders de RP mogen vertegenwoordigen, of dat bepaalde transacties (registergoederen) of transacties boven een bepaald bedrag alleen na van de RvC verkregen goedkeuring mogen worden aangegaan.

3. Een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid kan aan een wederpartij die de beperking kent of behoort te kennen worden tegengeworpen, tenzij de statuten anders bepalen (10 lid 3). Het gaat hier om de zogeheten externe werking. Het is dus niet voldoende om in het handelsregister na te gaan wie de bestuurders zijn: ook de statuten moeten worden bekeken. Alle daarin voorkomende beperkingen wordt de wederpartij geacht te kennen. Voor het overige worden wederpartijen te goeder trouw beschermd.

(Wordt vervolgd)

* * * * *