

I

PAO-Cursus Radboud Universiteit Nijmegen & de UNA
ACTUALITEITEN ONDERNEMINGSRECHT
“Vennoetschappelijke bestuursstructuren”

Maandag 2 maart 2009 – WTC, Curaçao

Mr. K. Frielink

18.20 – 20.30 uur

Hieronder volgt de toelichting bij de diverse sheets die onderdeel uitmaken van het cursusmateriaal. Voor vragen en opmerkingen: Karel.Frielink@Spigthoff.com. Op *Karel's Legal Blog* (<http://www.curacao-law.com>) wordt uitvoerig verhaald over het recht van de Nederlandse Antillen.

II

Uitgaande van het Nederlands Antilliaanse recht kunnen we de volgende inventarisatie van bestuursmodellen maken:

1. Het dualistische model, dat bij de NV en de BV kan bestaan, waarbij er naast een bestuur een Raad van Commissarissen kan worden ingesteld.
2. Het monistische model, dat bij de NV en BV kan bestaan, waarbij er sprake is van één algemeen bestuur; de bestuurstaken worden vervuld door uitvoerende (*executives*) en niet uitvoerende bestuursleden (*non-executives*).
3. De aandeelhouderbestuurde vennootschap, die we alleen bij de BV kennen.

Deze drie modellen zullen we kort bespreken. Daarna zal kort het systeem in Aruba en de komende wetwijziging in Nederland worden besproken. Vervolgens zal specifiek op de onderwerpen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in de Nederlandse, de Nederlandse Antilliaanse en Arubaanse regeling worden ingegaan.

III

Eerst het dualistische model (*two-tier*). Dit is nog steeds het meest voorkomende bestuursmodel. Daarbij moet worden aangetekend dat een Raad van Commissarissen eerder uitzondering is dan regel. Dat betekent dat in de praktijk het toezicht op het bestuur wordt uitgeoefend door de algemene vergadering van aandeelhouders. Niet zelden bestaat die vergadering geheel of gedeeltelijk uit personen die ook deel uitmaken van het bestuur.

Art. 2:136 lid 1 BW-NA bepaalt dat de benoeming van bestuurders die niet in de akte van oprichting zijn aangewezen, door de algemene vergadering geschiedt, tenzij de statuten anders bepalen. Voor de BV wordt hetzelfde bepaald in art. 2:236 lid 1 BW-NA. De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zelf het tot benoeming bevoegde orgaan is (coöptatie), dat de RvC daartoe bevoegd is, maar bijvoorbeeld ook de houders van bepaalde soorten aandelen (bijvoorbeeld prioriteitsaandelen of letteraandelen).

Op grond van art. 2:19 lid 1 BW-NA kunnen de statuten van een NV of BV bepalen dat er een Raad van Commissarissen (RvC) is of kan zijn. Voor de benoeming van commissarissen geldt dezelfde regeling als voor bestuurders. Dat betekent dus dat het mogelijk is om statutair te bepalen dat commissarissen door het bestuur worden benoemd. Uitsluitend natuurlijke personen kunnen tot commissaris worden benoemd (art. 2:19 lid 3 BW-NA). Het houden van toezicht wordt als een sterk persoonsgebonden activiteit gezien.

Tot de taak van de RvC behoort volgens de wet in ieder geval het uitoefenen van toezicht op het bestuur. Tenzij de statuten anders bepalen, is de RvC bevoegd iedere bestuurder te schorsen. De statuten kunnen aanvullende bepalingen inzake de taak en de bevoegdheden van de RvC bevatten.

IV

Bij de NV is het mogelijk een 'onafhankelijke raad van commissarissen' in te stellen (art. 2:139 BW). 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 (art. 2:119 BW-NA).

V

Dan nu het monistische model (*one-tier board*). Op grond van art. 2:18 lid 1 BW-NA kunnen de statuten van een NV of BV (of enige andere rechtspersoon) bepalen dat de bestuurstaken worden verdeeld over een algemeen bestuur en een uitvoerend bestuur. Wordt voor het monistische model gekozen dan kan geen RvC worden ingesteld.

Het uitvoerend bestuur is belast met het besturen van de NV of BV, 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-NA aan het bestuur zijn toebedeeld; met name ook met de vertegenwoordiging van de vennootschap. Naast de wet kunnen ook de statuten die vertegenwoordigingsbevoegdheid beperken, maar de statuten kunnen deze bevoegdheid niet aan het uitvoerend bestuur ontnemen.

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. Bij twijfel over de vraag of een bepaald onderwerp tot de dagelijkse gang van zaken behoort, beslist het algemeen bestuur.

Bij het onderwerp aansprakelijkheid komen we daarover nog te spreken, maar ik merk nu vast op dat de wet het uitdrukkelijk heeft over de verdeling van bestuurstaken over een algemeen bestuur en een uitvoerend bestuur. Dat roept de vraag op of we nu met één dan wel met twee organen te maken hebben?

Een of meer leden van het algemeen bestuur *kunnen* tevens lid zijn van het uitvoerend bestuur, mits zij in het algemeen bestuur een minderheid vormen en tezamen in het algemeen bestuur minder stemmen kunnen uitbrengen dan de

overige leden van het algemeen bestuur tezamen (art. 2:18 lid 6 BW-NA). Maar van welk orgaan maken nu de 'buiten board' leden (degenen die niet deel uitmaken van het algemeen bestuur maar wel van het uitvoerend bestuur) deel uit? Er is immers maar één bestuursorgaan. Of niet?

Waarschijnlijk moet de regeling aldus worden begrepen. Art. 2:18 lid 9 BW bepaalt: *“Voor de toepassing van artikel 8, derde lid, heeft het algemeen bestuur als bestuur te gelden. Het uitvoerend bestuur oefent zijn bevoegdheden als zodanig uit met inachtneming van de besluiten van het algemeen bestuur. Binnen het uitvoerend bestuur oefenen individuele bestuurders hun bevoegdheden uit met inachtneming van de besluiten van het uitvoerend bestuur.”*

In de MvT valt te lezen: *“De leden van het uitvoerend bestuur, die geen lid zijn van het algemeen bestuur, hebben in zoverre een andere functie dat zij niet behoren tot het college dat uiteindelijk over alle bestuursaangelegenheden beslist en aangemerkt wordt als het orgaan dat zich moet richten naar de in artikel 8, derde lid, tot uitdrukking gebrachte norm.”* Voor deze 'buiten board' leden (degenen die niet lid zijn van het algemeen bestuur) geldt dus kennelijk dat zij handelen op instructie van het algemeen bestuur en zich bijvoorbeeld niet zelf(standig) hoeven te richten op het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming (art. 2:8 lid 3 BW).

Met andere woorden: voor zover uit de wet niet anders blijkt, hebben - voor de toepassing van de wet - ook de uitvoerend bestuurders die geen lid van het algemeen bestuur zijn (en die dus ook geen statutair bestuurder zijn) 'te gelden als' bestuurders; zij zijn - belast als zij zijn met bestuurstaken - als vanzelf, een soort medebeleidsbepalers. Maar de vraag blijft staan of het uitvoerend bestuur niet ook als een (separaat) orgaan naast het algemeen bestuur moet worden aangemerkt.

Het algemeen bestuur is het bestuursorgaan. Dit betekent dat alleen iemand die lid is van het algemeen bestuur bestuursvoorzitter (*Chairman*) kan zijn. Nergens is bepaald dat hij niet tevens lid mag zijn van het uitvoerend bestuur; erg voor de hand ligt dat echter niet omdat de meerderheid van de leden van het algemeen bestuur uit non-executives bestaat.

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. 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.

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 rechtspersoon kunnen zijn, terwijl de wet voor de raad van commissarissen uitdrukkelijk bepaalt dat die bestaat uit één of meer natuurlijke personen (art. 2:19 lid 3 BW-NA). Dit is ongetwijfeld een vergissing van de wetgever, maar een die uitsluitend de wetgever kan herstellen.

VI

Dan komen we nu bij de aandeelhouderbestuurde BV. Deze rechtsvorm is in het leven geroepen om een semicontractuele vennootschap te creëren; zeg maar een vennootschap onder firma (VOF) met rechtspersoonlijkheid. In de praktijk wordt deze vorm met name voor eenpersoonsvennootschappen gebruikt.

De statuten kunnen bepalen dat de vennootschap een aandeelhouderbestuurde vennootschap is. In dat geval moet in de wet telkens in plaats van bestuurder worden gelezen: aandeelhouder, en in plaats van het bestuur: de algemene ver-

gadering van aandeelhouders (art. 2:239 lid 1 BW-NA). Een besluit tot wijziging van de statuten waardoor dit bestuursmodel wordt ingevoerd of afgeschaft kan slechts tot stand komen met de uitdrukkelijke instemming van alle stemgerechtigde aandeelhouders.

Bij dit bestuursmodel worden er geen bestuurders benoemd of ontslagen. Behoudens beperkingen in de wet, de statuten of de aandeelhoudersovereenkomst, is iedere aandeelhouder bevoegd tot vertegenwoordiging van de vennootschap (art. 2:241 lid 1 BW-NA). Ook de aandeelhoudersovereenkomst kan dus beperkingen inzake de vertegenwoordigingsbevoegdheid bevatten.

De aandeelhouders kunnen de wijze waarop de vennootschap door hen zal worden bestuurd, de daarbij toepasselijke taakverdeling en beloning en de wijze van totstandkoming van beslissingen dienaangaande, nader vastleggen in een aandeelhoudersovereenkomst, mits alle aandeelhouders en ook de vennootschap daarbij partij zijn. De aandeelhoudersovereenkomst wordt schriftelijk vastgelegd en door alle partijen getekend (geen nietigheidssanctie; een beroep op mondelinge afspraken is dus mogelijk). Een dergelijke overeenkomst heeft vennootschappelijke werking en dus vergelijkbare kracht als statuten.

Tenzij de aandeelhoudersovereenkomst anders bepaalt worden alle beslissingen aangaande het bestuur genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders met toepassing van de voor die vergadering geldende regels. Denkbaar is dat in zo'n overeenkomst ten aanzien van bepaalde besluiten de bevoegdheid bij slechts één of meer van de aandeelhouders wordt gelegd, een soort dagelijks bestuur. De statuten kunnen bepalen dat ook de wijze van totstandkoming van besluiten van de algemene vergadering wordt geregeld in de aandeelhoudersovereenkomst (art. 2:240 BW-NA).

VII

Op 1 januari 2009 is in Aruba de Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (VBA) geïntroduceerd. Een flexibele vennootschap. Ook hier is een *two* of een *one-tier board* mogelijk. 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; hierin verschilt de Arubaanse regeling dus van die van de Nederlandse Antillen.

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 onder meer 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).

VIII

In Nederland staan er ook veranderingen op stapel. Eindelijk! Het monistische model wordt wettelijk verankerd, voor zowel de NV als de BV. De andere rechtspersonen kunnen dit model niet toepassen; in de Nederlandse Antillen kan dat, zoals wij zagen, wel. In het Nederlandse wetsvoorstel 'Bestuur & Toezicht' wordt voorgesteld dat bij de structuurvennootschap, waar nu verplicht een RvC is ingesteld (art. 2:158 BW-NL), in de toekomst als alternatief kan worden gekozen voor een *one-tier board*, waaraan dan nadere voorwaarden worden gesteld. Aan de structuurvennootschap ga ik verder voorbij. De specifieke *corporate governance*-voorschriften voor met name beursvennootschappen laat ik hier ook onbesproken.

Blijkens de Nota naar aanleiding van het verslag van 17 februari 2009 (TK 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 7) is door de fractie van de PvdA de vraag gesteld of de invoering van het monistische model in Nederland tot gevolg heeft dat “*een stukje Nederlands cultuurhistorisch erfgoed verloren gaat*”, waarbij de PvdA verwijst naar een column in het FD over het ontstaan van de RvC bij de VOC. De Minister was gelukkig in staat daarop wél serieus te reageren...

Op grond van art. 2:129a lid 1 Ontwerp BW-NL kan bij de statuten van de NV worden bepaald dat bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uit-

voerende en één of meer uitvoerende bestuurders. Voor de BV is in art. 2:239a lid 1 Ontwerp BW-NL hetzelfde bepaald. Tot de Nota van Wijziging van 17 februari 2009 (TK 2008-2009, 31 763, nr. 7) stond er in het ontwerp dat de taakverdeling ook 'krachtens' de statuten kon worden bepaald. Gedacht zou kunnen worden aan een op de statuten gebaseerd reglement of aan een bestuursbesluit. De bepaling kon echter ook zo worden gelezen, dat niet alleen de *uitwerking*, maar ook de *invoering* van het monistische bestuursmodel krachtens de statuten zou kunnen geschieden. Een dergelijke verandering is echter zo ingrijpend dat de invoering van dit bestuursmodel uitsluitend "bij de statuten" kan plaatsvinden. In de statuten moet dus melding worden gemaakt van het feit dat taken worden verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders.

In de Nota van Wijziging (p. 26) wordt met zoveel woorden aangegeven dat voor zover de statuten niet anders bepalen, de uitwerking – dus de concrete verdeling van de taken – uiteraard wel in een reglement of bestuursbesluit kan worden vastgelegd. Anders zou ook niet te begrijpen zijn dat in de Nota niet wordt voorgesteld om art. 2:9 Ontwerp BW-NL aan te passen; daarin komt het begrip 'krachtens' in relatie tot een taakverdeling immers nog steeds voor.

Niet uitvoerende bestuurders moeten natuurlijke personen zijn. Rechtspersonen kunnen wel tot uitvoerend bestuurder worden benoemd. Niet is bepaald dat de niet uitvoerende bestuurders de meerderheid in het bestuur moeten vormen. Wel is bepaald dat uitvoerend bestuurders niet deelnemen aan de besluitvorming inzake hun bezoldiging en aan besluitvorming over het houden van toezicht op de taakuitoefening van bestuurders (art. 2:129a lid 2 Ontwerp BW-NL); deze aangelegenheden behoren exclusief tot het domein van de *non-executives*.

Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Een bepaling krachtens de statuten moet schriftelijk geschieden (art. 2:129a lid 3 Ontwerp BW-NL). De door deze bestuurder(s) genomen besluiten

worden aan het bestuur als geheel toegerekend. Het principe van collectieve verantwoordelijkheid blijft dan ook gehandhaafd. Op de bestuurders die een besluit nemen als hier bedoeld rust ingevolge art. 2:8 BW-NL de verplichting om de medebestuurders daarover te informeren.

Ook in Nederland is gekozen voor de term 'niet uitvoerend bestuurder' en niet voor bijvoorbeeld 'toezicht houdend bestuurder'. Blijkens de MvT zou laatstgenoemde term de lading niet dekken. De niet uitvoerend bestuurder is en doet meer dan een commissaris: de niet uitvoerend bestuurders, die zijn belast met de algemene bestuurstaken, zullen meer dan commissarissen actief betrokken zijn bij het algemene beleid van de vennootschap. Zij nemen deel aan, en zijn daardoor direct verantwoordelijk voor, de besluitvorming over de algemene beleidslijnen.

De voorzitter van het bestuur is altijd een niet uitvoerend bestuurder. De uit de Angelsaksische wereld bekende *CEO* kan dus niet tevens bestuursvoorzitter (*Chairman*) zijn; een *CEO* kan hooguit leiding geven aan de uitvoerend bestuurders. Ook in Engeland wordt trouwens een onderscheid gemaakt tussen *Chairman* (niet uitvoerend) en *CEO* (uitvoerend). Alleen niet uitvoerend bestuurders hebben de taak om toezicht uit te oefenen op de wijze van taakvervulling door een bestuurder en alleen niet uitvoerend bestuurders beslissen over de bezoldiging van uitvoerend bestuurders. Uitvoerend bestuurders mogen, als gezegd, niet deelnemen aan de besluitvorming over deze onderwerpen. Het deelnemen aan de beraadslagingen valt daar ook onder. De uitvoerend bestuurders worden in dit soort kwesties geacht een tegenstrijdig belang te hebben. Over dat onderwerp heeft prof. mr. Peter van Schilfgaarde eerder vandaag uitvoerig gesproken. De in Nederland voorgestelde regeling inzake tegenstrijdig belang is weinig doordacht en leidt tot absurde consequenties.

De taken die in het dualistische model door de commissarissen worden vervuld, zijn in het monistische model opgedragen aan personen die bestuursverantwoor-

delijkheid dragen (M.M. Seinstra, *Het dualistische en het monistische bestuursmodel: een vergelijking*, Onderneming & Financiering, 4 (2008), p. 57-75). Omdat er slechts één bestuursorgaan is, zijn ook de niet uitvoerend bestuurders van het begin af aan betrokken bij de voorbereiding van de besluitvorming en de ontwikkeling van het beleid.

De vraag is wat de invoering van het monistische systeem voor het Nederlandse vennootschapsrecht zal betekenen. Tot nu toe hadden we een redelijk helder verschil tussen bestuurders en commissarissen. Dit onderscheid was gebaseerd op het verschil in taak: die bestond uit hetzij besturen hetzij het houden van toezicht. Op dat verschil was een eigen rechtsregime voor bestuurders respectievelijk commissarissen opgezet: denk aan (a) de rechtspositie (bestuurder werknemer, commissaris niet; de bestuurder kon een rechtspersoon zijn, een commissaris niet) en aan (b) aansprakelijkheid (iemand kan aansprakelijk zijn voor hetzij de wijze waarop hij bestuurt hetzij voor de wijze waarop hij toezicht houdt). Met de invoering van het monistische model hebben we bestuurders die besturen en bestuurders die toezicht houden, maar die geen commissarissen zijn. Op wat dat mogelijk betekent waar het betreft het leerstuk aansprakelijkheid – een bestuurder die aansprakelijk wordt gesteld voor gebrekkig toezicht bijvoorbeeld – komen we nog te spreken.

IX

Wat zijn de voordelen van een monistisch systeem?

- Angelsaksische gebruikers van Nederlandse vennootschappen kunnen hier beter mee uit de voeten, omdat ze dit model kennen uit hun eigen jurisdictie.
- Niet uitvoerende bestuurders krijgen eerder en meer informatie dan commissarissen, waardoor sneller tot besluitvorming kan worden gekomen en eerder van ieders expertise gebruik kan worden gemaakt (nuancering: niet uitvoerend bestuurders krijgen overigens bij lange na niet dezelfde infor-

matie als uitvoerend bestuurders; niet uitvoerend bestuurders kunnen in de praktijk ook niet dezelfde hoeveelheid informatie verwerken als uitvoerend bestuurders, en vanuit operationeel en aansprakelijkheidsoogpunt moeten zij dat ook helemaal niet willen).

- Etc.

Wat zijn de nadelen van een monistisch systeem?

- Duivels dilemma: *colleague* or *cop*? Men wil betrokken en deskundige *non executives*, maar een te grote aanwezigheid van die kwaliteiten vormt een bedreiging voor een andere gewenste kwaliteit: de onafhankelijkheid. Die zou wel eens op de achtergrond kunnen raken. Dit speelt ook bij het *two-tier* model, maar in mindere mate.
- Er zou onvoldoende afstand van de niet uitvoerend bestuurders tot de uitvoerend bestuurders kunnen zijn: ze zijn immers lid van hetzelfde orgaan. Dit is (gedeeltelijk) op te lossen via *audit committees*, *remuneration committees*, *nomination committees*, etc. In de Verenigde Staten moeten overigens zowel *executives* als *non-executives* op grond van de regels van de New York Stock Exchange ten minste eenmaal per jaar afzonderlijk vergaderen.
- Etc

En de voordelen van het dualistische systeem:

- Voor derden is de scheiding tussen bestuur en toezicht duidelijker.
- De RvC gedraagt zich (zichtbaar) meer onafhankelijk ten opzichte van het bestuur.
- De besluitvorming is eenvoudiger wanneer bijvoorbeeld de RvC de bezoldiging van bestuurders bepaalt, omdat die bestuurders niet bij de vergadering van de RvC aanwezig zijn en de commissarissen dus vrijer kunnen praten over dit onderwerp (in het Nederlandse voorstel voor het monistische bestuursmodel mogen de executives overigens ook niet bij de voor-

bereiding van de besluitvorming zijn betrokken, maar over dat onderwerp zou wel met hen of in hun aanwezigheid kunnen worden gesproken).

- Etc.

Tenslotte de nadelen van het dualistische model:

- Te veel afstand van de RvC ten opzichte van het bestuur en (daarom) te weinig betrokkenheid (was vroeger in ieder geval zo).
- Mogelijk te veel commissariaten bij 1 persoon (de Nederlandse Corporate Governance Code geeft maxima).
- Etc.

Eén opmerking vooraf. Ik ga het aanstonds hebben over de praktijk in zijn algemeenheid. We kennen allemaal voorbeelden van situaties waarin op de werkwijze en de kwaliteit van de besluitvorming van besturen en raden van commissarissen wel wat, of zelfs meer, was aan te merken. In dat verband noem ik slechts het boek “*De Prooi*” van Jeroen Smit; een boek dat veel opzien heeft gebaard. Het boek schetst een ontluisterend beeld van het (niet) functioneren van het bestuur en de raad van commissarissen van ABN AMRO Bank.

Geconstateerd kan worden dat gedurende de afgelopen jaren het monistische en dualistische model in de praktijk naar elkaar zijn toegegroeid. Een gemiddelde RvC – en met name de voorzitter - is tegenwoordig een stuk actiever dan een jaar of tien geleden, stelt meer vragen en wil beter en vaker op de hoogte worden gehouden van allerlei ontwikkelingen. Ook in een dualistisch model kan men er bijvoorbeeld voor kiezen de commissarissen in een vroeg stadium te informeren, hen meer informatie te verschaffen, hen zelf contacten te laten onderhouden met topfunctionarissen van het bedrijf, en hen van meet af aan bij de (voorbereiding van de) besluitvorming te betrekken. Om dat te bereiken is de keuze voor een monistisch bestuursmodel welbeschouwd niet nodig. Veelal zal de keuze voor het ene dan wel het andere model in de praktijk ook niet zoveel uitmaken en

doorgaans te maken hebben met de achtergrond en appreciatie van degenen die die keuze moeten maken.

X

Taakverdeling & Aansprakelijkheid – Nederlandse Antillen

In het dualistische model is er een bestuur dat bestuurt en een RvC die toezicht op dat bestuur uitoefent. De statuten kunnen aan een RvC ook andere taken en bevoegdheden toekennen, zoals het adviseren van het bestuur, of het aan de goedkeuring van de RvC onderwerpen van bepaalde besluiten.

Bij de vervulling van hun taak richten het bestuur (art. 2:8 lid 3 BW-NA) en de RvC (art. 2:19 lid 7 BW-NA) zich naar het vennootschappelijk belang, ofwel naar dat van de NV of BV 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 vennootschappelijk belang, in het bijzonder opkomen voor de belangen van degene die hem heeft benoemd of voorgedragen; hij mag deze belangen relatief zwaar laten wegen.

Voor wat de aansprakelijkheid van bestuurders tegenover de rechtspersoon 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 rechtspersoon 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.

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 werkring, 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 (art. 2:14 lid 4 BW-NA). 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 vennootschap en derden.

In geval van faillissement van de rechtspersoon 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 aanneemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:16 lid 1 BW-NA). 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 opge maakt - 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 (art. 2:16 lid 2 BW-NA). Dit tweeledige vermoeden is op beide punten weerlegbaar; dat wil zeggen dat de betrokken bestuurders ten aanzien van beide vermoedens tegenbewijs kunnen leveren.

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 werkring 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 (art. 2:16 lid 3 BW-NA). Bij de interne aansprakelijkheid wordt eenzelfde disculpatiemogelijkheid gegeven (art. 2:14 lid 4 BW-NA). Een onderlinge taakverdeling tussen bestuurders kan derhalve van invloed zijn op hun aansprakelijkheid.

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.

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 rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder, dan wel degene die als oprichter kennelijk onzorgvuldig heeft gehandeld.

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 (art. 2:19 lid 7 BW-NA). Ook zij kunnen bijvoorbeeld, in geval van faillissement, onder omstandigheden persoonlijk aansprakelijk zijn voor schade die de rechtspersoon heeft geleden door hun doen of nalaten voor een bedrag gelijk aan het tekort van de boedel.

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 aansprakelijkheidsspuut 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.

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.

XI

Taakverdeling & Aansprakelijkheid – Aruba

Bestuurders zijn gehouden tot een behoorlijke taakvervulling (art. 59 lid 1 LVBA). Uitgangspunt is een collectieve bestuurstaak met daaraan gekoppeld een hoofdelijke (interne) aansprakelijkheid jegens de vennootschap. Een onderlinge taakverdeling is mogelijk. Van aansprakelijkheid is pas sprake als een bestuurder van de tekortkoming een “ernstig verwijt” kan worden gemaakt. Dat mag worden afgeleid uit het feit dat in de MvT wordt opgemerkt dat deze regeling is gebaseerd op art. 2:9 BW-NL, art. 106 WvKA (NV) en art. 155hh WvKA (AVV).

Wanneer het bestuur van de VBA is opgedragen aan meer personen is sprake van een collectieve aangelegenheid (art. 59 lid 2 LVBA). Tenzij sprake is van een taakverdeling, is elke bestuurder verantwoordelijk voor een behoorlijke vervulling van alle aspecten van de bestuurstaak. De statuten of een reglement kunnen in een taakverdeling voorzien; een onderlinge afspraak tussen de bestuurders is niet voldoende om de hoofdregel van collectieve verantwoordelijkheid te doorbreken. Ook bij een taakverdeling blijft iedere bestuurder verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken, en op hem rust de verplichting om maatregelen te treffen om de gevolgen van schadetoebrengende feiten af te wenden, ook als die niet direct op de hem toebedeelde taak betrekking hebben.

Als dus sprake is van onbehoorlijke taakvervulling die behoort tot de werkring van twee of meer bestuurders, dan is elk van die bestuurders daarvoor hoofdelijk

aansprakelijk. Een uitzondering geldt voor de bestuurder aan wie ter zake van de tekortkoming geen verwijt kan worden gemaakt en die niet nalatig is geweest om de nadelige gevolgen daarvan af te wenden (art. 59 lid 3 LVBA); die bestuurder kan zich disculperen.

De (externe) aansprakelijkheid bij faillissement is geregeld in art. 61 LVBA. De curator zal moeten aantonen dat sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Alleen als de boekhoud- en jaarrekeningverplichting zijn verzaakt is sprake van een vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling, zij het dat het gaat om een weerlegbaar vermoeden en tegenbewijs dus mogelijk is. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. Als de curator er in slaagt kennelijk onbehoorlijke taakvervulling aan te tonen, behoeft hij slechts *aannemelijk* te maken dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurders moeten dan het tegendeel maar zien te bewijzen. De curator hoeft niet de omvang van de schade aan te tonen; de bestuurders moeten in beginsel het tekort in het faillissement aanzuiveren. Zij zijn daarvoor hoofdelijk aansprakelijk en dus niet alleen voor de schade die zij zelf hebben veroorzaakt. Ook de medebeleidsbepalers worden als bestuurder aangemerkt (art. 61 lid 7 LVBA).

De *non-executives* worden blijkens de MvT in Aruba niet aangemerkt als bestuurders wanneer het gaat om bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement. Dat neemt niet weg dat zij onder omstandigheden als medebeleidsbepaler toch voor de spuit kunnen worden gehouden. De aansprakelijkheid komt aldus ook terecht waar die hoort te liggen: bij iedereen die een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Het is dan ook nog maar de vraag of de opmerking in de MvT niet beter achterwege had kunnen worden gelaten. Naar mijn idee worden daarmee verkeerde verwachtingen gewekt.

XII

Taakverdeling & Aansprakelijkheid – Nederland

Aan de bestaande regeling in Nederland inzake interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid ga ik hier voorbij. Ik volsta met op te merken dat voor zowel de interne aansprakelijkheid (art.2:9 BW-NL), de aansprakelijkheid ingeval van faillissement (art. 2:138/248 BW-NL) als de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) het criterium “*ernstig (persoonlijk) verwijt*” een belangrijke rol speelt, zowel bij de aansprakelijkheid van bestuurders als bij die van commissarissen (vgl. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 m.nt. Maeijer inzake Staleman / Van de Ven). Zie voorts B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, diss. 2007, p. 607 e.v.

Art. 9 lid 1 ontwerp BW-NL, dat de interne aansprakelijkheid regelt, bepaalt dat tot de taken van de bestuurder behoren: alle bestuurstaken die niet bij of *krachtens* de wet of de statuten (denk bij ‘krachtens’ aan een reglement of bestuursbesluit) aan een andere bestuurder zijn toebedeeld. Taken die niet aan een of meer van hen zijn toebedeeld rusten op alle bestuurders, dus zowel de uitvoerende als de niet uitvoerende bestuurders. Iedere bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. In de huidige wet wordt nog over ‘werkkring’ gesproken, maar dat begrip gaf in Nederland aanleiding tot allerlei afbakeningsdiscussies: volgens de één konden er wel, maar volgens de ander konden er geen gevolgen worden verbonden voor de aansprakelijkheid van de overige bestuurders voor zaken die tot de ‘werkkring’ van een bestuurder behoorden. Terzijde: in de Nederlandse Antillen wordt in Boek 2 BW ook het begrip ‘werkkring’ gebruikt, maar dan in relatie tot een onderlinge taakverdeling, waarbij is bepaald dat die taakverdeling van invloed kan zijn op de aansprakelijkheid.

Elke bestuurder (uitvoerend of niet uitvoerend) draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken (art. 2:9 lid 2 BW-NL). Hij is ook voor het geheel aansprakelijk ingeval van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen *ernstig verwijt* kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Dus: gezamenlijke verantwoordelijkheid en individuele aansprakelijkheid (voor het geheel) zijn het uitgangspunt. Een taakverdeling verandert niets aan die gezamenlijke verantwoordelijkheid. Die gezamenlijke verantwoordelijkheid wordt nu ook in Nederland wettelijk verankerd, zulks in navolging van art. 2:14 lid 3 BW-NA.

Collectieve verantwoordelijkheid leidt tot collectieve aansprakelijkheid, op basis van hoofdelijke aansprakelijkheid voor het geheel, behoudens individuele disculpatie. Een bestuurder die waarneemt of behoort waar te nemen dat zijn medebestuurder zijn taken niet goed vervult, zal niet stil kunnen blijven zitten, maar wordt geacht in te grijpen, ook al betreft het een taak die alleen aan die medebestuurder is toebedeeld. De bestuurder die zich wil disculperen moet dus niet alleen aantonen dat de niet behoorlijk vervulde taak niet tot zijn pakket behoorde, maar ook dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen.

In het monistische bestuursmodel is ook de niet uitvoerend bestuurder een bestuurder. Hij is betrokken bij het nemen van belangrijke besluiten en misschien ook wel (intensief) bij de voorbereiding daarvan; voor die besluiten zijn alle bestuurders verantwoordelijk. De niet uitvoerend bestuurder is dus meer betrokken bij de vennootschap dan de traditionele commissaris. Hij loopt dan ook in beginsel een groter risico aansprakelijk te worden gesteld dan die traditionele commissaris. Ik zeg, in navolging van Seinstra, bewust 'traditionele' commissaris, omdat commissarissen tegenwoordig actiever en meer betrokken plegen te zijn en derhalve ook eerder in het aansprakelijkheidsvaarwater terecht kunnen komen.

Overigens wordt in Nederland overwogen om een aanvullende norm voor bestuurdersaansprakelijkheid voor bestuurders in de gezondheidszorg te formuleren. Deze bestuurders zouden sneller aansprakelijk moeten zijn, omdat het gaat om organisaties en instellingen waar veel publiek geld in omgaat. De publieke belangenbehartiging zou zo'n strengere norm rechtvaardigen. Als dit zou betekenen dat minder dan een "ernstig verwijt" kan leiden tot aansprakelijkheid, dan zou ik daar ernstig bezwaar tegen hebben. Bestuurders kunnen dan in een situatie terechtkomen waar bijvoorbeeld zowel het wel als het niet aanschaffen van een nieuw medisch apparaat tot bestuurdersaansprakelijkheid zou kunnen leiden. Daardoor zal een oneigenlijk element - angst voor aansprakelijkheid zonder dat sprake is van een ernstig persoonlijk verwijt - de besluitvorming kunnen gaan beïnvloeden.

Tenslotte verwijs ik naar de cursusonderdelen van Leonard Verburg (over de positie van de statutair directeur) en van Gerard van Solinge (over de actuele ontwikkelingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid, waaronder jurisprudentie over art. 2:9 BW-NL).

XIII

Samenvattend:

	NA	Aruba	Nederland
Dualisme (bestuur, evt. RvC)	Ja	Ja	Ja
Monisme voor alle RP-en	Ja	alleen VBA	alleen NV/BV
Alle (non)executives lid van één orgaan (monisme)	Kan	Ja	Ja

Non-executives meerderheid	Ja	Ja	Nee
Non-executives aansprakelijk gelijk een commissaris	?	Ja	?
Voorzitter	(non-)exec	non-exec	non-exec

* * * * *