

College 'Bestuur, toezicht, vertegenwoordiging en bestuurdersaansprakelijkheid'

Deel II

Mr. K. Frielink

Universiteit van de Nederlandse Antillen

Dinsdag 31 maart 2009 van 19.00 - 21.00 uur

Vertegenwoordiging (vervolg)

1. Stel nu dat in de statuten is bepaald dat een registergoed (bedrijfspan) alleen mag worden gekocht nadat de RvC daaraan zijn goedkeuring heeft gegeven. Hoe weet de verkoper dat? Hij weet op grond van de statuten dat die goedkeuring vereist is, dus gewoon de verkoop doen kan hij niet te goeder trouw. De verkoper moet uitsluitel vragen en krijgen. Iedere bestuurder van de RP is te allen tijde bevoegd en desgevraagd verplicht is om aan een wederpartij uitsluitel te geven over de vraag of aan een statutaire, wettelijke of andere voorwaarde voor het intreden van vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of een bestuurder is voldaan (10 lid 4).¹ Wordt niet binnen een redelijke termijn uitdrukkelijk verklaard dat dat het geval is dan kan de wederpartij de rechtshandeling als ongeldig van de hand wijzen, tenzij hij uit anderen hoofde met het vervuld zijn van de voorwaarde bekend is of behoort te zijn. Met de uitspraak (juist of niet) van een bestuurder dat aan de vereiste voorwaarden is voldaan, vervalt voor de RP de mogelijkheid zich op overschrijding van de vertegenwoordigingsbevoegdheid te beroepen. Geeft de bestuurder onjuiste informatie dan pleegt hij niet alleen jegens de RP wanprestatie en/of handelt hij onrechtmatig, maar ook jegens de wederpartij (indien deze schade mocht lijden).
2. Ook aan andere personen dan bestuurders kan vertegenwoordigingsbevoegdheid worden toegekend, al dan niet tezamen met bestuurders. De statuten moeten daarvoor dan een bepaling bevatten (10 lid 5). Die personen kunnen door of krachtens de statuten worden aangewezen. Doorgaans gaat het om procuratiehouders. Dit staat los van de mogelijkheid dat

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

degene die tot vertegenwoordiging bevoegd is, van die bevoegdheid gebruik maakt door middel van een volmacht. Die volmacht kan ook stilzwijgend worden verleend; denk bijvoorbeeld aan de caissières bij de supermarkt.

3. In het arrest van de HR van 29 juni 2007, JOR 2007, 169 m.nt. Leijten en Bartman inzake Bruil vs Kombex komt de vraag aan de orde wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang. Het betreft een Nederlandse zaak, maar de overwegingen zijn ook voor ons relevant.

De casus:

Bruil was directeur en grootaandeelhouder van Bruil Arnhem Beheer B.V. (Bruil Arnhem) en van Bruil-Kombex-Arnhem B.V. (Kombex). In 1984 verkoopt en levert Bruil Arnhem een perceel aan Kombex en verleent Bruil Arnhem een voorkeursrecht van koop aan Kombex ter zake een ander perceel. Op niet-nakoming door Bruil Arnhem van het voorkeursrecht wordt een boete van NLG 250.000,- gesteld. Beide partijen worden in deze transacties vertegenwoordigd door Bruil, ondanks dat de statuten van Bruil Arnhem bepalen dat de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang wordt vertegenwoordigd door 'iedere commissaris'.

De aandelen in Bruil Arnhem worden tien jaar later verkocht aan Ballast Nedam. In 1998 verkoopt Bruil Arnhem (waarvan Ballast Nedam nu de aandeelhouder is) het perceel dat is belast met het voorkeursrecht aan een derde, zonder het eerst aan Kombex aan te bieden. Een jaar later treedt Bruil af als bestuurder van Bruil Arnhem. Hierop vordert Kombex betaling van de boete, omdat zij niet in de gelegenheid is gesteld gebruik te maken van haar voorkeursrecht.

Bruil Arnhem verweert zich met een beroep op de niet-gebondenheid van Bruil Arnhem wegens een tegenstrijdig belang van bestuurder Bruil. Het Hof Arnhem honoreert het beroep van Bruil Arnhem en wijst (dus) de vordering van Kombex af. De HR denkt daar anders over.

De HR overweegt eerst, dat de strekking van de Nederlandse tegenstrijdig belangregeling is te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen. Niet is vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, maar voldoende is dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.

De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Meer specifiek overweegt de HR dat in de gevallen waarin een natuurlijke persoon handelt in de hoedanigheid van bestuurder tevens aandeelhouder van meerdere groepsvennootschappen, niet snel sprake zal zijn van een tegenstrijdig belang. Alsdan zijn immers het belang van de vennootschap en het belang van de betrok-

ken bestuurder tevens aandeelhouder onderling zo nauw verbonden dat slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn.

Er moet dus daadwerkelijk sprake zijn van een tegenstrijdig belang en wel zodanig dat de betrokken bestuurder zich niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling had moeten onthouden.

De Hoge Raad merkt daarbij op dat de Nederlandse regeling ruimte laat voor een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten. Je kunt dan denken aan het in de statuten aanwijzen van een bestuurder als bijzonder wettelijk vertegenwoordiger; als de algemene vergadering niet gebruik maakt van de bevoegdheid in een bepaald geval een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen, dan blijft e statutair aangewezen bestuurder bevoegd, ook in het geval dat sprake is van een tegenstrijdig belang.

Indien een bestuurder namens de RP een rechtshandeling heeft verricht maar vanwege een tegenstrijdig belang onbevoegd was de RP daarbij te vertegenwoordigen, leidt dit ertoe dat de RP in beginsel niet aan de rechtshandeling is gebonden. In zoverre is de rechtshandeling ten opzichte van de RP als ongeldig, of anders uitgedrukt: nietig, te beschouwen. Zij is dus niet vernietigbaar.

4. Terug naar de Nederlandse Antillen. De regeling die hier geldt is beperkt tot rechtshandelingen van de RP met en rechtsgedingen tegen een *bestuurder* (11 lid 1). Daaronder valt dus bijvoorbeeld niet een rechtshandeling tussen de RP en een RP van de bestuurder (indirect tegenstrijdig belang), maar ook niet de rechtshandeling tussen de RP en een commissaris of aandeelhouder. Voorbeeld: als de bestuurder een registergoed van de RP wil kopen is sprake van een tegenstrijdig belang; als een persoonlijke BV van de bestuurder dat doet of een vriendje van hem dan niet. In mijn boek staat dat niet goed. De regeling lijkt wat gek, maar is goed te begrijpen als wordt bedacht dat de in de praktijk de kleine RP-en, in het bijzonder de eenpersoonsvennootschappen het meest voorkomen en een ruimer toepassingsgebied dus niet nodig is.

Wil met toch een ruimer toepassingsgebied dan kan dat natuurlijk wel. In de statuten (of in een reglement krachtens de statuten) kan niet alleen van de hoofdregel worden afgeweken, maar kunnen nadere regels worden opgenomen. Daarbij kunnen ook bijzondere regels inzake de besluitvorming bij tegenstrijdig belang worden vastgesteld. De regeling kan mede betrekking hebben op tegenstrijdige belangen tussen de RP enerzijds, een commissaris, lid of aandeelhouder anderzijds (11 lid 2).

Bijzonder is voorts dat de algemene vergadering voor alle gevallen, met terzijdestelling van de wettelijke hoofdregel en met terzijdestelling van statutaire of reglementaire bepalingen, een of meer bijzondere vertegenwoordigers kan aanwijzen, al dan niet voor een bepaalde periode (11 lid 3). Een dergelijke aanwijzing kan ook betrekking hebben op andere gevallen van tegenstrijdig

belang tussen de RP en een bestuurder, commissaris, lid of aandeelhouder dan uit de wet, de statuten en/of het reglement voortvloeien.

Als de algemene vergadering niet in algemene zin van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt, moet zij wel in staat zijn dat in individuele gevallen te doen. Als wel een bijzonder vertegenwoordiger is aangewezen, moet ook hij weten wanneer er een geval van tegenstrijdig belang is. Daarom is in de wet de verplichting opgenomen voor de bestuurder of commissaris die weet of behoort te begrijpen dat ter zake van een voorgenomen rechtshandeling sprake is van een tegenstrijdig belang tussen hem en de RP, ervoor te zorgen dat de algemene vergadering, dan wel de bijzonder vertegenwoordiger, daarvan tijdig op de hoogte wordt gesteld (11 lid 4). Voor beursvennootschappen geldt een bijzondere regeling.

Als de algemene vergadering gebruik maakt van de bevoegdheid om een bijzonder vertegenwoordiger aan te wijzen, dan heeft degene wiens tegenstrijdig belang in het geding is geen stemrecht. Dat geldt ook voor een door de betrokkene beheerste RP (11 lid 5). Stel nu dat u 90% van de aandelen in een BV bezit waarvan u ook de enig bestuurder bent. De BV speculeert in onroerend goed: het aankopen van panden en het met winst doorverkopen. U wilt nu een keer zelf een pand van de BV kopen om in te gaan wonen. U wilt dat voor een zakelijke prijs. Omdat het om een rechtshandeling tussen u en de RP gaat is sprake van een tegenstrijdig belang. Er is geen RvC en er zijn geen medebestuurders, dus u brengt de algemene vergadering van uw voornemen netjes op de hoogte. Aha, zegt de 10% aandeelhouder: dan moet er een bijzonder vertegenwoordiger worden benoemd en ter zake daarvan mag de 90% aandeelhouder niet meestemmen. Met de 10% aandeelhouder leeft u al enige tijd in onmin, dus als verwacht benoemt hij iemand waarvan hij op voorhand weet dat deze persoon niet met de transactie zal instemmen. Is dat redelijk?

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. [Dit stukje wordt niet op het hoorcollege behandeld] 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 (18 lid 6). 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. Artikel 18 lid 9 bepaalt: *“Voor de toepassing van artikel 8, derde lid (bestuur moet zich richten op het belang van de RP en de daarmee verbonden onderneming -KF), 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 hoeven te richten op het belang van de RP en de daarmee verbonden onderneming.

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.

7. Wordt voor het monistische model gekozen dan kan geen RvC worden ingesteld (19 lid 1).
Waarom eigenlijk niet?
8. 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.
9. 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

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.

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).

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.

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.

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.

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.

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 RP 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 (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.

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 aansprakelijkheidsspit 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.

* * * * *