

# I

PAO-Cursus

Radboud Universiteit Nijmegen &

The University of Curaçao

## **ACTUALITEITEN ONDERNEMINGSRECHT**

### **“Actuele ontwikkelingen Caribisch recht”**

Donderdag 17 maart 2016 – UoC, Curaçao

Mr. K. Frielink

17.45 – 20.00 uur

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

# II

Waar staan we wat betreft het rechtspersonenrecht in het Caribische deel van het Koninkrijk? Het is een beetje een rommeltje, en vooral lastig als je in alle Caribische jurisdicties actief bent: Aruba, Curaçao, St. Maarten en de BES-eilanden (Bonaire, St. Eustatius & Saba). Een kort overzicht om mee te beginnen.

## Aruba

Aruba kent de naamloze vennootschap (NV), de Aruba Vrijgestelde Vennootschap (AVV), de Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (VBA), de vereniging, de coöperatieve vereniging, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting. De NV is

geregeld in het Wetboek van Koophandel van Aruba en daarin is sedert 1 juli 1988 ook de AVV geregeld.

Op 1 januari 2009 is de VBA geïntroduceerd met het van kracht worden van een gelijknamige landsverordening. De VBA lijkt nog het meest op de BV zoals we die kennen in Curaçao en St. Maarten.

De vereniging is geregeld in de art. 7A:1665 e.v. BW, de onderlinge waarborgmaatschappij in art. 352a WvK en de coöperatie is geregeld in de Landsverordening op coöperatieve verenigingen.

De vereniging van (appartementen)eigenaren is geregeld in Boek 5 Titel 9 BW getiteld Appartementsrechten. Dat is in alle hier besproken jurisdicties het geval.

Er ligt inmiddels een ontwerp van een Boek 2 BW Aruba, dat materieel gelijk is aan het ontwerp Boek 2 BW van Curaçao. Er zijn overigens wel enkele verschillen. Zo is in het Arubaanse ontwerp de stichting particulier fonds (SPF) niet opgenomen.

### III

#### Curaçao en Sint Maarten

Curaçao en St. Maarten hebben elk een eigen Boek 2 BW. Dat van Curaçao is met ingang van 1 januari 2012 gewijzigd. Boek 2 BW van St. Maarten is per 1 april 2014 aangepast en op dit moment materieel gelijk aan dat van Curaçao.

Voor Curaçao ligt er inmiddels een ontwerp tot herziening van Boek 2 BW. Wordt dat aangenomen dan is het wachten op St. Maarten om beide boeken weer gelijk te trekken. In het ontwerp is voorzien in onder andere (i) de afschaffing van

toonderaandelen, (ii) verlenging van de vervaltermijn van zes maanden om de vernietiging van een besluit te kunnen vorderen: de belanghebbende kan bij een binnen die termijn aan de rechtspersoon gedaan exploit de termijn met maximaal zes maanden verlengen; (iii) een vereenvoudiging van de uittredingsregeling en de gedwongen overdracht; en (iv) de rechtspersoon die bevoegd wordt zelf een enquêteverzoek in te dienen.

In Curaçao is daarnaast een voorstel aanhangig dat de Kamer van Koophandel de bevoegdheid moet geven om verweesde vennootschappen zonder rechterlijke tussenkomst te kunnen ontbinden. Er is een groot bestand van vennootschappen (tegen de 20.000) zonder bestuurder en vertegenwoordiger, die (soms al jaren) hun jaarlijkse bijdrage niet betalen. Dat bestand moet worden opgeschoond. Dit voorstel moet op korte termijn in werking treden.

## IV

### De BES-eilanden

In de Nederlandse Antillen is Boek 2 BW op 1 maart 2004 ingevoerd. Curaçao en St. Maarten hebben sinds 10-10-'10 elk een eigen Boek 2 BW, dat zij in 2012 respectievelijk 2014 hebben aangepast.

De BES-eilanden hebben gezamenlijk een Boek 2 BW. Op de BES-eilanden geldt echter nog steeds de tekst van Boek 2 BW zoals die luidde op 1 maart 2004. Ingaande 10-10-'10 is het Nederlandse parlement verantwoordelijk voor de vaststelling van (o.a.) het burgerlijk recht op de BES-eilanden, maar tot op heden is er geen enkel initiatief geweest om Boek 2 BW-BES bij de tijd te brengen. En dat terwijl in artikel 39 lid 1 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden het zogeheten concordantiebeginsel is opgenomen.

De Nederlandse regering zou verzocht moeten worden het ertoe te leiden dat de modernisering van het rechtspersonenrecht ook op de BES-eilanden ter hand wordt genomen. Wellicht dat ook een eerder (door prof. J. de Boer en mijzelf) geopperd idee, om een (Interinsulaire of Caribische) Raad voor de Wetgeving in het leven te roepen, weer aandacht verdient. Waarom zouden we immers op de belangrijke terreinen van het recht elk onze eigen weg trachten te vinden?

Dit geldt temeer nu zoveel mogelijk wordt gestreefd naar concordantie van rechtspraak waar het gaat om vergelijkbare wettelijke regelingen en daaraan ten grondslag liggende beginselen.<sup>1</sup> Eenvormigheid moet het uitgangspunt zijn en voor verscheidenheid is alleen plaats als daarvoor goede redenen zijn.

De onderlinge verschillen wat betreft het rechtspersonenrecht in het Caribische deel van het Koninkrijk zijn groot. Ik noem er hier drie.

## V

### Vershil 1: Enquêterecht

Curaçao en St. Maarten kennen een enquêterecht dat vergelijkbaar is met dat van Nederland. Op de BES-eilanden bestaat alleen wat wel wordt genoemd de mini-enquête, die alleen op stichtingen betrekking heeft.

Aruba kent in het geheel geen enquêterecht: de recente procedures inzake de Arubaanse Luchtvaart Maatschappij N.V. hebben laten zien dat de rechter in kort geding bereid is zonodig zeer verstrekkende voorlopige voorzieningen te treffen, ook als

---

<sup>1</sup> Zie verder de conclusie van A-G Vlas voor HR 1 februari 2013, NJ 2013, 82 (*Austria/Aruba Ports Authority*).

ordemaatregel in de aanloop naar een kort geding (GEAA 10 februari 2016, KG 258/2016): schorsing van twee personen in elke functie binnen deze NV, een gebod om zich te onthouden van het aangaan van rechtshandelingen namens de NV, en de benoeming van een persoon tot interim-directeur – enig lid van de directie - met de bevoegdheid van een statutair bestuurder. De voorlopige voorziening geldt totdat in het (hoofd-)kort geding vonnis is gewezen. In het vonnis van 2 maart 2016 wordt een vergelijkbare voorziening uitgesproken (zij het met benoeming van een andere interim-directeur), met nog enkele voorzieningen inzake een algemene vergadering zodat een en ander definitief zijn beslag kan krijgen.

### Mini-enquête BES

Artikel 2:54 BW BES: Bij ernstige twijfel of de wet of de statuten te goeder trouw worden nageleefd, dan wel het bestuur naar behoren wordt gevoerd, zijn het openbare ministerie en iedere belanghebbende bevoegd aan het bestuur *inlichtingen* te verzoeken. Bij de SPF is alleen het openbaar ministerie daartoe bevoegd.

Bij niet of niet behoorlijke voldoening aan het verzoek om inlichtingen, alsmede wanneer er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, kan de rechter, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, een onderzoeker benoemen met de opdracht een *onderzoek* in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij de stichting gedurende een bepaald tijdvak en daarover voor een bepaald of nader vast te stellen tijdstip schriftelijk aan hem te rapporteren. De rechter kan aan de onderzoeker richtlijnen verstrekken met betrekking tot de wijze waarop hij zijn onderzoek inricht. Bij de SPF is alleen het openbaar ministerie bevoegd om een onderzoek te verzoeken.

Als belanghebbende (voor de bevoegdheid inlichtingen dan wel een onderzoek te vragen) kunnen onder meer worden aangemerkt: crediteuren (waaronder financiers)

van een stichting, contractanten van een stichting (bijvoorbeeld patiënten van een ziekenhuis dat door een stichting wordt geëxploiteerd), subsidiegevers, de personen die aanspraak op een uitkering kunnen maken, werknemers van een stichting en individuele leden van de organen van een stichting.

De rechter kan op verzoek van de onderzoeker dan wel op verzoek van de oorspronkelijke verzoeker, de onderzoeker gehoord, voorzieningen treffen als bedoeld in het derde lid van artikel 2:255 BW BES. Is nog geen verzoeker benoemd dan is men op een kort geding aangewezen. Ik laat dit onderwerp verder onbesproken.

## VI

### Verschil 2: Grensoverschrijdende fusie

Voor 1 januari 2012 bestond reeds de mogelijkheid dat in het kader van een fusie een buitenlandse rechtspersoon als verdwijnende rechtspersoon fuseerde met een vergelijkbare rechtsvorm van Boek 2 BW, op voorwaarde dat het recht dat die buitenlandse rechtspersoon beheerst zich niet tegen de fusie en de wijze waarop deze tot stand komt verzette (art. 2:323a BW). Deze *inbound* fusiemogelijkheid bestaat nog steeds. Dat geldt voor Curaçao, St. Maarten en de BES-eilanden.

Sinds 1 januari 2012 (Curaçao) respectievelijk 1 april 2014 (St. Maarten) is het ook mogelijk dat een rechtspersoon in de zin van Boek 2 BW als verdwijnende rechtspersoon fuseert met een verkrijgende rechtspersoon naar buitenlands recht (art. 2:323b BW). De zogeheten *outbound* fusie. De BES-eilanden kennen deze mogelijkheid niet.

Aruba kent zowel de *inbound* als de *outbound* fusiemogelijkheid, maar dan alleen voor de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA).

## VII

### Verschil 3: Monistisch en dualistisch bestuursmodel

In de Nederlandse Antillen is het monistische (*one-tier*) bestuursmodel op 1 januari 2000 ingevoerd en wel voor de toen geïntroduceerde (flexibele) BV. Met de invoering van Boek 2 BW in de Nederlandse Antillen op 1 maart 2004 konden alle (privaatrechtelijke) rechtspersonen voor dit bestuursmodel kiezen.

In Curaçao tot 1 januari 2012 en in St. Maarten tot 1 april 2014 was het niet mogelijk om te kiezen voor een monistisch bestuursmodel in combinatie met een raad van commissarissen (RvC). Per de genoemde data is Boek 2 BW ook op dat punt gewijzigd. Op de BES-eilanden is deze combinatie echter niet mogelijk.

In Aruba kan het monistische bestuursmodel alleen bij de VBA worden toegepast, maar ook hier geldt dat dit niet kan in combinatie met een RvC (art. 52 lid 1 Lv VBA).

## VIII

### Arrest inzake ACU

En nu we het toch over het monistische bestuursmodel hebben: aan de hand van het arrest inzake ACU (HR 9 januari 2015, *JOR* 2015, 34 m.nt. Frielink) kan worden gedemonstreerd hoe makkelijk juristen zich kunnen vergissen. En nu heb ik het niet over de verschillen tussen de diverse Caribische landen en eilanden, maar over wetswijzigingen binnen één jurisdictie, in dit geval Curaçao.

Als gezegd was het in Curaçao tot 1 januari 2012 niet mogelijk om te opteren voor een monistisch bestuursmodel in combinatie met een RvC. Waar ging het in dit arrest om?

ACU is een coöperatie (een Algemene Spaar- en Kredietcoöperatie) gevestigd in Curaçao. Een zekere meneer Hato is op 13 september 2004 in dienst van ACU getreden. In 2005 is zijn arbeidsovereenkomst omgezet in een voor onbepaalde tijd en werd zijn functie die van General Manager: Hato werd ook wel aangeduid met de titel Algemeen Directeur. Bij brief van 30 oktober 2012 heeft ACU de arbeidsovereenkomst opgezegd per 31 december 2012. Omdat het hier om een arbeidsovereenkomst gaat heeft ACU een ontslagvergunning aangevraagd bij de Directeur van de Directie Arbeidszaken (Diraz). Die heeft echter aangegeven dat geen ontslagvergunning is vereist. In kort geding heeft Hato doorbetaling van loon gevorderd met als grondslag dat zijn ontslag nietig is wegens het ontbreken van een ontslagvergunning.

In eerste aanleg heeft het Gerecht de vordering afgewezen op de grond dat de ontslagbescherming niet geldt voor een statutair bestuurder. In hoger beroep is het vonnis door het Hof bevestigd. In cassatie is het vonnis van het Hof door de Hoge Raad vernietigd.

Het Hof was op grond van de overgelegde stukken (waaronder de statuten van ACU, opgesteld enkele jaren voor 2012) van oordeel dat bij ACU sprake was van een monistisch bestuursmodel en dat Hato de uitvoerend bestuurder was. De statutaire bepalingen waaraan het Hof refereert luiden ongeveer als volgt:

Artikel 36: Er is een bestuur van minimaal 3 en maximaal 9 personen, waaronder een voorzitter, secretaris en penningmeester, die samen het dagelijks bestuur vormen.

Artikel 40: Het bestuur stelt een algemeen directeur aan die belast wordt met de uitvoering van bestuursbesluiten en met de dagelijkse leiding van het kantoor van de



coöperatie. De arbeidsvoorwaarden van de directeur worden door het bestuur vastgesteld.

Hier had al een belletje moeten gaan rinkelen: in artikel 2:8 lid 5 BW is namelijk al sinds 1 maart 2004 dwingendrechtelijk bepaald dat de relatie tussen een rechtspersoon en een (statutaire) bestuurder niet, en ook niet mede wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Wie artikel 40 van de statuten leest ziet dat het hier niet om een statutaire, maar om een titulaire directeur gaat. Reeds op deze grond had Hato niet als uitvoerend bestuurder in een monistisch bestuursmodel kunnen worden aangemerkt. Maar het gaat verder.

## **IX**

In artikel 46 van de statuten van ACU is bepaald dat er een Raad van Toezicht is. De Raad oefent toezicht uit op het bestuur van ACU, heeft toegang tot de administratie, mag zich door een externe deskundigen laten bijstaan enz. Aangezien we in het rechtspersonenrecht een materiële toets toepassen, moet de conclusie zijn dat deze Raad van Toezicht een RvC is.

Als gezegd was het in Curaçao tot 1 januari 2012 niet mogelijk om te kiezen voor een monistisch bestuursmodel in combinatie met een RvC. De statuten van ACU waren ver voor 2012 opgesteld. Aan dat punt is noch door het Gerecht noch door het Hof noch door de AG noch door de Hoge Raad aandacht besteed; er is in alle instanties van uitgegaan dat er bij ACU een monistisch bestuursmodel bestond en in cassatie stond de vraag centraal of Hato deel van dat/het (statutaire) bestuur uitmaakte. Reeds op grond van de statuten had de conclusie echter moeten zijn dat bij ACU niet sprake was van een monistisch bestuursmodel en het andersluidende oordeel van het Hof had dus al met een motiveringsklacht op dat punt succesvol kunnen worden aangevochten.

X

Ook op andere gronden had het Hof tot de conclusie moeten komen dat Hato geen uitvoerend bestuurder (en sowieso geen statutair bestuurder) van ACU was.

In artikel 53 van de statuten van ACU is namelijk bepaald dat een lid van het bestuur niet tegelijkertijd in dienst kan zijn van de coöperatie. En we hebben al gezien dat op grond van artikel 40 van deze statuten het bestuur een algemeen directeur aanstelt en diens arbeidsvoorwaarden vaststelt. Bovendien bepaalt de wet (art. 2:80 lid 2 BW) dat de benoeming van (statutaire) bestuurders door de algemene vergadering geschiedt, zij het dat de statuten de benoeming anders kunnen regelen, op voorwaarde dat elk lid middellijk of onmiddellijk aan de stemming over de benoeming van bestuurders kan deelnemen. Bij ACU is het, als gezegd, het bestuur dat een algemeen directeur kan aanstellen. Uit de aard der zaak kan het dan niet gaan om een statutair bestuurder.

In datzelfde artikel 53 van de statuten is vastgelegd dat een lid van het bestuur niet tegelijkertijd lid kan zijn van de directie van de coöperatie. De statuten bepalen derhalve dat Hato (de algemeen directeur) géén lid is van het bestuur.

Ook de statutaire regeling van de vertegenwoordiging bij ACU toont aan dat niet sprake is van een monistisch bestuursmodel. Bij laatstgenoemde bestuursvorm wordt de rechtspersoon blijkens de wet (art. 2:18 lid 3 BW) door het uitvoerend bestuur vertegenwoordigd, behoudens uit de wet of de statuten voortvloeiende beperkingen. In artikel 38 van de statuten van ACU is bepaald dat het bestuur de coöperatie in en buiten rechte vertegenwoordigt. Het begrip “Bestuur” wordt daarin nota bene met een hoofdletter aangeduid, en het is evident dat daarmee het bestuur in artikel 36 wordt bedoeld.

Het is onbegrijpelijk, als je al deze argumenten op een rijtje zet, dat het Hof tot een ander oordeel kwam. En als al de conclusie had mogen worden getrokken dat bij ACU sprake was van een monistisch bestuursmodel, dan zou het voor de hand hebben gelegen om het in de statuten genoemde dagelijks bestuur (bestaande uit de voorzitter, de secretaris en de penningmeester) als het uitvoerend bestuur aan te merken.

Door de statuten niet goed uit te leggen en door over het hoofd te zien dat het tot 1 januari 2012 niet mogelijk was te opteren voor een monistisch bestuursmodel in combinatie met een RvC, kwam het Hof tot een onjuist oordeel. De Hoge Raad oordeelt dat de vaststelling van het Hof, dat de 'one-tier board' bij ACU bestaat uit een niet-uitvoerend bestuur enerzijds en de algemeen directeur (Hato) anderzijds, onbegrijpelijk is. Dat geldt ook voor de vaststelling door het Hof dat Hato uitvoerend bestuurder is. De Hoge Raad oordeelt dat Hato geen deel uitmaakt van het bestuur van ACU. Het vonnis van het Hof wordt vervolgens vernietigd.

## **XI**

Het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid komt vrijdag nog uitvoerig aan de orde. Toch vast een enkel woord daarover, in het bijzonder in relatie tot de mogelijke aansprakelijkheid van trustkantoren als bestuurder van cliëntentiteiten (doorgaans vennootschappen en stichtingen).

Wat de aansprakelijkheid van een trustkantoor als bestuurder betreft moet worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 2011 (JOR 2011/285 inzake MeesPierson). In dat arrest is kort gezegd bepaald dat er voor trustkantoren als bestuurder geen verlicht regime bestaat wat betreft bestuurdersaansprakelijkheid: een trustbestuurder heeft als een volwaardige bestuurder te gelden.

Dat dit ook in St. Maarten geldt is afgelopen jaar door het Gemeenschappelijk Hof alhier bevestigd in de zaak van Standard Trust vs mrs. Seferina en Le Poole q.q. (vonnis van 13 maart 2015; AR 125/2012 ghis 69560 – H 300/14).

De zaak betrof een stichting particulier fonds (SPF) waaraan een stuk grond toebehoorde en waarop de SPF een appartementencomplex heeft laten neerzetten. Dat complex is vervolgens gesplitst in appartementsrechten, die daarna aan derden zijn verkocht. Een trustkantoor was bestuurder van de SPF en is ongeveer anderhalf jaar voor het faillissement van de SPF afgetreden. De trustbestuurder werd door de curator van het faillissement aansprakelijk gesteld op grond van onbehoorlijk bestuur. Er was bijvoorbeeld geen deugdelijke boekhouding, en nog wel het een en ander niet in orde.

Gaat een rechtspersoon failliet dan is elke (statutaire) bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort van de failliete boedel, indien er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Deze hoofdregel is op een stichting van toepassing wanneer daaraan (gedurende een tijdvak van drie jaren voorafgaande aan het faillissement) een onderneming in de zin van de *Handelsregisterverordening* toebehoorde, waarbij dan alleen onbehoorlijk bestuur gedurende dat tijdvak in aanmerking wordt genomen.

Volgens het trustkantoor was aan de SPF geen onderneming verbonden en kon het trustkantoor dus niet uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid worden aangesproken. Het trustkantoor beriep zich in dit verband op artikel 2:50 lid 6 BW: "*Het doel van een stichting particulier fonds mag niet inhouden het uitoefenen van een bedrijf*".<sup>2</sup> Het Hof oordeelde dat, gezien de activiteiten van de SPF, *feitelijk* sprake was van het voeren van een onderneming door de SPF. De wet heeft het immers over het

---

<sup>2</sup> Als bedrijf worden blijkens lid 7 niet aangemerkt: a. het zich bezig houden met de belegging kapitaal, ongeacht de aard van die beleggingen; b. het houden van een belang in een andere rechtspersoon; en c. het deelnemen in een commanditaire vennootschap als commanditaire vennoot.

‘doel’ (de doelomschrijving), wat niet uitsluit dat in strijd daarmee wordt gehandeld. De hoofdregel, namelijk dat bestuurders aansprakelijk zijn bij faillissement ingeval van onbehoorlijk bestuur, is in dit geval dan ook van toepassing.

Het trustkantoor had ook betoogd dat een derde (de principaal / *ultimate beneficiary*) feitelijk het bestuur over de SPF voerde en dus als medebeleidsbepaler aansprakelijk diende te worden gehouden. Het Hof overweegt dat als er een dergelijke quasi-bestuurder is, dit de formele bestuurder niet van haar eigen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid ontslaat. Met andere woorden: de formele bestuurder kan zich niet disculperen met de stelling dat feitelijk (materieel) iemand anders het bestuur voerde. De regeling inzake de quasi-bestuurder houdt geen beperking in van de kring van aansprakelijke personen in geval van faillissement; de reikwijdte van de kring wordt met deze bepaling juist uitgebreid. Het Hof overweegt verder dat ook niet is gebleken dat het trustkantoor maatregelen heeft genomen om de gevolgen van het handelen van die quasi-bestuurder af te wenden.

Het trustkantoor had ook betoogd dat voor trustbestuurders andere normen wat betreft aansprakelijkheid gelden. Het Hof overweegt dat artikel 2:16 BW ziet op bestuurdersaansprakelijkheid van bestuurders van een rechtspersoon ingeval van faillissement. Volgens het Hof kent genoemd wetsartikel geen aparte toetsingsnorm voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van bestuurders van een SPF (een rechtspersoon). Volgens het Hof is het uitgangspunt dan ook dat het trustkantoor wordt aangemerkt als een bestuurder van een SPF die zich bezig heeft gehouden met het voeren van een onderneming.

De formulering van het Hof is niet helemaal juist, omdat het niet gaat om de vraag of voor de bestuurder van een SPF een ander aansprakelijkheidsregime geldt, maar om de vraag of een ander aansprakelijkheidsregime geldt als een trustkantoor bestuurder is

van een SPF (of een andere rechtspersoon). Die vraag wordt dus ontkennend beantwoord.

Het Hof overweegt, in navolging van het Gerecht, dat het trustkantoor een volwaardige bestuurder is, met alle daarbij horende taken en verantwoordelijkheden. Aan een trustbestuurder worden dan ook dezelfde eisen gesteld als aan een 'gewone' bestuurder. De stelling van het trustkantoor dat het handelt in overeenstemming met de instructies van de opdrachtgever / principaal (de *ultimate beneficiary*) doet daar volgens het Hof niets aan af.

In aansprakelijkheidszaken doen trustkantoren doorgaans – maar tevergeefs - niet alleen een beroep op hun bijzondere positie (taken zijn vooral van administratieve aard, opvolgen instructies, geen beleidsbepalende taak e.d.), maar wijzen zij ook op de geringe beloning die zij daarvoor ontvangen. Voor de vraag naar de aansprakelijkheid is de omvang van het ontvangen honorarium echter niet relevant, maar bij de vraag of er gronden zijn de schadevergoeding te matigen kan het een van de factoren zijn waarmee de rechter rekening houdt (zie het voornoemde arrest van de Hoge Raad).

Hoewel deze zaak naar het recht van Sint Maarten is geweest, geldt hetzelfde voor de overige Nederlands-Caribische jurisdicties.

## **XII**

Dan gaan we nu verder met een bij de Staten van Curaçao ingediend ontwerp met de veelbelovende titel 'Landsverordening optimalisering overheidsgeleide entiteiten'. Ofwel: hoe creëer ik bange bestuurders? Dit laatste heb ik ontleend aan de oratie van M.J. Kroeze (*Bange bestuurders*, Oratie EUR, 2005).

Eerst iets over de opzet van het ontwerp. Het ontwerp bestaat uit zes hoofdstukken:

Hoofdstuk 1: Algemene en financiële bepalingen (art. 1 t/m 12)

Hoofdstuk 2: Plaatsen van een opdracht – aanbesteding (art. 13 t/m 48)

Hoofdstuk 3: Personeel (art. 49 t/m 61)

Hoofdstuk 4: Toezicht (art. 62 t/m 77)

Hoofdstuk 5: Handhaving en sancties (art. 78 t/m 118)

Hoofdstuk 6: Overgangs- en slotbepalingen (art. 119 t/m 126)

Aan de regels inzake aanbesteding en personeel ga ik hier voorbij. Wat dit laatste punt merk ik slechts op dat er een maximum wordt ingevoerd wat betreft de bezoldiging van directeuren én dat overheidsgerelateerde entiteiten voor hun personeel zoveel als mogelijk dezelfde primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden moeten hanteren als het Land Curaçao hanteert voor zijn personeel dat onder het Bezoldigingsbesluit 1998 valt (art. 51). Ik betwijfel of de vakbonden zich realiseren wat dat voor hun positie en die van hun leden betekent, omdat met de nieuwe regeling CAO's effectief verdwijnen.

## **XIII**

### **Landsverordening optimalisering overheidsentiteiten (doel)**

- Verbetering kwaliteit dienstverlening
- Drukken kosten voor de gemeenschap
- Mitigeren risico's voor de overheidsfinanciën

### **Te realiseren door:**

- Bevorderen marktwerking op goederen- en dienstenmarkt
- Bevorderen marktwerking op arbeidsmarkt

- Wettelijk vereiste internationaal aanvaarde kwaliteitsnormen
- Handhavend toezicht vanuit de overheid

## XIV

### **Landsverordening optimalisering overheidsentiteiten (wie?)**

In artikel 1 is bepaald wie tot de overheidsgelieerde entiteiten behoren:

- Een bij of krachtens landsverordening ingestelde rechtspersoon: het gaat hier om de publiekrechtelijke rechtspersonen
- Een instelling die voor meer dan 50% rechtstreeks door het Land Curaçao wordt gesubsidieerd of bekostigd<sup>3</sup>
- Een krachtens Boek 2 BW opgerichte vennootschap waarin het Land Curaçao direct of indirect een aandeel heeft van meer dan 50%: hier gaat het om de overheidsvennootschappen
- Een vennootschap of stichting als bedoeld in Landsverordening corporate governance<sup>4</sup>

Deze laatste categorie betekent een enorme verruiming: een vennootschap valt namelijk al onder de Landsverordening corporate governance in geval het Land Curaçao daarin reeds één aandeel (hoe miniem ook) zou houden (voor zover bekend is daarvan op dit moment geen sprake). Overigens bevat de Landsverordening optimalisering overheidsentiteiten ook diverse bepalingen die alleen voor specifiek omschreven overheidsentiteiten gelden.

---

<sup>3</sup> Het is niet duidelijk om hoeveel entiteiten het hier gaat. Wat betreft de gesubsidieerde instellingen zal het in de meeste gevallen waarschijnlijk zo zijn dat de bijdrage van de overheid (nagenoeg) de enige bijdrage is die de instelling ontvangt.

<sup>4</sup> De Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten (SBTNO) heeft op haar website een overzicht van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen staan die onder de Landsverordening corporate governance vallen:

<http://www.sbtno.org/Overheidsentiteiten.html>.



Het Algemeen Pensioenfonds Curaçao, de Sociale Verzekeringsbank en de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten gaan ook onder de nieuwe regeling vallen. Aangezien de Centrale Bank twee zogeheten vermogensgerechtigden kent (de Landen Curaçao en St. Maarten), kan de Centrale Bank niet eenzijdig door Curaçao onder de werking van de wet worden gebracht.

## **XV**

### **Landsverordening optimalisering overheidsentiteiten (toezichthouders)**

Met de Landsverordening wordt een Bureau overheidsgeleerde entiteiten in het leven geroepen (art. 62). Het Bureau bestaat uit drie kamers: een Adviseur corporate governance, een Adviseur corporate efficiency en een Adviseur subsidie en bekostiging.

Elke kamer heeft een directeur. De hoofdtaken bestaan uit het houden van toezicht en adviseren. De Landsverordening bevat allerlei rapportageverplichtingen, zodat de betreffende kamer de benodigde informatie ontvangt om te kunnen toetsen.

De Landsverordening bevat een scala aan toezichts- en handhavinginstrumenten, in het bijzonder de mogelijkheid om bindend te adviseren (bijvoorbeeld inzake de personeelsformatie; art. 49 lid 2), en om bestuurlijke boetes en lasten onder dwangsom te kunnen opleggen.

Het Bureau heeft een Raad van Toezicht (art. 65). De Raad bestaat uit drie personen: de procureur-generaal (of een door hem aan te wijzen vertegenwoordiger), de secretaris-generaal van het ministerie van financiën (of een door hem aan te wijzen vertegenwoordiger) en een door de minister van financiën aan te wijzen lid.

Overheidsgelieerde entiteiten die een bruto-omzet hebben moeten jaarlijks twee-promille daarvan als bijdrage in de toezichtskosten betalen (art. 72). Gaat het om vennootschappen in de zin van Boek 2 BW dan geldt deze verplichting alleen als het Land Curaçao daarin direct een aandeel heeft.

## **XVI**

### **Landsverordening optimalisering overheidsentiteiten (begrotingsnormen)**

Het ontwerp stelt de eis van begrotingsevenwicht (art. 3 lid 2): de lasten die op de begroting worden opgenomen moeten volledig door de middelen worden gedekt. De begroting mag niet worden overschreden en daarboven of daarbuiten mogen geen uitgaven worden gedaan, aldus de MvT.

Verder wordt voorgeschreven dat de begrotingsrichtlijnen van het Land Curaçao in acht moeten worden genomen (art. 5). Ik heb dat verder niet uitgezocht, en ook niet wat dat inhoudelijk betekent, maar neem aan dat hiermee de begrotingsvoorschriften uit de Landsverordening comptabiliteitsvoorschriften Curaçao worden bedoeld.

Op de begroting mogen enkel lasten staan die tot doel hebben taken en doelstellingen van de overheidsgelieerde entiteit te bewerkstelligen (art. 4). Uitgaven inzake reclame en advertenties mogen niet meer bedragen dan 2% van het totaal van de operationele begroting, behoudens goedkeuring door de algemene vergadering.

Voor een vennootschap met een monopoliepositie op de markt geldt dat die alleen geld mag besteden aan reclame en advertenties als het doel daarvan is het publiek informatie te verschaffen. Voor uitgaven inzake sociale evenementen geldt een grens: maximaal één promille van het totaal van de operationele begroting. Andere uitgaven (in geld of natura) inzake sponsoring en subsidiëring zijn niet toegestaan, anders dan als

betaling voor het uitvoeren van werken, levering van goederen of verlening van diensten, behoudens goedkeuring door de algemene vergadering.

In de MvT wordt ten aanzien van deze voorschriften opgemerkt dat die enerzijds de marktwerking dienen te bevorderen, en anderzijds moeten voorkomen dat het beheer van de overheidsgeleide entiteit ten koste gaat van de gemeenschap en van de beleidsruimte van de overheid.

## **XVII**

### **Landsverordening optimalisering overheidsentiteiten (begrotingsnormen NVs)**

Er gelden specifieke normen voor Boek 2 BW-vennootschappen waarin het Land Curaçao direct of indirect een aandeel heeft van meer dan 50% (art. 8). Bepaald is dat het rendement  $\{ (winst/eigen\ vermogen) \times 100\% \}$  jaarlijks minimaal 2% moet zijn. Wordt dat rendement niet gehaald dan moet dat bij de toezichthouder worden gemeld en moet een plan van aanpak worden opgesteld om het rendement alsnog te halen. In artikel 8 staat welke stappen dan allemaal moeten worden gezet.

Verder is een maximum aan de reservering voor kapitaaluitgaven gesteld (art. 9 lid 2). De achtergrond is dat het Land Curaçao als aandeelhouder wil voorkomen dat er (in zijn ogen) te veel wordt gereserveerd en dus (in zijn ogen) te weinig dividend wordt uitgekeerd. Volgens de MvT is de ophoping van reserves niet altijd efficiënt en ontnemt die ophoping uiteindelijk beleidsruimte aan de overheid.

Verder geldt een verplichte winstafdracht (dividend) aan het Land Curaçao (art. 9 lid 4). Nadat de toegestane bedragen zijn gereserveerd, moet de NV jaarlijks dividend aan het Land Curaçao afdragen en wel minimaal dat deel dat, in verhouding tot de resterende

winst, gelijk is aan het aandeel van het eigen vermogen in het totale vermogen van die NV ultimo dat boekjaar.

Behalve voor overheidsvennootschappen gelden deze bepalingen (grotendeels) ook voor sommige andere entiteiten (art. 10), zoals overheidsgelieerde entiteiten die bij of krachtens landsverordening zijn ingesteld en uit tarieven of anderszins inkomsten genieten en uit die inkomsten in 's Lands kas moeten storten. Ik denk dat hier aan bijvoorbeeld de Kamer van Koophandel en het Kadaster moet worden gedacht.

Voor de overheidsvennootschappen en de entiteiten in de vorige alinea bedoeld geldt een balansnormering: zij moeten normen vaststellen waaraan de verhoudingen in de structuur van het vermogen minimaal moeten voldoen (art. 11). Er moet een zodanige vermogensstructuur zijn dat de continuïteit op de lange termijn wordt gewaarborgd. Elke vijf jaar moet die balansnormering opnieuw worden vastgesteld, zodat steeds kan worden bekeken of de betrokken entiteit niet te ruimhartig tot reserveringen is overgegaan, aldus de MvT. Blijkt van onnodige reserves dan moet minimaal een bepaald deel daarvan worden uitgekeerd.

## **XVIII**

### **Landsverordening optimalisering overheidsentiteiten (jaarlijkse vergoeding)**

Bepaald is dat Boek 2 BW-vennootschappen waarin het Land Curaçao direct een aandeel heeft van meer dan 50% jaarlijks een vergoeding moeten betalen aan het Land Curaçao (art. 7). Het gaat hier om de overheidsvennootschappen.

Deze jaarlijkse vergoeding staat los van de bijdrage in de toezichtskosten, staat los van het dividend en bedraagt 1% van de waarde van de totale activa naar de stand per 31 december. De storting moet jaarlijks steeds uiterlijk op 1 april worden gedaan. Om de

hoogte van de vergoeding te kunnen vaststellen moeten de betrokken vennootschappen elk jaar uiterlijk op 1 februari aan de minister een voorlopige opgave van de waarde van de totale activa doen. De minister stelt daarna de vergoeding vast.

In de MvT is geen specifieke rechtvaardiging te vinden voor deze jaarlijkse greep in de kas. De wens van het Land Curaçao om over meer geld te kunnen beschikken lijkt de enige grond voor deze vergoeding te zijn.

## **XIX**

### **Landsverordening optimalisering overheidsentiteiten (aansprakelijkheid)**

Bepaald is dat een directeur van een overheidsgeleerde entiteit hoofdelijk aansprakelijk is voor alle schade die ontstaat door zijn handelingen in strijd met deze landsverordening (art. 12). De MvT zegt daarover alleen dat de bestuurder een specifieke zorgplicht heeft. Waarom dat zo is wordt verder niet toegelicht.

Deze aansprakelijkheidsregeling gaat veel verder dan de norm van Boek 2 BW. Op grond van Boek 2 BW is, kort gezegd, een bestuurder jegens de rechtspersoon aansprakelijk als hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt, jegens derden als hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en in geval van faillissement bij kennelijk onbehoorlijk bestuur als aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Voor een verdergaand aansprakelijkheidsrisico als nu is voorgesteld is geen rechtvaardiging gegeven. Het risico bestaat dat bestuurders minder zullen kijken naar de mogelijkheden van 'hun' onderneming maar vooral risicomijdend gedrag zullen gaan vertonen. Of dat zij zich voor elk besluit van enige importantie zullen trachten in te dekken door extra adviseurs in te schakelen. Kortom, het risico op wat "bange

bestuurders” is gaan heten is groot. Mijn advies is dan ook om deze bepaling te schrappen, zodat voor bestuurders van overheidsgeleerde entiteiten eenzelfde aansprakelijkheidsregime blijft gelden als voor bestuurders in de private sector.

**XX**

### **Landsverordening optimalisering overheidsentiteiten (kanttekeningen)**

Het ontwerp is bepaald niet met enthousiasme ontvangen. Bestuurders van overheidsgeleerde entiteiten maken zich terecht zorgen, en niet alleen vanwege het risico om relatief eenvoudig aansprakelijk gehouden te kunnen worden. Opvallend is bovendien dat geen advies aan de SER is gevraagd: volgens de regering moet de SER als zij dat “nodig en belangrijk acht” maar besluiten om ongevraagd advies te geven (MvT). Aan SBTNO is evenmin advies gevraagd; ook dat is opmerkelijk.

Een fundamenteel punt van kritiek is de halfslachtige houding van de overheid als het gaat om (in het bijzonder) overheidsvennootschappen. Het idee destijds achter de verzelfstandiging van overheidsdiensten en die in NVs onder te brengen, was onder meer een meer zakelijke bedrijfsvoering mogelijk te maken en het (zoveel mogelijk) op afstand van de overheid en de politiek plaatsen van deze ondernemingen. Het Land zou daarvan profiteren als via een meer zakelijke aansturing (meer) winst zou worden gemaakt, die (deels) als dividend kan worden uitgekeerd.

In de praktijk is echter een hybride situatie ontstaan. Er is wel gekozen voor de vennootschapsvorm, maar met zoveel mogelijk behoud van politieke invloed. Die situatie is ongezond en leidt tot soms aanzienlijke spanning. De regels van corporate governance die in 2010 zijn ingevoerd hebben in die situatie geen wezenlijke verbetering gebracht: op overtreding van regels van corporate governance staat geen sanctie en ook als de adviseur corporate governance (SBTNO) zwaarwegende bezwaren

heeft tegen bijvoorbeeld een voorgenomen benoeming of ontslag kan de (betrokken) Minister eenvoudig van een dergelijk advies afwijken.

Wat de invoering van de regels van corporate governance wel teweeg heeft gebracht is dat door de openbaarmaking door SBTNO van haar adviezen en de melding die daarvan in de media wordt gemaakt, politieke ambtsdragers zich wat voorzichtiger zijn gaan opstellen. Zij zitten natuurlijk ook niet op negatieve publiciteit te wachten. Hopelijk leidt dit op den duur tot de noodzakelijke cultuuromslag.

De overheid moet wat mij betreft een duidelijke keuze maken en daarmee een einde aan de hybride situatie: óf de activiteiten worden uitgeoefend in de vorm van een overheidsdienst en onder directe verantwoordelijkheid van een Minister (en dan is iedereen ambtenaar) óf activiteiten worden uitgeoefend in de vorm van een vennootschap (NV of BV), maar dan moeten die ook zoveel mogelijk buiten de politieke invloedssfeer worden gehouden. De Landsverordening optimalisering overheidsgeleerde entiteiten handhaaft de hybride situatie, maar leidt bovendien tot (nog) meer invloed van de overheid op (in het bijzonder) overheidsvennootschappen, zonder (directe) ministeriële verantwoordelijkheid. Weliswaar wordt die invloed uitgeoefend door een onafhankelijke toezichthouder, maar dat betekent slechts dat bestuurders van dergelijke vennootschappen in het krachtenspel waarin zij niet zelden tot een spagaat worden gedwongen, met een extra speler rekening moeten houden.

De vraag in dat verband is wat dit ingrijpen in de praktijk betekent voor de vraag of een Minister dan wel het Land Curaçao wellicht als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt, dus het risico loopt te worden aangemerkt als een persoon die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De quasi-bestuurder kan, gelijk een formele bestuurder, met een vordering uit hoofde van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid worden geconfronteerd.

Het ontwerp voorziet in een vergaand overheidsingrijpen in de bedrijfsvoering, vergaande aansprakelijkheid voor bestuurders, een jaarlijkse afdracht aan het Land, een jaarlijkse afdracht ten behoeve van het toezicht én jaarlijkse verplichte dividenduitkering. De vraag is of de gevolgen daarvan niet eerder negatief dan positief zullen zijn.

De Vereniging Bedrijfsleven Curaçao (VBC) stelt dat de doelstellingen van het ontwerp veel efficiënter en effectiever door middel van het vehikel privatisering gerealiseerd kunnen worden.

De corporate governance autoriteit (SBTNO) heeft aangegeven dat de wettelijke beperkingen aan winstreservering Boek 2 BW doorkruisen: er is sprake van een sterke inperking van flexibiliteit van en de zeggenschap binnen de vennootschap omtrent het te reserveren bedrag.

De Raad van Advies gaat zelfs zo ver door te stellen dat het ontwerp negatieve effecten kan hebben op onder meer de financiële positie van de overheidsgelieerde entiteiten met als gevolg dat dit juist tot meerkosten voor de gemeenschap zal leiden of dat de financiering van de kwaliteit van de dienstverlening onder druk zal komen te staan.

Deze laatste kanttekeningen zijn een reële zorg. Het ontwerp houdt niet dan wel onvoldoende rekening met de verscheidenheid aan en verschillen tussen overheidsgelieerde entiteiten. Als je (financieel en anderszins) wilt herstructureren, als je wilt reorganiseren om efficiency en kwaliteit te verbeteren, dan moet je rekening houden met de menselijke factor. Het gaat hier ook niet om processen die je zo maar even met wettelijke geboden en verboden kunt regelen. Wat dat betreft draagt het ontwerp een te ambtelijk karakter en wordt evident te weinig rekening gehouden met de niet zelden weerbarstige praktijk. Het zou verstandig zijn geweest om het ontwerp



officieel ter consultatie aan de overheidsgerelateerde entiteiten voor te leggen. Dat kan overigens nog steeds.

Het resultaat, als het ontwerp in deze vorm wet wordt, zou dus uiteindelijk kunnen zijn dat het kostenniveau bij (een groot aantal van) de overheidsgerelateerde entiteiten nu juist gaat stijgen. Dan heeft de wetgever het tegendeel bereikt van wat het voor ogen had. Intussen is de regering totaal niet onder de indruk van de kritiek en streeft naar ongewijzigde invoering van het ontwerp.

\* \* \* \* \*