

‘Verdiepend Ondernemingsrecht’

College 1 – Grondslagen van het ondernemingsrecht

Mr. K. Frielink

University of Curaçao

Donderdag 24 augustus 2017 van 19.00 - 21.00 uur

1. Inleiding

Het vak ‘Verdiepend Ondernemingsrecht’ is een nieuw vak, dat voortbouwt op het vak ‘Inleiding Ondernemingsrecht’.

Het begrip ‘ondernemingsrecht’ is ruimer dan het begrip ‘rechtspersonenrecht’. Vandaag staat het rechtspersonenrecht centraal voor zover rechtspersonen voor ondernemingsactiviteiten worden gebruikt, al zullen sommige van de te bespreken grondslagen voor het rechtspersonenrecht in het algemeen gelden. Rechtspersonen kunnen ook voor andere activiteiten dan het drijven van een onderneming worden gebruikt: denk aan de stichting die wordt gebruikt om goede doelen financieel te ondersteunen. Bovendien is het niet noodzakelijk om een rechtspersoon te gebruiken voor ondernemingsactiviteiten: denk aan de personenvennootschap en de eenmanszaak. We gaan het vandaag dus hebben over de grondslagen van het ondernemingsrecht. In de noten is de literatuur genoemd die voor dit college is gebruikt.

Waar hierna zonder verdere aanduiding wordt verwezen naar hoofdstukken of paragrafen betreft dat een verwijzing naar mijn nieuwe boek “*Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*” (Deventer: Wolters Kluwer 2017). Die verwijzingen zijn enerzijds bedoeld voor een nadere kennismaking met het onderwerp, maar anderzijds ook, althans deels, om de samenhang van het onderwerp met andere onderwerpen te laten zien: zo wordt hierna in het kader van belangenpluralisme bijvoorbeeld verwezen naar een paragraaf over rechterlijke toetsing van besluiten.

2. Wat zijn grondslagen in het kader van dit college?

Bij de grondslagen van het (rechtspersonen)recht gaat het om fundamentele uitgangspunten, grondgedachten of beginselen. Dat zijn geen onveranderlijke gegevens: die beginselen zijn tijd-, plaats- en cultuurgebonden, en dus niet universeel.¹ Wij concentreren ons op het thans

¹ Zo was, om een voorbeeld te noemen, het recht nog niet zo lang geleden bedoeld om (met name) de belangen van de heersende klasse te dienen. In welke mate dat nog steeds het geval is, is voorwerp van discussie. Het recht is immers de resultante van bepaalde machtsverhoudingen binnen de samenleving.

bestaande rechtspersonenrecht en nemen daarbij de oratie van Timmerman (en de daarop in de literatuur gevolgde discussie) tot uitgangspunt.² We werken dit tevens uit voor wat betreft het recht van Curaçao. De bedoeling van dit college is mede om over dit onderwerp inhoudelijk te discussiëren.

Tot de meer algemene fundamentele beginselen van het recht – die vandaag niet centraal staan - behoren gerechtigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid. Het gaat hier om waarden waarvan de concrete inhoud niet bij voorbaat is te kennen of vast te stellen.³

Volgens Timmerman zijn de grondslagen of beginselen, zoals we die vandaag bespreken, nuttig om (ten minste) vier redenen:

1. Beginselen kunnen helpen duidelijk te krijgen of een basisidee dat aan een rechterlijke beslissing of wettelijke regeling ten grondslag ligt deugt.

Met andere woorden: door niet alleen de regel van het recht te kennen, maar ook de grondslagen van die regel (of meer in het algemeen van het systeem van het recht) kan tot een betere beoordeling worden gekomen.

Terzijde wijs ik op het op het ontwerpen van wetgeving toepasselijke concordantiebeginsel neergelegd in artikel 39 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, en in het verlengde daarvan het rechterlijke streven naar zoveel mogelijk concordantie van rechtspraak waar het gaat om vergelijkbare wettelijke regelingen en daaraan ten grondslag liggende beginselen. Zie paragraaf 1.6.

2. Beginselen kunnen de consistentie (de onderlinge samenhang) van het recht bevorderen.

Over het recht wordt gesproken in termen van ‘rechtssysteem’. Dat veronderstelt een zekere samenhang tussen en logische opbouw van de regels die daarvan deel uitmaken. Bij het ontwerpen van een nieuwe regel zal gekeken worden of die past binnen het systeem, en of die regel bijvoorbeeld niet in tegenspraak is met een bestaande regel, die eventueel ook zou moeten worden aangepast. Het systeem is niet eeuwig en onveranderlijk. Als een regel niet in het systeem past komt de vraag aan de orde of het systeem aanpassing behoeft.

² Zie L. Timmerman, *Grondslagen van het geldend ondernemingsrecht*, Ondernemingsrecht 1 (2009), blz. 4-13 (oratie uitgesproken op 19 december 2008 aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam).

³ Zie R.M.G.E. Fogué, *Filosofische repliek op Timmerman's grondslagen*, Ondernemingsrecht 1 (2009), blz. 14-17. Er zijn overigens ook mensen die het recht zien als een lappendeken van tegenstrijdige regels en beginselen.

3. Beginselen kunnen ons gevoeliger maken (beter doen beseffen) voor wat er in het recht op het spel staat en ons sturen naar hetgeen van waarde is.

Aan de regels die, om een voorbeeld te noemen, minderheidsaandeelhouders bepaalde rechten toekennen, ligt de gedachte ten grondslag dat zij onder omstandigheden bescherming tegen (misbruik van) meerderheidsmacht moeten kunnen invoeren.

4. Beginselen bieden de mogelijkheid om door de vorm van het recht heen te breken en recht te doen aan de 'substance' van een rechtsverhouding.

Denk aan de werking van de redelijkheid en billijkheid. Wat betreft de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet of de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken kan – op grond van artikel 2:7 lid 2 BW - een tussen hen krachtens wet, gewoonte, statuten, reglement, besluit of overeenkomst geldende regel of beslissing buiten toepassing worden gelaten indien toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Het gaat bij artikel 2:7 lid 2 BW om de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Hoewel een zekere terughoudendheid inzake de toepassing op grond van de tekst van de regeling voor de hand ligt, moet worden bedacht dat de redelijkheid en billijkheid meer en meer, en ook op meer terreinen, wordt ingezet om een (in de ogen van de rechter) evident (maatschappelijk) onwenselijke uitkomst van een procedure te voorkomen. De grens van wat in het algemeen wel en niet 'aanvaardbaar' zal worden geoordeeld ligt niet vast, en is (ook) tijd- en plaatsgebonden. De rechter heeft een beoordelingsmarge, die soms ruim soms minder ruim wordt toegepast. Vanuit een oogpunt van legitimiteit moet de rechter echter in alle gevallen inzichtelijk maken hoe en op grond waarvan hij tot zijn oordeel is gekomen. De rechter moet rekenschap afleggen; zijn uitspraak maakt pas dan kans gezag te verwerven, ook bij degene in wiens nadeel zijn uitspraak is uitgevallen. In dat verband spelen beginselen een belangrijke rol. Zie verder de paragrafen 2.2.2. en 2.3.3.

3. Hoofddoel van het ondernemingsrecht

Economische vooruitgang en het bevorderen van ondernemerschap zijn voor Timmerman het hoofddoel van het ondernemingsrecht. Er moeten dus rechtsvormen beschikbaar zijn die het mogelijk maken succesvol aan het nationale en internationale economische leven te kunnen deelnemen. Verder moet het recht voorzien in bepalingen die activiteiten tegengaan die economische waarden vernietigen zonder dat daar een "compenserend immaterieel voordeel" tegenover staat. Anders gezegd: er kunnen (en moeten) activiteiten mogelijk zijn (lees: regels

zijn) die niet zijn gericht op economisch voordeel, of het behalen van een dergelijk voordeel juist verhinderen, bijvoorbeeld omdat zulks rechtvaardig is of in het belang is van duurzaamheid (denk aan het milieu in het algemeen, het voorkomen van het plunderen van bodemschatten en noem maar op).

Naast een juridische functie heeft het recht in de opvatting van Timmerman dus ook een economische functie. De door hem genoemde beginselen hebben dan ook niet alleen een morele aard, maar soms ook een economisch karakter. Ik merk daarbij op dat het in dit kader formuleren van beginselen, ook als die een economisch karakter hebben, een ‘morele’ (of wellicht beter: rechtspolitieke) keuze veronderstellen. Het formuleren van beginselen heeft namelijk niet alleen een (min of meer objectief) beschrijvend karakter, in de zin van opschrijven van de beginselen waarvan men meent dat die aan het ondernemingsrecht ten grondslag liggen, maar daaraan ligt ook in zekere mate een waardering (subjectieve interpretatie) ten grondslag. Er is dan ook, en dat is uiteraard ook wetenschappelijk van belang, discussie mogelijk over de door Timmerman opgestelde ‘catalogus’ van beginselen.

Rechtsregels worden met een bepaald doel in het leven geroepen. Het recht heeft niet alleen een ordenende en regulerende functie, maar ook een dienende functie. Volgens Timmerman houdt het hoofddoel van het ondernemingsrecht in, dat het ondernemingsrecht eraan dient bij te dragen dat ondernemingen succesvol aan het economische leven kunnen deelnemen. Dat betekent dat doelmatigheid een belangrijk uitgangspunt bij het ontwerpen van wetgeving dient te zijn. Dat uitgangspunt komt in Boek 2 BW van Curaçao tot uitdrukking in de keuze van de wetgever voor maximale vrijheid van inrichting en inkleding van een rechtspersoon. Weliswaar is het uitgangspunt dat de bepalingen van Boek 2 BW van dwingend recht zijn, maar er zijn talloze bepalingen die afwijkingen toestaan. Doorgaans staat in een dergelijke bepaling dan “*tenzij de statuten anders bepalen*”.

4. Algemene en bijzondere beginselen

Timmerman maakt een onderscheid tussen algemene beginselen, die ook elders in het recht een rol spelen, en de meer bijzondere (zelfs particuliere) beginselen. Tot de algemene beginselen rekent hij het idee van afweging van belangen, transparantie, vrijheid van inrichting en het grondrecht op eigendom. De bijzondere beginselen – die we straks zullen bespreken - hebben een typisch vennootschapsrechtelijk karakter.

Daarnaast zijn er volgens Timmerman aanvullende bijzondere beginselen voor beursgenoteerde vennootschappen: de Forumbank-regel, verplicht toezicht door interne toezichthouders, het recht om zich gedurende bepaalde tijd te beschermen tegen een ongewenste overname, snelheid van ingrijpen door de rechter met behulp van onmiddellijke voorzieningen, misschien het gelijkheidsbeginsel en veel effectenrechtelijke regels (in Nederland gebaseerd op Europese richtlijnen). Ik laat hier even in het midden of deze opsomming uitsluitend voor aan een effectenbeurs genoteerde vennootschappen van belang is.

Verder wijst Timmerman op het verschijnsel van de éénpersoonsvennootschap, waarbij de enig aandeelhouder tevens de enig bestuurder is. Niet alle door hem genoemde beginselen zijn relevant voor die rechtsvorm, maar die problematiek laat hij terzijde. Wat het recht van Curaçao betreft geldt hetzelfde als het gaat om de aandeelhouderbestuurde-BV (zie paragraaf 5.3.4).

5. Beginsel 1: het pluraliteitsbeginsel

Het eerste beginsel dat Timmerman noemt is het pluraliteitsbeginsel: binnen een vennootschap wordt een veelheid van belangen nagestreefd die tegen elkaar worden afgewogen. Zie de paragrafen 1.4 en 3.2.2. Voor Timmerman is het aandeelhoudersbelang op de lange termijn van belang. Een vennootschap die, bijvoorbeeld, het belang van klanten vooropstelt, kan daarmee het succes van de vennootschap bevorderen en met een dergelijk beleid ook het belang van de aandeelhouders op adequate wijze dienen.

Met name voor het vennootschapsrecht zijn het idee van ‘botsende belangen’ en het daarmee samenhangende beginsel van een redelijke belangenafweging volgens Timmerman zeer relevant. Wat die pluraliteit betreft kan worden gedacht aan de belangen van onder meer werknemers, klanten, crediteuren, minderheidsaandeelhouders en meer in het algemeen de maatschappij. Timmerman ziet als een belangrijke taak van het vennootschapsrecht het in goede banen leiden van die conflicten door het uitdenken van bevoegdheidsregels en het voorschrijven van gedragsnormen voor functionarissen van de vennootschap. Zie ook de paragrafen 4.2.8 en 5.1.

Timmerman wijst verder op het idee van de privaatrechtelijke zorgplicht, dat ook in het ondernemingsrecht meer en meer aan de orde is. Zie de paragrafen 4.6.1 en 4.6.3.

De Kluiver⁴ merkt op dat Timmerman niet uitgaat van het begrip ‘vennootschappelijk belang’, maar het aandeelhoudersbelang op lange termijn (‘enlightened shareholder value’) tot uitgangspunt neemt. Tot de vragen die dat oproept behoren: Om welke termijn gaat het? Hoe is die aandeelhouderswaarde op langere termijn vast te stellen, en hoe moet de rechter die in voorkomend geval bepalen? En zou dit uitgangspunt op de korte termijn niet tot nadelige besluiten kunnen leiden vanuit de gedachte dat de effecten daarvan op langere termijn wel weer overwaaien of omgekeerd (een afvloeiingsplan dat boven het minimum uitgaat is op langere termijn wellicht niet goed voor de aandeelhouderswaarde)?

6. Beginsel 2: Transparantiebeginsel

Een markteconomie veronderstelt dat marktdeelnemers voldoende (financieel) transparant zijn, aldus Timmerman. In dat verband kan onder meer worden gedacht aan gegevens die in het handelsregister moeten worden ingeschreven. Zo is uit het handelsregister kenbaar wie de

⁴ Zie H.J. de Kluiver, *Vennootschappelijke repliek op Timmerman's grondslagen*, Ondernemingsrecht 1 (2009), blz. 17-20.

vennootschap mogen vertegenwoordigen en of die vertegenwoordigingsbevoegdheid aan beperkingen is onderworpen.

In Nederland geldt in algemene zin een deponeringsplicht wat betreft de jaarrekening. In Curaçao geldt een dergelijke algemene verplichting niet. Discussie is mogelijk over de vraag of dit beginsel meebrengt dat die verplichting ook hier moet worden ingevoerd, of bijvoorbeeld (alleen) voor overheidsvennootschappen omdat daarin publieke belangen en middelen een grote rol spelen.⁵

7. Beginsel 3: Vrijheid inzake de interne structuur

Timmerman wijst op de vrijheid van oprichting, en wijst er op dat de vrijheid van op- en inrichting in Nederland in de afgelopen jaren is uitgebreid en verdiept. Denk in dat verband aan de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht. Verder wijst hij op de mogelijkheden om een rechtspersoon (grensoverschrijdend) om te zetten of in een fusie of splitsing te betrekken. In dit verband bevat de wet ook de nodige dwingende bepalingen, met name ter bescherming van de crediteuren en minderheidsaandeelhouders.

In Curaçao geldt al sinds de invoering van de BV – op 1 januari 2000 - het uitgangspunt van maximale vrijheid van inrichting en inkleding van de vennootschap. Met de invoering van Boek 2 BW op 1 maart 2004 is dat uitgangspunt voor alle daarin genoemde privaatrechtelijke rechtspersonen gaan gelden. Ook wij kennen de interne en de grensoverschrijdende omzetting (zie de paragrafen 11.23 en 11.3.3) en de nationale en grensoverschrijdende (*inbound/outbound*) fusie (zie paragraaf 12.2). Anders dan bij omzetting en fusie, bevat Boek 2 BW geen bepalingen met betrekking tot een grensoverschrijdende juridische splitsing.

8. Beginsel 4: Recht op ongestoord genot van aandeel

Artikel 1 van het eerste protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens garandeert binnen bepaalde grenzen het ongestoorde genot op ‘eigendom’ (in dit verband een ruimer begrip dan ons eigendomsrecht). Het recht van een aandeelhouder op het ongestoorde genot van zijn aandelen valt onder deze bescherming.

In Boek 2 BW van Curaçao zijn op dit beginsel gebaseerde bepalingen te vinden. Denk in dit verband aan de bepaling op grond waarvan geen extra-verplichtingen aan een aandeel kunnen worden verbonden tegen de wil van de aandeelhouder (zie paragraaf 5.2.6), de mogelijkheid die een aandeelhouder op grond van artikel 2:254 lid 1 onder b BW heeft om op te komen tegen een uitgesloten of uiterst bezwaarlijke overdraagbaarheid, het voorkeursrecht voor zittende

⁵ Voor onder toezicht van de CBCS staande financiële instellingen gelden wat de jaarrekening betreft aparte regels, opgenomen in de diverse landsverordeningen (zie bijvoorbeeld artikel 15a van de Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen 1994; artikel 4b van de Landsverordening toezicht effectenbeurzen; en artikel 8b van de Landsverordening toezicht beleggingsinstellingen en administrateurs).

aandeelhouders (art. 2:106/206 BW) alsmede de waarborgen waarmee de uitkoop (hoofdstuk 9) en gedwongen overdracht (paragraaf 10.3) zijn geregeld.

Timmerman merkt op dat het een ongeschreven regel van dwingend recht is dat aan aandeelhouders géén winstgaranties mogen worden gegeven en dat zij bij ontbinding van de vennootschap slechts recht hebben op hetgeen na vereffening resteert. Anders dan schuldeisers en werknemers kunnen zij hun vorderingsrecht niet door middel van een overeenkomst vormgeven. Tegenover die ‘beperking’ staat dan als een soort ‘compensatie’ dat zij aanspraak kunnen maken op de uiteindelijke zeggenschap in de vennootschap. Volgens Timmerman verdraagt zich daarmee niet dat de zeggenschap in een algemene vergadering bij bijvoorbeeld één aandeelhouder wordt geconcentreerd: zeggenschap zou evenredig moeten worden verdeeld op basis van kapitaalbreng. Een mooi onderwerp voor discussie.

Blanco Fernández⁶ merkt op dat het voorbeeld dat Timmerman noemt niet een uiting van beginselloosheid hoeft te zijn, maar van respect voor de vrijheid van het individu en van het vertrouwen in het inzicht van ondernemers. Deze twee aspecten zijn voor hem grondbeginselen van het ondernemingsrecht.

9. Beginsel 5: Scheiding van vermogen en beperkte aansprakelijkheid

De rechtspersoonlijkheid brengt een scheiding mee tussen de vermogens van de aandeelhouders en dat van de NV of BV alsmede een uitgesloten en beperkte aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders, aldus Timmerman.

Op deze beginselen is de aantrekkelijkheid van de NV en BV gebaseerd. De NV en BV zijn in beginsel zelf aansprakelijk en alleen in bijzondere gevallen zijn bestuurders, commissarissen, quasi-bestuurders en aandeelhouders aansprakelijk. Voor bestuurders, commissarissen en quasi-bestuurders geldt een hoge drempel van aansprakelijkheid: er moet sprake zijn van een ernstig (persoonlijk) verwijt. Dit laatste – die hoge drempel - wordt overigens in de meer recente literatuur in Nederland ter discussie gesteld.⁷

Uiteraard kun je de vraag stellen of aansprakelijkheid van bestuurders indien sprake is van een ernstig verwijt, niet ook als een beginsel kan worden aangeduid.

⁶ Zie J.M. Blanco Fernández, *Timmerman's grondslagen: reactie op de oratie*, Ondernemingsrecht 1 (2009), blz. 21-23 .

⁷ W.A. Westenbroek, *De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de ‘ernstig verwijt’-maatstaf en ‘externe werknemersaansprakelijkheid’*, WPNR 7144 (2017), p. 276-286.

10. Beginsel 6: Een bestuurder dient niet zijn privé-belangen

Het zesde beginsel dat Timmerman noemt is dat een bestuurder zijn functie niet uitoefent met het oog op het behartigen van privébelangen. Timmerman bespreekt dit beginsel tegen de achtergrond van de Nederlandse regeling inzake tegenstrijdig belang, die scherper is geformuleerd dan die in Curaçao.

In de kern gaat het hier – naar mijn idee - om het leerstuk tegenstrijdig belang in ruime zin. In enge zin betreft het leerstuk alleen de regeling van artikel 2:11 BW, waarvan de hoofdregel luidt dat de bevoegdheid ter zake van rechtshandelingen met of rechtsgedingen tegen een bestuurder bij de RvC berust. Ontbreekt een RvC dan berust deze bevoegdheid bij de algemene vergadering of een voor dat geval door de algemene vergadering aan te wijzen persoon of college. Bij de stichting geschiedt de aanwijzing door de rechter op verzoek van een belanghebbende (zie paragraaf 2.3.6). Indien de regeling in de statuten niet op meer gevallen ziet dan in de wet genoemd, zou een bestuurder bijvoorbeeld een rechtshandeling kunnen aangaan met een andere vennootschap waarvan hij enig bestuurder/aandeelhouder is (indirect tegenstrijdig belang) en daarbij het te dienen vennootschappelijk belang uit het oog kunnen verliezen.

In de ruime zin ziet het leerstuk erop dat de bestuurder zich richt op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, ook in die gevallen waarin er in formele zin géén sprake is van een tegenstrijdig belang.

Zie voor een apart geval waarin een bestuurder van een NV bepaalde (verlieslatende) transacties voor rekening van de vennootschap wilde laten komen en andere (lucratieve) transacties voor zijn eigen rekening: HR 21 december 1956, NJ 1958, 2 m.nt. Kingma Boltjes (Van Leeuwen's Darmenhandel). In zijn algemeenheid geldt dat een bestuurder geen zakelijke kansen (*corporate opportunities*) die aan de rechtspersoon toekomen mag benutten voor zichzelf of anderen. Hij mag ook niet direct of indirect in concurrentie met de rechtspersoon treden.

11. Beginsel 7: Scherp onderscheid binnen- en buitenkant van de NV en BV

Met een scherp onderscheid tussen de binnenkant en de buitenkant doelt Timmerman op het feit dat allerlei partijen die contracteren met een NV of BV van interne 'strubbelingen' geen last hebben. Hij doelt dan in het bijzonder op artikel 2:130/240 lid 3 BW-NL: "*Bevoegdheid tot vertegenwoordiging die aan het bestuur of aan een bestuurder toekomt, is onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Een wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperking van of voorwaarde voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging kan slechts door de vennootschap worden ingeroepen.*" Deze bepaling heeft de rechtszekerheid in het handelsverkeer bevorderd (zie voor de regeling in Curaçao paragraaf 2.3.5).

Waar het om gaat is dat duidelijkheid bestaat of makkelijk kan worden verkregen over de vraag wie bevoegd is de NV of BV te vertegenwoordigen, en dat derden van enige onduidelijkheid niet het slachtoffer worden.

In Curaçao geldt kort gezegd dat, voor zover de statuten dit niet uitsluiten, een (directe of indirecte) beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden tegengeworpen aan een wederpartij die: (a) van de beperking op de hoogte was of zonder eigen onderzoek moest zijn, of (b) door raadpleging van het handelsregister op de hoogte kon zijn van de beperking (art. 2:10 lid 3 BW). In beide gevallen is dus sprake van ‘externe werking’ van die beperkingen. Deze werking kan evenwel worden weggenomen door een door het bestuur of een bestuurder van de rechtspersoon aan de betrokken derde afgegeven schriftelijke verklaring dat de rechtspersoon geen beroep zal doen op enige of een bepaalde beperking (art. 2:10 lid 4 BW).

12. Beginsel 8: Een meerhoofdig bestuur oefent zijn taak collegiaal uit

Het bestuur vormt een college dat collegiaal behoort te functioneren. Dat geldt ook voor de Raad van Commissarissen. In het Wijsmuller-arrest (HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 m.nt. Veegens en Scholten) heeft de Hoge Raad bepaald dat de betekenis van een bepaling in de statuten van een rechtspersoon, die voorschrijft dat een besluit moet uitgaan van een orgaan van die rechtspersoon, bij een orgaan dat uit meer personen is samengesteld, in het bijzonder hierin is gelegen, dat het besluit tot standkomt als *vrucht van onderling overleg* van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen.

In Curaçao geldt dat individuele bestuurders hun bevoegdheden uitoefenen met inachtneming van de besluiten van het bestuur (art. 2:8 lid 2 BW). Daarmee is vastgelegd dat in geval van een meerhoofdig bestuur, besturen een collegiale aangelegenheid en verantwoordelijkheid is (zie de paragrafen 2.3.5 en 3.2.1). Die collectieve verantwoordelijkheid werkt door in de regeling van de bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij het uitgangspunt hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders is (zie paragraaf 4.2.2).

13. Andere (opkomende) beginselen

Timmerman noemt (in 2009) nog twee in zijn ogen opkomende beginselen: (i) dat de rechter bij het toetsen van bestuurshandelen niet op de stoel van het bestuur mag plaatsnemen en (ii) dat het vennootschapsrecht niet dwingend is, tenzij rechtvaardiging voor die dwingendheid bestaat.

Wat de wijze van toetsing door de rechter betreft verwijs ik naar de paragrafen 4.2.2, 4.2.4 en 4.2.8. Kort gezegd gaat het er om dat de vraag of de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, moet worden beoordeeld op grond van hetgeen de bestuurder wist of kon voorzien ten tijde van de gewraakte handeling. Als met de kennis van nu wordt gekeken naar gebeurtenissen uit het verleden dan is de blik per definitie vertroebeld. Het is immers bekend tot welke gevolgen de gebeurtenissen hebben geleid en het is moeilijk, wellicht onmogelijk feiten en

omstandigheden ex ante te beoordelen zonder dat het feit dat de uitkomst bekend is (de gevolgen bekend zijn) daarop invloed heeft (het gevaar van *hindsight bias*). In zaken die de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen betreffen gaat het altijd om feiten en gebeurtenissen uit het verleden, een ver dan wel minder ver verleden. In geval de rechter moet oordelen over de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt dan moet hij (trachten) zich in die bestuurder te verplaatsen ten tijde van het verweten handelen of nalaten. Hij moet zich ervan bewust zijn dat niet de vraag voorligt of hij het redelijk vindt dat de gevolgen voor rekening en risico van de betrokken bestuurder dienen te komen, bijvoorbeeld omdat de gelaedeerde ernstig in zijn vermogen is getroffen en de bestuurder voldoende draagkrachtig is.

* * * * *