

VENNOOTSCHAP IN FINANCIËLE MOEILIJKHEDEN

Onderdeel 'Bestuurdersaansprakelijkheid
naar Nederlands-Antilliaans recht'

mr K. Frielink

(WTC, 6 maart 1998, 16.00-16.45 uur)

1. Inleiding

Hoewel we ons gelukkig mogen prijzen met het gegeven dat in een belangrijk deel van de deze week besproken jurisprudentie Antilliaanse partijen waren betrokken, soms ook rechterlijke colleges van hier, was de aandacht toch primair op het Nederlandse vennootschapsrecht gericht.

Wie van buitenaf en op een zekere afstand naar de Antilliaanse rechtsontwikkeling kijkt, heeft soms het gevoel dat de tijd hier heeft stilgestaan. Niets is echter minder waar: een stortvloed van landsverordeningen is de afgelopen decennia over ons heengekomen. Misschien verbaast het u, maar zo hebben ook wij bijvoorbeeld een meldpunt voor ongebruikelijke financiële transacties en een meldingsregeling voor diegenen die bepaalde grenzen overschrijden bij het verwerven of afstoten van ter beurse genoteerde effecten (Landsverordening zeggenschap in ter beurse genoteerde vennootschappen, waarover Marja Gorter al eens haar licht heeft laten schijnen).

Eén van die terreinen waar de wetgeving ten opzichte van Nederland een evident minder grote vlucht heeft gemaakt, betreft de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nederland

kent (met name sedert de jaren tachtig) een zeer uitvoerige en sterk gedetailleerde regeling, die (zoals dat bij dergelijke regelingen hoort) vezel voor vezel aan het rechterlijke oordeel wordt onderworpen. Een "*lawyers' paradise*" zou je zeggen.

Dat roept meteen de vraag op hoe dit onderwerp hier op de Antillen is geregeld. We zullen zien dat er enkele wezenlijke verschillen met Nederland zijn, maar dat het nog maar zeer de vraag is of die een ingrijpende wijziging van de regeling alhier zouden rechtvaardigen.

2. Aansprakelijkheid (ruime categorie)

Bij aansprakelijkheid kan aan een keur van gevallen worden gedacht: de onrechtmatige daad (bijvoorbeeld bij betalingsonwil, waarna de vennootschap faillieert), voor belastingschulden inzake bijvoorbeeld winst- en loonbelasting (geregeld in de betreffende belastingverordeningen), in de beginperiode van de vennootschap (artikel 40 WvK; daarop gaat collega Joubert nog in), bij faillissement, voor openbaar gemaakte maar misleidende jaarstukken (artikelen 117 en 129 WvK), en zo zal er nog wel wat te bedenken zijn.

Waar ik verder niet teveel van afweet, maar wat ik wel even genoemd wil hebben, is de bestuurdersaansprakelijkheid bij zetelverplaatsing. Op grond van de *Landsverordening Zetelverplaatsing Derde Landen* kan de rechter op verzoek van een of meer crediteuren de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de jegens hen bestaande verplichtingen van de naar het buitenland verplaatste vennootschap.

Ik wijs nog op het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba (13 december

1994, SJD 1994, 498) inzake Constance c.s. versus Noro c.s.:

- Constance c.s. -in hun hoedanigheid van aandeelhouder- vorderden schadevergoeding van Noro c.s. -in hun hoedanigheid van bestuurder- op de grond dat door wanbeleid van Noro c.s. de vennootschap schade zou hebben geleden en daardoor hun aandelen minder waard waren geworden.
- Subsidiair vorderden zij dat Noro c.s. de door de vennootschap geleden schade moesten vergoeden (aan de vennootschap) en wel zodanig dat de door Constance c.s. geleden schade volledig zou worden opgeheven.
- Deze vorderingen werden afgewezen.
 - i) Vaststond dat de aan Noro c.s. verweten handelingen niet specifiek op Constance c.s. waren gericht. Hier loopt de vordering uit onrechtmatige daad reeds spaak.
 - ii) Het Hof overweegt ook dat de norm 'bestuur de vennootschap zorgvuldig' geen norm is die strekt tot bescherming tegen schade in de vorm van waardevermindering van aandelen.
 - iii) Tenslotte stelt het Hof dat de organen van de vennootschap desgewenst de bestuurders wegens onbehoorlijk bestuur kunnen aanspreken. Uit artikel 124 WvK blijkt dat bij tegenstrijdig belang met een of meer bestuurders, behoudens een andere statutaire bepaling, de commissarissen de vennootschap vertegenwoordigen: zij kunnen dus een dergelijke actie instellen. De AVA kan ook steeds iemand daartoe aanwijzen. Doen de organen niets, dan nog hebben individuele aandeelhouders geen actie tegen de bestuurders. (Ik zou in dat geval, als de feiten 'hard' zijn, er nog wel een kort geding aan willen wagen,

waarbij ik benoeming van een onafhankelijke derde zou vorderen om de vennootschap in een tegen de bestuurders te entameren procedure te vertegenwoordigen. -KF).

In het licht van onder meer Poot/ABP (HR 2 december 1994, NJ 1995, 288) lijkt mij dat het Hof een juiste maatstaf heeft aangelegd.

Ik zal thans in algemene zin eerst de interne aansprakelijkheid bespreken en daarna op de aansprakelijkheid ingeval van faillissement ingaan.

3. Interne aansprakelijkheid

Iedere bestuurder is tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak, aldus artikel 106 WvK. Betreft het een aangelegenheid die tot het werkterrein van twee of meer bestuurders behoort, dan zijn zij hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk voor de ontstane schade.

Het gaat hier om een inspanningsverbintenis: de bestuurders moeten zich inzetten voor een behoorlijke uitoefening van hun taak. Een verwijt moet van een zekere ernst zijn alvorens een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld voor door de vennootschap geleden schade (HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543 [Debrot]¹ en HR 1 november 1991, NJ 1992, 32 [Van Helden]). Bij bijvoorbeeld 'opzet', 'bewuste roekeloosheid' en 'handelen in strijd met de wet' is al gauw sprake van een ernstig verwijt. Het enkele feit echter dat een investering jammerlijk is mislukt en de vennootschap schade heeft berokkend, is

¹ Dit betreft overigens een Antilliaanse zaak! Omdat Aruba geen deel van de Antillen meer uitmaakt, zou het vandaag de dag een Arubaanse zaak zijn geweest.

onvoldoende om interne aansprakelijkheid op te baseren. Zie ook het in de bundel opgenomen arrest inzake Van de Ven (HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360) en het artikel van De Kluiver (WPNR 1997/6273, blz. 373 e.e.).

Bij zijn toetsing zal de rechter de vraag moeten beantwoorden wat een redelijk handelend en redelijk bekwaam bestuurder onder de gegeven omstandigheden zou hebben gedaan. Een dergelijke toetsing wordt als marginaal of negatief aangeduid. De vraag is dus niet of de bestuurder het goed heeft gedaan (positieve toetsing) en evenmin of het nog beter had gekund.

De bestuurder die

- 1) kan bewijzen dat hem terzake niets te verwijten valt én
- 2) dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden,

is niet aansprakelijk. De rechter heeft een expliciete matigingsbevoegdheid (zelfs plicht) in het geval van hoofdelijke aansprakelijkheid: de bestuurder moet dan wel bewijzen dat de door de vennootschap geleden schade slechts voor een betrekkelijk gering deel aan hem te wijten is (artikel 107 WvK). Mij lijkt dat de rechter op grond van het gemene recht ook in andere gevallen tot matiging bevoegd moet worden geacht.

Eén curiositeit wil ik u niet onthouden: in artikel 113 WvK is geregeld het pandrecht op de aandelen die een bestuurder in de vennootschap waarvan hij bestuurder is houdt. In artikel 128 WvK wordt deze regeling van overeenkomstige toepassing op een commissaris verklaard. Dit pandrecht kan blijkens de wet worden gevestigd ter verzekering van de nakoming van de verplichtingen

jegens de vennootschap. Waarschijnlijk is deze bepaling nooit toegepast, nog daargelaten dat zonder deze bepaling een dergelijk pandrecht ook zou kunnen worden gevestigd.

4. Aansprakelijkheid bij faillissement

Ik richt mij hier op de faillissementssituatie. Het belangrijkste artikel waarop wij ons moeten concentreren is artikel 116 Wetboek van Koophandel. Dat artikel heeft betrekking op het geval dat de vennootschap is gefailleerd. In dat geval kan de curator van de bestuurders en commissarissen schadevergoeding vorderen, indien de toestand waarin de vennootschap verkeert (mede) is te wijten aan hun grove schuld of grove nalatigheid (in Nederland: "kennelijk onbehoorlijk bestuur").

Belangrijk is dat deze schadevergoeding alléén ten behoeve van de crediteuren kan worden gevorderd: dus niet ten behoeve van de aandeelhouders. (Ik roep in herinnering 2:138/248 BW-NED waarin het gaat om "het tekort van de boedel"!) Een eerder door de AVA verleende decharge doet niets af aan deze bevoegdheid van de curator (artikelen 116 en 127 WvK).

N.B.: Het gaat hier primair om interne aansprakelijkheid, namelijk van de bestuurder jegens de vennootschap. Deze is evenwel beperkt tot de vorderingen van de crediteuren. Daarom wordt wel verdedigd dat deze ook extern werkt.

Waar het gaat om commissarissen heeft de Rechtbank te Breda (1 mei 1990, NJ 1990, 740) geoordeeld dat aansprakelijkheid alleen aan de orde is voor door crediteuren geleden schade, wanneer hetgeen de commissarissen hebben gedaan of nagelaten, gelet op

hun wettelijke en statutaire taken, door geen redelijk handelende commissaris zou zijn gedaan of nagelaten (Tilburgse Hypotheekbank). Bovendien moet er sprake zijn geweest van een flagrante schending van elementaire beginselen van een goed commissariaat, waardoor het belang van de crediteuren, naar de commissarissen konden of behoorden te voorzien, werd geschaad ('grove schuld' / 'grove nalatigheid'). Typisch een 'onderbuikgevoel-criterium' of 'je voelt het op je klompen aan-toetsing'. De commissaris die weet heeft van wanbeleid van het bestuur, maar niet ingrijpt en lekker stil blijft zitten, die hangt. En dat is maar goed ook!

5. Decharge

Van decharge weten we dat we een vennootschapsrechtelijke en een contractuele variant hebben, en dat we bij beide varianten over impliciete en expliciete decharge kunnen spreken.

Decharge is ontslag uit (mogelijke) aansprakelijkheid voor reeds gepleegde handelingen. In het WvK (artikel 116) wordt over kwijting gesproken: ik zal hier het begrippenpaar 'kwijting en decharge' gebruiken. Ik bedoel daar hetzelfde mee.

Decharge moet bijvoorbeeld van exoneratie worden onderscheiden: exoneratie ziet op uitsluiting van aansprakelijkheid voor nog te verrichten handelingen. Bestuurders en commissarissen kunnen dat contractueel met de vennootschap overeenkomen: voor wat dat waard is natuurlijk (geldt in ieder geval niet bij 'opzet' en 'grove schuld'). Gemeenschappelijk kenmerk voor het onderwerp van vandaag is dat (de vennootschapsrechtelijke) kwijting en decharge enerzijds en exoneratie anderzijds zien op de *interne* aansprakelijkheid.

Voor een beperking van de externe aansprakelijkheid zie je bij bijvoorbeeld trustconstructies dat het trustkantoor een vrijwaring van de aandeelhouder verlangt (ook daarop gaat collega Joubert nader in).

De vennootschap zelf kan ook een vrijwaring afgeven, maar wat heb je daaraan als de vennootschap is gefailleerd? Een dergelijke vrijwaring kan zelfs in de statuten van de vennootschap worden opgenomen², zoals je wel bij Delaware-vennootschappen ziet (section 145 van de *General Corporation Law of Delaware*). De regeling daar is beperkt tot onder meer handelen in 'good faith' en in de redelijke veronderstelling dat dit handelen in het belang van de vennootschap was, althans niet tegen het belang van de vennootschap.

Het onderwerp decharge speelt bij de vraag naar de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen een rol. De AVA kan jaarlijks, al dan niet onder voorbehoud, kwijting en decharge aan het bestuur verlenen. Dit is meestal een automatisme. Anders dan De Kluiver meen ik dat met een decharge wordt beoogd de betrokken bestuurders en commissarissen te vrijwaren van interne aansprakelijkheid. In de optiek van De Kluiver -waarbij hij niet stelt het geldende recht weer te geven- is kwijting en decharge een vertrouwensvotum: een juridisch schouderklopje zonder essentiële betekenis. Zijn opvatting sluit aan bij de leer in de Bondsrepubliek Duitsland en Frankrijk.

Deze kwijting en decharge dekt slechts die handelingen waarvan uit de overgelegde stukken blijkt. Een eenmaal verleende en

² Dit komt geregeld voor; naar ik begrip bij Amoco zelfs standaard. In Nederland heb ik dit slechts één keer gezien.

niet meer aantastbare (bijvoorbeeld op grond van dwaling) kwijting en decharge voor een door de bestuurder verrichte rechtshandeling, kan geen aanleiding meer zijn voor een interne aansprakelijkstelling.

Je kunt je hier nog wel de vraag stellen hoe de relatie tussen een bestuurder en de vennootschap moet worden gequalificeerd en hoe dat doorwerkt in de kwijting en decharge. Bestuurders staan immers veelal niet alleen in een organisatierechtelijke betrekking tot de vennootschap, maar ook in een contractuele relatie. In Nederland zijn daarvoor zelfs benoemde overeenkomsten beschikbaar, namelijk de overeenkomsten van arbeid en opdracht.

Werkt bijvoorbeeld een door de AVA in de jaarvergadering verleende kwijting en decharge door in de contractuele relatie tussen een bestuurder en zijn vennootschap? Het zou kunnen, maar geheel zeker weten doe ik het niet.

Dezelfde vraag laat zich stellen wanneer de vennootschap is gefailleerd en de curator een interne aansprakelijkstelling overweegt. Bij faillissement heeft een curator niets met een eerder door de AVA verleende decharge te maken (artikelen 116 en 127 WvK). Mij dunkt dat dit geldt voor de vennootschapsrechtelijke en de eventuele contractuele decharge.

Ingeval een bestuurder of commissaris expliciet decharge wordt verleend voor zijn volledige doen en laten, en dat bovendien zonder voorbehoud, dan kun je verdedigen dat de verlener als het ware alle goede en kwade kansen in zijn besluit heeft verdisconteerd, en dat in ieder geval hij deze decharge in rechte niet makkelijk ongedaan zal kunnen maken (ik laat de faillissementssituatie even daar). Een dergelijke decharge

wordt in de regel door een verkoper/directeur bedongen van zijn potentiële opvolgers, terwijl hij deze ook van de vennootschap krijgt die hij verkoopt.

Bij de 'automatische' decharge in de jaarlijkse AVA ligt dat duidelijk anders. In zijn genoemde WPNR-artikel bespreekt De Kluiver het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1997, NJ 1997, 360 inzake Van de Ven B.V. Daarin is kortweg uitgemaakt dat een decharge zich *niet* uitstrekt tot i) informatie waarover een individuele aandeelhouder uit anderen hoofde (dus buiten de AVA om) reeds beschikt, en ii) noch tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of niet anderszins aan de AVA zijn bekend gemaakt voor de vaststelling van de jaarrekening.

De discussie in de doctrine even daarlatende, zou ik zelf menen dat, ingeval alle aandeelhouders voor de vaststelling van de jaarrekening over de betreffende informatie beschikken, al dan niet verworven in het verband van de AVA, en wordt de decharge desondanks verleend, dat daarop dan niet meer kan worden teruggekomen. Relativering van het dechargebesluit, zoals in het Van de Ven-arrest, is prima, maar deze moet niet verder gaan dan redelijkerwijs nodig is.

6. Tot slot nog dit (hartekreet)³

Bij vraagstukken als bestuurdersaansprakelijkheid, maar ook bijvoorbeeld de doorstart na een faillissement, concentreren de beschouwingen zich veelal rond 'misbruik'. Daarbij wordt wel eens over het hoofd gezien dat er in dit leven veel misgaat, ook zonder dat iemand daarvan rechtens een verwijt kan worden gemaakt, laat staan dat hij daarvoor aansprakelijk zou kunnen

³ Mede gebaseerd op 'De beste stuurlii' van J.C.P. Ekering.

worden gesteld.

Zo hangt rond faillissementen niet zelden de geur van falende en dus domme bestuurders, *no no's* waarvan iedereen zich afvraagt hoe die ooit tot bestuurder hadden kunnen worden benoemd, mensen met wie we in het openbaar niet of niet meer willen worden gezien. Hun blunders worden paginabreed uitgemeten, en hun successen lijken volledig vergeten.

Ik heb daar moeite mee. Niet alleen professioneel, omdat ik deze non-valeurs en knoeiers, althans zoals sommigen hen zien, wel eens verdedig, maar vooral omdat deze benadering naar mijn gevoel geen recht doet aan die talloze bestuurders die zich jarenlang met hart en ziel hebben ingespannen, maar uiteindelijk het schip niet drijvende kunnen houden.

Als we geroepen worden om achteraf te oordelen over het doen en laten van anderen, dan zijn we waarschijnlijk allemaal als 'de beste stuurman' aan te merken. Als het schip op de bodem van de zee ligt, weten we welke koers we hadden moeten varen om de klip of de ijsschots te ontwijken. In dat opzicht hebben historici het zoveel makkelijker dan futuristen.

Ik wil hiermee slechts aangeven dat de ene bestuurder de andere niet is. Laten we, als we bijvoorbeeld tot curator worden benoemd, de goede trouw van de betrokken bestuurders en commissarissen veronderstellen. Tijd om het tegendeel te bewijzen is er doorgaans wel, maar tijd om (naar veelal later moet worden vastgesteld) onterechte aantijgingen en beschuldigingen recht te zetten, niet alleen financieel maar vooral emotioneel, is er meestal niet! Laten we bij het beoordelen van 'blunders' van anderen, steeds eerst een 'blunder' van onszelf in onze

herinnering oproepen en ons de vraag stellen 'Hoe heeft het zover kunnen komen?'. Ik denk en hoop dat ons dat milder stemt in ons oordeel.

Literatuur

- 1) M. van der Plank, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, in: Congres 'Het N.V.-recht in beweging', Antilliaanse Juristen Vereniging, 17 januari 1992, blz. 31-45.
- 2) H.Th.M. Burgers, *Het Antilliaanse vennootschapsrecht*, 1994, 160 bladzijden.
- 3) E.L. Joubert, *De naamloze vennootschap naar Nederlands-Antilliaans recht*, 1984, 104 bladzijden.