

I

PAO-Cursus
Radboud Universiteit Nijmegen &
The University of Curaçao
ACTUALITEITEN ONDERNEMINGSRECHT
**“Trustkantoren, schaduwbestuurders
en aansprakelijkheid”**

Dinsdag 13 maart 2018 – UoC, Curaçao
Mr. K. Frielink
08.15 – 10.30 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. Zijn wetenschappelijke publicaties zijn daar ook te vinden (<http://www.curacao-law.com/wetenschappelijke-publicaties/>). Voor vragen en opmerkingen: kfrielink@bzselaw.com.

II

Feitelijk bestuurder, *de facto* bestuurder, quasi-bestuurder en schaduwbestuurder: dit zijn begrippen die te maken hebben met bestuursdaden bij rechtspersonen. De vraag is wat precies onder deze begrippen moet worden verstaan en (tevens) in welke gevallen een (rechts)persoon voor een dergelijke kwalificatie in aanmerking komt.

De begrippen stroman en katvanger *kunnen* te maken hebben met bestuursdaden bij rechtspersonen. Maar dan gaat het niet om een aanduiding van de quasi-bestuurder, maar van de formele bestuurder die zich als dekmantel laat gebruiken. Beide begrippen hebben een negatieve connotatie. Dit betreft maar een klein deel van de gevallen waarin sprake is van een quasi-bestuurder.

Het doel van mijn verhaal vandaag is (i) om aan te geven dat situaties waarin quasi-bestuurders (en quasi-commissarissen) een rol spelen vaker voorkomen dan we denken; (ii) dat er ‘goede’ en ‘foute’ quasi-bestuurders (en quasi-commissarissen) zijn; en (iii) dat de verplichtingen van quasi-bestuurders – denk aan de quasi-bestuurder op wie de administratieplicht rust - enigszins stiefmoederlijk bedeed zijn in de wetgeving en literatuur. Verder komt de vraag aan de orde hoe het geval moet worden beoordeeld waarin een trustkantoor als bestuurder van een cliëntentiteit (vennootschap of stichting) (stelselmatig) handelt overeenkomstig de wensen en instructies van zijn opdrachtgever (*ultimate beneficiary*). Ik ga uit van het recht van Curaçao, maar zal ook kort dat van Nederland bespreken, en eveneens kort dat van enkele andere Europese landen.

III

Een zekere afbakening van het onderwerp is nodig voor het kunnen maken van een goede analyse. Onder de formele (*de iure* of statutaire) bestuurder versta ik degene die als zodanig is benoemd in overeenstemming met de van toepassing zijnde bepalingen van, dan wel krachtens de wet en de statuten.

Ik gebruik het begrip “quasi-bestuurder” als de generieke term en ga daarbij uit van de volgende drie categorieën: een quasi-bestuurder is

- (i) een persoon die zelf handelt of zich gedraagt als bestuurder maar géén statutair bestuurder is (de *de facto* bestuurder), of
- (ii) een persoon die – niet zijnde een statutair bestuurder - zodanige invloed op één of meer statutaire bestuurders uitoefent dat deze zich gedwongen voelen te handelen overeenkomstig diens wensen of instructies, of
- (iii) een persoon die – niet zijnde een statutair bestuurder – met de statutaire bestuurder(s) heeft afgesproken dat zijn wensen (in beginsel) zullen worden uitgevoerd.¹

¹ Zie voor een andere indeling J.N. Schutte-Veenstra, ‘Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil?’, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 129-156.

In het eerstgenoemde geval (een persoon gedraagt zich openlijk als bestuurder) kunnen bestuurshandelingen tezamen met, maar ook geheel buiten het formele bestuur om worden verricht. In de andere twee gevallen is er altijd sprake van (vrijwillige of afgedwongen) ‘samenwerking’ met het formele bestuur.

Er zijn twee elementen van belang. Het gaat bij de quasi-bestuurder zoals ik het begrip hanteer per definitie om iemand die niet deel uitmaakt van het formele / statutaire bestuur van de rechtspersoon. En het gaat om iemand die direct of indirect op de stoel van het bestuur zit. Vandaar dat veelal over de feitelijk bestuurder of de *de facto* bestuurder wordt gesproken, waartegenover dan de statutaire bestuurder staat, die ook wel wordt aangeduid als de formele bestuurder of de *de iure* bestuurder.

De categorie quasi-bestuurders kan op verschillende manieren worden ingedeeld:

- de voor de buitenwereld zichtbare en niet zichtbare quasi-bestuurders;
- de quasi-bestuurders die wel en die niet te goeder trouw zijn; en
- de incidentele en de (meer) structurele quasi-bestuurders.

De quasi-bestuurder die voor de buitenwereld niet (altijd) zichtbaar is wordt ook wel schaduwbestuurder genoemd. Hij staat als het ware (onzichtbaar) in de schaduw van de statutaire bestuurder. Denk in dat verband aan de aandeelhouder die achter de schermen overwegende invloed op het doen en laten van het bestuur uitoefent, waarbij het bestuur zich gedwongen voelt te handelen overeenkomstig de wensen van die aandeelhouder. Het niet zichtbaar zijn is in dit verband overigens een ingeburgerd maar rekkelijk begrip: de betrokkene kan best zichtbaar zijn. Waar het dan ook in de kern op neerkomt is dat hij niet zelf de bestuursdaden verricht, maar dat het formele bestuur die op zijn instigatie verricht. De aandeelhouder die gebruik maakt van bijvoorbeeld een statutair vastgelegde instructiebevoegdheid is niet reeds op die grond als een schaduwbestuurder aan te merken. Dat wordt anders als hij door het uitoefenen van druk de bestuursautonomie aantast. Aan een mogelijke discussie over de aard en reikwijdte van het begrip bestuursautonomie ga ik hier voorbij.

Daartegenover staat degene die zich als statutair bestuurder van de rechtspersoon aan de buitenwereld presenteert, maar die functie niet heeft. Hier kan een onderscheid worden

gemaakt tussen personen die dat te goeder trouw doen en personen bij wie de goede trouw ontbreekt. Iemand kan op goede gronden menen statutair bestuurder te zijn, maar zijn zittingstermijn kan onopgemerkt zijn verstreken of aan zijn benoemingsbesluit blijken zodanige gebreken te kleven dat het niet rechtsgeldig is. Niet te goeder trouw is degene die weet dat hij geen statutair bestuurder is, maar zich wel als zodanig voordoet. Diens doen en laten kan de rechtspersoon voordeel opleveren, maar uiteraard ook schade toebrengen, en zelfs leiden tot het faillissement van de rechtspersoon.

Tot de categorie quasi-bestuurders behoren niet de leden van andere organen van de rechtspersoon (RvC, RvT, algemene vergadering) noch bijvoorbeeld titulaire directeuren, bedrijfsleiders en externe financiers voor zover zij handelen binnen de (wettelijk of statutair) voorgeschreven of gebruikelijke uitoefening van hun functie of beroep. De grens is soms vaag, maar zolang deze personen niet direct of indirect op de stoel van het bestuur gaan zitten, worden zij niet als quasi-bestuurder aangemerkt.

Een apart bestuursmodel dat in dit verband moet worden genoemd is het Executive Committee (Ex-Co). Bij dit bestuursmodel maken naast de statutaire bestuurders ook leden van het hoger management deel uit van het Ex-Co. De precieze status van het Ex-Co is onduidelijk, al wordt aangenomen dat het geen orgaan van de rechtspersoon is. Niet-statutaire leden van een Ex-Co lopen het risico als quasi-bestuurder te worden aangemerkt.² Dit zal (mede) afhangen van hoe het Ex-Co is georganiseerd en of de leden daarvan die geen formeel bestuurder zijn, overwegende (incidenteel wellicht zelfs manipulatieve) invloed op de formele bestuurders kunnen uitoefenen of ‘slechts’ een adviserende stem hebben.

IV

Aan het zijn van quasi-bestuurder kunnen civielrechtelijke, strafrechtelijke en fiscale gevolgen zijn verbonden, in het bijzonder wat betreft de persoonlijke aansprakelijkheid. Aan het strafrecht besteed ik geen aandacht.

² Zie K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 3.2.1., noot 3.

Wat het fiscale recht betreft noem ik slechts een kort gedingvonnis van het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao van 19 december 2017³. In deze zaak vorderde een vermeend feitelijk bestuurder opheffing van een door de Ontvanger ten laste van de eiser gelegd executoriaal beslag voor belastingschulden van een vennootschap. Het Gerecht overwoog dat de aansprakelijkheid van een *feitelijk beleidsbepaler* voor belastingschulden van een vennootschap niet met zoveel woorden uit de diverse belastingverordeningen volgt. Deze belastingverordeningen hebben gemeen dat daarin, behalve de desbetreffende belastingplichtige (in dit geval een vennootschap), de bestuurder van de belastingplichtige wordt vermeld als degene die naast de belastingplichtige zelf hoofdelijk aansprakelijk is voor de desbetreffende belastingschuld. De feitelijk beleidsbepaler wordt dus niet genoemd; in de vergelijkbare fiscale regelgeving in Nederland en Aruba is dit anders. Het Gerecht sluit niet uit dat het begrip ‘bestuurder’ in de Curaçaose belastingverordeningen zo moet worden gelezen dat dit ook ziet op degene die feitelijk de vennootschap heeft bestuurd, maar komt aan de beantwoording van die vraag niet toe, omdat de betrokkene naar het oordeel van het Gerecht de vennootschap niet feitelijk heeft bestuurd. Op dat laatste kom ik straks nog terug.

V

Voordat we naar het recht van Curaçao en Nederland gaan kijken, een klein uitstapje naar het buitenland.⁴ Ik zal daarbij het buitenlandse recht – om het overzichtelijk te houden - zoveel mogelijk weergeven in begrippen naar ons eigen recht (dat van Curaçao en Nederland), wat ook niet bezwaarlijk is, aangezien het doel vandaag niet een of andere vorm van methodische rechtsvergelijking is.

Ik zal drie categorieën hanteren: (i) landen met een wettelijk onderscheid tussen formele en quasi-bestuurders; (ii) landen met een wettelijk onderscheid schaduwbestuurders en quasi-bestuurders; en (iii) landen zonder een wettelijke regeling inzake quasi-bestuurders.

³ GEAC 19 december 2017 inzake X vs Ontvanger (ECLI:NL:OGEAC:2017:194).

⁴ Bron: C. Gerner-Beuerle et al., *Annex to Study on Directors' Duties and Liability*, prepared for the European Commission DG Markt, London: The London School of Economics and Political Science 2013 (http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-reports_en.pdf).

VI

A. *Wettelijk onderscheid formele en quasi-bestuurders*

In diverse landen wordt in de wet zelf een onderscheid gemaakt tussen formele bestuurders en quasi-bestuurders. Dat geldt voor Nederland en Curaçao, die we later nog zullen bespreken. Verder kan worden gedacht aan onder meer de volgende gevallen.

België

In België wordt de quasi-bestuurder maar in één civiel wetsartikel genoemd, namelijk in artikel 530 van het Wetboek van Vennootschappen.⁵ In § 1 daarvan is bepaald: “*Indien bij faillissement van de vennootschap de schulden de baten overtreffen, kunnen bestuurders of gewezen bestuurders, alsmede alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot het beloop van het tekort, indien komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement.*”

Uit de rechtspraak in België blijkt echter dat ook in andere gevallen quasi-bestuurders aansprakelijk kunnen worden gesteld als ware zij bestuurder. Een persoon wordt als quasi-bestuurder aangemerkt als hij actief en onafhankelijk bestuursdaden verricht. Enige discussie in de literatuur bestaat over de vraag of het zodanig beïnvloeden van het bestuur van een vennootschap (dus door een schaduwbestuurder), dat het bestuur bepaalde bestuursdaden verricht, voldoende is om als quasi-bestuurder te worden aangemerkt. Het geven van advies of het doen van suggesties wordt in dat verband in ieder geval onvoldoende geacht.

⁵ De feitelijk bestuurder wordt in België daarnaast genoemd in artikel 492bis van het Strafwetboek. Artikel 492bis Strafwetboek stelt strafbaar de – zowel formele als feitelijke - bestuurders van burgerlijke of handelsvennootschappen, en van verenigingen zonder winstoogmerk, die met bedrieglijk opzet en voor persoonlijke rechtstreekse of indirecte doeleinden gebruik hebben gemaakt van de goederen of van het krediet van de rechtspersoon, hoewel zij wisten dat zulks op betekenisvolle wijze in het nadeel was van de vermogensbelangen van de rechtspersoon en van die van zijn schuldeisers of vennoten. Die bepaling heeft tot doel de handelingen strafbaar te stellen van bestuurders die hun bevoegdheden niet in het belang van de vennootschap gebruiken, maar die voor persoonlijke doeleinden gebruik maken van rechten of goederen die toebehoren aan de vennootschap.

Griekenland

Op grond van artikel 98 van de Griekse Faillissementswet zijn de bestuurders van een vennootschap aansprakelijk voor schade die crediteuren lijden als gevolg van het niet tijdig aanvragen van het faillissement. De bestuurders zijn aansprakelijk voor de schade ontstaan tot aan het indienen van de faillissementsaanvraag. Indien het faillissement het gevolg is van bewust tekortschietend handelen of niet handelen van het bestuur dan wel indien sprake is van grove nalatigheid, dan zijn zij hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade.

Op grond van artikel 98 lid 2 van de Griekse Faillissementswet kunnen derden die invloed hebben uitgeoefend op het doen en laten van bestuur in de twee hiervoor genoemde gevallen, dan zijn zij gezamenlijk met deze bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor de schade. De feitelijk bestuurder kan derhalve aansprakelijk zijn voor het uitoefenen van invloed op het bestuur (i) waardoor de faillissementsaanvraag te laat is ingediend, en (ii) indien het faillissement het gevolg is van onbehoorlijk bestuur.

De gedachte achter deze bepaling is dat, hoewel feitelijke bestuurders (en dat kunnen bijvoorbeeld aandeelhouders en financiers zijn) wellicht niet rechtsreeks een relatie hebben met de crediteuren van de vennootschap, zij wel geacht worden rekening te houden met de belangen van deze crediteuren en ervoor moeten zorgen dat deze crediteuren (i) geen schade lijden als gevolg van een vertraging in het aanvragen en uitspreken van het faillissement van de vennootschap en (ii) geen schade lijden als gevolg van onbehoorlijk bestuur dat (mede) is veroorzaakt door de feitelijke bestuurders.

Voor de overige gevallen kent Griekenland geen wettelijke regeling. In de rechtspraak wordt het fenomeen feitelijk bestuurder echter ook buiten het genoemde faillissementsgeval erkend. De feitelijk bestuurder is een persoon die op grond van zijn positie binnen de vennootschap (bijvoorbeeld een aandeelhouder met een controlerend belang) of zijn relatie met de vennootschap (een belangrijke crediteur of leverancier) significante invloed uitoefent over het bestuur van de vennootschap. Indien een vennootschap schade lijdt of failliet gaat als gevolg van de (manipulatieve) invloed van de feitelijk bestuurder op de beslissingen van het formele bestuur, kan de feitelijk bestuurder niet alleen strafrechtelijk maar ook civielrechtelijk aansprakelijk zijn.

Om als feitelijk bestuurder te kunnen worden aangemerkt moet aan drie voorwaarden zijn voldaan: (a) de vermeende feitelijk bestuurder moet betrokken zijn bij het bestuur van de vennootschap en een actieve rol spelen bij de beslissingen die worden genomen, in het bijzonder beslissingen met significante invloed op het financiële welzijn van de vennootschap; (b) de betrokken persoon is niet benoemd tot formeel bestuurder dan wel zijn benoeming is in strijd met de wet; en (c) de vennootschap moet de betrokken persoon wat betreft zijn bemoeienis hebben aangemoedigd dan wel die bemoeienis bewust hebben toegestaan of getolereerd.

Luxemburg

In de Luxemburgse wetgeving wordt de feitelijk bestuurder wel expliciet maar de schaduwbestuurder niet genoemd.⁶ In de literatuur wordt aangenomen dat het begrip schaduwbestuurder deel kan uitmaken van het begrip feitelijk bestuurder. Blijkens de rechtspraak zijn er twee basisvoorwaarden waaraan moet zijn voldaan wil een persoon als feitelijk bestuurder kunnen worden aangemerkt: (i) het moet gaan om het actief sturing geven aan de vennootschap (het geven van advies bijvoorbeeld, is daarvoor niet voldoende), én (ii) dat actief sturing geven moet in vrijheid en onafhankelijkheid plaatsvinden. De feitelijk is bestuurder is blijkens de rechtspraak onderworpen aan dezelfde verplichtingen als een formele bestuurder en loopt eenzelfde risico op persoonlijke aansprakelijkheid.

Voor alle bestuurders (formeel en quasi) geldt dat zij op grond van het leerstuk onrechtmatige daad aansprakelijk kunnen zijn. In de literatuur wordt opgemerkt dat de schaduwbestuurder (dat als juridisch begrip naar het recht van Luxemburg niet bekend

⁶ Vgl. Article 444-1 Code de commerce du Grand-Duché de Luxembourg: “*Si le failli ou les dirigeants de droit ou de fait, associés ou non, apparents ou occultés, rémunérés ou non, d’une société déclarée en état de faillite, qu’ils soient en fonctions ou retirés de la société au moment de la déclaration en faillite, ont contribué à la faillite par une faute grave et caractérisée, le tribunal d’arrondissement siégeant en matière commerciale qui a prononcé la faillite ou, en cas de faillite prononcée à l’étranger, le tribunal d’arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale, peuvent prononcer à l’encontre de ces personnes l’interdiction d’exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale ainsi qu’une fonction d’administrateur, de gérant, de commissaire, de réviseur d’entreprises, de d’entreprises agréé ou toute fonction conférant le pouvoir d’engager une société. L’interdiction est obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse.*” Zie ook Article 495-1: “*Lorsque la faillite d’une société fait apparaître une insuffisance d’actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur, que les dettes doivent être supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait apparents ou occultés, rémunérés ou non, à l’égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite.*”

is), voor zover diens activiteiten hem niet kwalificeren als feitelijk bestuurder, langs de weg van de onrechtmatige daad aansprakelijk zou kunnen zijn voor bestuursdaden.

Tjechië

In artikel 66 lid 6 van het Tjechische Wetboek van Koophandel is kort gezegd bepaald dat alle bepalingen inzake de aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen, ook van toepassing zijn op personen die op basis van een overeenkomst, hun aandeel in de vennootschap of op een andere grond substantiële invloed hebben op het doen en laten van de vennootschap, ook al zijn zij geen lid van enig orgaan van de vennootschap, en ongeacht de relatie die zij met de vennootschap hebben.⁷

Het kernbegrip is hier dus het uitoefenen van substantiële invloed op het doen en laten van de vennootschap, ongeacht of dat geschiedt op basis van een statutaire of contractuele basis. Op grond van deze bepaling kan dus bijvoorbeeld ook een bedrijfsleider (niet zijnde een formele bestuurder) zonder beperking met bestuurdersaansprakelijkheid worden geconfronteerd.

Verenigd Koninkrijk

In de UK Companies Act 2006 is een specifieke regeling inzake schaduwbestuurders bij vennootschappen opgenomen, die ook tot de nodige rechtspraak heeft geleid. In artikel 251 lid 1 van de Companies Act 2006 wordt de schaduwbestuurder omschreven als de persoon op basis van wiens aanwijzingen of instructies (*'directions or instructions'*) het bestuur gewoonlijk handelt.⁸

⁷ Section 66(6) Czech Commercial Code: “*The provisions of this Code and specific statutory provisions on the rights and duties of company organs and members of such organs shall also apply to persons who, on the basis of a contract (an agreement), their business share in a company or of another fact having a substantial influence on the company's conduct, even though they are not company organs or members of such organs, irrespective of their relationship to the company.*”

⁸ Section 251(1) Companies Act 2006: “*In the Companies Acts “shadow director”, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.*”. Zie ook Section 251(2) Companies Act 2006: “*A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act (a) on advice given by that person in a professional capacity; (b) in accordance with instructions, a direction, guidance or advice given by that person in the exercise of a function conferred by or under an enactment; (c) in accordance with guidance or advice given by that person in that person's capacity as a Minister of the Crown (within the meaning of the Ministers of the Crown Act 1975).*” En Section 251(3): “*A body corporate is not to be regarded as a shadow director of any of its subsidiary companies for the purposes of Chapter 2 (general duties of directors), Chapter 4 (transactions requiring members' approval), or Chapter 6 (contract with sole member who is also a director), by reason only that the directors of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its directions or instructions.*”

Op grond van de rechtspraak geldt het volgende.⁹ Er moet ten minste een vaste meerderheid van de bestuurders zijn die de aanwijzingen en instructies gewoonlijk volgt. De bestuurders moeten daadwerkelijk handelen overeenkomstig de aanwijzingen en instructies en wel gedurende een zekere tijd: er moet dus sprake zijn van een patroon van opvolging. Een enkele instructie die wordt opgevolgd is dus niet voldoende om de persoon die de instructie heeft gegeven als een schaduwbestuurder aan te merken. Het is niet nodig dat een persoon aanwijzingen of instructies inzake alle (belangrijke) onderwerpen geeft om het tot schaduwbestuurder te maken, maar wel moet worden aangetoond dat hij reële invloed op het bestuur heeft. Verder hoeft de schaduwbestuurder niet in de schaduw te opereren, maar kan dat ook in alle openheid. Als aan deze voorwaarden is voldaan kan elke natuurlijke persoon of rechtspersoon schaduwbestuurder zijn: de moedermaatschappij of elke andere aandeelhouder met een controlerend belang, een bank, of een schuldeiser van de vennootschap.

In artikel 170 lid 5 van de UK Companies Act 2006 is bepaald dat de algemene verplichtingen die op formele bestuurders rusten voor zover mogelijk van overeenkomstige toepassing zijn op schaduwbestuurders.¹⁰ Hieronder vallen bijvoorbeeld de fiduciaire plicht van formele bestuurders¹¹ en de verplichting tot het betrachten van redelijke zorg en bekwaamheid bij het uitoefenen van de bestuurstaak.

VII

B. Wettelijk onderscheid schaduwbestuurders en quasi-bestuurders

Er zijn ook landen waar de wet een onderscheid maakt tussen schaduwbestuurders en de overige quasi-bestuurders.

Cyprus

The Companies Law van Cyprus bevat geen definitie van bestuurder. In artikel 2 lid 1 is wel bepaald dat het begrip ‘bestuurder’ een ieder omvat die de functie van bestuurder uitoefent, onder welke benaming dan ook.

⁹ Vgl. *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* [2001] en Kathy Idensohn, *The Regulation of Shadow Directors*, (2010) 22 SA Merc LJ 326–345.

¹⁰ Section 170(5) Companies Act 2006: “*The general duties apply to a shadow director of a company where and to the extent that they are capable of so applying.*”

¹¹ Waaronder de verplichting te handelen in het belang van de vennootschap; de verplichting onafhankelijk te handelen; de verplichting tot geheimhouding; en de verplichting om belangenconflicten te voorkomen.

Wat betreft feitelijke bestuurders bepaalt artikel 174 van *The Companies Law* dat handelingen van een bestuurder of manager rechtsgeldig zijn, ook als achteraf wordt vastgesteld dat er een gebrek kleeft aan diens benoeming of bevoegdheid.¹² Een derde mag dus afgaan op de schijn dat iemand rechtsgeldig benoemd en bevoegd is. Deze bepaling ziet derhalve op de bescherming van derden.

In artikel 187 lid 10 onder (b)(i) van *The Companies Law*, welk artikel kort gezegd handelt over het bijhouden van een aandelenregister waar het betreft belangen van de bestuurders in de vennootschap, is bepaald dat elke persoon op wiens advies of instructies de bestuurders van de vennootschap gewoonlijk handelen, in dit verband geacht wordt een bestuurder van de vennootschap te zijn.¹³ Met andere woorden: een schaduwbestuurder is in gelijke mate aansprakelijk voor het niet bijhouden van het register als een formele bestuurder.

Voor de overige gevallen (bestuurdersaansprakelijkheid van quasi-bestuurders) zullen de rechters in Cyprus blijken de literatuur de Engelse jurisprudentie volgen.

VIII

C. Geen wettelijke regeling quasi-bestuurders

Ten slotte zijn er landen waar de quasi-bestuurder niet wettelijk is geregeld, waarbij in het ene land wel en het andere niet op grond van rechtspraak kan worden vastgesteld dat ook quasi-bestuurders aansprakelijk kunnen zijn voor bestuurshandelingen.

Bulgarije

Bulgarije heeft het fenomeen quasi-bestuurder niet wettelijk geregeld en er is ook geen rechtspraak op grond waarvan quasi-bestuurders aansprakelijk worden gehouden.

¹² Article 174 of The Companies Law of Cyprus: “*The acts of a director or manager shall be valid notwithstanding any defect that may afterwards be discovered in his appointment or qualification.*”

¹³ Article 187(10) beginning and (b)(i) of The Companies Law of Cyprus: “*For the purposes of this section (...) a director of a company shall be deemed to hold, or to have any interest or right in or over, any shares or debentures if a body corporate other than the company holds them or has that interest or right in or over them, and either (i) that body corporate or its directors are accustomed to act in accordance with his directions or instructions (...)*”.

Wel geldt in Bulgarije dat een 100% houdstermaatschappij als bestuurder van de dochter wordt aangemerkt indien zij geen formele bestuurder heeft benoemd, maar feitelijk zelf het bestuur uitoefent. Hier geldt dus een dubbel criterium.

Croatië

Croatië heeft het fenomeen feitelijk bestuurder niet wettelijk geregeld en er is ook geen rechtspraak op grond waarvan dergelijke bestuurders aansprakelijk worden gehouden. In de literatuur wordt verdedigd dat feitelijk bestuurders (degenen van wie het besluit inzake de benoeming een gebrek vertoont of die zich als zodanig gedragen) in termen van aansprakelijkheid met formele bestuurders gelijkgesteld zouden moeten worden.

Het fenomeen schaduwbestuurder is in Croatië in zoverre wettelijk geregeld, dat personen die welbewust het bestuur (of een ander relevant orgaan) beïnvloeden tot het verrichten van een bestuursdaad die de vennootschap en/of haar aandeelhouders schade berokkent, aansprakelijk zijn jegens de vennootschap alsmede (rechtstreeks) jegens de aandeelhouders, wat die laatsten betreft, voor schade die zij los van de vennootschap lijden en niet op de vennootschap kunnen verhalen. Die beïnvloeding kan blijken de rechtspraak ook plaatsvinden door het uitoefenen van stemrecht in de algemene vergadering. Er geldt een hoofdelijke aansprakelijkheid met de schaduwbestuurder voor bestuurders (e.d.) die hun verplichtingen hebben geschonden. Hierbij geldt blijken de rechtspraak dat voor de formele bestuurders ‘nalatigheid’ reeds voldoende is voor aansprakelijkheid, maar dat voor schaduwbestuurders geldt dat zij hun invloed welbewust hebben moeten uitgeoefend.

Duitsland

Personen die zich gedragen als formele bestuurder, maar dat niet zijn worden in Duitsland feitelijk (*de facto*) bestuurder genoemd. Een persoon kan feitelijk bestuurder zijn als hij zich als bestuurder gedraagt maar niet als zodanig is benoemd, of zich als bestuurder gedraagt maar zijn benoeming nietig blijkt te zijn. In beide gevallen gelden er drie criteria: (a) de betrokken persoon is niet rechtsgeldig benoemd als formeel bestuurder; (b) de betrokken persoon handelt als een formele bestuurder, en (c) de formele bestuurders en/of medewerkers van de vennootschappen handelen overeenkomstig zijn instructies. Bij de vraag of iemand een feitelijk bestuurder is spelen ook factoren mee als de intensiteit en de duur van zijn invloed en handelen. Verder moet

de betrokken persoon de vennootschap besturen als ware hij de formele bestuurder, en zich ook jegens derden als zodanig presenteren. Verdedigd wordt dat een rechtspersoon géén feitelijk bestuurder kan zijn.

Wat betreft schaduwbestuurders geldt in Duitsland ten eerste dat die per definitie niet een formele bestuurder van de betrokken vennootschap kan zijn. In tegenstelling tot de feitelijk bestuurder, neemt de schaduwbestuurder niet zichtbaar deel aan de besluitvorming binnen de vennootschap. Wel stuurt hij het bestuur van de vennootschap aan en geeft instructies aan de formele bestuurders, die door laatstgenoemden worden opgevolgd.

Frankrijk

Frankrijk kent geen wettelijke regeling. Een feitelijk bestuurder (*dirigeants de fait*) wordt in de rechtspraak omschreven als een persoon die, alleen of tezamen met anderen, in vrijheid en onafhankelijkheid managementactiviteiten verricht die de vennootschap verbinden, zulks op een regelmatige en voortdurende basis, zonder dat de betrokkene deel uitmaakt van het formele bestuur. Het kan bijvoorbeeld gaan om iemand die, niet zijnde de formele bestuurder, bestuursvergaderingen voorziet of zelfstandig belangrijke beslissingen voor de vennootschap neemt. De feitelijke bestuurder wordt wat betreft verplichtingen (en aansprakelijkheid) gelijkgesteld met een formele bestuurder, maar niet wat betreft diens bevoegdheden.

Italië

In Italië bestaat geen wettelijke regeling en wordt het begrip feitelijk bestuurder (*amministratore di fatto*) in de rechtspraak gebruikt voor de persoon die zich gedraagt als bestuurder, maar niet als zodanig is benoemd. In welke gevallen deze persoon wel en niet aansprakelijk is, is in de literatuur nog voorwerp van discussie. Het begrip schaduwbestuurder (*amministratore ombra*), zijnde een persoon op basis van wiens wensen en instructies het bestuur gewoonlijk handelt, kent Italië als zodanig niet. Het zich direct dan wel indirect gedragen als bestuurder valt echter onder het begrip feitelijk bestuurder.

Oostenrijk

Oostenrijk kent geen wettelijke regeling. Daar is wel met succes een bank aansprakelijk gehouden voor de feitelijke, bepalende invloed die op het bestuur van een vennootschap werd uitgeoefend waardoor de vennootschap haar faillissement niet tijdig heeft aangevraagd.¹⁴ De rechter oordeelde dat de bank de “standard of care” die op een formele bestuurder rust had geschonden en derhalve schadeplichtig was jegens de vennootschap.

In een andere zaak werd een quasi-bestuurder met succes aansprakelijk gehouden, omdat hij bij een insolvente vennootschap de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers had gefrustreerd. Zijn handelen leverde strijd op met een strafrechtelijk verbod terzake dat rust op formele bestuurders.

Een laatste voorbeeld uit Oostenrijk is dat een quasi-bestuurder aansprakelijk werd gehouden voor het door een vennootschap niet afdragen van sociale premies.

Uit deze voorbeelden kan worden afgeleid dat degene (denk aan een aandeelhouder met een meerderheidsbelang) die beslissende invloed (druk) uitoefent op het bestuur van een vennootschap, en het bestuur aldus tot bestuursdaden dwingt, in Oostenrijk als quasi-bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden.

IX

We zien, ondanks de Europese harmonisatiedrang, tamelijk grote verschillen tussen de genoemde landen. Ik noem er hier een paar, waarbij steeds het land of de landen worden genoemd waar de genoemde eis of regel (min of meer) geldt. Ik merk daarbij nog op dat de begrippen ‘feitelijk bestuurder’ en ‘schaduwbestuurder’ in de genoemde landen niet steeds dezelfde inhoud hebben, maar voor het verwerven van enig basaal inzicht in het fenomeen quasi-bestuurder is dat niet zo relevant. Bovendien zijn sommige verschillen in de praktijk uiteindelijk minder groot dan ze lijken, omdat deze voor een deel voortkomen uit zich steeds verder ontwikkelende (literatuur en) rechtspraak.

¹⁴ Op grond van artikel 69 van de Oostenrijkse Insolventiewet (§ 69 Insolvenzordnung) moet het bestuur van een publieke of private vennootschap onverwijld het faillissement aanvragen indien de vennootschap in betalingsonmacht verkeert (*Zahlungsunfähig ist*) of overmatig in de schulden zit (*Überschuldung*), en wel binnen 60 dagen.

- Aansprakelijkheid van quasi-bestuurders voor het te laat aanvragen van het faillissement (Griekenland)
- De eis dat, om als quasi-bestuurder te kunnen worden aangemerkt, het (actief) sturing geven aan de vennootschap in vrijheid en onafhankelijkheid moet plaatsvinden (België, Frankrijk, Luxemburg)
- Er moet sprake zijn van een patroon van aanwijzingen en instructies die door (de vaste meerderheid van) de formele bestuurders gewoonlijk wordt opgevolgd, om als schaduwbestuurder te kunnen worden aangemerkt (Verenigd Koninkrijk)
- Om als feitelijk bestuurder te kunnen worden aangemerkt moet de betrokken persoon op een regelmatige en voortdurende basis managementactiviteiten hebben verricht (Duitsland, Frankrijk)
- Op de quasi-bestuurders die dat gedurende zekere tijd zijn, rusten voor zover mogelijk die verplichtingen die op de formele bestuurders rusten (Luxemburg, Verenigd Koninkrijk)
- Een rechtspersoon kan géén feitelijk bestuurder zijn (Duitsland)
- Om feitelijk bestuurder te kunnen zijn moet de betrokken persoon betrokken zijn bij het bestuur en een actieve rol spelen bij de beslissingen die worden genomen (Griekenland) dan wel substantiële invloed uitoefenen op het doen en laten van de vennootschap (Tjechië)

X

Wat het Nederlandse recht betreft zijn er drie gevallen waarin de wet - waar het gaat om het leerstuk aansprakelijkheid - een quasi-bestuurder gelijkstelt met een formele bestuurder: (i) indien een NV of BV failliet; (ii) bij een verkrijging van eigen aandelen die een BV insolvent maakt; en (iii) bij (dividend)uitkeringen waardoor een BV niet langer aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen. Deze drie gevallen zullen kort worden besproken, waarna het recht van Curaçao aan de orde komt.

Er vallen enkele zaken op. Slechts één van de genoemde situaties ziet op zowel de NV als de BV: de faillissementssituatie. Bij de commerciële stichting en de commerciële vereniging waarvan de statuten in een notariële akte zijn opgenomen – deze rechtspersonen worden in Nederland als commercieel aangemerkt als zij aan de heffing

van vennootschapsbelasting zijn onderworpen – geldt de gelijkstelling van de quasi-bestuurder met de formele bestuurder eveneens, omdat de regeling van de NV bij wet van overeenkomstige toepassing is verklaard (art. 2:50a BW-NL en art. 2:300a BW-NL). Voor de overige stichtingen en verenigingen geldt dit dus niet, al is zeker niet ondenkbaar dat de rechter ook bij die rechtspersonen een quasi-bestuurder aansprakelijk zal kunnen achten.

Een ander punt dat opvalt is dat een quasi-bestuurder naar Nederlands recht wel aansprakelijk kan worden gehouden als ware hij de formele bestuurder, maar dat door de wet op hem geen verplichtingen worden gelegd. Denk in dat verband aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW-NL: zou die niet ook voor een quasi-bestuurder (moeten) gelden? Op die vraag komen we nog terug. Laten we eerst eens kijken wat wel in de wet in Nederland is geregeld.

XI

Het eerste geval betreft het faillissement van een Nederlandse NV of BV. In lid 7 van artikel 2:138/2:248 BW-NL is bepaald:

“Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De vordering kan niet worden ingesteld tegen de door de rechter benoemde bewindvoerder.”

De artikelen 2:138/248 BW-NL zijn van overeenkomstige toepassing op commissarissen (art. 2:149/2:259 BW-NL).

De (mede)beleidsbepaler wordt op grond van artikel 2:248 lid 7 BW-NL dus gelijkgesteld met een bestuurder van de vennootschap. Met deze gelijkschakeling is met name getracht te voorkomen dat malafide ondernemers de bestuurdersaansprakelijkheid ontlopen door stromannen als formeel bestuurder te laten optreden, terwijl zij in feite zelf – op de achtergrond – de touwtjes binnen de vennootschap in handen hebben.¹⁵

¹⁵ Vgl. Rb Noord-Holland 3 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:9, AR 2018/123, inzake De Ridder.

XII

Dan het tweede geval, dat uitsluitend ziet op de Nederlandse BV. Indien een Nederlandse BV na een verkrijging - anders dan om niet – van aandelen in haar eigen kapitaal, niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurders die dat ten tijde van de verkrijging wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien, jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden tot vergoeding van het tekort dat door de verkrijging is ontstaan, met de wettelijke rente vanaf de dag van de verkrijging. Ook hier geldt dat met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die het beleid van de BV heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder (art. 2:207 lid 3 BW-NL).

XIII

Ten slotte het derde geval, dat eveneens uitsluitend ziet op de Nederlandse BV. Indien een Nederlandse BV na een uitkering (bijvoorbeeld ten laste van de winstreserve) niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de BV hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. Met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die het beleid van de BV heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder (art. 2:216 lid 4 BW-NL). Dat zal in dit geval doorgaans een aandeelhouder zijn die een groot eigen belang bij die uitkering heeft.

XIV

Een vraag in het kader van het enquêterecht, die thans nog bij de Hoge Raad voorligt, is of een feitelijk bestuurder door de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:354 BW-NL (hoofdelijk) kan worden veroordeeld in de onderzoekskosten. In haar conclusie van 19 januari 2018 (ECLI:NL:PHR:2018:87) meent A-G Wesseling-van Gent van wel. Zij merkt op dat uit de (summiere) parlementaire toelichting blijkt dat de wetgever de OK een discretionaire bevoegdheid heeft gegeven om een beoordeling naar billijkheid te geven. Daarin past het om de OK de ruimte te geven onder omstandigheden de feitelijk bestuurder als bestuurder in de zin van artikel 2:354 BW-NL aan te merken. Veroordeling

van een feitelijk bestuurder van wie in het onderzoeksverslag wordt vastgesteld dat hij in de sfeer van de rechtspersoon is opgetreden en die voor het slecht functioneren van de rechtspersoon verantwoordelijk wordt gehouden, stemt volgens de A-G overeen met de ratio van artikel 2:354 BW-NL. Ik denk dat zij daarin gelijk heeft en dat het ontbreken van een expliciete wettelijke grondslag onvoldoende reden is voor een ander standpunt.

In Curaçao bestaat wat betreft de veroordeling in (een deel van) de kosten van het onderzoek geen vergelijkbare bepaling. Wel zou daar, net als in Nederland, in het kader van de enquêteprocedure zelf (door het Hof) kunnen worden vastgesteld dat (bepaalde) quasi-bestuurders (mede)verantwoordelijk zijn voor het geconstateerde wanbeleid. In de bekende enquêtezaak met betrekking tot de Curaçaose overheidsvennootschappen heeft het Hof in zijn beschikking van 13 juni 2017¹⁶ enkel de verantwoordelijke organen van de betrokken vennootschappen aangewezen.

XV

Dan gaan we nu naar het recht van Curaçao.

Artikel 2:16 BW betreft de bestuurdersaansprakelijkheid indien een (commerciële) rechtspersoon is gefailleerd. Gaat een (commerciële) rechtspersoon failliet dan is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, indien er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Onder tekort wordt verstaan het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan.

In artikel 2:16 lid 9 BW is bepaald dat in dit verband met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die - gedurende het tijdvak bedoeld in artikel 2:16 lid 3 BW - het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder, dan wel als oprichter kennelijk onzorgvuldig heeft gehandeld. Het in lid 3 bedoelde tijdvak is de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement of de in de zin van artikel 238 Faillissementbesluit 1931 daaraan voorafgaande surseance van betaling.

¹⁶ Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 13 juni 2017, JOR 2017, 316 m.nt. Van den Heuvel en Van Hees inzake OM & Aqualectra vs Aqualectra c.s.

In de MvT¹⁷ wordt opgemerkt dat vooral voor het Antilliaans recht¹⁸ van belang is dat de term “als ware hij bestuurder” in deze zin wordt opgevat, dat het gaat om de beleidsbepaling of medebeleidsbepaling door een bestuurder in de “gewone” gevallen, niet om de bijdrage aan het beleid van de formele bestuurder bij de rechtspersoon in kwestie. Verder wordt opgemerkt dat ook degene die, door het geven van instructies, bevoegd of onbevoegd, met een zekere regelmaat een bepaald beleid afdwingt, als beleidsbepaler in de zin van artikel 2:16 lid 9 BW heeft te gelden. Als voorbeelden worden de concernfunctionaris en een uitzonderlijk dominante aandeelhouder of commissaris genoemd, maar ook de geheel buiten de organisatie van de rechtspersoon of de groep waartoe deze behoort staande persoon, die dominante invloed op het bestuur of een bestuurder uitoefent.

Een heel scherpe afbakening is met de wettelijke omschrijving en daarbij horende toelichting niet gegeven. Bovendien is het de vraag of het geven van instructies, bevoegd of onbevoegd, met een zekere regelmaat moet plaatsvinden om de betrokkene als quasi-bestuurder aan te kunnen merken. Eén keer kort (indirect) op de stoel van de bestuurder gaan zitten kan immers desastreuze gevolgen hebben en zou ertoe moeten leiden dat de betrokkene als quasi-bestuurder wordt aangemerkt. Verder kan de vraag worden gesteld wat onder dominante invloed moet worden verstaan. Een aandeelhouder kan overheersend zijn in een vergadering met het bestuur zonder dat hij het bestuur (specifiek) onder druk zet of aan het bestuur bevelen geeft. Maakt het enkele feit dat de aandeelhouder dominant is hem tot quasi-bestuurder, of moet er ook sprake zijn van een zekere (ontslag)dreiging? Het laatste lijkt mij juist. Van belang lijkt mij de aard en intensiteit van de druk die door de dominante aandeelhouder wordt uitgeoefend.

XVI

De norm die voor de aansprakelijkheid van een gewone bestuurder geldt, namelijk dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling slechts sprake is als geen redelijk denkend bestuurder - onder dezelfde omstandigheden - aldus gehandeld zou hebben, geldt

¹⁷ M.F. Murray, *Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Boom juridisch 2016, Deel 1, p. 429.

¹⁸ De MvT dateert nog uit de tijd dat het Land de Nederlandse Antillen nog bestond. Met ingang van 10 oktober 2010 geldt hetgeen in de MvT staat voor Bonaire, Curaçao, St. Maarten, St. Eustatius en Saba.

evenzeer voor de quasi-bestuurder. Deze bepaling 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.¹⁹ De formele bestuurder kan zich niet disculperen met de stelling dat feitelijk (materieel) iemand anders de bestuursmacht uitoefende.

Bovendien rust op de formele bestuurder de plicht om maatregelen te nemen om de negatieve gevolgen van het handelen van een quasi-bestuurder af te wenden. De quasi-bestuurder kan zich op dezelfde gronden disculperen als een formele bestuurder.²⁰

XVII

Dan de aansprakelijkheid buiten faillissement. In artikel 2:8 lid 3 BW is vastgelegd dat het bestuur zich, bij de vervulling van zijn taak, richt naar het belang van de rechtspersoon en, voor zover daarvan sprake is, van de daaraan verbonden onderneming. In artikel 2:14 lid 1 BW is vastgelegd dat iedere bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vervulling van de binnen zijn werkkring gelegen taak. De bestuurder die ernstig in die taakuitoefening tekortschiet is daarvoor jegens de rechtspersoon aansprakelijk. In dat verband wordt wel over *interne aansprakelijkheid* gesproken. De plichtverzaking moet van een zekere ernst zijn wil een bestuurder aansprakelijk kunnen worden gesteld voor door de rechtspersoon geleden schade. Anders gezegd: de bestuurder moet een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt, hetgeen een ruimer criterium is dan opzet of bewuste roekeloosheid.²¹

De quasi-bestuurder is per definitie géén statutair bestuurder, en het hiervoor genoemde normenkader is dan ook niet tot de quasi-bestuurder gericht. Artikel 2:14 BW kent geen met artikel 2:16 lid 9 BW vergelijkbare (gelijkstellings)bepaling. Op de bijzondere regeling inzake de NV en BV kom ik zo terug. Maar ook buiten het geval van het faillissement van een rechtspersoon, kan een quasi-bestuurder aansprakelijkheid ten deel vallen. De aandeelhouder die, om een voorbeeld te noemen, het bestuur tegen de wil van dat bestuur dwingt een bepaalde, voor de rechtspersoon zeer nadelige overeenkomst af te sluiten, kan immers aansprakelijk worden gesteld voor de daaruit voortvloeiende schade.

¹⁹ Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 13 maart 2015, ghis 69560 – H 300/14 (*Standard Trust/Seferina en Le Poole q.q.*).

²⁰ K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 4.4.3.

²¹ K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 4.4.2.

Een vordering terzake zal zijn gebaseerd op het leerstuk onrechtmatige daad. De vraag daarbij is of de “hoge drempel” voor aansprakelijkheid die in het kader van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid wordt gehanteerd, ook in dit geval zou dienen te gelden.

XVIII

Tot nu toe hadden we het over de aansprakelijkheid van quasi-bestuurders. In Curaçao (en in St. Maarten en op de BES-eilanden) geldt echter terzake van een NV of BV nog een bijzondere regeling voor quasi-bestuurders.

Voor de NV in artikel 2:138 BW en voor de BV in artikel 2:248 BW is bepaald dat hij die, niet deel uitmakende van het bestuur van de vennootschap, voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden, al dan niet krachtens een voor de vennootschap geldende regeling,²² het beleid van de vennootschap bepaalt of mede bepaalt als ware hij bestuurder, ter zake van dat optreden, voor wat zijn verplichtingen ten opzichte van de vennootschap en van derden betreft, alsmede voor de toepassing van artikel 2:9 BW, als bestuurder wordt aangemerkt.

Blijkens de MvT²³ is de bepaling ontleend aan artikel 49 van de Landsverordening op de BV, met dien verstande dat ‘optreedt’ is vervangen door “het beleid van de vennootschap bepaalt of mede bepaalt” om aan te sluiten bij de terminologie van artikel 2:16 lid 9 BW. Degene die aan het criterium van artikel 2:138/248 BW voldoet, valt volgens de MvT a fortiori onder artikel 2:16 lid 9 BW en daarmee volledig onder laatstgenoemd artikel. Maar ook buiten faillissement kan iemand als bestuurder gelden, aldus de MvT. De bepaling is niet van toepassing op de bewindvoerder (surseance) of de curator (faillissement).

Het criterium is of de betrokken persoon het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Het (mede) beleidsbepalen kan zowel direct als indirect plaatsvinden, zowel zichtbaar voor derden als achter de schermen, en zowel met als zonder medewerking van de formele (de *de iure*) bestuurders. Om als quasi-

²² Bij een voor de NV of BV geldende regeling kan het gaan om een reglement, een ‘gewone’ aandeelhoudersovereenkomst of een vennootschappelijke overeenkomst.

²³ M.F. Murray, *Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Boom juridisch 2016, Deel 1, p. 525.

bestuurder te kunnen worden aangemerkt, moet men zich hebben gedragen als ware men de formele bestuurder (of één van de formele bestuurders). Dat hoeft niet het gehele beleid van de rechtspersoon te betreffen, maar het kan ook gaan om één of enkele wezenlijke onderdelen van het beleid.

Het zal van de feiten en omstandigheden afhangen of op de betreffende quasi-bestuurder bijvoorbeeld de administratieplicht rust en de plicht om een jaarrekening op te stellen. Op degene die slechts korte tijd het beleid van de vennootschap bepaalt of mede bepaalt als ware hij bestuurder, zullen deze verplichtingen in beginsel niet rusten. Blijkens (Nederlandse) rechtspraak kan dat voor degene die op grond van bijvoorbeeld een managementovereenkomst bij een vennootschap werkzaam is en verantwoordelijk is voor alle administratieve, organisatorische en onderhoudswerkzaamheden, anders liggen.²⁴

Blijkens de MvT is niet beslissend of de betrokkene krachtens een voor de vennootschap geldende regeling optreedt. Het kan ook gaan om iemand die geheel eigenmachtig het beleid van de NV of BV bepaalt of mede bepaalt als ware hij bestuurder, al dan niet met inschakeling van een stroman. Het feit dat de betrokkene eigenmachtig optreedt kan, aldus de MvT, als een verzwarende omstandigheid gelden. Daarentegen kan ook sprake zijn van het op goede gronden op zich nemen van de bestuurstaak als zaakwaarnemer in de zin van artikel 6:198 BW. In dat geval is evenzeer sprake van een gelijkstelling met een formele bestuurder.

In artikel 2:138/238 BW wordt gesproken over een gelijkstelling wat betreft verplichtingen ten opzichte van de vennootschap en van derden. Over bevoegdheden wordt niet gesproken. De vraag is of het hebben van verplichtingen uit de aard der zaak niet meebrengt dat de betrokkene ook bevoegdheden heeft. Hoe kan een quasi-bestuurder bijvoorbeeld aan de administratieplicht voldoen als hij niet de bevoegdheid heeft zich toegang tot de administratie te verschaffen? En hoe verhouden de verplichtingen (en bevoegdheden) van de quasi-bestuurder zich tot die van mogelijke andere (formele) bestuurders? Is bovendien in laatstgenoemd geval sprake van collegiale

²⁴ HR 23 november 2001, *JOR* 2002, 4 m.nt. Blanco Fernández (*Mefigro/Wind q.q.*). Zie ook J.N. Schutte-Veenstra, 'Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 129-156.

verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid? Verder kan de vraag worden gesteld waarom de regeling tot de NV en de BV beperkt is.

In Curaçao worden, zoals we hebben gezien, door de wet (onder omstandigheden) op quasi-bestuurders ook verplichtingen gelegd. In Nederland ook en wel in artikel 2:151/261 BW.

XIX

Nog een enkele opmerking over het monistisch bestuursmodel (*one tier board*), waarbij sprake is van uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders. Het uitvoerend bestuur vertegenwoordigt de rechtspersoon (art. 2:18 lid 3 BW). Het uitvoerend bestuur oefent zijn bevoegdheden 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 (art. 2:18 lid 9 BW). Over de verschillende posities die bestuurders in een *one tier board* kunnen bekleden wordt in de MvT²⁵ het volgende opgemerkt:

‘De afwijkende positie van respectievelijk de leden van het algemeen bestuur die geen uitvoerend bestuurder zijn, de leden van het algemeen bestuur die dat wel zijn en ten slotte de leden van het uitvoerend bestuur die geen lid van het algemeen bestuur zijn, betekent wel dat de aansprakelijkheidsmarges en de disculpatiemogelijkheden telkens anders liggen. Zo zullen algemeen bestuurders in beginsel ook voor gebrek aan toezicht aansprakelijk kunnen zijn. Aan de andere kant moet voor uitvoerend bestuurders gelden dat zij zich te hunner disculpatie tot op zekere hoogte zullen kunnen beroepen op ontvangen instructies van het algemeen bestuur of van het uitvoerend bestuur, indien daarvan sprake is.’

Indien iemand zonder statutair tot uitvoerend bestuurder te zijn benoemd een rechtshandeling namens de rechtspersoon verricht²⁶ en op die grond als quasi-bestuurder

²⁵ M.F. Murray, *Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Boom juridisch 2016, Deel 1, p. 432.

²⁶ Artikel 2:18 lid 3 BW: “Behoudens uit de wet of de statuten voortvloeiende beperkingen wordt de rechtspersoon vertegenwoordigd door het uitvoerend bestuur.” In Nederland is dit anders geregeld: zie artikel 2:129a/130 BW-NL.

wordt aangemerkt, kan persoonlijke aansprakelijkheid daarvan het gevolg zijn. Dit voorbeeld verschilt niet van het geval waarin sprake zou zijn van een dualistisch bestuursmodel.

De vraag is of een lid van het algemeen bestuur dat niet lid is van het uitvoerend bestuur, en die onbevoegd een dergelijke rechtshandeling aangaat, evenzeer als quasi-bestuurder (van het dagelijks bestuur) dient te worden aangemerkt. Is hij te vergelijken met een commissaris die een dergelijke rechtshandeling verricht, of kan hij per definitie geen quasi-bestuurder zijn omdat hij reeds statutair bestuurder is, zij het lid van het algemeen bestuur? Ik zou menen dat de niet-uitvoerend bestuurder als lid van het bestuur zijn bevoegdheden weliswaar kan overschrijden en op de stoel van de uitvoerend bestuurder kan gaan zitten, maar dat hem dat niet tot quasi-bestuurder maakt. In mijn omschrijving van het begrip quasi-bestuurder is (immers) het geen lid zijn van het bestuur een wezenlijk element.

Kan iemand zich zodanig gedragen dat hij als quasi-bestuurder van enkel het algemeen bestuur dient te worden aangemerkt, dus als quasi-niet-uitvoerend bestuurder? Deze vraag zou positief dienen te worden beantwoord, aangezien het fenomeen quasi-commisaris evenzeer bestaat.²⁷ Het roept wel de vraag op, aangezien de taken van de niet-uitvoerend bestuurders (in de regel) ruimer zijn dan die van een commissaris, aan welke gevallen we dan moeten denken.

XX

Dan nu iets over trustkantoren die optreden als bestuurder van een cliëntentiteit en de in dat kader gemaakte afspraken met hun opdrachtgever (principaal, doorgaans de *ultimate beneficiary*). De bedoelde afspraken kunnen zodanig zijn dat de opdrachtgever valt in de eerder genoemde categorie (iii): een persoon die – niet zijnde een statutair bestuurder – met de statutaire bestuurder heeft afgesproken dat zijn wensen (in beginsel) zullen worden uitgevoerd. Deze opdrachtgever kan dan als (mede)beleidsbepaler en dus als quasi-bestuurder worden aangemerkt.

²⁷ K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 3.4.

In de zaak die heeft geleid tot een vonnis van het Gemeenschappelijk Hof,²⁸ waarin een trustbestuurder aansprakelijk werd gehouden voor het tekort in de failliet boedel van een Stichting Particulier Fonds (SPF), had het trustkantoor onder meer aangevoerd dat een derde (de principaal / ultimate beneficiary) feitelijk het bestuur over de SPF had gevoerd en dus als medebeleidsbepaler (quasi-bestuurder) 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. Het Hof voegt daaraan toe 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 heeft zich in deze zaak beroepen op het feit dat in zijn optiek de principaal de enige beleidsbepaler was en dus als quasi-bestuurder zou moeten worden aangemerkt. Deze poging om aansprakelijkheid af te wenden werd door het Hof niet gehonoreerd. De kwestie roept wel de vraag op hoe in meer algemene zin naar de relatie tussen een trustkantoor en zijn opdrachtgever moet worden gekeken. Het is immers niet ongebruikelijk dat trustkantoren als bestuurder van een cliëntentiteit opdrachten (instructies) van hun principaal uitvoeren. Of partijen zich in dat verband realiseren dat de opdrachtgever mogelijk als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt is mij niet bekend.

XXI

Quasi-bestuurder kun je onder meer worden door als bestuurder van een rechtspersoon te blijven zitten nadat je benoemingstermijn is verstreken. Het komt vaker voor dan we denken en de gevolgen kunnen aanzienlijk zijn. De meeste gevallen die ik zie hebben betrekking op commissarissen, waarschijnlijk omdat die doorgaans voor een bepaalde periode worden benoemd, maar ook ten aanzien van voor een bepaalde tijd benoemde bestuurders komt het geregeld voor dat hun termijn ongemerkt verstrijkt. Dit gebeurt zowel bij overheidsgelieerde entiteiten als in de particuliere sector. Ten aanzien van

²⁸ Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 13 maart 2015, ghis 69560 – H 300/14 (*Standard Trust/Seferina en Le Poole q.q.*). Zie nader over deze zaak K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 4.2.6.

(Curaçaose) overheidsgelieerde entiteiten zegt dit mijns inziens ook iets over de mate waarin de op hen van toepassing zijnde *Code corporate governance Curaçao* in de praktijk wordt toegepast.²⁹ Hoe daarover immers te oordelen, als iets simpels als het bijhouden van lopende zittingstermijnen al een probleem blijkt te zijn.

Hier volgt een citaat uit een advies van Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten (SBTNO), de Corporate Governance Adviseur in Curaçao, aan de Minister van Onderwijs, Wetenschap, Cultuur en Sport van 15 januari 2018 inzake de rechtmatigheid alsmede de herbenoeming van de bestuursleden van Fundashon pa Inovashon di Enseñansa na Korsou (FIDE) en Fundashon Sentro Pa Guia Edukashonal (SGE):

“De voornoemde personen zijn derhalve sinds het verstrijken van hun zittingstermijn geen bestuursleden meer en niet meer bevoegd FIDE te vertegenwoordigen noch bevoegd om deel te nemen aan het besluitvormingsproces van het bestuur van de stichting. Ten gevolge van het voorgaande zijn de rechtshandelingen van voornoemde personen die zij als bestuurder na hun zittingstermijn hebben verricht niet in overeenstemming met de wet- en regelgeving gedaan en daardoor nietig dan wel vernietigbaar. Uit het voorgaande vloeit eveneens voort dat het bestuur van FIDE sinds 1 juli 2015 geen rechtsgeldige besluiten meer heeft kunnen nemen. Onderzocht zou eveneens moeten worden in hoeverre de door het bestuur van FIDE genomen besluiten in de periode vanaf 1 juli 2014 tot en met 30 juni 2015 al dan niet rechtsgeldig zijn.”

Natuurlijk kan er in de meeste gevallen simpel herstelwerk worden verricht door het opnieuw nemen van besluiten of het voor zoveel nodig bekrachtigen van in het verleden genomen besluiten, maar voorkomen is beter dan genezen. Zeker bij entiteiten die vallen onder de Curaçaose corporate governance-regels mag de nodige aandacht voor dit soort kwesties worden verwacht.

XXII

²⁹ Zo moet bijvoorbeeld in het jaarverslag van de RvC van elke commissaris het tijdstip van eerste benoeming worden vermeld alsook de lopende termijn waarvoor hij is benoemd. Bovendien heeft SBTNO mede tot taak de periodieke beoordeling van het functioneren van individuele commissarissen en bestuurders van de vennootschap alsook de rapportage hierover aan de algemene vergadering. In dat kader lijkt het voor de hand te liggen dat ook naar de benoemingstermijn wordt gekeken.

Eerder al noemde ik het kort gedingvonnis van het Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao van 19 december 2017 in de zaak waarin een vermeende feitelijke bestuurder door de Ontvanger werd aangesproken voor belastingschulden van de vennootschap. Het Gerecht overwoog in die uitspraak dat het, om een persoon die niet formeel tot bestuurder van een belastingplichtige vennootschap is benoemd gelijk te stellen met de formele bestuurder, (naar voorlopig oordeel) moet “*gaan om iemand die een zodanige onafhankelijkheid en beslissingsvrijheid heeft gekregen dat deze persoon in feite het beleid van de vennootschap bepaalt. Er moet sprake zijn van een directe bemoeienis met het bestuur alsof hij zelf ook in formele zin de bestuurder is. Het gerecht neemt tot uitgangspunt dat niet al te spoedig sprake zal zijn van een met de formele bestuurder vergelijkbare feitelijke beleidsbepaler, omdat anders de kring van personen die hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de belastingschulden van de vennootschap te ruim wordt getrokken. Het is in beginsel aan de Ontvanger om voldoende feiten en omstandigheden te stellen die kunnen leiden tot de conclusie dat, naar voorlopig oordeel, de betrokken persoon heeft te gelden als feitelijke beleidsbepaler.*”

In deze zaak is bijvoorbeeld niet gebleken dat de betrokkene typische bestuurshandelingen heeft verricht, zoals het sluiten van contracten namens de vennootschap, het aannemen en ontslaan van werknemers en het doen van betalingen namens de vennootschap. Het Gerecht overweegt in dat verband dat het “belast zijn met de dagelijkse leiding” nog niet betekent dat de desbetreffende leidinggevende ook gelijk moet worden gesteld met een formele bestuurder. Het vervullen van een positie als bedrijfsleider sluit volgens het Gerecht immers niet uit dat voor de typische bestuurshandelingen afstemming met en instemming van de bestuurder nodig is.

Ook uit de in de syllabus opgenomen uitspraken³⁰ blijkt dat het steeds van de (weging van de) concrete feiten en omstandigheden afhangt of iemand kwalificeert als quasi-bestuurder. De bewijslast rust daarbij op de eisende partij: die zal terzake voldoende moeten stellen en aannemelijk moeten maken. In het kader van een vordering gericht op persoonlijke aansprakelijkheid van een feitelijke bestuurder aan wie wordt verweten debet te zijn aan het faillissement van een vennootschap, zal dus eerst de vraag of hij als

³⁰ Hof Amsterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3428 inzake *Zebra vs Boekel De Nerée* en Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4726.

feitelijk bestuurder dient te worden aangemerkt beantwoording behoeven alvorens de bewijsvermoedens (art. 2:16 lid 2 BW; art. 2:138/248 BW-NL) aan de betrokkene kunnen worden tegengeworpen.

XXIII

Er blijven nog allerlei vragen over. Geldt de regeling van de aangewezen rechter – in Curaçao geldt die voor alle rechtspersonen (art. 2:9 BW), in Nederland alleen voor de NV en de BV (art. 2:131/241 BW-NL) en voor de failliet verklaarde commerciële vereniging (art. 2:50a BW-NL) of commerciële stichting (art. 2:300a BW-NL) - ook ten aanzien van de quasi-bestuurder? Zo ja,³¹ dan zou dus reeds in een vroeg stadium van de procedure moeten worden vastgesteld dat de gedaagde quasi-bestuurders is en met een formele bestuurder dient te worden gelijkgesteld.

In Curaçao is in artikel 2:277 BW bepaald dat de bestuurders, commissarissen en werknemers van de rechtspersoon, de voormalige bestuurders, commissarissen en werknemers daaronder begrepen, alsmede de in artikel 2:7 lid 1 BW genoemde personen,³² gehouden zijn aan een onderzoek in het kader van een enquête alle vereiste medewerking te verlenen.³³ Zijn quasi-bestuurders verplicht op gelijke voet medewerking te verlenen? Ik zou menen dat ook hier een gelijkstelling geldt, los van het feit dat het verschijnsel quasi-bestuurder erop zou kunnen duiden dat de rechtspersoon niet naar behoren functioneert.

Op grond van artikel 2:8 lid 5 BW geldt in Curaçao dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de rechtspersoon niet wordt aangemerkt of mede aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Wat nu als de quasi-bestuurder een arbeidsovereenkomst heeft met de rechtspersoon? Zou hij dan zijn arbeidsrechtelijke bescherming verliezen indien hij

³¹ Zie voor een bevestigende beantwoording wat de Curaçaose NV en BV betreft artikel 2:138/248 BW.

³² Artikel 2:7 lid 1 BW: “*De rechtspersoon en degenen die krachtens de wet of de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.*”

³³ In artikel 2:351 lid 1 BW-NL is bepaald: “*De bestuurders, de commissarissen zo die er zijn, alsmede degenen die in dienst zijn van de rechtspersoon of de vennootschap, zijn verplicht desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek. Eenzelfde verplichting rust op hen die bestuurders of commissarissen van de rechtspersoon of vennootschap waren, of bij deze in dienst waren, gedurende het tijdvak waarover het onderzoek zich uitstrekt.*”

met een formele bestuurder wordt gelijkgesteld? Naar mijn mening zou dat niet het geval dienen te zijn. Niet alleen kan een quasi-bestuurder niet als zodanig worden benoemd en evenmin worden ontslagen, maar de eventuele gelijkstelling met een formele bestuurder dient als doel de betrokkene op gelijke voet persoonlijk aansprakelijk te kunnen houden. Ik zie geen reden hem dan ook zonder meer zijn ontslagbescherming af te nemen.

* * * * *