

Symposium Boek 2 BW

Ministerie van Justitie & Orde van Advocaten

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID IN SINT MAARTEN

Mr. Karel Frielink

1 december 2015

{ contact: kfrielink@bzselaw.com }

1

Waar het gaat om bestuurdersaansprakelijkheid maak ik een onderscheid tussen drie situaties:

- Intern: aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon (artikel 2:14 BW)
- Extern: aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad jegens derden (artikel 6:162 BW)
- Extern: aansprakelijkheid jegens de boedel (faillissement) op grond van artikel 2:16 BW

We praten vaak over ‘bestuurdersaansprakelijkheid’ in die gevallen waarin de aansprakelijkheid primair bij de rechtspersoon berust, of mede bij de rechtspersoon berust, maar er aanleiding is ook zijn bestuurder aansprakelijk te houden. Deze omschrijving is niet helemaal zuiver, omdat in bijvoorbeeld het geval van een onrechtmatige daad, het zeer wel mogelijk is dat een bestuurder een onrechtmatige daad pleegt die niet (ook) aan de rechtspersoon is toe te rekenen. Wat het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid betreft gaat het om persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor zijn doen en/of laten in zijn hoedanigheid van bestuurder.

Ik zal deze drie situaties in de genoemde volgorde bespreken, waarna (redelijk) recente rechtspraak aan de orde komt. We gaan uit van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van St. Maarten zoals dat met ingang van 1 april 2014 luidt.

Ik ga niet in op de aansprakelijkheid van bestuurders (en mogelijk anderen) als gevolg van een misleidende voorstelling van zaken die een openbaar gemaakte jaarrekening van een grote rechtspersoon geeft of die openbaar gemaakte tussentijdse cijfers van een grote rechtspersoon geven. Die is wat de verplicht grote NV betreft te vinden in artikel 2:125 BW, waarnaar wat betreft de vrijwillige toepassing bij de NV alsmede bij de andere rechtspersonen in diverse bepalingen wordt verwezen (artt. 2:94 lid 6; 2:119 lid 3, en 2:219 BW).

Verder wordt, onder meer, ook voorbij gegaan aan het feit dat bestuurders aansprakelijk kunnen zijn voor belastingschulden inzake bijvoorbeeld winst- en loonbelasting, zoals geregeld in de betreffende belastingverordeningen.

2

Eerst iets over de algemene norm die geldt voor de taakvervulling door een bestuurder van een (privaatrechtelijke) rechtspersoon. In artikel 2:8 lid 3 BW is bepaald:

“Bij de vervulling van zijn taak richt het bestuur zich naar het belang van de rechtspersoon en, voor zover daarvan sprake is, de met deze verbonden onderneming.”

Er bestaat natuurlijk niet zoiets als ‘het’ belang van de rechtspersoon. Er is bijna altijd sprake van een veelvoud aan belangen, waarbij de bestuurder deze belangen voor zover die niet parallel lopen tegen elkaar moet afwegen. Bij belangen en belangengroepen moet je bijvoorbeeld denken aan werknemers, aan de kredietverschaffers, leveranciers en andere contractuele wederpartijen. Als het om de rechtspersoon zelf gaat kun je bijvoorbeeld denken aan zijn imago: een bank die milieuvriendelijk beleggen propageert zal niet zo gauw (ongestraft) geld kunnen steken in olieboringen in kwetsbare natuurgebieden.

Indien aan een rechtspersoon een onderneming is verbonden, wordt het belang van de rechtspersoon in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming. Ik noem in dat verband het arrest van de Hoge Raad inzake Cancun (HR 4 april 2014, JOR 2014, 290 m.nt. De Haan inzake Invernostra vs Cancun). De Hoge Raad heeft bepaald dat de aard en inhoud van het samenwerkingsverband in een joint venture-vennootschap waarin de aandeelhouders een gelijkwaardig aandeel hebben, kunnen meebrengen dat (ook)

het vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders; dit kan betekenen dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders niet verder mogen veranderen dan in het licht van de omstandigheden geboden is.

De verplichting van bestuurders van een joint venture-vennootschap om jegens de aandeelhouders de nodige zorgvuldigheid te betrachten, kan volgens de Hoge Raad een bijzondere zorgplicht meebrengen met betrekking tot de positie van een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren. Het bestuur van een rechtspersoon heeft bij de vervulling van zijn taak een eigen verantwoordelijkheid om zich te richten naar het belang van de rechtspersoon (en de eventueel daaraan verbonden onderneming), en dat is niet anders indien (bij een NV of BV) de aandeelhouders op grond van de machtsverhoudingen binnen de vennootschap feitelijke instructiemacht hebben. Met andere woorden: het bestuur houdt een eigen verantwoordelijkheid en moet steeds een afweging maken of een instructie, gelet op alle af te wegen belangen, wel of niet kan worden opgevolgd (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 augustus 2015, JOR 2015, 326 m.nt. Van Thiel inzake X vs mr. Gustenhoven q.q.).

Als een rechtspersoon onderdeel is van een concern kan ook het concernbelang een (soms belangrijke) rol spelen. Ook daar geldt steeds de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur van elke concernvennootschap.

3

Dan iets over de bijzondere norm wat betreft de uitoefening van de bestuurstaak. In artikel 2:14 lid 1 BW is bepaald:

“Iedere bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de binnen zijn werkring gelegen taak.”

Een onbehoorlijke taakvervulling leidt tot (interne) aansprakelijkheid. Het gaat hier om een inspanningsverbintenis. Niet elke fout, vergissing of miskleun van een bestuurder leidt tot aansprakelijkheid.

Ik wijs er op dat een bestuurder is *belast* met het besturen van de rechtspersoon. Dit brengt mee dat een bestuurder de rechtspersoon daadwerkelijk dient te besturen en zijn bestuurstaak niet onvervuld mag laten. Indien een bestuurder de feitelijke leiding uit handen geeft aan een derde, dient hij behoorlijk toezicht te houden op het handelen van die derde (vgl. r.o. 5.21.van Hof Arnhem 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8114).

De drempel bij (interne) bestuurdersaansprakelijkheid ligt hoger dan bij een onrechtmatige daad. Het criterium om een bestuurder jegens de rechtspersoon aansprakelijk te kunnen houden is dat hem *persoonlijk* een *ernstig verwijt* moet kunnen worden gemaakt (HR 20 juni 2008, JOR 2008, 260 inzake Willemsen vs NOM). Als een investering jammerlijk mislukt en de rechtspersoon daardoor schade leidt betekent dat niet dat de bestuurder daarvoor dus (in privé) aansprakelijk is. Bij zijn toetsing zal de rechter de vraag moeten beantwoorden of een redelijk handelend en redelijk bekwaam bestuurder, die dus berekend is op zijn taak, onder de gegeven omstandigheden (ten tijde van het handelen of nalaten) hetzelfde had kunnen doen.

De vraag is dus niet of de bestuurder het goed heeft gedaan (positieve toetsing) en evenmin of het ook beter had gekund. Aan een bestuurders komt immers ruime beleidsvrijheid toe, en hij moet fouten kunnen maken zonder daarvoor zelf aansprakelijk te zijn. Volgens B.F. Assink moet de rechter zich afvragen of de bestuurder waarvan het gedrag aan hem ter toetsing voorligt, zich irrationeel heeft gedragen. Ik zou zelf zeggen: op zijn klompen had moeten aanvoelen dat hij goed fout bezig was.

Wanneer zich een zaak aandient waarin bestuurdersaansprakelijkheid een rol speelt (of dat nou interne of externe aansprakelijkheid betreft) is het zinvol om enkele kernvragen te stellen. Ik noem er hier drie.

1. Een belangrijke vraag die gesteld moet worden is of de bestuurder de wet, de statuten of enige andere op hem van toepassing zijnde regel heeft overtreden. Is hij bijvoorbeeld een risicovolle transactie aangegaan zonder eerst de vereiste goedkeuring van de RvC te vragen, of een transactie in strijd met de statutaire doelomschrijving? Van dergelijke overtredingen (die al dan niet opzettelijk kunnen worden begaan) kan een bestuurder doorgaans eenvoudig een ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt.
2. Een andere belangrijke vraag is of de bestuurder heeft gehandeld in het belang van de rechtspersoon. Even los van de vraag of formeel sprake is van een tegenstrijdig belang, kan een bestuurder een rechtshandeling hebben verricht die meer of alleen in zijn eigen belang was, of in het belang van een met de bestuurder bevriende partij. Denk aan het verstrekken van een geldlening aan een bloedverwant zonder enig belang voor de vennootschap (NJ 1942, 432). Ook daarvan kan hem dan in de regel een ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt.

3. Ook verdient de vraag beantwoording hoe de bestuurder het besluit heeft genomen om een bepaalde rechtshandeling aan te gaan. Aan besluitvorming kunnen diverse eisen worden gesteld. Bijvoorbeeld de formele eis dat besluitvorming (in beginsel) op de voorgeschreven wijze tot stand komt: denk in dit verband naast de wet en de statuten ook aan een eventueel bestuursreglement. Daarnaast wordt de eis gesteld dat besluitvorming op een geïnformeerde grondslag plaatsvindt. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij een beredeneerde beslissing neemt op basis van de relevante feiten, dit in tegenstelling tot besluitvorming op basis van bijvoorbeeld bewuste roekeloosheid.

5

Dan komen we nu bij de onrechtmatige daad van een bestuurder jegens derden ex artikel 6:162 BW (externe aansprakelijkheid).

Denk in dat verband aan de bestuurder die welbewust nalaat om (bepaalde) crediteuren van de rechtspersoon te voldoen. Dan spreken we over betalingsonwil of selectieve betaling. Dergelijk gedrag is onrechtmatig. Voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder is niet relevant of de rechtspersoon op het moment dat de bestuurder door de crediteur aansprakelijk wordt gesteld ook zelf (nog) in staat is de vordering te voldoen. Deze aansprakelijkheid is een sanctie op bewust verwijtbaar gedrag. De bestuurder kan, als hij eenmaal heeft betaald, regres nemen op de rechtspersoon. Is door het handelen van de bestuurder de schade die hij aan de crediteur heeft moeten vergoeden hoger dan het bedrag van de oorspronkelijke vordering, dan is het de vraag of hij ook voor dat ‘extra’ deel regres kan nemen.

Een ander voorbeeld is het geval waarin de bestuurder namens de rechtspersoon een rechtshandeling aangaat waarvan hij weet of redelijkerwijs kan voorzien dat de rechtspersoon niet in staat is die na te komen, en geen verhaal zal bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge van die wanprestatie zal lijden, mogelijk met het faillissement van de rechtspersoon als gevolg (Beklamel-norm; NJ 1990, 286). Ook hier geldt dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt (JOR 2008, 260 inzake Willemsen vs NOM).

Zie ook Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 28 juli 2015, JOR 2015, 290: De bestuurders wordt een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt, omdat zij bij het sluiten van de *share purchase agreement* wisten dat de vennootschap niet aan de daaruit voortvloeiende verplichtingen zou kunnen voldoen, en zij hebben nagelaten een financieringsvoorbehoud op te nemen en hebben nagelaten de wederpartij te informeren over de noodzaak van externe financiering. Er wordt door de rechter *ex tunc* getoetst: het gaat om de wetenschap op het moment van het sluiten van de

overeenkomst. Die wetenschap wordt bovendien geobjectiveerd getoetst, en het gaat dus niet om een louter subjectieve verwachting van de bestuurder, maar om de vraag of er objectief gezien wetenschap was (of gelet op een onderzoeksplicht had behoren te zijn) van een voorzienbare benadeling.

6

Even een tussenstap ingeval een advocaat een beroepsfout maakt, maar hij door middel van een praktijkvennootschap zijn diensten aanbiedt of met die praktijkvennootschap deelneemt aan een personenvennootschap die de diensten aanbiedt. De advocaat die een fout maakt doet dat als advocaat en niet in zijn hoedanigheid van bestuurder van zijn praktijkvennootschap. Hier geldt dus, net als ten aanzien van een advocaat in loondienst, de ‘gewone’ norm van artikel 6:162 BW en is niet vereist dat de advocaat persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De Hoge Raad (18 september 2015, JOR 2015, 289) overwoog:

“Voor het aanvaarden van deze verhoogde aansprakelijkheidsdrempel is immers slechts plaats met betrekking tot het handelen van betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap die door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt (HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628 en ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/21 en 22). De vordering van [eiser] berust echter op een door [verweerder 1] gepleegde onrechtmatige daad, die is gelegen in de wijze waarop hij de onderhavige werkzaamheden feitelijk heeft verricht. Indien een advocaat door zijn cliënt wegens een beroepsfout uit onrechtmatige daad wordt aangesproken, betreft dit zijn aansprakelijkheid als beroepsbeoefenaar en niet zijn aansprakelijkheid als bestuurder van een vennootschap.”

Over dit arrest valt nog wel te discussiëren. Stel dat ik een overeenkomst sluit met een BV die zich specialiseert in de verkoop van bijzondere software, waarvan de bestuurder over die software adviseert, en dat in die advisering een ernstige fout wordt gemaakt. Ik kan dan natuurlijk die BV aansprakelijk stellen, maar de bestuurder alleen als hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Sluit ik een overeenkomst met een advocaten-BV dan geldt die verhoogde drempel voor aansprakelijkheid van de bestuurder niet. De vraag is natuurlijk waarin nu precies dat verschil in behandeling zit. Als uitgangspunt geldt volgens de Hoge Raad dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Deze zorgvuldigheidsplicht brengt onder meer mee dat een advocaat die een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen. Maar

geldt dat dan niet voor advisering over (in dit voorbeeld) software? Dit alles nog even los van de vraag wat er contractueel allemaal kan zijn uitgesloten (algemene voorwaarden).

7

Terug naar de bestuurder van een rechtspersoon die in die hoedanigheid een onrechtmatige daad pleegt. Om de bestuurder zelf aansprakelijk te kunnen stellen is vereist dat hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt bij de vervulling van zijn taak als bestuurder. Kan hem dat verwijt niet worden gemaakt dan is alleen de rechtspersoon zelf aansprakelijk. De aansprakelijkheidsdrempel ligt hier dus hoger dan bij de ‘gewone’ onrechtmatige daad.

Gaat een rechtspersoon failliet dan kunnen de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn als sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:16 lid 1 BW). Hier gelden echter nog enkele bijzondere regels (onder andere bewijsvermoedens), waar we later over komen te spreken. Voor aansprakelijkheid is vereist dat sprake is van ‘kennelijk’ onbehoorlijk bestuur, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat niet elke fout tot aansprakelijkheid leidt. Je zou kunnen zeggen dat ook hier de norm van een ‘ernstig persoonlijk verwijt’ geldt, maar dat is enigszins verwarrend gelet op het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid en daaraan gekoppeld hoofdelijke aansprakelijkheid in combinatie met (beperkte) disculpatiegronden voor individuele bestuurders.

Bij onbehoorlijk bestuur kan bijvoorbeeld worden gedacht aan:

- het vervreemden van de activa van de rechtspersoon tegen een onzakelijk lage prijs,
- het aangaan van risicovolle transacties zonder deugdelijke voorbereiding,
- onttrekking van eigen vermogen van de rechtspersoon (agio-uitkering aan de directeur-groootaandeelhouder met verrekening van de schuld aan de dga; Rb Den Haag 8 januari 2014, JOR 2014, 192 m.nt. Barneveld inzake mr. Oosterveld q.q. vs Exiton),
- maar ook meer in het algemeen aan handelen (of nalaten) in strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen (vgl. Rb Rotterdam 26 augustus 2015, JOR 2015, 327 m.nt. Van Bekkum inzake Fibercom vs A3M Beheer), of
- handelen in strijd met het statutaire doel van de rechtspersoon.

Op de administratie- en jaarrekeningplicht ga ik straks nader in.

Relevant bij bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:16 BW (faillissement):

- De werkring of taakverdeling binnen het bestuur is tot op zekere hoogte relevant voor de vraag of bij een meerhoofdig bestuur elke bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is. Een bestuurder kan zich daardoor mogelijk op een disculpatiegrond beroepen (lid 4).
- Er bestaat een collectieve verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken, in het bijzonder de financiële gang van zaken (lid 2). Ook hier bestaat tot op zekere hoogte de mogelijkheid van beroep op een disculpatiegrond (lid 5)

De hoofdregel voor aansprakelijkheid bij faillissement (art. 2:16 BW) luidt: de bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort bij kennelijk onbehoorlijk bestuur, op voorwaarde dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:16 lid 1 BW).

Het gaat hier om aansprakelijkheid voor het boedeltekort; dat gaat verder dan aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een onrechtmatige daad.

Er moet in de eerste plaats sprake zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Niet elke fout leidt tot aansprakelijkheid, zoals gezegd, en daarom moet het gaan om ‘*kennelijk*’ onbehoorlijk bestuur. Door het gebruik van de term ‘*onbehoorlijk bestuur*’ wordt duidelijk gemaakt dat het ook het handelen of nalaten van één bestuurder kan betreffen; niet alle bestuurders hoeven hieraan te hebben bijgedragen. Maar het uitgangspunt is collectieve verantwoordelijkheid en dus hoofdelijke aansprakelijkheid.

Dat kennelijk onbehoorlijk bestuur moet bovendien een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. De enkele constatering dat een (rechts)handeling een voorwaarde voor het faillissement is geweest, is onvoldoende. Er moet meer zijn dan een enkel *condicio sine qua non*-verband. Stelplicht en bewijslast van de feiten en omstandigheden die de curator als grondslag van zijn vordering noemt rusten op de curator (HR 24 januari 2014, JOR 2014, 122 m.nt. Van Thiel inzake Sansto vs mr. Reiziger q.q.).

Welke disculpatiemogelijkheid biedt de wet? In artikel 2:16 lid 4 BW is vastgelegd dat een bestuurder niet aansprakelijk is als hij bewijst dat het onbehoorlijk bestuur

- dat een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement - mede gelet op zijn werkkring en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Of een bestuurder voldoende toezicht heeft gehouden op de taakuitoefening van de andere bestuurders en voldoende heeft gedaan om het onbehoorlijk bestuur af te wenden moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 21 september 2010, JOR 2011, 40 inzake Stichting Freule Lauts van Aysma.

10

De regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement (artikel 2:16 BW) geldt voor:

- de NV en BV (lid 10);
- andere rechtspersonen als zij een onderneming drijven (3 jaar), dus de commerciële rechtspersonen (lid 10), en
- buitenlandse rechtspersonen die in SXM failliet zijn verklaard (lid 11); hier wordt niet de eis gesteld dat aan die rechtspersoon een onderneming moet zijn verbonden.

11

Indien niet is voldaan aan de administratieplicht - of wanneer de jaarrekening niet tijdig is opgemaakt - wordt vermoed dat er ook voor het overige sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en bovendien dat genoemd onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, tenzij sprake is van een onbelangrijk verzuim (art. 2:16 lid 2 BW).

Dit tweeledige vermoeden is op beide punten weerlegbaar; dat wil zeggen dat de betrokken bestuurders tegenbewijs kunnen leveren. De bestuurder kan het vermoeden weerleggen door te bewijzen dat het niet voldoen aan die verplichtingen (administratie en jaarrekening), mede gelet op zijn werkkring en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, niet aan hem te wijten is én dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om een verbeterde nakoming van die verplichtingen te bevorderen (art. 2:16 lid 5 BW).

Gedacht kan worden aan een trustkantoor dat tezamen met andere personen bestuurder is, en dat trustkantoor ondanks herhaald aandringen niet de beschikking

krijgt over de voor het voeren van de administratie benodigde gegevens. Het spreekt voor zich dat het trustkantoor deze situatie niet (te) lang kan laten voortduren en bij gebrek aan medewerking zal moeten besluiten om af te treden.

Overigens worden aan een jaarrekening geen al te hoge eisen gesteld: deze hoeft niet te voldoen aan de wettelijke of statutaire inrichtingsvereisten. Als het stuk maar serieus is opgesteld en enigszins op een jaarrekening lijkt en als zodanig kan worden aangemerkt, is dat al voldoende om de bewijsvermoedens buiten toepassing te laten. Het is niet vereist dat de jaarrekening een zo getrouw mogelijk beeld geeft; er mag zelfs sprake zijn van belangrijke tekortkomingen, al zullen enkele krabbels op de achterkant van een bierviltje de toets der kritiek niet kunnen doorstaan.

12

Met bestuurders worden gelijkgesteld (art. 2:16 leden 9 en 11 BW):

- Quasi-bestuurders / (mede)beleidsbepalers: degenen die zodanige invloed op (het bestuur van) de rechtspersoon uitoefenen dat zij met een bestuurder gelijkgesteld moeten worden (lid 9).
- Degenen die leiding geven aan activiteiten in SXM van een in SXM failliet verklaarde buitenlandse rechtspersoon (lid 11).

Of iemand als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt moet worden bepaald aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. In de eerste plaats moet het gaan om “beleid”. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan bemoeienis met de dagelijkse gang van zaken, het maken van plannen voor de toekomst, het entameren van nieuwe projecten en/of het opzetten van nieuwe strategieën, of (andere) activiteiten van gelijke zwaarte en omvang. Wanneer een aandeelhouder door het bestuur wordt geïnformeerd over het te voeren beleid wordt hij daardoor nog geen quasi-bestuurder, ook niet als hij als aandeelhouder met dat beleid instemt.

Indien er sprake is van beleid zoals hiervoor uiteengezet, moet de feitelijk beleidsbepaler dit beleid daadwerkelijk hebben bepaald of mede hebben bepaald. Het is dus niet voldoende dat iemand, die formeel geen bestuurder is, het beleid zou *kunnen* bepalen of mede bepalen. Een feitelijk beleidsbepaler moet *de facto* de bestuurstaak uitoefenen. De jurisprudentie bevestigt dit. De Hoge Raad heeft in het arrest Van der Have v Ontvanger (HR 24 mei 2002, JOR 2002, 130) geoordeeld dat het enkel *kunnen* bepalen van het beleid niet voldoende is. Het beleid moet ook daadwerkelijk bepaald zijn. Het moet gaan om directe, actieve bemoeienis met het bestuur van de rechtspersoon. Het enkel bewust stilzitten, wetende dat het handelen

van de formele bestuurder tot schade voor derden zou kunnen leiden, kan niet worden aangemerkt als “*het beleid bepalen of mede bepalen*”. Ook het inspireren van, raad geven aan en stimuleren van de formele bestuurders is niet voldoende om iemand quasi-bestuurder te maken.

Om als quasi-bestuurder te kunnen worden aangemerkt, moet men zich dus hebben gedragen als ware men de formele bestuurder (of één van de formele bestuurders). Dat hoeft niet het gehele beleid van de vennootschap te betreffen, maar het kan ook gaan om één of enkele wezenlijke onderdelen van het beleid. Zo kan bijvoorbeeld iemand die geen formele bestuurder is, zich als vertegenwoordiger van de vennootschap presenteren bij het sluiten van een belangrijk contract en zich dus gedragen als ware hij bestuurder. Een ander voorbeeld is het geval dat een aandeelhouder het beleid van de vennootschap (mede) bepaalt door steeds specifieke instructies aan de formele bestuurders te geven, die dergelijke instructies uitvoeren omdat zij niet tegen de zin van de aandeelhouder durven in te gaan. Een dergelijke aandeelhouder kan in beginsel als quasi-bestuurder worden aangemerkt.

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 evenzeer voor de quasi-bestuurder.

13

Rechtspersonen kunnen uiteraard een rechtspersoon als bestuurder hebben. Een dergelijke rechtspersoon-bestuurder kan ‘leeg’ zijn en dan geen verhaal bieden. In artikel 2:17 lid 1 BW is vastgelegd dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon (de directe of 1e graads bestuurder) tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is (de indirecte of 2e graads bestuurder). Dit werkt door tot aan de natuurlijke personen. En dat is ook logisch, omdat ernstig verwijtbaar gedrag uiteindelijk de verantwoordelijkheid is van een natuurlijke persoon. Voor deze indirecte bestuurder geldt, net als voor de directe bestuurder, dat hij niet aansprakelijk is als hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling, mede gelet op zijn werkkring en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Het idee achter deze wetsbepaling is dat ingeval van bestuurdersaansprakelijkheid altijd uiteindelijk één of meer natuurlijke personen aansprakelijk moeten kunnen worden gehouden. Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek bevat een vergelijkbare bepaling en wel in artikel 2:11. Over de reikwijdte van die bepaling heeft in de Nederlandse literatuur de nodige discussie plaatsgevonden. Die discussie ging

onder meer over de vraag of in een situatie waarin een Nederlandse rechtspersoon een buitenlandse rechtspersoon als bestuurder heeft, de natuurlijke persoon die bestuurder is van die buitenlandse rechtspersoon, aansprakelijk is als die buitenlandse rechtspersoon-bestuurder naar Nederlands recht aansprakelijk is uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.

De doorwerking ‘naar boven’ kent inderdaad grenzen. Dat blijkt uit een naar Nederlands recht gewezen arrest dat geacht moet worden in St. Maarten van overeenkomstige toepassing te zijn. De Hoge Raad heeft bepaald dat deze doorwerking alleen van toepassing is als de aansprakelijke bestuurder-rechtspersoon een rechtspersoon naar Nederlands recht is (in ons geval naar het recht van St. Maarten); dat volgt uit de (IPR) incorporatieleer (HR 21 juni 2013, JOR 2013, 238 inzake *My Guide*).

Het ging in deze zaak om de vraag naar de aansprakelijkheid van een bestuurder (een in Monaco woonachtige Nederlander) van een Zwitserse vennootschap (MyGuide Holding GmbH) die rechtspersoon-bestuurder was van de failliete Nederlandse vennootschap My Guide (Nederland) BV. De Hoge Raad oordeelt:

“3.3 In zijn arrest van 18 maart 2011, LJN BP1408, NJ 2011/132, heeft de Hoge Raad een beslissing gegeven in een zaak die betrekking had op de aansprakelijkheid van een buitenlandse rechtspersoon (D Group) in haar hoedanigheid van bestuurder van de Nederlandse vennootschap D Freight, die op haar beurt bestuurder was van enkele gefailleerde Nederlandse besloten vennootschappen. Daarin is onder meer overwogen (rov. 4.1.3):

‘Ingevolge het bepaalde in art. 3, aanhef en onder e, Wet conflictenrecht corporaties beheerst het op de corporatie toepasselijke recht onder meer de vraag wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van bestuurder, naast de corporatie aansprakelijk is. Dit brengt mee dat Nederlands recht als het incorporatierecht van D Freight tevens de aansprakelijkheid van D Group als bestuurder van deze vennootschap beheerst en dat art. 2:11 BW binnen deze vennootschapsrechtelijke verhouding van toepassing is. Dit laat onverlet, gelijk het hof in rov. 11.7.5 met juistheid heeft overwogen, dat de vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen D Group en háár bestuurder(s), worden beheerst door Belgisch recht als het incorporatierecht van D Group.’

3.4 Art. 2:11 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon, tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van die aansprakelijkheid van de rechtspersoon, daarvan bestuurder is. Het voorschrift ziet derhalve op directe bestuurders van de aansprakelijke rechtspersoon. Indien de bestuurder die op grond van

art. 2:11 BW aansprakelijk is, op zijn beurt eveneens een rechtspersoon is, kunnen vervolgens ook diens bestuurders op de voet van art. 2:11 BW aansprakelijk gehouden worden. De vraag of deze regel van Nederlands rechtspersonenrecht toepassing kan vinden in een geval waarin buitenlandse rechtspersonen zijn betrokken, dient te worden beantwoord aan de hand van het Nederlandse internationaal privaatrecht.

Zoals in voormeld arrest van 2011 is overwogen, wordt de vraag wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid, zoals die van bestuurder van een corporatie, naast de corporatie aansprakelijk is, naar Nederlands internationaal privaatrecht beheerst door het op die corporatie toepasselijke recht (zie het destijds geldende art. 3, aanhef en onder e, Wet conflictenrecht corporaties, en thans art. 10:119, aanhef en onder e, BW). Daaruit volgt dat een bestuurder slechts op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk kan worden gehouden, indien de door hem bestuurde aansprakelijke rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is.”

De rechtspersoon wordt (ook gezien vanuit het recht van St. Maarten) in al zijn rechtspersoonsrechtelijke aspecten beheerst door het recht van het land waaraan het zijn rechtspersoonlijkheid ontleent. Het incorporatiestelsel ziet onder meer op het bezit van rechtspersoonlijkheid, de interne huishouding van de rechtspersoon (waaronder de bevoegdheidsverdeling, maar evenzeer de administratieplicht en het jaarrekeningenrecht), de bevoegdheid van organen van een rechtspersoon om hem te vertegenwoordigen, de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de rechtspersoon en de beëindiging van het bestaan van de rechtspersoon.

Met deze uitspraak van de Hoge Raad wordt de in de Nederlandse literatuur aangehangen opvatting bevestigd dat het Nederlandse rechtspersonenrecht niet door middel van artikel 2:11 BW kan “inbreken” in een door buitenlands recht beheerste rechtsverhouding, namelijk de rechtsverhouding tussen de buitenlandse rechtspersoon (die bestuurder is van een Nederlandse rechtspersoon) en zijn eigen bestuurder. De rechtsverhouding tussen een buitenlandse rechtspersoon en diens bestuurder wordt immers beheerst door buitenlands recht.

De volgende conclusie kan worden getrokken (en geldt *mutatis mutandis* ook voor Aruba, Curaçao en de BES-eilanden): artikel 2:17 BW mist toepassing in het geval van een indirecte bestuurder (2e graads bestuurder) indien deze bestuurder is van een buitenlandse bestuurder-rechtspersoon die bestuurder is van een rechtspersoon naar het recht van St. Maarten. Anders gezegd: er kan geen doorwerking plaatsvinden als zich tussen de (primair aansprakelijke) rechtspersoon naar het recht van St. Maarten en de uiteindelijke natuurlijke persoon of personen, een buitenlandse rechtspersoon bevindt.

De vraag kan nog worden gesteld of de natuurlijke persoon die bestuurder is van de buitenlandse bestuurder-rechtspersoon van een rechtspersoon naar het recht van St. Maarten niet toch aansprakelijk zou kunnen zijn als quasi-bestuurder.

14

Wat de aansprakelijkheid van een trustbestuurder betreft moet worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 2011 (LJN: BP8686; JOR 2011/285 inzake MeesPierson [“MPT”]). De Hoge Raad hanteert wat betreft het leerstuk ‘ernstig persoonlijk verwijt’ het volgende uitgangspunt (r.o. 3.6.1):

“In cassatie is (terecht) niet bestreden dat de maatstaf van een ernstig verwijt heeft te gelden bij de beantwoording van de vraag of MPT als bestuurder van de vennootschap haar taak onbehoorlijk heeft vervuld zonder dat daarbij betekenis toekomt aan het feit dat MPT als trustdirecteur optrad.”

Het feit dat een (rechts)persoon als trustbestuurder optrad is, aldus begrijp ik de Hoge Raad, op zichzelf genomen niet relevant, in die zin, dat het niet als ‘verzachtende omstandigheid’ in de beoordeling kan worden betrokken. Met andere woorden: er bestaat voor trustbestuurders geen verlicht regime wat betreft bestuurdersaansprakelijkheid: een trustbestuurder heeft als een volwaardige bestuurder te gelden.

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

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

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

toebehoorde, waarbij dan alleen onbehoorlijk bestuur gedurende dat tijdvak in aanmerking wordt genomen.

Volgens het trustkantoor was aan de SPF geen onderneming verbonden en kon het trustkantoor dus niet uit hoofde van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid worden aangesproken. Het Hof oordeelde dat, gezien de activiteiten van de SPF, feitelijk sprake was van het voeren van een onderneming door de SPF. De hoofdregel, namelijk dat bestuurders aansprakelijk zijn bij faillissement ingeval van onbehoorlijk bestuur, is dan ook van toepassing.

Het trustkantoor had ook betoogd dat een derde (de principaal / *ultimate beneficiary*) feitelijk het bestuur over de SPF voerde en dus als medebeleidsbepaler aansprakelijk diende te worden gehouden. Het Hof overweegt dat als er een dergelijke quasi-bestuurder is, dit de formele bestuurder niet van haar eigen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid ontslaat. Met andere woorden: de formele bestuurder kan zich niet disculperen met de stelling dat feitelijk (materieel) iemand anders het bestuur voerde. 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 had ook betoogd dat voor trustbestuurders andere normen wat betreft aansprakelijkheid gelden. Het Hof overweegt dat artikel 2:16 BW ziet op bestuurdersaansprakelijkheid van bestuurders van een rechtspersoon ingeval van faillissement. Volgens het Hof kent genoemd wetsartikel geen aparte toetsingsnorm voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van bestuurders van een SPF (een rechtspersoon). Volgens het Hof is het uitgangspunt dan ook dat het trustkantoor wordt aangemerkt als een bestuurder van een SPF die zich bezig heeft gehouden met het voeren van een onderneming.

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

15

In de zaak van Windward Roads BV tegen Rudolph Richard Neuss is door het Gemeenschappelijk Hof op 9 oktober 2015 vonnis gewezen (Ghis 71394 – AR 06/13 – H 414/14). In het kort komt de zaak er op neer dat Windward Roads een vordering had op Point Esprit Development NV, waarvan Neuss bestuurder was. Toen de vordering, na aanvankelijk te zijn afgewezen, eenmaal in rechte was

toegewezen, bleek Point Esprit geen geld meer te hebben. Windward Roads stelde daarop een vordering tegen Neuss in. Hem werd onder andere verweten de bankrekening, waarop aanvankelijk beslag lag, na opheffing van het beslag te hebben leeggehaald. Het verweer van Neuss dat hij de gelden heeft gebruikt om crediteuren van Point Esprit te voldoen, en dat bovendien op een moment dat de vordering van Windward Roads was afgewezen, werd in eerste aanleg en in hoger beroep gehonoreerd.

Het Hof besteedt bijna twee bladzijden aan een weergave van de arresten van de Hoge Raad over bestuurdersaansprakelijkheid (al is het door het Hof als eerste genoemde arrest niet van 5 september 2015, maar van 2014). Daaruit moet worden afgeleid dat het Hof die naar Nederlands recht gewezen arresten ook leidend acht wat betreft het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid in St. Maarten. En dat geldt dan uiteraard ook voor Aruba, Curaçao en de BES-eilanden.

Tenslotte nog enkele algemene overwegingen waarvan het handig is die te kennen. Deze zijn terug te vinden in (onder andere) het arrest van Hof Arnhem van 27 oktober 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:8114).

“Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als zojuist bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Zie HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015, 22, RCI Financial Services/K. Het ligt daarbij op de weg van de benadeelde om te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat de bestuurder persoonlijk jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld (HR 8 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2812, NJ 1999, 318, r.o. 3.6 en volgende).”

* * * * *