

Cursus Ondernemingsrecht

Stichting Beroepsopleiding Advocatuur Curaçao

Mr. Karel Frielink

Maandag 10 augustus 2020

17.00 – 20.00 uur

{ contact: kfrielink@bzselaw.com }

1

Twee onderwerpen staan centraal vandaag: (1) besluiten en besluitvorming in de onderneming; en (2) het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid. Waar mogelijk zal ik die met ‘tips & tricks’ doorspekken, al ben ik wat dit woordduo betreft meer iemand van de ‘tips’ dan van de ‘tricks’.

En dat is misschien ook wel meteen de eerste tip voor advocaten: probeer zoveel mogelijk tactische/procedurele ‘handigheidjes’ te vermijden. Artikel 18c Rv bepaalt dat partijen – dat geldt dus voor zowel verzoeker als verweerder – verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig, naar waarheid en in een zo vroeg mogelijk stadium aan te voeren. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat dit voorschrift meer dan incidenteel niet wordt nageleefd.¹

Met grote regelmaat worden pas bij re- of dupliek, of zelfs nog later, feiten naar voren gebracht die al langer bekend zijn (of bij een betere voorbereiding bekend hadden moeten zijn) en die voor de beslissing van belang zijn. Natuurlijk kunnen die feiten de advocaat pas in een laat stadium bekend zijn geworden, maar mijn indruk is dat veelvuldig ook tactische overwegingen aan het niet noemen van bepaalde feiten ten grondslag liggen. Mogelijk dat een belangrijk uitgangspunt van ons bewijsrecht, dat wie stelt (in beginsel) moet bewijzen (artikel 129 Rv), in dat verband een rol speelt. De tactische gedachtegang is dan dat men zich niet te veel in de kaart wil laten kijken en men eerst maar eens wil afwachten met welke feiten de tegenpartij komt. Over dit onderwerp is heel veel te zeggen, maar voor vandaag volsta ik met de opmerking dat veel procedures sneller en efficiënter kunnen verlopen als partijen in hun eerste processtuk de eis

¹ Ik ga hier voorbij aan het feit dat partijen zelf de grenzen van de rechtsstrijd bepalen en daardoor ook de reikwijdte van deze verplichting. Bovendien kan ook een bewijsovereenkomst tussen partijen bestaan op grond waarvan bijvoorbeeld bepaalde bewijsmiddelen niet mogen worden gebruikt.

van artikel 18c Rv serieus (of serieuzer) zouden nemen. Dat betekent mijns inziens ook dat je geen actie moet ondernemen voordat je er zelf van overtuigd bent dat je cliënt je alles heeft verteld, en alle informatie aan je heeft gegeven die je denkt nodig te hebben. Als je dat als advocaat niet doet, is de kans vrij groot dat de wederpartij je op dat punt verrast.

2

Dan gaan we nu verder met het onderwerp besluiten en besluitvorming in de onderneming.² We beginnen met het meer formele kader.

Bij een besluit van een rechtspersoon gaat het om de wilsuiting van een orgaan van die rechtspersoon, gericht op rechtsgevolg. Een orgaan is een zelfstandig, functioneel onderdeel van de rechtspersoon, bestaande uit één of meer personen, waaraan door wet of statuten rechtspersoonsrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend; het orgaan representeert (met uitsluiting van anderen) de rechtspersoon op dat terrein waarop het krachtens wet of statuten bevoegd is. In hoofdzaak gaat het om het bestuur, de toezichthouder (RvC/RvT) of de algemene vergadering.

De beslissing om een bestuurder niet opnieuw te benoemen of om de jaarrekening niet goed te keuren is niet gericht op een rechtsgevolg en in deze zin dus geen besluit. Ik zou in dat verband het besluit om géén dividend uit te keren overigens wel als een besluit in de zin van de wet willen aanmerken, omdat het gericht is op een rechtsgevolg, namelijk reservering van de winst.

Zie ook HR 12 mei 2000, *JOR* 2000, 145 m.nt. Blanco Fernández (*Geestelijk Leider*). Een (Nederlandse) stichting had in de statuten staan dat de stichting een Geestelijk Leider heeft, die bij de oprichtingsakte voor het leven was benoemd. De statuten bepaalden verder dat de Geestelijk Leider zelf zijn opvolger aanwijst, dat de Geestelijk Leider gerechtigd is tot inzage van alle stukken en bescheiden van de stichting, dat de Geestelijk Leider het bestuur gevraagd en ongevraagd van advies kan dienen, en dat de adviezen van de Geestelijk Leider voor het bestuur bindend zijn. De Geestelijk Leider zou als orgaan van de stichting kunnen worden aangemerkt en zijn bindend advies als een besluit. Hoe dit ook zij, uit het arrest van de Hoge Raad blijkt dat als de Geestelijk Leider van zijn statutaire bevoegdheden gebruik maakt, eventueel machtsmisbruik langs de weg van de vernietiging van besluiten (artikel 2:15 BW-NL/artikel 2:21 BW Curaçao) kan worden aangepakt.

3

Als sprake is van een besluit van een orgaan kan dat *nietig* zijn als het in strijd is met de wet of de statuten (artikel 2:21 lid 1 BW). Er is ook sprake van nietigheid als het besluit een door Boek 2 BW of de statuten voorgeschreven quorum, meerderheid, voorstel, voordracht of machtiging ontbreekt. Nietig is verder een besluit zolang een door Boek 2 BW of de statuten voorgeschreven goedkeuring van een ander orgaan ontbreekt (artikel 2:21 lid 2 BW).

Voorbeelden: Een besluit dat in strijd is met de statutaire doelomschrijving is nietig. Een rechtspersoon kan niet tot commissaris worden benoemd bij een rechtspersoon waaraan een

² S.H.M.A. Dumoulin, *Besluitvorming in rechtspersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999.

onderneming is verbonden (artikel 2:19 lid 3 BW). In deze voorbeelden is het besluit absoluut nietig: het kan niet worden bekrachtigd, omdat een bekrachtiging zelf in strijd met de wet zou zijn.

Het begrip nietigheid (dat in mijn boek met non-existent gelijk wordt gesteld) drukt uit dat het besluit door het recht niet wordt erkend. De nietigheid werkt van meet af aan (*ab initio*). Op de nietigheid kan eenieder zich beroepen.

Ontbreekt bijvoorbeeld de statutair voorgeschreven goedkeuring van de RvC voor een bestuursbesluit, dan is dat bestuursbesluit nietig. Door het alsnog geven van goedkeuring door het bevoegde orgaan wordt het besluit bekrachtigd. Overigens is de regeling van artikel 3:58 BW inzake bekrachtiging (convalescentie) van toepassing, met de kanttekening dat een besluit dat nietig is op grond van strijd met de goede zeden niet kan worden bekrachtigd.

Als voor het nemen van een besluit een quorum is voorgeschreven, dat echter niet wordt gehaald, terwijl die eis voor een tweede vergadering over dit onderwerp niet geldt, dan mag die tweede vergadering niet reeds, voor zoveel nodig, tegelijk met de eerste worden opgeroepen om die op dezelfde dag, maar dan later, te houden. Die tweede vergadering kan pas na de eerste vergadering worden opgeroepen, uiteraard met inachtneming van de voorgeschreven formaliteiten.

Terzijde: de wet kent ook het begrip “geen enkele rechtskracht” (artt. 2:115/215 lid 1 en 2:118/218 lid 5 BW), hetgeen een soort absolute nietigheid inhoudt, maar betekent dat er niets valt te bekrachtigen.

4

Een besluit kan ook *vernietigbaar* zijn: het is dan geldig totdat het in rechte is vernietigd. Een vernietiging heeft terugwerkende kracht. Een besluit van een orgaan van een rechtspersoon kan niet buitengerechtelijk worden vernietigd. De vernietiging moet worden gevorderd in een procedure tegen de rechtspersoon, hetgeen ook in reconventie kan. De *vervaltermijn* is zes maanden na het einde van de dag waarop, hetzij aan het besluit voldoende bekendheid is gegeven, hetzij de belanghebbende van het besluit kennis heeft genomen of daarvan is verwittigd (artikel 2:21 lid 4 BW). Stuiting is dus niet mogelijk. De termijn geldt ook voor een eis tot vernietiging in reconventie. Bij de komende wetswijziging wordt (onder meer) de termijn verlengd.

Wat het recht van Curaçao en dat van Nederland betreft wordt geleerd dat art. 3:55 BW (bevestiging van een rechtshandeling) niet van toepassing is wat betreft een vernietigbaar besluit. In Nederland is echter in de wet (art. 2:15 lid 6 BW-NL) bepaald dat een besluit dat vernietigbaar is wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, door een daartoe strekkend besluit kan worden bevestigd; voor dit besluit gelden dezelfde vereisten als voor het te bevestigen besluit. De bevestiging werkt niet zolang een tevoren ingestelde vordering tot vernietiging aanhangig is. Indien de vordering wordt toegewezen, geldt het vernietigde besluit als opnieuw genomen door het latere besluit, tenzij uit de strekking van dit besluit het tegendeel voortvloeit. De mogelijkheid van bevestiging (die

terugwerkende kracht heeft) wordt door de Nederlandse wetgever alleen redelijk geacht indien het gebrek van het vernietigbare besluit schuilt in de wijze van totstandkoming en niet wanneer het gebrek de inhoud van het besluit betreft. Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I*, nr. 325. Naar het recht van Curaçao lijkt mij verdedigbaar dat bevestiging van een vernietigbaar besluit op dezelfde wijze mogelijk is, maar ook wanneer de vernietigingsgrond is gelegen in strijd met de redelijkheid en billijkheid, als *alle* betrokken personen/organen het besluit als geldig aanvaarden (bevestiging heeft immers relatieve werking) en (wat laatstgenoemde vernietigingsgrond betreft) dit niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Vgl. J.M. Blanco Fernández, *SDU Commentaar Ondernemingsrecht*, BW, art. 2:15 C.7 (Bevestiging).

De vervaltermijn van zes maanden in artikel 2:21 lid 4 BW geldt niet voor een verzoek in een enquêteprocedure dat mede strekt tot vernietiging van besluiten van een rechtspersoon – nog daargelaten dat het praktisch zeer bezwaarlijk kan zijn binnen die vervaltermijn een zodanig verzoek te doen. De vernietigingsmogelijkheid staat verder los van het eventuele onrechtmatige karakter van een besluit: de gevolgen daarvan worden beheerst door het leerstuk onrechtmatige daad en de verjaringstermijn van vijf jaar.

Een besluit is vernietigbaar op vordering (dus in rechte) van iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van een voorschrift dat niet is nageleefd (artikel 2:21 lid 3 BW). De wet noemt vier categorieën:

- a. strijd met bepalingen van de wet of de statuten, die de *totstandkoming* van besluiten regelen (onverminderd het bepaalde in artikel 2:21 lid 2 BW);

Denk in dit verband aan de termijn van oproeping en oproepingsformaliteiten voor een vergadering alsmede aan het oproepen van alle vergadergerechtigden. Het vergaderrecht komt toe aan iedere aandeelhouder en iedere stemgerechtigde, alsmede aan iedere bestuurder en iedere commissaris. De statuten kunnen het vergaderrecht ook aan andere personen toekennen (artikel 2:129/229 lid 2 BW). Houdt er rekening mee dat bestuurders en commissarissen als zodanig in de algemene vergadering en bij de besluitvorming buiten vergadering een raadgevende stem hebben (artikel 2:132/232 lid 3 BW). Gaat het om het ontslag van een bestuurder dan heeft de betrokkene het recht om te worden gehoord alvorens hij wordt ontslagen. Wordt de bestuurder niet (behoorlijk) in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen dan is het ontslagbesluit vernietigbaar. Dit soort totstandkomingsgebreken kan eenvoudig worden geheeld door een nieuwe vergadering bijeen te roepen, met inachtneming van alle formaliteiten, waarna het besluit (wederom) kan worden genomen.

Gaat het om een onbeduidend verzuim dan behoort dat geen gevolgen voor de geldigheid van het besluit te hebben. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat een niet-stemgerechtigde aandeelhouder abusievelijk niet voor een algemene vergadering is opgeroepen. Ik breng in dat verband in herinnering dat de Hoge Raad in het Wijsmuller-arrest heeft bepaald dat de betekenis van een bepaling in de statuten van een rechtspersoon, die voorschrijft dat een besluit moet uitgaan van een orgaan van die rechtspersoon, bij een orgaan dat uit meer personen is samengesteld, in het bijzonder hierin is gelegen, dat het besluit tot

standkomt als *vrucht van onderling overleg* van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen.

- b. strijd met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:7 BW (objectieve goede trouw);

Hier gaat het in de kern meestal om een belangenafweging. Ook de wilsgebreken (dwang, dwaling, bedrog) kunnen onder deze categorie worden geschaard.

De vraag die bij toetsing aan de redelijkheid en billijkheid voorligt is niet of een goed besluit is genomen dan wel of er een beter besluit genomen had kunnen worden, maar of het besluit gezien de feiten en omstandigheden in redelijkheid kon worden genomen. Dit wordt wel aangeduid met een marginale toetsing.

Een bekend voorbeeld is dat de aandeelhouder die het niet eens is met een in zijn ogen te magere dividendpolitiek van de NV of BV (of die bewust wordt 'uitgehongerd'), de vennootschap in rechte kan betrekken en de vernietiging van een hem onwelgevallig dividendbesluit vorderen. Naar mijn mening zijn ook certificaathouders bevoegd de vernietiging van een dividendbesluit te vorderen.

- c. strijd met een reglement; en
- d. strijd met een vennootschappelijke overeenkomst als bedoeld in artikel 2:127/227 lid 3 BW.

5

Bij het voorbereiden van besluitvorming is het dus van belang het wettelijke en statutaire spoorboekje nauwgezet te volgen en in kaart te brengen wie bevoegd is tot besluitvorming; wie bevoegd is een vergadering bijeen te roepen, hoe en met inachtneming van welke formaliteiten; wie vergadergerechtigd zijn, wie een advies- of hoorrecht hebben en dergelijke. In procedures inzake de vernietiging van een besluit zal bijna altijd eerst het besluitvormingsproces worden getoetst: een doorgaans eenvoudig te toetsen element daarvan is uiteraard of alle procedurele regels in acht zijn genomen.

De wet bevat inzake besluitvorming wel een groot aantal bepalingen als het gaat om de algemene vergadering, maar niet als het gaat om vergaderingen van het bestuur en de RvC/RvT. Doorgaans bevatten de statuten of een daarop gebaseerd reglement wel de nodige voorschriften. Voor alle organen geldt dat de leden daarvan in redelijkheid in de gelegenheid moeten worden gesteld aan de beraadslaging en besluitvorming deel te nemen, ook al zou de uitkomst daarvan (bijvoorbeeld op grond van informeel overleg van de meerderheid) op voorhand vaststaan.

Tevens moet worden beoordeeld of de aard van het besluit nog een bepaalde voorbereiding vergt. Naarmate een transactie groter en/of complexer is (een omvangrijke financiering; verkoop bedrijfszonderdeel; grote investering in het buitenland; aanbieden van aandelen aan de markt, etc.) mag van een bestuur of ander betrokken orgaan, worden verwacht dat zichtbaar en beredeneerd tot een afweging is gekomen, hetgeen uit bijvoorbeeld de notulen moet blijken. Bij een afweging

speelt bijvoorbeeld een rol de noodzaak van het besluit, wat voor en tegen het besluit pleit, welke alternatieven er voorhanden waren, welke expertise is ingehuurd, en of de (op dat moment kenbare) belangen van de betrokkenen voldoende in de afweging zijn betrokken.

Naarmate de importantie van een besluit groter is kunnen aan de besluitvorming hogere eisen worden gesteld. Vanuit een oogpunt van (potentiële) bestuurdersaansprakelijkheid zijn de meer belangrijke besluiten uiteraard het meest interessant. Aan dat soort besluiten kan de eis worden gesteld dat die op ‘*fully informed basis*’ behoren te worden genomen, in het bijzonder wanneer de gevolgen van deze besluiten negatief of zelfs dramatisch blijken te zijn. Bij dit alles zal echter ook een rol kunnen spelen onder welke druk de besluitvorming tot stand is gekomen.

De toetsing door de rechter kan in zoverre marginaal worden genoemd, dat het er niet om gaat of onder de gegeven omstandigheden het (naar het inzicht van de rechter) beste besluit is genomen, maar of een redelijk handelend en redelijk bekwaam bestuurder (de ‘prudente maatman-bestuurder’) dit besluit had kunnen nemen.

6

In het kader van besluitvorming bij rechtspersonen verdienen de onderwerpen doeloverschrijding en tegenstrijdig belang aandacht.

Het onderwerp *doeloverschrijding* komt in de praktijk veelvuldig in beeld als het gaat om het verstrekken van zekerheden in het kader van een financiering, met name als het gaat om het verstrekken van zekerheden in het kader van een concern waarbij de holding of een zustervenootschap de leningnemer is.³ Twee gevallen dienen zich geregeld aan: (i) in de doelomschrijving is het verstrekken van zekerheden ten behoeve van derden expliciet toegestaan, en (ii) in de statuten staat hierover niets. We bespreken de twee gevallen straks.

Een rechtspersoon mag niet buiten zijn statutaire doelomschrijving treden (artikel 2:13 lid 1 BW). In de statuten kan een beroep op doeloverschrijding worden uitgesloten, behalve bij een stichting.⁴ In geval de rechtspersoon failliet gaat is ook de curator hieraan gebonden. De ratio van de wettelijke regeling is de bescherming van de rechtspersoon. De rechtspolitieke vraag is of deze bescherming in deze vorm wel zou moeten blijven bestaan.

Een *besluit* dat in strijd is met de statutaire doelomschrijving is nietig (artikel 2:21 lid 1 BW). Met andere woorden: het is voor een rechtspersoon niet mogelijk om besluiten te nemen die vallen buiten zijn doel (in beginsel heeft deze ongeldigheid echter slechts interne werking). Op grond van doeloverschrijding nietige besluiten kunnen ook bezwaarlijk worden bekrachtigd, want dat is evenzeer in strijd met het statutaire doel. De aangewezen oplossing is het wijzigen van de statuten om vervolgens een nieuw besluit te nemen.

³ J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992.

⁴ Uitsluiting bij een stichting zou in strijd zijn met de aard van een stichting. De stichting wordt immers dikwijls in het leven geroepen door afzondering van een bepaald vermogen voor een bepaald doel, dat niet kan worden gewijzigd, tenzij de statuten dat toelaten.

Is geen uitsluiting om een beroep te doen op doeloverschrijding in de statuten opgenomen, dan is een door de rechtspersoon verrichte *rechtshandeling* vernietigbaar indien daardoor het doel werd overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten. Slechts de rechtspersoon kan een beroep op deze grond tot vernietiging doen (artikel 2:13 lid 2 BW) en de rechtshandeling – gerechtelijk dan wel buitengerechtelijk - vernietigen.⁵ Krachtens een besluit van de algemene vergadering kan een rechtspersoon die geen stichting is een rechtshandeling, waardoor het doel werd overschreden, bevestigen dan wel afstand doen van een beroep op doeloverschrijding. Een wederpartij mag in dat verband afgaan op een door het bestuur of een bestuurder aan de wederpartij gerichte verklaring dat de rechtspersoon geen beroep zal doen op doeloverschrijding dan wel de rechtshandeling heeft bevestigd (artikel 2:13 lid 3 BW).

Een doelomschrijving is niet een louter informatieve bron, maar heeft ook juridische implicaties. Kernachtig wordt dit veelal als de ‘*ultra vires doctrine*’ aangeduid. Deze doctrine houdt in dat de omvang en dus begrenzing van de bevoegdheid van het bestuur, de individuele bestuurders en alle andere organen en vertegenwoordigers van de rechtspersoon mede door de doelomschrijving wordt bepaald. Met de doelomschrijving wordt een zekere ordening van de interne en externe verhoudingen bereikt. Treedt het bestuur buiten de statutaire doelomschrijving dan is er in beginsel sprake van onbehoorlijke taakvervulling en mogelijke aansprakelijkheid.

Let er op dat ook andere bepalingen in de statuten in dit verband relevant kunnen zijn: zo kunnen de statuten in een andere bepaling bijvoorbeeld het verbod voor de rechtspersoon bevatten om zich borg te stellen, hetgeen een beperking van het doel is, of daarentegen bepaalde rechtshandelingen aan goedkeuring van bijvoorbeeld de RvC onderwerpen, welke rechtshandelingen niet direct uit het statutaire doel zijn op te maken, maar daar wel onder begrepen dienen te worden.

Van doeloverschrijding is sprake in geval een handeling niet in het belang van de rechtspersoon (en de eventueel met hem verbonden onderneming) is, ongeacht of deze handeling al dan niet (expliciet) in de doelomschrijving staat vermeld. Dat betekent enerzijds dat ook handelingen zijn toegestaan die niet als zodanig in de doelomschrijving staan vermeld, maar anderzijds ook dat niet iedere handeling die wel in de doelomschrijving wordt genoemd daardoor ook automatisch wordt gedekt. Anders gezegd: handelingen die een disproportionele verwaarlozing van het belang van de rechtspersoon met zich brengen zijn niet geoorloofd. Bij de uitleg van het statutaire doel van de rechtspersoon spelen de maatstaf van de redelijkheid en billijkheid en het belang van de rechtspersoon dan ook een wezenlijke rol.

⁵ Artikel 3:55 lid 2 BW moet van overeenkomstige toepassing worden geacht. Dit betekent dat de bevoegdheid van de rechtspersoon om een beroep op een vernietigingsgrond te doen vervalst, wanneer de onmiddellijk belanghebbende na de aanvang van de verjaringstermijn aan de rechtspersoon een redelijke termijn heeft gesteld om al dan niet te kiezen voor vernietiging, en de rechtspersoon binnen deze termijn zich niet op vernietiging heeft beroepen. Wordt geen termijn gesteld dan vervalst de mogelijkheid genoemd beroep te doen drie jaren nadat de bevoegdheid om de vernietigingsgrond in te roepen aan de rechtspersoon ten dienste is komen te staan (artikel 3:52 lid 1 onder d BW).

Ik noemde het geval van het verstrekken van zekerheden door een vennootschap ten behoeve van een door de holding of een zustervenootschap aangegane financiering. Als gezegd dienen zich twee gevallen geregeld aan: (i) in de doelomschrijving is het verstrekken van zekerheden ten behoeve van derden expliciet toegestaan, en (ii) in de statuten staat hierover niets.⁶

Als het verstrekken van zekerheden expliciet in de doelomschrijving is toegestaan, wil dat niet zeggen dat geen beroep op doeloverschrijding kan worden gedaan. Als het verstrekken van zekerheden in redelijkheid niet geacht kan worden te zijn gericht op het belang van de vennootschap, dan valt die buiten haar statutaire doel, hoe ruim die doelstelling ook is en hoe duidelijk die rechtshandeling daarin ook staat omschreven.⁷

Een rechtshandeling waarover de doelomschrijving zwijgt, kan desondanks geacht worden binnen die doelomschrijving te vallen. Dit worden secundaire handelingen genoemd. Indien de concernfinanciering mede in het belang van de vennootschap wordt aangegaan, is verdedigbaar dat niet sprake is van doeloverschrijding indien de vennootschap zekerheden verschaft ook al is zij niet de leningnemer en ook al staat hierover niets in de doelomschrijving. Zou het verschaffen van zekerheden voorzienbaar de continuïteit van de vennootschap in gevaar brengen, dan is die handeling evident niet in het belang van de vennootschap, en kan een beroep op doeloverschrijding worden gedaan. In alle gevallen draait het dus om de vraag naar het vennootschappelijk belang.

7

Dan nu het *tegenstrijdig belang*. De regeling in Curaçao is kort (artikel 2:11 BW).

De bevoegdheid ter zake van rechtshandelingen met of rechtsgedingen tegen een bestuurder berust bij de raad van commissarissen. Ontbreekt een RvC dan berust deze bevoegdheid bij de algemene vergadering of een voor dat geval door de algemene vergadering aan te wijzen persoon of orgaan. Bij de stichting geschiedt de aanwijzing door de rechter op verzoek van een belanghebbende. Van deze regeling kan in de statuten worden afgeweken. Daarvan kan ook worden afgeweken in een krachtens de statuten door de algemene vergadering, bij de stichting door een ander orgaan dan het bestuur, vastgesteld reglement.

Er wordt gesproken over ‘de bevoegdheid’ ter zake van specifieke handelingen met tegenstrijdig belang. Daaronder valt niet alleen de bevoegdheid om op dat punt besluiten te nemen maar ook de bevoegdheid tot vertegenwoordiging. Besluiten en vertegenwoordigingshandelingen die in strijd zijn met deze regeling zijn nietig. In geval een ander orgaan dan het bestuur een besluit neemt vanwege een tegenstrijdig belang, heeft het besluit als een bestuursbesluit te gelden.

⁶ Zouden de statuten een expliciet verbod bevatten dan is het verstrekken van zekerheden ten behoeve van een derde niet toegestaan.

⁷ Zo ook C.J. Jager, ‘Doeloverschrijding en concernfinanciering’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 1 (2007), p. 7. Zie verder Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb, 2019/134.

Indien en voor zover sprake is van werking tegen derden bevat artikel 2:22 lid 2 BW een regeling inzake de gevolgen daarvan. In dat lid is vastgelegd dat als het besluit een rechtshandeling is van de rechtspersoon, die tot een wederpartij is gericht, of als het een vereiste is voor de geldigheid van zulk een rechtshandeling, dan kan de nietigheid of vernietiging van het besluit niet aan die wederpartij kan worden tegengeworpen, indien deze het gebrek dat aan het besluit kleefde niet kende of behoefde te kennen. Er wordt een uitzondering gemaakt als het gaat om de nietigheid of vernietiging van een besluit tot uitgifte van aandelen en een besluit tot benoeming van een bestuurder of een commissaris: die kan wel aan de beoogde aandeelhouder respectievelijk aan de benoemde worden tegengeworpen. In dat geval is de rechtspersoon echter gehouden de schade van de wederpartij te vergoeden, indien deze het gebrek in het besluit niet kende of behoefde te kennen.

De wet laat statutenmakers volledig vrij de regeling geheel weg te schrijven of juist een andere, meeromvattende regeling te treffen, bijvoorbeeld door ook een regeling te maken voor kwalitatief of indirect tegenstrijdig belang. Van een *kwalitatief tegenstrijdig belang* is bijvoorbeeld sprake als iemand bestuurder is van twee of meer van de bij een rechtshandeling betrokken rechtspersonen. Bij een *indirect tegenstrijdig belang* kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval waarin een bevriende relatie van de bestuurder een onroerende zaak van de rechtspersoon wil kopen en de bestuurder daaraan wil meewerken, maar bereid is slechts een 'vriendenprijs' te vragen, waarmee hij de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is benadeelt. Denk bij tegenstrijdige belangen ook aan willekeur inzake '*corporate opportunities*', waarbij een bestuurder een lucratieve zakelijke mogelijkheid (zonder overleg) zelf benut in plaats van die aan de vennootschap waarvan hij bestuurder is ten goede te laten komen.

Het voorgaande laat onverlet dat in geval een handeling op grond van de wet en de statuten (en indien van toepassing: een reglement) niet als een tegenstrijdig belang kwalificeert, deze mogelijk wel als onbehoorlijk bestuur kan worden aangemerkt, en de betrokken bestuurder terzake een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

8

Dan komen we nu toe aan het onderwerp *bestuurdersaansprakelijkheid*. Eerst nog dit. De formele of statutaire bestuurder is enkel degene die in overeenstemming met de wet en de statuten van de betrokken rechtspersoon is benoemd. Niet voldoende is dat de betrokken persoon en/of anderen ervan zijn uitgegaan dat hij statutair bestuurder was en feitelijk heeft gefunctioneerd als ware hij statutair bestuurder. Van opgewekt vertrouwen ter zake van een dergelijke benoeming kan géén sprake zijn. Zie in dat verband onder meer HR 15 december 2000, *JOR* 2001/1 m.nt. Van den Ingh (*Squamish*).

Daarnaast zijn er quasi-bestuurders: personen die zonder tot statutair bestuurder te zijn benoemd, zelf bestuurshandelingen verrichten (feitelijk bestuurders) of zodanige invloed op het bestuur uitoefenen dat het bestuur zich gedwongen voelt om overeenkomstig instructies van die persoon te handelen (schaduwbestuurder).⁸

⁸ K. Frielink, 'De quasi-bestuurder naar Nederlands en Nederlands Caribisch rechtspersonenrecht', *Ondernemingsrecht* 10/11 (2018), p. 483-495.

Bij quasi-bestuurders kan een onderscheid worden gemaakt tussen degene die wel en niet te goeder trouw zijn: (i) dat ziet op de vraag of de betrokkene handelt met instemming van (het bestuur van) de rechtspersoon of niet (in het laatste geval dus eigenmachtig), (ii) alsmede – waar het betreft de formele schaduwbestuurder - op hetgeen partijen met hun afspraken beogen (denk aan het trustkantoor dat wordt ingeschakeld voor rechtmatige dienstverlening versus de katvanger die wordt ingeschakeld voor frauduleuze zaken), en (iii) op de vraag of er een wettelijke grondslag is voor het handelen van de quasi-bestuurder (denk bijvoorbeeld aan zaakwaarneming).

Wat is besturen? De wet zwijgt er over. Enkele elementen:

- I. het nakomen van wettelijke en statutaire verplichtingen alsmede van verplichtingen krachtens de wet en/of de statuten (denk aan een reglement); dit kan worden omschreven als compliance in enge zin;
- II. het actief sturing geven aan het uitvoeren van de doelstelling van de rechtspersoon door het formuleren van beleid, het maken van strategische keuzes en het (doen) initiëren van concrete acties (het plegen van investeringen bijvoorbeeld);
- III. risicomanagement (zal er bij een internationaal opererend olieconcern heel anders uitzien dan bij een sportvereniging die de beoefening en promotie van speerwerpen tot doel heeft);
- IV. het redresseren van misstanden binnen de eigen organisatie; en
- V. verder: personeelsbeleid, voeren van rechtsgedingen etc.

9

Waar het gaat om bestuurdersaansprakelijkheid kan een onderscheid worden gemaakt tussen drie situaties:

- Intern: aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon (artikel 2:14 BW) (criterium: ernstig verwijt)
- Extern: aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad jegens derden (artikel 6:162 BW) (criterium: persoonlijk ernstig verwijt)
- Extern: aansprakelijkheid jegens de boedel (faillissement) op grond van artikel 2:16 BW (criterium: kennelijk onbehoorlijk bestuur)

We praten over externe ‘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 jegens een derde 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.⁹ De advocaat die zijn diensten vanuit een praktijkvennootschap verricht, en een beroepsfout maakt, maakt die fout als advocaat en niet als bestuurder. Voor hem geldt de hoge drempel van aansprakelijkheid dus niet.

Ik zal deze drie situaties in de genoemde volgorde bespreken. We gaan uit van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao zoals dat met ingang van 1 januari 2012 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.

10

Het bestuur is *belast* met het besturen van de rechtspersoon (art. 2:8 lid 2 BW). Het zijn van bestuurslid is geen vrijblijvende aangelegenheid. Het begrip ‘belast’ betekent een bestuursplicht: het bestuur moet besturen. Er kan sprake zijn van een taakverdeling, en bepaalde taken kunnen worden uitbesteed, maar de bestuurstaak als zodanig kan niet aan anderen worden gedelegeerd. 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).

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 (belangenpluralisme), 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.

⁹ HR 23 november 2012, *JOR* 2013, 40 m.nt. Van Andel en Rutten; *NJ* 2013, 302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*) en HR 5 september 2014, *JOR* 2014, 296 m.nt. Kroeze; *NJ* 2015, 21 m.nt. Van Schilfgaarde (*Hezemans Air/Van der Meer*).

Hoewel het doorgaans in hoofdzaak gaat om belangen met een overwegend financiële component, spelen maatschappelijke (en andere) belangen meer en meer een rol als factoren die in de afweging (behoren te) spelen. Het bestuur wordt geacht de diverse belangen in zijn afweging om tot besluitvorming te komen te betrekken en ervoor te zorgen dat de belangen van al degenen die bij de rechtspersoon (en zijn eventuele onderneming) zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad. Hoe het bestuur dat moet doen en welk gewicht het aan welk belang moet toekennen is niet duidelijk. Daarvoor bestaan geen objectieve criteria. De rechter kan zowel het proces van besluitvorming als de uitkomst (en de daaraan verbonden gevolgen) toetsen.

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 zaak betreft een ruzie tussen twee Spaanse partners in hun Nederlandse joint venture BV, holding van een Mexicaanse en Antilliaanse dochter voor de ontwikkeling en exploitatie van een hotelcomplex in Cancun (Mexico). Elk van de aandeelhouders hield vijftig procent van de aandelen. Om een financiële herstructurering te faciliteren, zou het belang van een van de aandeelhouders tijdelijk verwateren, op verzoek van de bank. Hoewel de financiering uiteindelijk niet doorging, kreeg de verwatering een permanent karakter. Er kwam zelfs een verdere verwatering (deels zonder medeweten van de betreffende aandeelhouder), waardoor het belang van de medeaandeelhouder uiteindelijk boven de 99% kwam. Het bestuur speelde hierbij een faciliterende rol. De partner met inmiddels een meerderheidspositie weigert die op te geven. Onderhandelingen leiden niet tot een oplossing. De in de minderheid gekomen partner ageert niet op grond van de joint venture-overeenkomst, maar verzoekt om een enquête. De bestuurders van de joint venture-BV wordt verweten dat zij zich in strijd met hun zorgplicht niet voldoende hebben ingezet om de ruzie tussen de partners te beslechten. De Ondernemingskamer oordeelt dat sprake is van wanbeleid, welk oordeel door de Hoge Raad in stand wordt gelaten.

De Hoge Raad heeft geoordeeld 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.

11

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

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

Jegens wie zijn bestuurders tot een behoorlijke taakvervulling verplicht? Het meest voor de hand liggende antwoord is: primair jegens de rechtspersoon. De bestuurder staat immers in een organisatierechtelijke betrekking tot de rechtspersoon en de wet gebiedt de bestuurder zijn taak behoorlijk te vervullen.

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

12

De drempel bij (interne) bestuurdersaansprakelijkheid ligt hoger dan bij een gewone actie uit onrechtmatige daad. Het criterium om een bestuurder jegens de rechtspersoon aansprakelijk te kunnen houden is dat hem 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 bestuurder 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.

13

Dan komen we nu bij de onrechtmatige daad van een bestuurder (in de uitoefening van zijn bestuurstaak) jegens derden ex artikel 6:162 BW (externe aansprakelijkheid).¹⁰

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.

¹⁰ 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. Zie HR 18 september 2015, *JOR* 2015, 289.

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*; NJ1990, 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 worden 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.

Om de bestuurder die in die hoedanigheid een onrechtmatige daad jegens een derde pleegt 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. Bovendien gaat het hier om individuele en niet om hoofdelijke aansprakelijkheid.

14

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 (artikel 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.

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-grootaandeelhouder 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 Bakkum 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.

15

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)

16

De hoofdregel voor aansprakelijkheid bij faillissement (artikel 2:16 BW) luidt: de bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijkheid voor het boedeltekort bij kennelijk onbehoorlijk bestuur, op voorwaarde dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (artikel 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 werkring 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. Zie over het houden van toezicht op een medebestuurder ook Hoge Raad 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJB* 2018/755, *RvdW* 2018/403, *NJ* 2018/330, *JOR* 2018/234, *Ondernemingsrecht* 2018/81, *JIN* 2018/95 (*Van Nieuwburg/TMF*). Zie ook K. Frielink, noot bij Hoge Raad 30 maart 2018, in: M.V.R. Snel, P.S. Bakker & M.A. Loth (red.), *Caribisch Vermogensrecht Geannoteerd*, Den Haag: Bju 2020, nr. 22 (*Van Nieuwburg/TMF*).

17

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 Curaçao failliet zijn verklaard (lid 11); hier wordt niet de eis gesteld dat aan die rechtspersoon een onderneming moet zijn verbonden.

18

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 (artikel 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 (artikel 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 in dat verband 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.

19

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

- Quasi-bestuurders / (mede)beleidsbepalers: degenen die eigenmachtig bestuurshandelingen verrichten dan wel 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 Curaçao van een in Curaçao 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”, hetgeen echter een zeer ruim begrip is. 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, alsook het (zelfs al is het maar één keer) eigenmachtig aangaan van rechtshandelingen namens de rechtspersoon. 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 rechtspersoon 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 dwingend specifieke instructies aan de formele bestuurders te geven, die dergelijke instructies uitvoeren omdat zij niet tegen 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.

20

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 Curaçao 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 Curaçao); 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 Curaçao) 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, de beëindiging van het bestaan van de rechtspersoon en op de volmacht die een aandeelhouder verstrekt om hem ter algemene vergadering te vertegenwoordigen en aldaar namens hem het aan de aandelen verbonden stemrecht uit te oefenen.

Dat laatste is van belang omdat het nog wel eens voorkomt dat een in het buitenland gevestigde of woonachtige aandeelhouder, een algemene volmacht naar buitenlands recht verstrekt, bijvoorbeeld met een onherroepelijk karakter en zijn leven dan wel bestaan overstijgend, hetgeen de vraag oproept of die volmacht naar het recht van Curaçao wel geldig is. Die vraag moet ingevolge de incorporatieleer worden beantwoord naar het recht van Curaçao, ongeacht een eventuele rechtskeuze.¹¹

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 Curaçao. Anders gezegd: er kan geen doorwerking plaatsvinden als zich tussen de (primair aansprakelijke) rechtspersoon naar het recht van Curaçao 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 Curaçao niet toch aansprakelijk zou kunnen zijn als quasi-bestuurder.

21

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”]). Het feit dat een (rechts)persoon als trustbestuurder optrad is 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 het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid: een trustbestuurder heeft als een volwaardige bestuurder te gelden.

¹¹ De incorporatieleer (ook wel incorporatiestelsel genoemd) ziet onder meer op het bezit van (i) rechtspersoonlijkheid, (ii) de bevoegdheid rechtshandelingen aan te gaan en in rechte op te treden, (iii) de interne huishouding van de rechtspersoon (waaronder de bevoegdheidsverdeling, maar evenzeer de administratieplicht en de jaarrekeningplicht), (iv) de bevoegdheid van organen van een rechtspersoon om hem te vertegenwoordigen, (v) de aansprakelijkheid van (quasi-)bestuurders en commissarissen jegens de rechtspersoon, (vi) de vraag wie naast de rechtspersoon, voor de handelingen waardoor de rechtspersoon wordt verbonden, aansprakelijk is uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van oprichter, aandeelhouder, lid, bestuurder, commissaris of andere functionaris van de rechtspersoon; (vii) de beëindiging van het bestaan van de rechtspersoon; en (viii) de vraag naar de geldigheid van een door een aandeelhouder verstrekte volmacht tot het uitoefenen van aandeelhoudersrechten, waaronder het stemrecht, ongeacht een eventuele rechtskeuze. Vgl. HR 20 april 1990, NJ 1991, 560; *TAR-Justicia* 1 (1991), p. 34-35 (*Natco Trust/mr Thesseling q.q.*) en HR 19 maart 1999, NJ 2000, 99 (*IBC/Grenoble*).

Dat dit ook in Sint Maarten (en dus Curaçao) geldt is in 2015 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). Zie K. Frielink, *Rechtspraak Bestuurdersaansprakelijkheid Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 24.

Terzijde: het *doel* van een stichting particulier fonds (SPF) mag niet inhouden het uitoefenen van een bedrijf (art. 2:50 lid 6 BW). Aan een SPF kan echter wel degelijk een onderneming zijn verbonden, zoals het Hof heeft overwogen; dit is een feitelijke omstandigheid.

22

In de zaak Van Nieuwburg/TMF (zie hiervoor) zijn de feiten kort samengevat als volgt. Van Nieuwburg c.s. hebben geïnvesteerd in diverse vennootschappen (naar het recht van Nederland en de British Virgin Islands) in het kader van een door een zekere Pot als initiatiefnemer opgezet project om in de Dominicaanse Republiek een resort, bestaande uit hotels en appartementen, te realiseren. De gelden zijn door Pot niet juist aangewend en het project is niet doorgegaan, waardoor Van Nieuwburg c.s. aanzienlijke schade hebben geleden, die zij voor een deel op Pot hebben kunnen verhalen. Pot had, direct of indirect, als aandeelhouder en bestuurder de zeggenschap over de genoemde vennootschappen. TMF Management BVI Ltd. (TMF Management) was (in de hier relevante periodes) medebestuurder van diverse van de door Pot in het kader van het project opgerichte BVI-vennootschappen. Aan de orde is thans alleen nog de vraag naar de persoonlijke aansprakelijkheid van TMF Management (en een andere TMF-vennootschap die hier verder niet wordt besproken).

In deze zaak luidt het verwijt, voor zover hier van belang, dat TMF Management (een BVI-vennootschap) er als (trust)bestuurder niet op heeft toegezien dat de BVI-vennootschappen waarvan zij (mede)bestuurder was, de toepasselijke Nederlandse regelgeving naleefden. Deze vennootschappen hebben in Nederland in strijd met de wet (buiten besloten kring, zonder prospectus) aandelen in hun eigen kapitaal aangeboden; medebestuurder Pot heeft opdracht tot deze activiteit gegeven.

Het gaat hier om de externe aansprakelijkheid van een (buitenlandse) (trust)bestuurder van een (buitenlandse) rechtspersoon, ofwel om aansprakelijkheid jegens derden op grond van artikel 6:162 BW. Nederlands recht wordt toegepast omdat de onrechtmatige daad in Nederland heeft plaatsgevonden. Hoewel de zaak naar Nederlands recht is gewezen, zijn de overwegingen van de Hoge Raad evenzeer relevant voor de Caribische delen van het Koninkrijk.

De Hoge Raad (r.o. 3.3.2) bevestigt dat een trustkantoor dat optreedt als bestuurder van een rechtspersoon, in het kader van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid, moet worden aangemerkt als een volwaardige bestuurder.

De Hoge Raad hanteert als uitgangspunt dat de hoge drempel voor aansprakelijkheid (die van toepassing is bij de interne aansprakelijkheid, ofwel van de bestuurder jegens de vennootschap) ook geldt in geval een bestuurder uit hoofde van onrechtmatige daad door een derde wordt aangesproken (r.o. 3.3.2 en 3.3.3). Volgens de Hoge Raad wordt een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde gerechtvaardigd door de

omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.

Indien een rechtspersoon wettelijke voorschriften ter bescherming van het belegend publiek schendt, bijvoorbeeld bepalingen van financieel toezichtsrecht, dan is die rechtspersoon (in beginsel) aansprakelijk jegens degenen die daardoor schade hebben geleden. Anders dan Van Nieuwburg c.s. menen, brengt dat volgens de Hoge Raad (r.o. 3.4.2) niet mee dat in dat geval de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 6:162 BW wordt aangenomen zonder dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt, of dat die aansprakelijkheid wordt aangenomen op grond van een vermoeden van een persoonlijk ernstig verwijt.

Het verwijt dat TMF onvoldoende toezicht op medebestuurder Pot heeft uitgeoefend wordt niet gehonoreerd. De Hoge Raad laat het oordeel van het Hof op dit punt in stand. De elementen die in dat verband een rol spelen zijn: (1) dat geen feiten en omstandigheden zijn gesteld waaruit blijkt dat TMF Management wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat Pot c.s. in strijd met de Nederlandse regelgeving hebben gehandeld; (2) dat TMF Management op de British Virgin Islands is gevestigd; (3) dat de bedrijfsvoering van TMF Management bestond uit het verlenen van management- en administratieve services en dat dit belangrijke redenen zijn geweest om TMF Management ten behoeve van de op die eilanden gevestigde vennootschappen in te zetten, en (4) dat niet is gebleken dat zij andere dan – kort gezegd – administratieve werkzaamheden heeft verricht.

Bij de motivering van het Hof, die door de Hoge Raad in stand is gelaten, heb ik enige aarzeling, net als R.A. Wolf in zijn noot bij deze uitspraak (JIN 2018/95). TMF Management – onderdeel van een wereldwijd opererende professionele organisatie - was er van op de hoogte dat (in Nederland) aandelen in het kapitaal van de BVI-vennootschappen werden aangeboden. Zij verzorgde als beroepsbestuurder zelf de registratie van de inschrijvingen en het versturen van de aandeelbewijzen voor die aandelen. TMF Management was er verder van op de hoogte dat (onder meer) de BVI-vennootschappen waren opgericht ten behoeve van de realisatie van een resort van hotels en appartementen in de Dominicaanse republiek.

Verdedigbaar is dat bij (investerings)projecten als de onderhavige, waarbij meerdere jurisdicties zijn betrokken en kapitaal uit de (particuliere) markt wordt gehaald, als uitgangspunt zou behoren te gelden dat de naleving van in dat verband geldende regels de bijzondere aandacht van het bestuur verdient. Aanvaarding van dit uitgangspunt zou meebrengen dat elke bestuurder behoort te weten welke regels van toepassing zijn, dan wel zich er ten minste van dient te vergewissen dat daarnaar door terzake kundigen is gekeken en overeenkomstig hun adviezen wordt gehandeld. Dat wat dit onderwerp betreft niet is gebleken dat TMF Management andere dan administratieve taken heeft verricht, behoeft bij aanvaarding van het uitgangspunt wellicht nuancering. Zou TMF Management overigens wel een ernstig verwijt van de niet-naleving van de Nederlandse wetgeving kunnen worden gemaakt, dan staat daarmee het causale verband met de door Van Nieuwburg c.s. geleden schade nog niet vast.

In de (Nederlandse) zaak *Forexx Company*¹² is de gedaagde partij op basis van een arbeidsovereenkomst per 1 januari 2010 in dienst getreden van de vennootschap in de functie van algemeen directeur, belast met de dagelijkse algemene leiding over de vennootschap. Vanaf 1 januari 2010 tot zijn ontslag per 16 november 2015 heeft hij feitelijk als enig (dagelijks) bestuurder van de vennootschap gefunctioneerd. *Forexx* heeft gedaagde in rechte betrokken, onder meer op de grond dat hij onrechtmatig geld aan de vennootschap heeft onttrokken, en een verklaring voor recht gevorderd, inhoudende dat gedaagde partij zijn taak als bestuurder van *Forexx* kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van art. 2:9 BW-NL dan wel dat gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld in de zin van art. 6:162 BW, en dat hem een ernstig verwijt is te maken en dat hij aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade van *Forexx*, alsmede hem in de betaling van die schade te veroordelen.

Er was bij *Forexx* sprake van wat de Rechtbank aanduidt als een informele bestuursstructuur: een bestuursstructuur die de instemming had van de (overgrote meerderheid van dan wel alle) aandeelhouders, waarbij gedaagde optrad als ‘dagelijks bestuur’ en de maandelijks gehouden aandeelhoudersbijeenkomsten functioneerden als ‘algemeen bestuur’. De Rechtbank overweegt dat de informele bestuursstructuur in de periode van het feitelijke bestuurderschap van gedaagde weliswaar juridisch niet conform het vennootschapsrecht was (en dat ook anderszins sprake was van schendingen van het recht), maar wel de gewenste bedrijfsresultaten opleverde: de in de vennootschap gedreven onderneming was op 1 januari 2010 niet winstgevend maar is tijdens het bestuurderschap van gedaagde wel weer flink winstgevend geworden.

De Rechtbank is van oordeel dat uit de feiten en omstandigheden (en ook overigens uit de stellingen van partijen over het doen en laten van gedaagde partij) kan volgen dat partijen ervan zijn uitgegaan dat gedaagde statutair bestuurder was en dat gedaagde feitelijk heeft gefunctioneerd als ware hij statutair bestuurder. De elementen die in het vonnis aan de orde komen zijn dat gedaagde de dagelijkse algemene leiding had, hij contracten namens de vennootschap heeft afgesloten, verantwoordelijk was voor het personeelsbeleid, in notariële aktes figureerde als zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder, ten behoeve van gedaagde een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering was afgesloten, gedaagde verantwoording aflegde aan de vertegenwoordigers van de aandeelhouders, gedaagde de contacten met de advocaat van de vennootschap onderhield en dat gedaagde bepaalde welke uitgaven werden gedaan.

De rechtbank merkt zowel gedaagde als de vertegenwoordigers van de aandeelhouders aan als feitelijk bestuurders (in de literatuur ook wel quasi-bestuurders genoemd). Tussen de feitelijk bestuurders bestaat een taakverdeling, waarbij gedaagde met de dagelijkse leiding belast is. Deze bestuursstructuur met bijbehorende taakverdeling moet niet worden verward met (die inzake) het monistisch bestuursmodel van art. 2:129a/239a BW-NL. De informele bestuursstructuur waar het bij *Forexx* om gaat lijkt meer op de bestuursvorm die veelvuldig bij (coöperatieve) verenigingen voorkomt, waarbij (doorgaans in de statuten) een onderscheid wordt gemaakt tussen het bestuur (als orgaan) en een daarbinnen functionerend dagelijks bestuur, zij het dat bij *Forexx* enkel sprake was van een feitelijk bestuur en een feitelijk dagelijks bestuur.

¹² Rb Limburg 30 mei 2018, *JOR* 2018, 208 m.nt. Frielink, ECLI:NL:RBLIM:2018:4923 (*Forexx Company*).

De rechtbank oordeelt dat de grondslag van art. 2:9 BW-NL (zie art. 2:8 BW Curaçao) ten onrechte is aangevoerd op de grond dat gedaagde niet kwalificeert als statutair bestuurder. Dit betreft immers slechts de interne norm voor bestuurdersaansprakelijkheid. Je kunt hier anders over denken.

De rechtbank geeft aan dat de beoordeling van de aansprakelijkheid van gedaagde zal worden beoordeeld in het kader van de onrechtmatige daad (ex art. 6:162 BW). De rechtbank voegt daaraan echter toe dat bij de beoordeling van die aansprakelijkheid inhoudelijk wel aansluiting dient te worden gezocht bij de bepalingen van het vennootschapsrecht, zoals art. 2:8 BW-NL en 2:9 BW-NL (vgl. art. 2:8 lid 3 en art. 2:14 lid 1 BW Curaçao), welke bepalingen direct dan wel analoog dienen te worden toegepast. Als reden daarvoor noemt de rechtbank dat weliswaar in formele zin veel handelingen niet hebben plaatsgevonden door een statutair bestuurder of de algemene vergadering, maar partijen de betrokken handelingen wel hebben bedoeld als handelingen van een zodanige bestuurder dan wel de aandeelhouders. In die zin is volgens de rechtbank sprake van een intern geschil binnen Forexx en dient acht geslagen te worden op de regels die de interne vennootschapsverhoudingen beheersen.

Volgens de rechtbank is geen plaats voor aansprakelijkheid van de voormalig feitelijk bestuurder (gedaagde) jegens Forexx voor zover die beweerd aansprakelijkheid wordt gegrond op gedragingen die in wezen moeten worden gekwalificeerd als gedragingen van Forexx zelf. Een en ander houdt volgens de rechtbank in dat alle gestelde onrechtmatige gedragingen die zijn te relateren aan de informele bestuursstructuur en de bedrijfscultuur, niet tot toewijzing van het gevorderde kunnen leiden, omdat die kwalificeren als gedragingen van Forexx zelf, en toewijzing daarvan in deze zaak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Je kunt met de rechtbank van mening verschillen. In een “standaard” geval wordt een (feitelijk) bestuurder die (naar wordt vermoed: onrechtmatig) geldbedragen aan de rechtspersoon onttrekt, ontslagen. Vervolgens wordt in rechte van hem – afhankelijk van de grondslag - terugbetaling dan wel schadevergoeding gevorderd. De rechtspersoon hoeft in beginsel niet méér aannemelijk te maken dan dat voor de onttrekking een grondslag ontbreekt en dat sprake is van een (niet toegestane) persoonlijke, en dus geen zakelijke, uitgave. Het is dan aan de ontslagen bestuurder om aannemelijk te maken dat het wél om een zakelijke uitgave gaat. Als, populair gezegd, bij de rechtspersoon al jaren een jatcultuur bestaat die door relevante anderen (aandeelhouders bijvoorbeeld) stilzwijgend wordt gedoogd, of waaraan door die anderen wordt deelgenomen, ontnemt dat niet het onrechtmatige karakter aan een onttrekking die als persoonlijke uitgave kwalificeert. Die uitgave dient niet op grond van die cultuur opeens als zakelijk te worden aangemerkt. Waait er een nieuwe wind door de rechtspersoon omdat er een nieuwe bestuurder is benoemd, waardoor de rechtspersoon (nu wel) in staat is zich tegen die praktijk te verzetten, dan ligt het niet in de rede dat de vorderingen van de rechtspersoon door de rechter worden afgewezen *enkel* op de grond dat die nu eenmaal binnen de genoemde cultuur passen.

Het gaat in dit verband ook niet om de vraag of de rechtspersoon kennis droeg van (onrechtmatige) onttrekkingen of van een jatcultuur binnen zijn organisatie (in de onderhavige

zaak kan de rechtspersoon sowieso bezwaarlijk als onwetend worden aangemerkt),¹³ maar of de rechtspersoon bij machte was daartegen passende maatregelen te nemen. Wordt een rechtspersoon jarenlang volledig door fraudeurs gecontroleerd die de rechtspersoon met hun handelen enorme schade berokkenen, dan ontnemt dat op zichzelf de rechtspersoon niet de mogelijkheid om onder een nieuw (hopelijk integer) bestuur met succes juridische actie tegen de fraudeurs te initiëren, althans behoren tegen hen ingestelde vorderingen niet te worden afgewezen op de enkele grond dat de rechtspersoon de fraude zelf heeft gewild.

De rechtspersoon is in wezen een willoos instrument, ook wanneer de rechtspersoon volledig door fraudeurs wordt beheerst (gegijzeld) en het dus ontbreekt aan een deugdelijk systeem van checks & balances. Wordt deze situatie geredresseerd dan verandert de rechtspersoon als het ware van kleur, verwerft corrigerende macht waar tot dan toe machteloosheid bestond, en kan de rechtspersoon de schade verhalen op degenen die hem hebben misbruikt. Die benadering past mijns inziens goed bij de institutionele leer, waarin de rechtspersoon als zelfstandig instituut wordt beschouwd en de rechtspersoon een eigen, zelfstandige positie inneemt tegenover alle belanghebbenden, inclusief voormalige bestuurders, quasi-bestuurders, interne toezichthouders, leden en aandeelhouders.

De vraag of gedaagde onrechtmatig jegens Forex heeft gehandeld moet mijns inziens worden beantwoord aan de hand van een meer concrete en meer objectieve maatstaf dan met behulp van een algemene verwijzing naar een informele bestuursstructuur en bedrijfscultuur. Het enkele feit dat gegeven de informele bestuursstructuur en bedrijfscultuur wel vaker wettelijke normen werden geschonden, ontnemt aan een - in objectieve zin vast te stellen - onrechtmatige handeling van gedaagde op zichzelf niet de onrechtmatigheid. Dat zou immers betekenen dat degenen die onrechtmatig handelen en/of een cultuur van onrechtmatig handelen gedogen, daaraan namens de rechtspersoon hun zegen kunnen geven, met als gevolg dat het voor de rechtspersoon blijvend onmogelijk wordt gemaakt daartegen (ergens in de toekomst) actie te ondernemen.

* * * * *

¹³ Zie over toerekening van kennis B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.