

‘Verdiepend Ondernemingsrecht’

College 1 – Grondslagen van het ondernemingsrecht

Mr. Dr. K. Frielink

University of Curaçao

Dinsdag 15 februari 2022 van 17.30 - 19.00 uur

1. Inleiding

Het vak ‘Verdiepend Ondernemingsrecht’ bouwt voort op het Bachelor vak ‘Inleiding Ondernemingsrecht’.

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

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

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

Bij de grondslagen van het (rechtspersonen)recht gaat het om fundamentele uitgangspunten, grondgedachten of beginselen. Dat zijn geen onveranderlijke gegevens: die beginselen zijn

tijd-, plaats- en cultuurgebonden, en dus niet universeel.¹ Wij concentreren ons op het thans bestaande rechtspersonenrecht en nemen daarbij de oratie van Timmerman (en de daarop in de literatuur gevolgde discussie) tot uitgangspunt.² We werken dit tevens uit voor wat betreft het recht van Curaçao. De bedoeling van dit college is mede om over dit onderwerp inhoudelijk te discussiëren.

Tot de meer algemene fundamentele beginselen van het recht – die vandaag niet centraal staan – behoren gerechtigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid. Het gaat hier om waarden (en die hebben een normatieve lading) waarvan de concrete inhoud niet bij voorbaat is te kennen of vast te stellen.³ In het privaatrecht (en het rechtspersonenrecht is daar een onderdeel van) kennen we ook allerlei beginselen van uiteenlopende aard, zoals contractsvrijheid, partijautonomie, *pacta sunt servanda*,⁴ eigendom als – in beginsel – onbeperkt absoluut recht, en het beginsel dat aansprakelijkheid in principe op schuld is gebaseerd. De aard en karakterisering daarvan zullen we verder niet bespreken.

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

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

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

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

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

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

⁴ De term '*pacta sunt servanda*' werd ten tijde van het (klassieke) Romeinse recht niet gebruikt. Zie E.J.H. Schrage, 'Bare pacts are not enforced by actions. With an edition of the commentary to this rule and the exceptions thereto by Symon Vicentinus', in: Łukasz Jan Korporowicz and Dagmara Skrzywanek-Jaworska (eds.), *Cui bono?: księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Pikulskiej-Radomskiej*, Łódź: Uniwersytet Łódzki 2020, p. 517-530. Prof. Schrage schrijft: "Whatever the Roman jurists believed about the enforceability of agreements, they did not phrase their belief in terms of *pacta sunt servanda*. The wording dates to Pope Gregory IX (circa 1170–1241), who included it in his collection of Decretals, prepared by Raymundus de Peñafort and published in 1234 (X 1.35.1)."

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

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

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

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

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

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

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

Het gaat bij artikel 2:7 lid 2 BW om de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Hoewel een behoorlijke terughoudendheid inzake de toepassing op grond van de tekst van de regeling voor de hand ligt, moet worden bedacht dat de redelijkheid en billijkheid meer en meer, en ook op meer terreinen, wordt ingezet

om een (in de ogen van de rechter) evident (maatschappelijk) onwenselijke uitkomst van een procedure te voorkomen. De grens van wat in het algemeen wel en niet ‘aanvaardbaar’ zal worden geoordeeld ligt niet vast, en is (ook) tijd- en plaatsgebonden. De rechter heeft een beoordelingsmarge, die soms ruim soms minder ruim wordt toegepast. Vanuit een oogpunt van legitimiteit moet de rechter echter in alle gevallen inzichtelijk maken hoe en op grond waarvan hij tot zijn oordeel is gekomen. De rechter moet rekenschap afleggen; zijn uitspraak maakt pas dan kans gezag te verwerven, ook bij degene in wiens nadeel zijn uitspraak is uitgevallen. In dat verband spelen beginselen een belangrijke rol. *Zie verder de paragrafen 2.2.2. en 2.3.3.*

3. Hoofddoel van het ondernemingsrecht

Economische vooruitgang en het bevorderen van ondernemerschap zijn voor Timmerman het hoofddoel van het ondernemingsrecht. Er moeten dus rechtsvormen beschikbaar zijn die het mogelijk maken succesvol aan het nationale en internationale economische leven te kunnen deelnemen.

Verder moet het recht voorzien in bepalingen die activiteiten tegengaan die ‘economische waarden’ vernietigen zonder dat daar een “compenserend immaterieel voordeel” tegenover staat. Anders gezegd: er moeten ook regels zijn die juist niet zijn gericht op (het bevorderen en faciliteren van) economisch voordeel, maar het behalen van een dergelijk voordeel juist verhinderen, bijvoorbeeld omdat zulks rechtvaardig is of in het belang is van duurzaamheid (denk aan het milieu in het algemeen, het voorkomen van het plunderen van bodemschatten en noem maar op).⁵

Naast een juridische functie heeft het recht in de opvatting van Timmerman dus ook een economische functie. De door hem genoemde beginselen hebben dan ook niet alleen een moreel karakter,⁶ maar soms ook een economisch karakter. Ik merk daarbij op dat het in dit kader

⁵ Ter illustratie wijs ik op Rb Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, *JOR* 2021, 208 m.nt. Biesmans (*Milieudefensie/Shell*). De rechtbank overweegt (r.o. 4.1.3) dat het Shell niet volgt in haar betoog dat de ingestelde vorderingen de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. Vervolgens overweegt de rechtbank dat het de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van het toepasselijke art. 6:162 BW zal invullen “aan de hand van de relevante feiten en omstandigheden, de best beschikbare wetenschap over (de aanpak van) gevaarlijke klimaatverandering en de breed gedragen internationale consensus dat mensenrechten bescherming bieden tegen de gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering en dat bedrijven mensenrechten moeten respecteren”. Of de rechtbank de norm van maatschappelijke zorgvuldigheid op een juiste wijze heeft ingevuld zal nog moeten blijken.

⁶ Timmerman (p. 25 van zijn reactie) geeft aan dat zijn beginselen géén rechtsnormen zijn. Zijn beginselen bewegen zich tussen wat wel en geen recht is. Een beginsel kan wel een motivatie voor, maar geen motivering van een rechtsbeslissing geven. De beginselen helpen om het achtergronddenken in het ondernemingsrecht te bevorderen.

formuleren van beginselen, ook als die een economisch karakter hebben, een ‘morele’ (of wellicht beter: rechtspolitieke) keuze veronderstellen. Het formuleren van beginselen heeft namelijk niet alleen een (min of meer objectief) beschrijvend karakter, in de zin van opschrijven van de beginselen waarvan men meent dat die aan het ondernemingsrecht ten grondslag liggen, maar daaraan ligt ook in zekere mate een waardering (subjectieve interpretatie) ten grondslag. Er is dan ook, en dat is uiteraard ook wetenschappelijk van belang, discussie mogelijk over de door Timmerman opgestelde ‘catalogus’ van beginselen.

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

4. Algemene en bijzondere beginselen

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

Daarnaast zijn er volgens Timmerman aanvullende bijzondere beginselen voor beursgenoteerde vennootschappen: de Forumbank-regel,⁷ verplicht toezicht door interne toezichthouders, het recht om zich gedurende bepaalde tijd te beschermen tegen een ongewenste overname, snelheid van ingrijpen door de rechter met behulp van onmiddellijke voorzieningen, misschien het gelijkheidsbeginsel en veel effectenrechtelijke regels (in Nederland gebaseerd op Europese

⁷ HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 (*Forumbank*). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de algemene vergadering van aandeelhouders niet bevoegd was om het bestuur te verplichten de eigen aandelen in de NV (tegen de wil van het bestuur) in te kopen, omdat de bevoegdheid tot het inkopen van eigen aandelen aan het bestuur toekwam. Ondanks dat de algemene vergadering van aandeelhouders gezien zou kunnen worden als het “hoogste orgaan” van een vennootschap en aan de algemene vergadering alle bevoegdheden toekomen die niet aan andere organen van de vennootschap zijn toegekend, mag de algemene vergadering van aandeelhouders “*de bij wet en statuten getrokken grenzen harer bevoegdheid niet overschrijden*”.

richtlijnen). Ik laat hier even in het midden of deze opsomming uitsluitend voor aan een effectenbeurs genoteerde vennootschappen van belang is.

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

5. Beginsel 1: het pluraliteitsbeginsel

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

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

Timmerman wijst verder op het idee van de privaatrechtelijke zorgplicht, dat ook in het ondernemingsrecht meer en meer aan de orde is. *Zie de paragrafen 4.6.1 en 4.6.3*. Zie ook par. 6.5.2 van mijn proefschrift,⁸ waarin ik opmerk:

“De zorgplicht is niet beperkt tot bijvoorbeeld passend onderhoud aan de gebouwen en het afsluiten van een brandverzekering. Het gaat om een zorgvuldig ‘beheer’ van de rechtspersoon wat betreft zijn rechten, verplichtingen, schulden en bezittingen. Het belangenpluralisme brengt mee dat het bestuur de belangen van de rechtspersoon en van daarbij betrokken derden, moet behartigen als ware het eigen belangen. Dit uitgangspunt is in die zin geobjectiveerd, dat het niet gaat om de vraag of de aangesproken persoon heel zorgvuldig of juist heel onzorgvuldig omgaat met zijn eigen zaken en belangen, maar (minimaal) wat een maatman zou doen (...). De

⁸ K. Frielink, *De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht. Over rechtsbeginselen, aansprakelijkheid en verplichtingen* (diss. Curaçao) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 174), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

zorgplicht maakt aldus onderdeel uit van de verplichting tot een behoorlijke uitoefening van de bestuurstaak.”

De Kluiver⁹ merkt op dat Timmerman niet uitgaat van het begrip ‘vennootschappelijk belang’, maar het aandeelhoudersbelang op lange termijn (‘enlightened shareholder value’) tot uitgangspunt neemt. Tot de vragen die dat oproept behoren: Om welke termijn gaat het? Hoe is die aandeelhouderswaarde op langere termijn vast te stellen, en hoe moet de rechter die in voorkomend geval bepalen? En zou dit uitgangspunt op de korte termijn niet tot nadelige besluiten kunnen leiden vanuit de gedachte dat de effecten daarvan op langere termijn wel weer overwaaien of omgekeerd (een afvloeiingsplan dat boven het minimum uitgaat is op langere termijn wellicht niet goed voor de aandeelhouderswaarde)?

6. Beginsel 2: Transparantiebeginsel

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

In Nederland geldt in algemene zin een deponeringsplicht wat betreft de jaarrekening. In Curaçao geldt een dergelijke algemene verplichting niet. Discussie is mogelijk over de vraag of dit beginsel meebrengt dat die verplichting ook hier moet worden ingevoerd, of bijvoorbeeld (alleen) voor overheidsvennootschappen omdat daarin publieke belangen en middelen een grote rol spelen.¹⁰

7. Beginsel 3: Vrijheid inzake de interne structuur

Timmerman wijst op de vrijheid van oprichting, en wijst er op dat de vrijheid van op- en inrichting in Nederland in de afgelopen jaren is uitgebreid en verdiept. Denk in dat verband aan de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht. Verder wijst hij op de mogelijkheden om een rechtspersoon (grensoverschrijdend) om te zetten of in een fusie of splitsing te betrekken.

⁹ Zie H.J. de Kluiver, ‘Vennootschappelijke repliek op Timmerman’s grondslagen’, *Ondernemingsrecht* 1 (2009), p. 17-20.

¹⁰ Voor onder toezicht van de CBCS staande financiële instellingen gelden wat de jaarrekening betreft aparte regels, opgenomen in de diverse landsverordeningen (zie bijvoorbeeld artikel 15a van de Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen 1994; artikel 4b van de Landsverordening toezicht effectenbeurzen; en artikel 8b van de Landsverordening toezicht beleggingsinstellingen en administrateurs).

In dit verband bevat de wet ook de nodige dwingende bepalingen, met name ter bescherming van de crediteuren en minderheidsaandeelhouders.

In Curaçao geldt al sinds de invoering van de BV – op 1 januari 2000 - het uitgangspunt van maximale vrijheid van inrichting en inkleding van de vennootschap. Met de invoering van Boek 2 BW op 1 maart 2004 is dat uitgangspunt voor alle daarin genoemde privaatrechtelijke rechtspersonen gaan gelden. Ook wij kennen de interne en de grensoverschrijdende omzetting (*zie de paragrafen 11.23 en 11.3.3*)¹¹ en de nationale en grensoverschrijdende (*inbound/outbound*) fusie (*zie paragraaf 12.2*). Anders dan bij omzetting en fusie, bevat Boek 2 BW van Curaçao geen bepalingen met betrekking tot een grensoverschrijdende juridische splitsing.

8. Beginsel 4: Recht op ongestoord genot van aandeel

Artikel 1 van het eerste protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens garandeert binnen bepaalde grenzen het ongestoorde genot op ‘eigendom’ (in dit verband een ruimer begrip dan ons eigendomsrecht als bedoeld in Boek 5 BW). Het recht van een aandeelhouder op het ongestoorde genot van zijn aandelen valt onder deze bescherming.

In Boek 2 BW van Curaçao zijn op dit beginsel gebaseerde bepalingen te vinden. Denk in dit verband aan de bepaling op grond waarvan geen extra-verplichtingen aan een aandeel kunnen worden verbonden tegen de wil van de aandeelhouder (*zie paragraaf 5.2.6*), de mogelijkheid die een aandeelhouder op grond van artikel 2:254 lid 1 onder b BW heeft om op te komen tegen een uitgesloten of uiterst bezwaarlijke overdraagbaarheid, het voorkeursrecht voor zittende aandeelhouders (art. 2:106/206 BW) alsmede de waarborgen waarmee de uitkoop (*hoofdstuk 9*) en gedwongen overdracht (*paragraaf 10.3*) zijn geregeld.

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

¹¹ Zie ook K. Frielink, ‘Civielrechtelijke aspecten van de grensoverschrijdende omzetting naar en vanuit de Caribische delen van het Koninkrijk’, in: J.J. van den Broek en G.J.C. Rensen (red.), *Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 267-298.

één aandeelhouder wordt geconcentreerd: zeggenschap zou evenredig moeten worden verdeeld op basis van kapitaalinbreng. Een mooi onderwerp voor discussie.

Blanco Fernández¹² merkt op dat het voorbeeld dat Timmerman noemt niet een uiting van beginselloosheid hoeft te zijn, maar van respect voor de vrijheid van het individu en van het vertrouwen in het inzicht van ondernemers. Deze twee aspecten zijn voor hem grondbeginselen van het ondernemingsrecht.

9. Beginsel 5: Scheiding van vermogen en beperkte aansprakelijkheid

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

Op deze beginselen is de aantrekkelijkheid van de NV en BV gebaseerd. De NV en BV zijn in beginsel zelf aansprakelijk en alleen in bijzondere gevallen zijn bestuurders, commissarissen, quasi-bestuurders¹³ en aandeelhouders aansprakelijk. Voor bestuurders, commissarissen en quasi-bestuurders geldt een hoge drempel van aansprakelijkheid: er moet sprake zijn van een ernstig (persoonlijk) verwijt. Dit laatste – die hoge drempel – wordt overigens in de meer recente literatuur in Nederland ter discussie gesteld.¹⁴

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

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

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

¹² Zie J.M. Blanco Fernández, 'Timmerman's grondslagen: reactie op de oratie', *Ondernemingsrecht* 1 (2009), p. 21-23.

¹³ K. Frielink, 'De quasi-bestuurder naar Nederlands en Nederlands Caribisch rechtspersonenrecht', *Ondernemingsrecht* 10/11 (2018), p. 483-495 en K. Frielink, *De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht. Over rechtsbeginselen, aansprakelijkheid en verplichtingen* (diss. Curaçao) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 174), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

¹⁴ W.A. Westenbroek, 'De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de 'ernstig verwijt'-maatstaf en 'externe werknemersaansprakelijkheid'', *WPNR* 7144 (2017), p. 276-286 en W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

De Nederlandse regeling luidt thans als volgt: bij de Nederlandse NV en BV mag de bestuurder niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de RvC. Bij ontbreken van een RvC wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. (art. 2:129/2:239 lid 6 BW-NL).

De regeling inzake tegenstrijdig belang in Curaçao verschilt wezenlijk van die in Nederland. De hoofdregel in Curaçao luidt dat de bevoegdheid ter zake van rechtshandelingen met of rechtsgedingen tegen een bestuurder bij de RvC berust (art. 2:11 BW). Ontbreekt een RvC dan berust deze bevoegdheid bij de algemene vergadering of een voor dat geval door de algemene vergadering aan te wijzen persoon of college. Bij de stichting geschiedt de aanwijzing door de rechter op verzoek van een belanghebbende (*zie paragraaf 2.3.6*). Indien de regeling in de statuten niet op meer gevallen ziet dan in de wet genoemd, zou een bestuurder bijvoorbeeld een rechtshandeling kunnen aangaan met een andere vennootschap waarvan hij enig bestuurder/aandeelhouder is (indirect tegenstrijdig belang) en daarbij het te dienen vennootschappelijk belang uit het oog kunnen verliezen.

De wettelijke regelingen in Nederland en Curaçao betreffen in dit verband – naar mijn idee - het leerstuk tegenstrijdig belang in enge zin. In meer ruime zin ziet het leerstuk erop dat de bestuurder niet zijn privébelangen behartigt, maar zich richt op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, ook in die gevallen waarin er in formele zin géén sprake is van een tegenstrijdig belang. In zijn algemeenheid geldt dat een bestuurder geen zakelijke kansen (*corporate opportunities*) die aan de rechtspersoon toekomen mag benutten voor zichzelf of anderen.¹⁵ Hij mag ook niet direct of indirect in concurrentie met de rechtspersoon treden.

Zie voor een apart geval waarin een bestuurder van een NV bepaalde (verlieslatende) transacties voor rekening van de vennootschap wilde laten komen en andere (lucratieve) transacties voor zijn eigen rekening: HR 21 december 1956, *NJ* 1958, 2 m.nt. Kingma Boltjes (*Van Leeuwen's Darmenhandel*).

¹⁵ Vgl. Rb Leeuwarden 16 juni 2010, ECLI:NL:RBL EE:2010:BY1308 (*X/Meren Vastgoed*). Een “corporate opportunity” wordt in de uitspraak omschreven als een mogelijkheid die zich voor de vennootschap voordoet om een transactie aan te gaan of zakelijke activiteiten te ontplooiën die passen binnen het kader van haar bedrijfsvoering, en waarvan kenbaar is dat de vennootschap daar een redelijk belang bij heeft of zou kunnen hebben. Een bestuurder mag zijn eigen zakelijke belangen niet laten prevaleren boven die van de vennootschap. Zie ook OK Hof Amsterdam 13 maart 2014, *JOR* 2014, 125 m.nt. Schreurs en Van Driel (*Marketing People/S&R Holding*). Uit deze uitspraak blijkt dat een bestuurder van een vennootschap zijn medebestuurders adequaat dient te informeren over een ‘business opportunity’ (de kans voor de vennootschap een transactie aan te gaan die past bij de huidige of in de toekomst te verwachten ondernemingsactiviteiten van de vennootschap, of die op een andere manier in verband staat met de activiteiten van de vennootschap).

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

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

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

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

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

Het bestuur vormt een college dat collegiaal behoort te functioneren.¹⁶ Dat geldt ook voor de Raad van Commissarissen. In het Wijsmuller-arrest (HR 15 juli 1968, *NJ* 1969, 101 m.nt. Veegens en Scholten) heeft de Hoge Raad bepaald dat de betekenis van een bepaling in de statuten van een rechtspersoon, die voorschrijft dat een besluit moet uitgaan van een orgaan van die rechtspersoon, bij een orgaan dat uit meer personen is samengesteld, in het bijzonder hierin is gelegen, dat het besluit tot standkomt als *vrucht van onderling overleg* van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen.

In Curaçao geldt dat individuele bestuurders hun bevoegdheden uitoefenen met inachtneming van de besluiten van het bestuur (art. 2:8 lid 2 BW). Daarmee is vastgelegd dat in geval van een

¹⁶ Zie K. Frielink, *De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht. Over rechtsbeginselen, aansprakelijkheid en verplichtingen* (diss. Curaçao) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 174), Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 4.8 en 6.5.3.

meerhoofdig bestuur, besturen een collegiale aangelegenheid en collectieve verantwoordelijkheid is (*zie de paragrafen 2.3.5 en 3.2.1*). Die collectieve verantwoordelijkheid werkt door in de regeling van de bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij het uitgangspunt hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders is (*zie paragraaf 4.2.2*).

De leden van het meerhoofdige statutaire bestuur dragen derhalve een gezamenlijke verantwoordelijkheid en de in dat verband geldende wettelijke norm van behoorlijke taakvervulling is tot hen gericht. Het collegialiteitsbeginsel houdt in termen van aansprakelijkheid in dat een wettelijk vermoeden van schuld van het gehele bestuur wordt gecreëerd, met daaraan gekoppeld disculpatiemogelijkheden voor individuele bestuurders. Collegialiteit veronderstelt (een zekere mate van) gelijkwaardigheid, onderling respect en de wil om samen te werken. Het collegialiteitsbeginsel kan worden beschouwd als een rechtvaardiging voor de tot uitgangspunt genomen hoofdelijkheid. Samen uit, samen thuis!

13. Andere (opkomende) beginselen

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

Wat de wijze van toetsing door de rechter betreft verwijs ik naar de *paragrafen 4.2.2, 4.2.4 en 4.2.8*. Kort gezegd gaat het er om dat de vraag of de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, moet worden beoordeeld op grond van hetgeen de bestuurder wist of kon voorzien ten tijde van de gewraakte handeling. Als met de kennis van nu wordt gekeken naar gebeurtenissen uit het verleden dan is de blik per definitie vertroebeld. Het is immers bekend tot welke gevolgen de gebeurtenissen hebben geleid en het is moeilijk, wellicht onmogelijk feiten en omstandigheden ex ante te beoordelen zonder dat het feit dat de uitkomst bekend is (de gevolgen bekend zijn) daarop invloed heeft (het gevaar van *hindsight bias*).¹⁷ In zaken die de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen betreffen gaat het altijd om feiten en gebeurtenissen uit het verleden, een ver dan wel minder ver verleden. In geval de rechter moet oordelen over de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt dan moet hij (trachten) zich in die bestuurder te verplaatsen ten tijde van het verweten handelen of nalaten. Hij moet zich ervan bewust zijn dat niet de vraag voorligt of hij het redelijk vindt dat de gevolgen voor rekening en risico van de betrokken bestuurder dienen te komen, bijvoorbeeld omdat de gelaedeerde ernstig in zijn vermogen is getroffen en de bestuurder voldoende draagkrachtig is.

¹⁷ Zie hierover meer uitgebreid K. Frielink, 'Terugkijken door een vertroebelde bril. Over mentale misleiding: de invloed van hindsight bias, het Knobe-effect en gekleurde vraagstelling op aansprakelijkheid', *Nieuwsbrief Antilliaanse Juristen Vereniging* 1 (2021-2022), p. 10-16.

14. Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid

In 2017 herhaalt Timmerman als het ware zijn speurtocht waarvan hij in zijn oratie verslag heeft gedaan, maar nu specifiek wat betreft het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁸ Ik noem er hier een paar en dan slechts kort; in de volgende twee colleges komt dit onderwerp nader aan de orde.

Het petten-beginsel houdt kort gezegd in dat bestuurders van rechtspersonen alleen aanspraak kunnen maken op de hoge drempel voor aansprakelijkheid (de ernstig verwijt-maatstaf) als het gaat om hun doen en laten in hoedanigheid van bestuurder. Als een bestuurder van een rechtspersoon op weg is naar een afspraak en een aanrijding veroorzaakt, dan is hij uit hoofde van een onrechtmatige daad aansprakelijk, maar zou hij aanspraak kunnen maken op toepassing van de hoge drempel? De vraag daarbij is steeds wel en wat niet in de ‘bestuurs sfeer’ valt.

Het beginsel van het samengesteld karakter van de ernstig verwijt-maatstaf houdt in dat bij de toepassing rekening moet worden gehouden met de aard van de normschending, de mate van schuld en de omstandigheden van het geval. De vraag van dogmatische aard is of het bij deze maatstaf gaat om alleen het onrechtmatigheidsoordeel (zoals de Hoge Raad de drempel heeft ingebed)¹⁹ of ziet het op zowel de onrechtmatigheid als de toerekening (wat Timmerman een betere benadering lijkt)?

Het beginsel van wetenschap van benadeling houdt in dat bij de toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf in het kader van art. 6:162 BW, voor het kunnen aannemen van aansprakelijkheid moet worden vastgesteld dat sprake is van voorzienbaarheid van benadeling van de derde(n). Deze maatstaf van wetenschap – overigens een geobjectiveerde maatstaf; het gaat om de maatman-bestuurder – is volgens Timmerman een goed criterium om te beslissen of een bestuurder al dan niet aansprakelijk is.

* * * * *

¹⁸ L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 25-40.

¹⁹ Zie r.o. 3.5 van HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*). Zie voor deze uitspraak K. Frielink, *Rechtspraak Bestuurdersaansprakelijkheid Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 9.