

PAO-Cursus
Radboud Universiteit Nijmegen &
University of Curaçao

ACTUALITEITEN ONDERNEMINGSRECHT
“Quasi-bestuurders”

Donderdag 17 maart 2022 – UoC, Curaçao
Mr. Dr. K. Frielink
08.15 – 10.30 uur



Attorneys at Law | Tax Lawyers

II

- Medio 2016: start promotieonderzoek
- 2017: Bundelbijdrage Schutte-Veenstra
(een beetje schrikken – is toch mijn onderwerp? 😊)
- 17 maart 2018: PAO-cursus (*‘try-out’*)
- Augustus 2018: artikel in Ondernemingsrecht
(zero response)
- 21 september 2020: promotie Jeffrey van Nuland
(een beetje boel schrikken – is er nog gras over?)
- 14 oktober 2021: mijn promotie
(boek rolt deze week van de drukpers)

Onderzoek spin-off

*Kort begrip van het Nederlands Caribisch
Rechtspersonenrecht (2017)*

[2e druk 2023, dan inclusief Suriname]

*Rechtspraak Bestuurdersaansprakelijkheid
Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht
(2020)*

Diverse artikelen, bundelbijdragen
en noten

IV

Twee soorten bestuurders: statutaire bestuurders en quasi-bestuurders

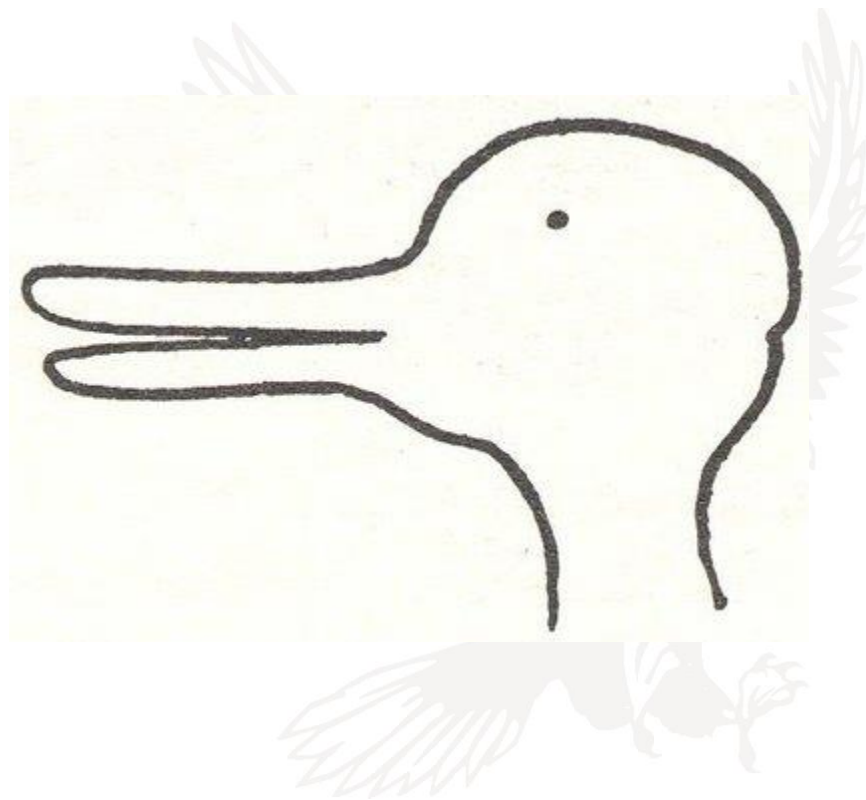
Worden door de wetgever gelijkgesteld

Maar wat is, en hoe zie je het verschil tussen deze twee soorten?

Als het kwaakt als een eend en eruit ziet als een eend....

zou het desondanks een konijn kunnen zijn?

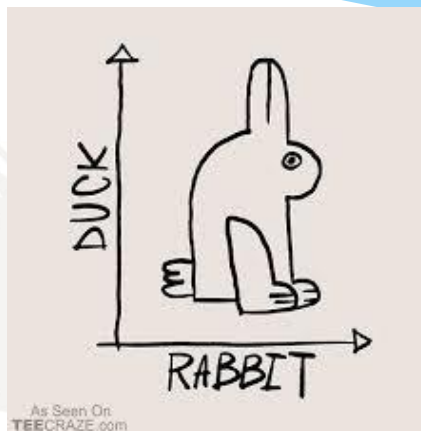
V



VI

Zelfde kwestie, maar nu wetenschappelijk d.w.z. geproblematisiseerd

Wat zien wij?



Belangrijke conclusie: de ene positie sluit de andere uit!

Ook belangrijk: het gaat om meer dan basale verschillen!

Maar waarin verschillen bestuurder en quasi-bestuurder?

VII

De Hoge Raad biedt de helpende hand
(15 december 2000, *JOR* 2001/1; *NJ* 2001/109
inzake *Squamish*):

Je bent alleen een formele/statutaire bestuurder
als je in overeenstemming met Boek 2 BW
en de statuten als zodanig bent benoemd

Geen vertrouwensleer!

Wettelijke omschrijving quasi-bestuurder:

“Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel gelijk gesteld degene die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder.”

IX

Waar vinden we de quasi-bestuurder in Boek 2 BW?

Nederland

Art. 2:20a lid 1 – beroepsverbod verboden rechtspersoon

Art. 2:138/248 lid 7 – Aansprakelijkheid in faillissement
(schakelbepalingen: art. 2:50a / art. 2:300a)

Art. 2:207 lid 3 – BV (onverantwoorde inkoop aandelen)

Art. 2:216 lid 4 – BV (te hoge dividenduitkering)

X

Waar vinden we de quasi-bestuurder in Boek 2 BW?

Curaçao

Art. 2:16 lid 9 – Aansprakelijkheid in faillissement

Art. 2:125 lid 3 – Aansprakelijkheid misleidende jaarrekening

Art. 2:138/238 – Rechten en verplichtingen [hybride]

Artikel 2:138/238 BW Curaçao (I)

“Hij die, zonder deel uit te maken van het bestuur, voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden, al dan niet krachtens een voor de vennootschap geldende regeling, het beleid van de vennootschap bepaalt of mede bepaalt als ware hij bestuurder, wordt ter zake van dat optreden, voor wat zijn verplichtingen ten opzichte van de vennootschap en van derden betreft, alsmede voor de toepassing van artikel 9, als bestuurder aangemerkt.”

XII

Artikel 2:138/238 BW Curaçao (II)

Het artikel gaat over aansprakelijkheid,
maar ook over verplichtingen t.o.v.
de vennootschap en van derden

Nederlandse tegenhangers vervallen per 1 juli 2021
(art. 2:151/261 BW-NL – zie daarover Frielink,
Ondernemingsrecht 10/11 (2021), p. 466 e.v.)

XIII

Artikel 2:138/238 BW Curaçao (III)

Deze bepalingen gelden enkel voor de NV en BV,
maar dwongen mij tot nadenken over een afbakening

In *mijn conceptuele* benadering zijn er twee gevallen

Commissaris X handelt o.g.v. Boek 2 BW of de statuten
(belet, ontstentenis, tegenstrijdig belang):

dan is X geen quasi-bestuurder, maar bestuurder
(geldt ook voor door de rechter benoemde bestuurder)

Commissaris X handelt niet o.g.v. Boek 2 BW of de statuten:
(schaduwbestuurder; zaakwaarnemer)

dan is X wel een quasi-bestuurder

Best wel complex verschijnsel

Quasi-bestuurder is een veelkoppig fenomeen

Daarom het fenomeen zoveel mogelijk ontleed en gecategoriseerd op basis van waarneembare kenmerken
(“*without obscuring preconceptions or hypothetical speculations*”)

Van complexiteit naar eenvoud/essentie

Door middel van een indeling in categorieën
beter inzicht in de verschijningsvormen

Overbodige exercitie?

Door mij gehanteerde categorieën quasi-bestuurders (1)

De facto of feitelijke bestuurder te goeder trouw

Het gaat hier om de persoon die zelf handelt of zich gedraagt als bestuurder, maar géén statutaire bestuurder is. Voorbeelden:

- De bestuurder die is benoemd op basis van een gebrekkig benoemingsbesluit en die in de veronderstelling verkeert rechtsgeldig tot bestuurder te zijn benoemd.
- De bestuurder wiens benoemingstermijn onopgemerkt is verstreken.
- Een Executive Committee dat zodanig is georganiseerd dat de leden daarvan – wel en geen lid van het formele bestuur – gezamenlijk het beleid vaststellen.
- Degene die als zaakwaarnemer in het bestuur van een stuurloze rechtspersoon voorziet.

Door mij gehanteerde categorieën quasi-bestuurders (2)

De facto of feitelijke bestuurder niet te goeder trouw

Het gaat hier om de persoon die (zonder redelijke grond, dus) eigenmachtig handelt of zich eigenmachtig gedraagt als bestuurder, maar géén statutaire bestuurder is. Voorbeelden:

- De commissaris die zonder daartoe bevoegd te zijn namens de rechtspersoon een rechtshandeling aangaat.
- De aandeelhouder die continu binnen de onderneming of organisatie van de rechtspersoon aanwezig is, zich als de baas gedraagt, de gesprekken met de bank, de belastingdienst en de leveranciers voert, en ongevraagd de bestuursvergaderingen voorziet.

XVII

Door mij gehanteerde categorieën quasi-bestuurders (3)

De feitelijke schaduwbestuurder

Het gaat hier om de persoon die – niet zijnde een statutaire bestuurder – zodanige invloed op het statutaire bestuur (of één of meer statutaire bestuurders) uitoefent dat (de meerderheid in) het bestuur zich gedwongen voelt te handelen overeenkomstig diens wensen of instructies. Voorbeelden:

- De aandeelhouder die bovenmatig dwingend zijn wil aan het bestuur oplegt.
- Werknemers die structureel met stakingen en stakingsdreigingen een bepaald beleid afdwingen.

XVIII

Door mij gehanteerde categorieën quasi-bestuurders (4)

De formele schaduwbestuurder te goeder trouw

Het gaat hier om de persoon die – niet zijnde een statutaire bestuurder – in goed overleg met het statutaire bestuur (of een meerderheid van de bestuurders) heeft afgesproken dat zijn wensen (in beginsel) zullen worden uitgevoerd. Voorbeelden:

- De opdrachtgever (principaal) van een trustkantoor, die met dat kantoor, dat als bestuurder van zijn vennootschap zal fungeren, (gedetailleerde) afspraken heeft gemaakt over het te voeren beleid.
- Aandeelhouders van een familiebedrijf, deels wel en niet daarin werkzaam, die een groot aantal afspraken met het bestuur hebben gemaakt inzake de strategie van het bedrijf voor de korte en lange(re) termijn.

XIX

Door mij gehanteerde categorieën quasi-bestuurders (5)

De formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw

Het gaat hier om de persoon die – niet zijnde een statutaire bestuurder – afspraken heeft gemaakt met het statutaire bestuur, die er op neerkomen dat de rechtspersoon gebruikt zal worden voor criminele of schimmige zaken. Voorbeelden:

- Een katvanger is de formele bestuurder van een rechtspersoon die wordt gebruikt voor het ‘opvangen’ van betalingen die consumenten doen wanneer ze denken een aankoop op een officiële website te doen, maar in feite met de website van oplichters te maken hebben. De oplichter is hier de formele schaduwbestuurder.
- Een stichting wordt opgericht, waarna aan de schaduwbestuurder toekomstige vermogensbestanddelen in die stichting worden ingebracht om die aan verhaal door schuldeisers of het zicht van de belastingdienst te onttrekken. Een bevriende relatie wordt de bestuurder.

Door mij gehanteerde categorieën quasi-bestuurders (6)

De titulaire quasi-bestuurder

Het gaat hier om de persoon die – niet zijnde een statutaire bestuurder – met (het statutaire bestuur van) een rechtspersoon is overeengekomen dat hij een (groot) aantal bestuurstaken (zelfstandig) zal uitvoeren. Het gaat om een feitelijke bestuurder te goeder trouw, zij het dat die als veelvuldig voorkomend fenomeen apart is behandeld. Voorbeelden:

- Een filiaalchef met vergaande bevoegdheden.
- Een titulaire bedrijfs- of kantoordirecteur met (nagenoeg) onbeperkte bevoegdheden.

Hoe verder?

Categorieën zijn bedacht op basis van wet,
literatuur & rechtspraak

Maar waar en hoe begint je analyse?

Begin 2017 co-docent vak Grondslagen
van het privaatrecht

En (dus) begonnen bij het Romeinse recht

Beginselen/uitgangspunten

Ruim begrip: geen filosofische discussies
over karakter en gelding (rechts)beginselen
(een klein beetje wel natuurlijk)

Verzameling gemaakt van ‘oude’ maar nog
steeds geldende, en nieuwe(re) beginselen

Overzicht relevante beginselen/uitgangspunten

- Aansprakelijkheid voor eigen doen/nalaten
- Diligentia t.a.v. beheer goederen van anderen (zorgplicht / maatmens-criterium)
- Niet profiteren van eigen 'onrechtmatig' handelen
 - Bestuursautonomie
 - Collegialiteitsbeginsel
- Gelijkheidsbeginsel (wetgever → rechter)

Op het bestuur rustende generieke zorgplicht

- zorgvuldig beheer van de rechtspersoon in zijn totaliteit
- zorgvuldig ‘beheer’ van de rechtspersoon wat betreft zijn rechten, verplichtingen, schulden en bezittingen
- ook van toepassing als alle aandeelhouders bestuurder zijn (institutionele leer / belangen van derden)
 - norm richt zich ook tot quasi-bestuurders
- maatstaf van maatmens-bestuurder geldt als minimum

Achterliggende gedachten bij verdere theorievorming

- Er zijn goede & foute quasi-bestuurders en dus kan niet sprake zijn van een gelijke behandeling
- Beperking bestuursautonomie: vrijwillig / onvrijwillig (dit moet relevant zijn voor de beoordeling)
- Ernstig verwijt-maatstaf alleen voor quasi-bestuurders die bestuursautonomie respecteren

Geen beroep op ernstig verwijt-maatstaf door

- de feitelijke bestuurder niet te goeder trouw
- de formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw
 - de feitelijke schaduwbestuurder

zij schenden namelijk bewust (in ieder geval) de wettelijk en statutair vastgelegde bestuursautonomie

Bespreken Forex-zaak

(Rb Limburg 30 mei 2018, *JOR* 2018/208)

- De BV heeft alleen een quasi-bestuur, bestaande uit:
enkele bestuurders (aandeelhouders), waaronder
één dagelijks bestuurder (kleine aandeelhouder)
- Uitsluitend informele vergaderingen
van aandeelhouders (quasi-bestuurders)

Forexx-zaak (vervolg)

- 5 jaar informele bestuursstructuur (succesvol = winstgevend)
- Na 5 jaar ontslag quasi-dagelijks bestuurder
- 2 groot-aandeelhouders worden formeel bestuurder
- Voormalige quasi-dagelijks bestuurder wordt door Forexx aansprakelijk gesteld
- Verwijt: de feitelijke bestuurder heeft onrechtmatig gehandeld door bedragen aan Forexx te onttrekken

Forexx-zaak (vervolg)

Te beantwoorden vragen o.a.:

- Welk normenkader? Reflexwerking normenkader formeel bestuur?
- Invloed informele bestuursstructuur op de gemaakte verwijten?
- Toerekening van kennis aan Forexx?

Forexx-zaak (vervolg)

- Spanning: institutionele leer vs vennootschap volledig beheerst door ‘boefjes’
- Hoe voorkom je een wanverhouding? Eén quasi-bestuurder (minderheidsaandeelhouder) betaalt schadevergoeding aan Forexx, terwijl de groot-aandeelhouders profiteren
- Correctiemechanisme: de door de rechtbank gekozen route?

XXXI

Wij van WC-Eend adviseren:



XXXII

Van harte aanbevolen!



Karel Frielink

Attorney at Law / Partner

Mahaaiweg 7a
Curaçao
Dutch Caribbean

Tel: +599-9-737 2973

Fax: +599-9-737 2971

Email: kfrielink@bzselaw.com

Web: www.bzselaw.com

Blog: www.curacao-law.com



B Z S E

Attorneys at Law | Tax Lawyers