

ECLI:NL:OGHACMB:2023:42

Instantie	Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba
Datum uitspraak	28-02-2023
Datum publicatie	27-03-2023
Zaaknummer	CUR2020H00004 en CUR2020H00042
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Bzv-bestuurdersaansprakelijkheid-verjaring-toerekening wetenschap-strijd met statuten-matiging-eindvonnis.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Burgerlijke zaken over 2023 Vonnis no.:

Registratienummers: CUR201800860 – CUR2020H00004 en CUR 2020H00042

Uitspraak: 28 februari 2023

GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE

van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en
van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Vonnis in de zaken van:

CUR2020H00004

[appellant 1],

wonende in [woonplaats],

hierna te noemen: [appellant 1],

oorspronkelijk verweerder in conventie en eiser in reconventie, thans appellant in principaal appel en geïntimeerde in incidenteel appel,

gemachtigden: mrs. G.B. Steward, B. Zending en – in Nederland – R.S. Meijer (op 12 november 2022 overleden),

tegen

de stichting **STICHTING BURO ZIEKTEKOSTENVOORZIENINGEN** in liquidatie,
gevestigd in Curaçao,
hierna te noemen: BZV,
oorspronkelijk eiseres in conventie en verweerster in reconventie, thans geïntimeerde in incidenteel
appel en appellante in incidenteel appel,
gemachtigden: mrs. M.F. Murray en – in Nederland – R.P.J.L. Tjittes en H. Boom,

en

CUR 2020H00042

[appellant 2],

wonende in [woonplaats],

hierna te noemen: [appellant 2],

oorspronkelijk verweerder in conventie en eiser in reconventie, thans appellant in principaal appel en
geïntimeerde in incidenteel appel,

gemachtigde: mr. S.M. Saleh,

tegen

de stichting **STICHTING BURO ZIEKTEKOSTENVOORZIENINGEN** in liquidatie,
gevestigd in Curaçao,
hierna te noemen: BZV,
oorspronkelijk eiseres in conventie en verweerster in reconventie, thans geïntimeerde in incidenteel
appel en appellante in incidenteel appel,
gemachtigden: mrs. M.F. Murray en – in Nederland – R.P.J.L. Tjittes en H. Boom.

1 Het verdere verloop van de procedure

1.1. Het Hof verwijst naar zijn tussenvonnissen van 24 augustus 2021 (ECLI:NL:OGHACMB:2021:314).

1.2. Bij brief van 18 november 2021 heeft de minister van Gezondheid, Milieu en Natuur getracht te

intervenieren in deze procedure door de vereffenaars van BZV op te dragen hun vorderingen in te trekken, conservatoire beslagen te laten opheffen en afstand te nemen van het bestreden vonnis van het Gerecht en het tussenvonnissen van het Hof (productie 76 van [appellant 1] bij akte van 23 november 2021). Deze poging, die ophef in de Curaçaose samenleving en het Curaçaose parlement (met een motie van afkeuring) tot gevolg had, is mislukt.

- 1.3. Op 23 november 2021 hebben alle partijen een akte na tussenvonnissen genomen. Bij de akte van [appellant 1] en die van BZV zijn producties gevoegd.
- 1.4. Op 25 januari 2022 hebben alle partijen een antwoordakte genomen. Bij die van BZV zijn producties gevoegd, maar deze zijn door het Hof geweigerd.
- 1.5. Vonnis is nader bepaald op heden.

2 Beoordeling

Strijd met de statuten (en de wet)

- 2.1. Gelet op het bijzondere karakter van de statuten, die openbaar worden gemaakt, die de inrichting en structuur bepalen van een rechtspersoon die zich ook extern als rechtssubject manifesteert, die de positie van betrokkenen bij de rechtspersoon kan beïnvloeden die na totstandkoming van de statuten zijn toegetreden, moeten de statuten van een rechtspersoon in beginsel naar objectieve maatstaven worden uitgelegd. Gelet hierop zal men zich veeleer moeten laten leiden door hetgeen redelijk oordelende mensen onder de bewoordingen van de statuten mogen verstaan, gelet op de context waarin deze bewoordingen zijn gebezigd, de totale inrichting van de rechtspersoon zoals uit de wet en de statuten blijkt. Daarbij kan tevens acht geslagen worden op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke, interpretaties zouden leiden. Dit is een toepassing van de zgn. cao-norm.
- 2.2. In het tussenvonnissen heeft het Hof, voorlopig geoordeeld dat [appellant 1] en [appellant 2] in strijd met de statuten (en de wet) hebben gehandeld (rov. 4.12, aanhef en onder a-j).

R.o 4.12 tussenvonnissen onder a

- 2.3. Het Hof overwoog:

a. Niet gebleken is dat, zoals voorgeschreven in artikel 3 lid 4, eerste zin, van de statuten, een plaatsvervanger van de secretaris door het Bestuur uit haar midden is aangewezen. Ook een ondervoorzitter/plaatsvervangend voorzitter behoorde, gelet op artikel 3 leden 3 onder a en 6 van de statuten, te worden benoemd. Volgens artikel 3 lid 3 onder a van de statuten behoorde het bestuur te bestaan uit *acht* leden, onder wie een gedeputeerde (na 10/10/10: minister) en drie hoofdambtenaren qualitate qua. Nadat de minister en drie hoofdambtenaren – kennelijk in verband met de staatkundige transitie van 10/10/10 en de wetgeving ter zake van mede op overheidsstichtingen toepasselijke ‘corporate governance’ (*Eilandsverordening corporate governance*, AB 2009, no. 92, na 10/10/10: *Landsverordening corporate governance*, PB GT 2014, no. 3, met bij eilands/landsbesluit vastgestelde *Code Corporate Governance*, AB 2009, no. 96/PB GT 2014, no. 4) – niet hun plaats in het bestuur hadden ingenomen en nadat [appellant 1] en [appellant 2] juridisch advies omtrent de statuten hadden ingewonnen, hebben zij verzuimd – ofschoon ‘good corporate governance’-modelstatuten voor overheidsstichtingen beschikbaar waren – een statutenwijziging te initiëren (door in elk geval een notaris in te schakelen). Zij hebben de oude onwettige structuur in stand gelaten.

- 2.4. Het verwijt dat in dit voorlopig oordeel is gemaakt, houdt in dat [appellant 1] en [appellant 2] zich onvoldoende hebben ingespannen om (via statutenwijziging via de minister) tot een behoorlijk bestuur, met raad van commissarissen, te komen. Zo zij pogingen hebben gedaan, hebben zij die niet doorgezet. Het bestuur kan met 2/3e meerderheid besluiten tot statutenwijziging (artikel 11 lid 2 statuten). Dat hun voorgangers zijn tekortgeschoten en dat de bezetting van het bestuur vanaf het aantreden van het bestuur 2011 onvoldoende en niet voltallig is geweest, doet hieraan niet af.
- 2.5. Als [appellant 1] en [appellant 2] actief zouden hebben gestreefd naar de integratie van BZV in SVB en een spoedige liquidatie van BZV, zou dat wellicht een rechtvaardiging kunnen opleveren, maar dit streven heeft ontbroken.
- 2.6. De op het laatste moment, uit de lucht gegrepen, stelling dat het bestuur de facto functioneerde als raad van commissarissen die toezicht hield op de directie (akte [appellant 1] 25 januari 2022, onder 15 en 27) is tardief, niet onderbouwd en in strijd met de statuten. Het bestuur bestuurt de stichting met als richtsnoer het belang van de stichting. De raad van commissarissen adviseert en houdt (intern) toezicht. Dat zijn twee aparte functies met ieder een eigen verantwoordelijkheid. Deze functies zijn niet met elkaar te verenigen.
- 2.7. Volgens [appellant 1] wilde de toenmalige Minister GMN, die eerder als gedeputeerde nog actief voorzitter van de Stichting was geweest, coûte que coûte aan haar politieke beïnvloedingsmacht ten aanzien van de Stichting vasthouden. En diezelfde minister zou op grond van art. 11 lid 3 van de statuten een statutenwijziging van de Stichting moeten goedkeuren. Naar het oordeel van het Hof zouden ook nieuwe bestuursleden of commissarissen die de minister welgevallig waren een waarborg zijn geweest tegen dubieuze bestedingen.
- 2.8. [Appellant 1] stelt dat bestuurslid [naam bestuurslid 1] plaatsvervangend secretaris was, maar deze blote stelling rijmt niet met productie 164 van BZV bij akte van 25 januari 2022. Wat betreft het ontbreken van een ondervoorzitter/plaatsvervangend voorzitter voert BZV terecht aan dat [appellant 1] en [appellant 2] dit hadden moeten melden bij de desbetreffende overheidsdienst.

R.o 4.12 tussenvonnissen onder b

- 2.9. Het Hof overwoog:

b. Niet is gebleken dat het bestuur, zoals voorgeschreven in artikel 4 lid 1 van de statuten, minstens eenmaal in de twee maanden heeft vergaderd, met inachtneming van artikel 4 lid 2, tweede en derde zin, van de statuten, ter zake van oproepingstermijn en oproepingsbrief met vermelding van de punten die ter vergadering behandeld zullen worden. [Appellant 1] als voorzitter alleen of [appellant 2] als secretaris alleen kon, ingevolge artikel 4 lid 1 slot van de statuten, een vergadering initiëren.

- 2.10. [Appellant 1] verwijst naar excel-bestanden maar deze zijn niet overgelegd. De vereffenaars hebben naar eigen zeggen slechts vijf notulen aangetroffen, ook nog zonder directe relevantie voor deze zaak (productie 158 van BZV d.d. 23 november 2021). De vereffenaars hebben voorts slechts enkele oproepbrieven aangetroffen.
- 2.11. Het Hof hecht geloof aan de ontslagbrief van 29 januari 2013 van bestuurslid [bestuurslid 2]. De ontslagbrief luidt onder meer:

In de afgelopen periode, vooral na de overdracht van bepaalde taken naar de SVB, zijn belangrijke wijzigingen in het beleid en beheer van het AVBZ fonds en ingrijpende structuur- en functie wijzigingen in de interne organisatie ingevoerd. Personeel is op verzoek van de voormalige Minister GMN in dienst genomen zonder enige onderliggende documentatie hieromtrent en nadere afspraken hoe de financiële dekking van de betrokken salarissen zal plaatsvinden. Consultants worden voortdurend ingeschakeld zonder duidelijke opdrachtbeschrijving en kostenbeoordeling vooraf. Vragen omtrent het bedrag dat aan consultants in het jaar 2012 is uitgegeven blijven onbeantwoord. Deze wijze van besluitvorming zonder degelijke voorbereiding, afweging van financiële consequenties en nader overleg in, een cfm. de statuten, opgeroepen bestuursvergadering en vastlegging door een notulist, druist m.i. in tegen de regels van behoorlijk bestuur.

Ik betreur het dat de toegezegde bestuursvergadering, ondanks dat u zich persoonlijk hiervoor zou inspannen steeds is uitgebleven. Bovendien heb ik nota kunnen nemen van recente publicaties in de media welke hardnekkig inspelen op de betrokkenheid van het "dagelijks bestuur" van de stichting BZV bij zaken die mijns inziens niet stroken met de doelstellingen van de stichting danwel het AVBZ fonds. Opgemerkt zij hierbij dat de statuten van de Stichting BZV geen dagelijks bestuur kent en dat het bestuur ook nimmer een mandaat heeft gegeven om in een zodanig orgaan te voorzien.

R.o. 4.12 tussenvonnis onder c

2.12. Het Hof overwoog:

c. Van het verhandelde in bestuursvergaderingen, indien gehouden, zijn niet steevast, zoals voorgeschreven in artikel 4 lid 3 van de statuten, notulen gehouden, getekend door [appellant 1] en [appellant 2].

2.13. [Appellant 1] en [appellant 2] overleggen geen aanvullende stukken; voor de overlegging van e-mailverkeer is geen bewijsopdracht nodig of in dit geval verplicht. Zij verklaren dat zij alleen notulen opmaakten als zij dat noodzakelijk achtten (productie 54 van [appellant 1], ingezonden op 12 januari 2021). Dat is in strijd met de statuten.

2.14. Volgens BZV is op een enkeling na, geen enkel bestuursbesluit terug te vinden in notulen, laat staan ondertekende notulen. Dat geen notulen zijn opgesteld is bovendien bevestigd door [appellant 1] (citaat in akte BZV van 23 november 2021, onder 13):

1. Notulen bestuursvergadering vanaf 1 januari 2012 tot heden

Volgens de bestuursvoorzitter was het onmogelijk om notulen van bestuursvergaderingen te maken. Ten eerste heeft het huidige bestuur geen notulen van bestuursvergadering gezien van het vorige bestuur. Sterker nog: er heeft eigenlijk geen overdracht plaatsgevonden van het oude bestuur aan het nieuwe bestuur, waardoor het nieuwe bestuur alles zelf heeft moeten 'ontdekken'. Daarnaast was de bestuursvoorzitter bijna dagelijks aanwezig. Hij was dus aardig op de hoogte van de stand van zaken bij BZV. Beslissingen die worden genomen, zijn vastgelegd in emailwisselingen tussen de bestuursleden. Er is dus geen sprake van notulen van bestuursvergaderingen. Beslissingen die in het bestuur worden genomen, zijn wel vastgelegd in emailwisselingen tussen de bestuursleden. Indien gewenst, kan SOAB deze emailwisselingen opvragen bij de bestuursvoorzitter. Toen het huidige bestuur op 4 mei 2011 aantrad, hadden alleen dhr. Whitteman...

2.15. Een besluitenregister (directiereglement onder 2.11) ontbreekt.

R.o. 4.12 tussenvonnis onder d

2.16. Hof overwoog:

d. Bestuursbesluiten buiten vergadering, indien genomen, zijn niet, zoals artikel 4 lid 6, eerste zin, van de statuten voorschrijft, schriftelijk geschied en door het daarvoor vereiste aantal bestuursleden (drie) ondertekend. Evenmin zijn deze bestuursbesluiten buiten vergadering, zoals artikel 4 lid 6, tweede zin, voorschrijft, in de notulen van de eerstvolgende vergadering vermeld.

2.17. [Appellant 1] verwijst naar een grote hoeveelheid e-mails, die niet worden overgelegd. BZV betwist het bestaan. Voor de overlegging is geen bewijsopdracht nodig of in dit geval verplicht. De e-mails zouden erop duiden dat [bestuurslid 1] en [bestuurslid 2] van alles op de hoogte waren. Echter, het gaat niet om de vraag of [bestuurslid 1] en [bestuurslid 2] per e-mail zijn geïnformeerd over bestuursbesluiten, bestuursvergadering en dergelijke, maar of zij ook daadwerkelijk hebben meebestuurd. In zoverre is het door [appellant 1] gedane bewijsaanbod niet ter zake dienend. Voorts hebben [appellant 1] en [appellant 2] hun stelling dat [bestuurslid 1] en [bestuurslid 2] wel meebestuurd hebben en actief betrokken waren bij bestuursbesluiten onvoldoende gemotiveerd en onderbouwd, dit gelet op de ontslagbrief van [bestuurslid 2], het feit dat [bestuurslid 1] ernstig ziek was en voor een medische behandeling in Nederland verbleef, en afgezet tegen de stellingen van BZV dat [bestuurslid 1] en [bestuurslid 2] geen uitnodigingen met agenda en met inachtneming van de voorgeschreven oproepingstermijn ontvingen, dat niet standaard notulen werden gemaakt van de gehouden bestuursvergaderingen, dat besluiten die buiten bestuursvergaderingen werden genomen noch in het besluitenregister noch in de notulen van de eerstvolgende vergadering waren opgenomen, alsmede het gegeven dat geen enkel stuk is overgelegd waaruit blijkt dat de besluiten door het vereiste aantal bestuursleden werden genomen. Uit de verklaring van [naam 2] (productie A55) volgt niet wat [appellant 1] er onder 81 sub van zijn pleitnota uit afleidt.

2.18. Het Hof heeft geen enkele reden te twifelen aan de betrouwbaarheid van de vereffenaars, ervaren voormalige ambtenaren aangezocht om orde te brengen. Dat zij – evenals het Hof – zich verwonderden over de grandiose geldsmijterij die heeft plaatsgevonden onder [appellant 1] en [appellant 2] – tast hun onafhankelijkheid niet aan.

R.o. 4.12 tussenvonnissen onder e

2.19. Het Hof overwoog:

e. Er zijn miljoenenuitgaven gedaan zonder dat daar bestuursbesluiten aan ten grondslag lagen. De advocaten van [appellant 1] vonden ter zitting een bestuursbesluit ter zake van de mondkapjes 'overdreven'. Het Hof is het hiermee niet eens. Het ging bij de mondkapjes om een uitgave aan gemeenschapsgelden van NAf 365.853,49. Andere uitgaven waren zelfs hoger. Het is strijdig met de statuten dat de directie van het Buro zou besluiten tot een project van deze omvang. Volgens BZV was volgens het directiereglement, bedoeld in artikel 5 lid 2, vierde zin, van de statuten, de directie niet bevoegd ten aanzien van uitgaven groter dan NAf 20.000,- die niet op de begroting voorkwamen (pleitnota mr. Boom, onder 24). Het directiereglement is niet overgelegd. Het Hof zal BZV vragen dat alsnog bij akte te doen.

2.20. Hetgeen [appellant 1] op van dit punt heeft opgemerkt schiet in motivering te kort. Dit geldt ook voor zijn opmerkingen ten aanzien van de mondkapjesaffaire.

2.21. Het directiereglement, met onder 3.6 een voorgeschreven bestuursmachtiging voor uitgaven boven NAf 20.000, is overgelegd (productie 157 van BZV d.d. 23 november 2021); [appellant 1] en [appellant 2] kenden dit (productie 159 BZV).

2.22. Een bestuursreglement is nooit gemaakt.

2.23. Hierboven, ad r.o. 4.12 tussenvonnissen onder b, heeft het Hof al overwogen geloof te hechten aan de verklaring van [bestuurslid 2] van 29 januari 2013. Het Hof hecht geen geloof aan de gezamenlijke verklaring van [appellant 2], [appellant 1] en [bestuurslid 1], gedateerd 14 december 2020 (productie 54 van [appellant 1], ingezonden op 12 januari 2021) en de verklaring van [bestuurslid 1], gedateerd 22 juli 2020 (productie 36 bij de MvA in incidenteel appel van [appellant 1]). Deze oordelen liggen mede ten grondslag aan het verjaringsoordeel. [appellant 1] en [appellant 2] hebben, mede gelet op wat onder 3.17 is overwogen, onvoldoende gemotiveerd en

onderbouwd dat hun medebestuurders zodanig geïnformeerd en betrokken waren bij het beleid dat BZV al tijdens het bewind van [appellant 1] en [appellant 2] daadwerkelijk in staat is geweest om een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen. De door [appellant 1] gestelde handelingen van deze medebestuurders [bestuurslid 2] en [bestuurslid 1] (zie onder meer randnummer 52 van zijn memorie van antwoord in het incidenteel appel) zijn daartoe ontoereikend. Bewijslevering door middel van getuigen is daarom ook op dit punt niet aan de orde.

R.o. 4.12 tussenvonnissen onder f

2.24. Het Hof overwoog:

f. Het is eveneens in strijd met de statuten dat [appellant], als bestuursvoorzitter, samen met [appellant 2] als bestuurssecretaris en tevens directeur van het Buro (dus belast met de leiding van BZV), besluit tot dit soort grote uitgaven.

2.25. [[appellant 1] verwijst naar zijn opmerkingen ad e, die, zoals hiervoor is overwogen, tekortschieten in motivering.

2.26. BZV merkt bij akte van 23 november 2021 op:

24 De corporate governance van de SBZV was op grond van de statuten zodanig ingericht dat sprake was van een stichtingsbestuur en daarnaast een Buro Ziektekostenvoorziening (het Buro). [noot 18: Art. 5 lid 1 Statuten] De dagelijkse leiding van het Buro en het beheer van de middelen van het Buro waren neergelegd bij de directie van het Buro.[noot 19: Art. 5 lid 2 Statuten] Andere taken van de directie betroffen bijvoorbeeld de personeelsvoorziening, het leggen en onderhouden van contacten met en het vertegenwoordigen van de SBZV in relevante organisaties en het doen van beleidsvoorstellen aan het bestuur voor het optimaal functioneren van de SBZV. [noot 20: Art. 2.1 Directiereglement]

25 Hoewel de directie ten aanzien van haar gevoerde beleid verantwoording verschuldigd is aan het bestuur, behoort zij ten aanzien van de haar toekomstige taken zelfstandig en onafhankelijk van het bestuur te handelen. [noot 21: Artikel 5 lid 2 Statuten] Andersom heeft de directie slechts een adviserende rol waar het gaat om bestuursbesluiten.[noot 22: Artikel 4 lid 9 Statuten] Op die manier is de 'scheiding der machten' gewaarborgd binnen de SBZV. Doordat [appellant 1] als bestuursvoorzitter en [appellant 2] als bestuurssecretaris én directeur van het Buro tezamen besluiten hebben genomen, is de statutair vereiste scheiding tussen het bestuur en de directie niet nageleefd. Die scheiding is nadrukkelijk bedoeld ter bescherming van de SBZV. Zonder die scheiding is namelijk amper sprake van enige checks and balances binnen de SBZV. Niet voor niets bepalen de Statuten dan ook dat geen arbeidsovereenkomsten mogen worden gesloten met bestuursleden,[noot 23: Artikel 5 lid 5 Statuten] waarover meer onder (j).

Het Hof sluit zich hierbij aan.

R.o. 4.12 tussenvonnissen onder g en h

2.27. Het Hof overwoog:

g. In verband met overtreding sub f: Het bestuur dient ten aanzien van grote uitgaven die niet op de begroting staan bestuursbesluiten te nemen. Ingevolge artikel 3 lid 1 van de statuten, is het bestuur belast met het besturen van BZV en is het, met inachtneming van de statuten, bevoegd tot alle daden van beheer en beschikking welke binnen het raam van de doelstelling van BZV vallen. Het bestuur dient, ingevolge artikel 5 lid 2, derde zin, van de statuten, aan de directie de algemene lijnen van het te volgen financiële, sociale, economische en personeelsbeleid te geven. De directie is, ingevolge artikel 5 lid 2, tweede zin, van de statuten, ten aanzien van het door haar gevoerde beleid verantwoording en rekenplichtigheid verschuldigd aan het bestuur.

h. Ook in verband met overtreding sub f: [appellant 1] en [appellant 2] samen zijn, ingevolge

artikel 3 lid 6 van de statuten, vertegenwoordigingsbevoegd in en buiten rechte, onverminderd de bevoegdheid daartoe van de directie op basis van het directiereglement, maar zij zijn niet samen bevoegd bestuursbesluiten te nemen. Er waren vier leden van het bestuur. Ingevolge artikel 4 lid 5 van de statuten, besluit het bestuur bij volstreekte meerderheid van het totaal aantal zitting hebbende leden, voor zover in de statuten niet anders is bepaald. Ingevolge artikel 4 lid 7, tweede zin, van de statuten, wordt bij staking van stemmen het voorstel geacht niet te zijn aangenomen. Voor een bestuursbesluit zijn dus, bij vier zitting hebbende bestuursleden, drie stemmen nodig. Het 'regelmatig op de hoogte houden van de overige bestuursleden van de stand van zaken' (terminologie van artikel 2:14 lid 3, tweede zin, BW) betekent niet zonder meer dat de overige bestuursleden mede een bestuursbesluit nemen.

2.28. [[appellant 1] beroept zich op de aangetroffen chaos, het 'turn-around management' dat geboden was en het ontbreken van overdracht door het vorige bestuur. Het Hof ziet niet in dat deze aan naleving van de statuten in de weg konden staan.

R.o. 4.12 tussenvonnis onder i

2.29. Het Hof overwoog:

i. Het is in strijd met de statuten en de good governance-wetgeving dat [appellant 1] en [appellant 2] hun oren lieten hangen naar de minister van Gezondheid, Milieu en Natuur [minister]. Hoogst ongepast was hun bestelling van etui's met de naam van minister [minister] erop (afbeelding in MvA BZV, onder 260). Terecht schrijven [appellant 1] en [appellant 2] zelf aan minister-president [minister-president] bij brief van 4 juli 2012 (MvA BZV, onder 76): 'Volgens het bestuur is het immers in strijd met de beginselen van good corporate governance dat de regering zich op een dergelijke manier mengt in het bestuur en de besluitvorming van een rechtspersoon ... Dit geldt temeer daar het bestuur een eigen wettelijke en statutaire verantwoordelijkheid heeft ...'.

2.30. Volgens [appellant 1] is hier geen sprake van strijd met de statuten. Terecht noemt BZV artikel 3 lid 1 Statuten. In strijd handelen met de wet levert bovendien eveneens spoedig ernstige verwijtbaarheid op. De Curaçaose wettelijke good governance-regels geven mede inhoud aan de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling waartoe elke bestuurder ingevolge artikel 2:14 BW gehouden is.

R.o. 4.12 tussenvonnis onder j

2.31. Het Hof overwoog:

j. De combinatie van bestuurslid en directielid van [appellant 2] was – nog afgezien van de 'corporate governance'-wetgeving – strijdig met artikel 3 lid 5 van de statuten dat spreekt van 'bij de stichting in dienstbetrekking zijn' of artikel 5 lid 5 dat 'arbeidsovereenkomsten' met bestuursleden verbiedt. Zie het SOAB-rapport (productie 68 BZV), p. 5: de 'overeenkomst van opdracht' met [appellant 2] (productie 7 BZV) is inhoudelijk gelijk aan de inhoud van de 'arbeidsovereenkomst' met de manager Finance (onder meer wat betreft vakantie en vakantiegeld, ziekte enz.). [appellant 2] 'overeenkomst van opdracht' wordt, gelet op de inhoud ervan en artikel 2:8 lid 5 BW mede in aanmerking genomen, naar het oordeel van het Hof bestreken door de statutaire termen 'dienstbetrekking' en 'arbeidsovereenkomsten'. .

2.32. Dat [bestuurslid 1] en het ministerie (na onderzoek) akkoord waren gegaan, staat niet vast. Blijkens productie 160 van BZV d.d. 23 november 2021 werden op de beloning van [appellant 2] ook loonbelasting en sociale premies ingehouden. Volgens [appellant 2] was sprake van een fiscale 'fictieve dienstbetrekking'. Als een overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst, kan men de consequenties niet ontlopen door er een andere naam aan te geven.

2.33. Het Hof maakt het volgende voorlopige oordeel tot eindoordeel:

Naar het voorlopig oordeel van het Hof beogen de genoemde statutaire bepalingen, de een wellicht wat meer dan de ander, BZV te beschermen. Al met al zijn de schendingen voldoende voor toepassing van de geciteerde *Berghuizer Papierfabriek*-regel. Het gaat niet om incidentele schendingen van onbelangrijke voorschriften. Sprake is van een patroon van schendingen van een aantal voorschriften, waaronder belangrijke zoals die betreffende besluitvorming. Daar komt nog bij dat sprake is van aanwijsbaar financieel nadeel, maar er is meer: het niet vergaderen en niet documenteren van besluitvorming kan de stichting in een precaire positie jegens derden of bij de bestuursopvolging brengen. Dit gebrek aan openheid kan de bestuurders worden verweten.

- 2.34. De stelling van [appellant 2] dat slechts sprake was van 'algemene leefregels' en kennelijk niet de statutaire bepalingen waarop de Hoge Raad het oog had in *Berghuizer Papierfabriek* gaat niet op.
- 2.35. Een behoorlijke rechtvaardiging is niet gegeven, ook niet als wordt aangenomen dat [appellant 1] en [appellant 2] chaos aantreffen en een 'turn-around' hebben weten te bewerkstelligen en ook niet als wordt rekening gehouden met alle andere omstandigheden van het geval. Dat het vorig bestuur, van vóór 10/10/10, zich niet aan de statuten heeft gehouden is niet relevant en staat ook geenszins vast.
- 2.36. Ook indien wordt afgezien van de geconstateerde schendingen onder a en j, resteert ruim voldoende handelen in strijd met de statutaire bepalingen die de stichting beogen te beschermen.

Matiging

- 2.37. Het Hof zal de schadevergoedingen verder matigen, en wel tot NAF 1,5 miljoen voor [appellant 1] en NAF 2,5 miljoen voor [appellant 2]. Daarbij houdt het Hof vast aan zijn eerdere oordeel dat aannemelijk is dat [appellant 1] en [appellant 2] zelf financieel geen profijt hebben gehad van de gewraakte besluiten en bestedingen.
- 2.38. Het waren bijzondere tijden onder het kabinet-Schotte, een kabinet ongekend van aard in het Koninkrijk der Nederlanden. Een Koninkrijkscommissie concludeerde dat van een aantal ministers de integriteit niet vaststond. Drie leden, onder wie de minister-president, zijn later tot gevangenisstraf veroordeeld. Het lid dat, als vriend, [appellant 1] voordroeg is met de noorderzon verdwenen, naar verluidt wegens belastingschulden.
- 2.39. Voor dit kabinet was deskundigheid van ondergeschikt belang. In zekere zin zijn [appellant 1] en [appellant 2] slachtoffers daarvan. De ervaring leert dat in het algemeen aangezochte personen geen inzicht hebben in eigen onbekwaamheid. Zij kregen een zware verantwoordelijkheid die zij niet aankonden. [appellant 1] had een oogartsenpraktijk en besteedde enkele uren per week aan BZV. Het Hof heeft de indruk gekregen dat [appellant 1] en [appellant 2] 'in de mist' opereerden. Zij vroegen wel adviezen, maar niet aan goed bekend staande deskundigen. Met de batterij aan ontvangen adviezen en verslagen is niets gedaan. De aangezochte opdrachtnemer is overigens, met de enige bestuurder, inmiddels onherroepelijk veroordeeld tot betaling aan BZV van NAF 2.179.587,50, NAF 754.125,-, NAF 362.606,87 en NAF 870.677,64 (ECLI:NL:OGHACMB:2022:28) en verkeert in faillissement, evenals de enige bestuurder.
- 2.40. De onderhavige zaak tegen [appellant 1] en [appellant 2] is de enige zaak tegen ex-bestuurders van een overheidsentiteit in Curaçao uit het tijdvak-Schotte. Weliswaar waren de onbekwaamheid en verspilling van gemeenschapsgelden in dit geval opvallend, het is onbevredigend dat de enquête-overheids-NV's (geëindigd met ECLI:NL:HR:2018:1104) geen aansprakelijkheidsstellingen tot gevolg heeft gehad.
- 2.41. [[appellant 2] heeft geen draagkracht (alleen op zijn pensioen kon kennelijk conservatoir beslag worden gelegd). De kosten van rechtsbijstand zullen [appellant 1] en [appellant 2] al zwaar vallen. Ten tijde van de zitting was [appellant 1] al NAF 400.000,- kwijt aan Nederlandse

advocatenkosten en daarna volgden nog twee ronden met uitvoerige aktes.

- 2.42. Het Hof houdt er ook rekening mee dat Curaçao erg klein is. Zie akte [appellant 2] van 23 november 2021, onder 56: '[appellant 2] heeft al zijn contacten verloren en iedereen kijkt hem met de rug aan'. En akte [appellant 1] van 25 januari 2022, onder 3 en 4: '[appellant 1] heeft ruim 10 jaar geleden, vanuit zijn diepe wens iets moois te doen voor het land dat hem zoveel heeft gegeven, de functie van voorzitter van de Stichting aanvaard. Die keuze zal [appellant 1] blijven achtervolgen ongeacht de uitkomst van deze procedure. [appellant 1] is immers na een langdurige en succesvolle loopbaan als gewaardeerd oogarts beland in een ware nachtmerrie waarin hem alles dreigt te worden ontnomen. Door de beslagen van de Stichting verkeert [appellant 1] in grote geldzorgen en kan hij slechts dankzij het krediet van zijn advocaten zijn onmisbare en fundamentele recht op juridische bijstand realiseren.'
- 2.43. Het was zo'n exceptionele tijd in het kleine Curaçao dat toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.
- 2.44. De wettelijke rente gaat, overeenkomstig het bestreden vonnis, lopen met ingang van 16 april 2018.

Schadeposten

- 2.45. Het is niet nodig de talrijke schadeposten alle te behandelen. Hoewel het Hof ervan overtuigd is dat meer schade het gevolg is van onbehoorlijk bestuur waarvan [appellant 1] en [appellant 2] een ernstig verwijt kan worden gemaakt, zal het zich beperken tot een viertal posten die gezamenlijk al meer dan NAF 4 miljoen bedragen. In de hierboven genoemde omstandigheden zou toekenning van een hogere schadevergoeding steeds tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen leiden.
- 2.46. Bij landsbesluit stond vast dat BZV zou opgaan in de SVB. [Appellant 1] en [appellant 2] konden niet redelijkerwijs ervan uitgaan dat dit bij landsbesluit (dus door de regering: ministerraad en Gouverneur) zou worden teruggedraaid, ook niet gedeeltelijk; dat zij wel daarvan uitgingen en op basis daarvan miljoenenuitgaven deden was onvoldoende prudent en hoogst onverantwoordelijk. Dat [appellant 1] en [appellant 2] personeel dat al op de loonlijst van de SVB stond op die van BZV plaatsten, met de evident grote financiële consequenties van dien, levert onbehoorlijk bestuur op. Geen redelijk handelend bestuurder had zo gehandeld en het kan zowel [appellant 1] als [appellant 2] ernstig worden verweten dat zij deze besluiten in strijd met de statuten hebben genomen. De niet of onvoldoende betwiste schade van NAF 3.584.235,13, zoals BZV die in hoger beroep aanvullend heeft gevorderd, kan aan [appellant 1] en [appellant 2] worden toegerekend.
- 2.47. Dat [appellant 1] en [appellant 2] een project opstarten om tot eigen Medicaard te komen ondanks de komende integratie in de SVB (die een eigen systeem van elektronisch patiëntenbeheer en facturatie van zorgaanbieders heeft) levert onbehoorlijk bestuur op. Het Hof sluit zich aan bij het bestreden vonnis, rov. 4.13-4.19, ook waar het gaat om de verwijtbaarheid. Die wordt nog verhoogd door de vastgestelde schendingen van de statuten. De schade van NAF 785.686,56 kan hun worden toegerekend.
- 2.48. Dat [appellant 1] en [appellant 2], kennelijk op instructie van minister [minister] – die inmiddels wegens medeplegen van oplichting onherroepelijk is veroordeeld tot gevangenisstraf (ECLI:NL:HR:2022:1833) – zonder enig onderzoek, laat staan zekerheid, en zonder behoorlijk bestuursbesluit met schriftelijke neerlegging (en zonder behoorlijke aanbesteding), op de dag van de offerte een cheque voor ineens NAF 365.853,49 hebben uitgeschreven voor mondkapjes die nooit geleverd zijn, levert onbehoorlijk bestuur op. Het Hof sluit zich aan bij het bestreden vonnis, rov. 4.40-4.43. De relevantie van het opmaken van een suppletoire begroting ontgaat het Hof. De schade kan aan hen worden toegerekend.

2.49. In het tussenvonnis heeft het Hof het al hoogst ongepast geacht dat [appellant 1] en [appellant 2] etuis met de naam van minister [minister] (rond verkiezingstijd) bestelden. Dit levert onbehoorlijk bestuur op. De schade van NAf 55.65,- is aan hen toe te rekenen. In zoverre is de vermeerderde eis toewijsbaar.

Besluit

2.50. De uitkomst is dat het bestreden vonnis kan worden bevestigd, met dien verstande dat de door [appellant 1] te betalen schadevergoeding wordt gesteld op NAf 1,5 miljoen en de door [appellant 2] te betalen schadevergoeding op NAf 2,5 miljoen. De vordering ex artikel 843a Rv wordt alsnog in het dictum afgewezen.

2.51. [[appellant 1] en [appellant 2] dienen als de overwegend in het ongelijk gestelde partijen de kosten van het principaal hoger beroep te dragen. Het incidenteel hoger beroep heeft niet geleid tot een hogere schadevergoeding dan de eerste rechter heeft toegewezen. Daarom is BZV in dit appel de overwegend in het ongelijk gesteld partij die de kosten dient te dragen. Wel zullen de door BZV gevorderde beslagkosten ad NAf 2.504,74 (voor de ten laste van [appellant 1] gelegde beslagen) alsnog worden toegewezen. Bij de begroting van de salariskosten volgens het liquidatietarief zal worden uitgegaan van vier punten en het hoogste tarief.

3 Beslissing

Het Hof:

- bevestigt het bestreden vonnis, met dien verstande dat:
- de door [appellant 1] te betalen schadevergoeding wordt gesteld op NAf 1,5 miljoen; en
- de door [appellant 2] te betalen schadevergoeding wordt gesteld op NAf 2,5 miljoen;
- wijst de vordering ex artikel 843a Rv af;
- veroordeelt [appellant 1] in de kosten van het principaal hoger beroep aan de zijde van BZV gevallen en tot op heden begroot op NAf 18.000,- aan gemachtigdensalaris, NAf 655,10 aan verschotten en NAf 2.504,74 aan beslagkosten;
- veroordeelt [appellant 2] in de kosten van het principaal hoger beroep aan de zijde van BZV gevallen en tot op heden begroot op NAf 18.000,- aan gemachtigdensalaris en NAf 235,10 aan verschotten;
- veroordeelt BZV in de kosten van het incidenteel hoger beroep aan de zijde van [appellant 1] gevallen en tot op heden begroot op NAf 9.000,- aan gemachtigdensalaris en NAf 932,96 aan verschotten;
- verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
- veroordeelt BZV in de kosten van het incidenteel hoger beroep aan de zijde van [appellant 2] gevallen en tot op heden begroot op NAf 9.000,- aan gemachtigdensalaris en NAf 549,18 aan verschotten;

- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mrs. J. de Boer, F.W.J. Meijer en Th.G. Lautenbach, leden van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba en is, bij afwezigheid van de voorzitter door mr. Meijer ondertekend, ter openbare terechtzitting van het Hof in Curaçao uitgesproken op 28 februari 2023 in tegenwoordigheid van de griffier.