

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 03, 2018

Nummer 3, 2018

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:5177](#) 14-12-2017

Minister/SNS

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3415](#) 12-12-2017

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5509](#) 12-12-2017

Het Verfhuis

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:10505](#) 30-11-2017

VvE Hanzestaete

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4969](#) 28-11-2017

Tricer NL Bidco 4 B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:6849](#) 13-12-2017

Drijber q.q./X

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:14512](#) 13-12-2017

Loterijverlies B.V./Staatsloterij B.V.

Annotatie

[Wat onder de oppervlakte bleef in de rechtspraak rond AkzoNobel\[*\]](#)

F. Eikelboom

Annotatie

[AkzoNobel, PPG en de Ondernemingskamer](#)

F.G.K. Overkleeft (annotatie 1) en F. Eikelboom (annotatie 2)

Annotatie

[Fortuna: een ‘commissaris’ zonder raad van commissarissen maar met bevoegdheid](#)

A. Spaargaren en A.S. van der Heide

Annotatie

[Aansprakelijkheid na een juridische splitsing in de praktijk](#)

T.S. Hoyer

Annotatie

[De arbeidsovereenkomst van de bestuurder na een statutair ontslag: een lege huls met uitgeholde ontslagbescherming?](#)

S.J. Sterk

Annotatie

[1. Commentaar bij HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 \(X/Le Roux Fruit Exporters \(Pty\) Ltd\)](#)

T.M.C. Arons (annotatie 1) en C.E.J.M. Hanegraaf (annotatie 2)

Annotatie

[De aansprakelijkheid van beherend vennoten bij toetreding tot een personenvennootschap in het licht van het voorstel van de Werkgroep Personenvennootschappen\[*\]](#)

N.C. Canev

RECHTSPRAAK

Minister/SNS

OK. Onderzoek ter vaststelling van de schadeloosstelling in verband met onteigening effecten en vermogensbestanddelen SNS Reaal en SNS Bank. Verzoek van de minister van Financiën tot geheimhouding van het concept-waarderingsrapport. De OK wijst het verzoek af omdat onvoldoende is toegelicht voor welke informatie nog altijd een zwaarwegend belang bij geheimhouding bestaat.

Bij eerdere beschikking van 26 februari 2016 (ECLI:NL:GHAMS:2016:594) heeft de OK een onderzoek bevolen met het oog op de vaststelling schadeloosstelling in verband met de onteigening van effecten en vermogensbestanddelen van SNS Reaal en SNS Bank. In de onderhavige procedure verzoekt de minister van Financiën geheimhouding van het concept-waarderingsrapport inzake de onteigeningsprocedure van SNS, alsmede een verbod aan alle in de procedure verschenen partijen (VEB c.s., Aviva c.s., Brigade c.s., Turfmij c.s., Andalusian, CCP c.s., Hendriks) op de voet van artikel 28 lid 1 sub b Rv om aan derden afschrift te verstrekken van en/of mededeling te doen uit (i) de stukken die zich in de digitale dataroom van de deskundigen bevinden, en (ii) het concept-waarderingsrapport, inclusief eventuele bijlagen daarbij. De minister wil niet dat vertrouwelijke documenten die aan de deskundigen in het kader van hun onderzoek zijn overgedragen, openbaar worden. De minister heeft namelijk grote hoeveelheden informatie verkregen in zijn hoedanigheid van toezichthouder als bedoeld in hoofdstuk 6 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). De Wft verplicht de minister tot geheimhouding van die informatie. Volgens de minister is het aannemelijk dat in het concept-waarderingsrapport vertrouwelijke informatie uit de dataroom zal zijn verwerkt, of als bijlage daarbij zal worden gevoegd. Verschillende belanghebbenden verzetten zich tegen dit verzoek.

De OK stelt voorop dat deskundigen bij de uitvoering van de aan hen opgedragen taken vrij zijn het onderzoek naar eigen inzicht in te richten. De manier waarop de deskundigen de toegang tot hun digitale dataroom hebben georganiseerd (alleen aan partijen die de geheimhoudingsverplichting hebben onderschreven, wordt inzage in de betreffende

documenten verleend) is aan partijen voorgelegd in het plan van aanpak van de deskundigen. Gedurende het onderzoek is deze aanpak ook gevolgd. De raadsheer-commissaris is niet verzocht de deskundigen op te dragen die geheimhoudingsverplichting te laten vervallen. Naar het oordeel van de OK biedt de door de deskundigen gekozen werkwijze ook gedurende de huidige fase van de procedure voldoende waarborgen op vertrouwelijkheid met betrekking tot de gegevens in de dataroom. De OK ziet geen reden aan te nemen dat de procesmatige kant van het onderzoek met deze werkwijze tekortschiet, ook niet ten opzichte van procespartijen die een grote achterban vertegenwoordigen. Partijen die voor het leveren van hun commentaar op het concept-waarderingsrapport toegang willen hebben tot de onderliggende documenten die niet tevens als bijlage bij het concept zijn gevoegd, krijgen die toegang ook in deze fase van het onderzoek onder de voorwaarde dat zij zich akkoord verklaren met de geheimhoudingsverplichting. Aangezien de vertrouwelijkheid van de inhoud van de dataroom aldus voldoende is gewaarborgd, heeft de minister geen rechtens te respecteren belang bij zijn verzoek de in de procedure verschenen partijen te verbieden aan derden afschrift te verstrekken van en/of mededeling te doen uit de stukken die zich in de digitale dataroom van de deskundigen bevinden, aldus de OK.

Voorts overweegt de OK dat er voor een uitzondering op de openbaarheid van rechtspraak klemmende redenen moeten bestaan, te meer in een onteigeningsprocedure die ook onteigenden aangaat die niet in dit geding zijn verschenen. In dat licht bezien heeft de minister volgens de OK zijn verzoek onvoldoende toegelicht, nu onvoldoende is gespecificeerd en toegelicht ten aanzien van welke concrete informatie die onderdeel zou kunnen uitmaken van het concept-deskundigenrapport vandaag de dag, bijna vijf jaar na dato, nog altijd een zwaarwegend belang bij geheimhouding bestaat.

De OK wijst het verzoek af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-12-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:5177

Zaaknummer: 200.122.906/02 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar en A.J. Wolfs

Advocaten: R.G.J. de Haan, S.J. van Calker, G.T.J. Hoff, J.M.K.P. Coornegoor, I. Spinath, S. Perrick, C.W.M. Lieverse, T.G. Schoonewille, J. Wendelgelst, G.A. Smit, E.M. Soerjatin, W.M. Schonewille, G. te Winkel, N.A. van Loon, M.W.E. Evers, J. Meuleman, M. Ziekman, B.T.A. Baldwin, W.J. Bosma, J.A.M.A. Sluysmans, J.M. van den Berg, M. Wolters, C.R. Zijdeveld, M.L. van Holthe tot Echten, S.A.J. van Rossum, J.A. Voerman, R. Slotboom, N.G. Wijnstekers, C.C.A. van Rest, M.H.R.N.Y. Cordewener, A.P. Kranenburg, R.J. Borghans, R.G.P. Voragen, J.W.L. Vader, M. Raaijmakers, J. Meyer, Mr. J. Hagers, J.H. van

Gelderen en A.R. Oosthout

Wetsartikelen: 28 Rv

RECHTSPRAAK

Loterijverlies B.V./Staatsloterij B.V.

Vordering van Loterijverlies B.V., ingesteld namens de deelnemers aan de Staatsloterij, tot schadevergoeding wegens misleidende uitlatingen door de Staatsloterij over de winkansen in de jaren 2000-2008. De rechtbank oordeelt dat Loterijverlies B.V. misbruik van bevoegdheid maakt en daarom niet ontvankelijk moet worden verklaard.

In deze procedure vordert Loterijverlies B.V. ('Loterijverlies'), opgericht door A, namens de deelnemers aan de Staatsloterij van Staatsloterij B.V. ('de Staatsloterij') onder meer schadevergoeding in verband met misleidende uitlatingen door de Staatsloterij over de winkansen in de jaren 2000 tot 2008. Voorafgaand aan deze procedure heeft de eveneens door A opgerichte Stichting Loterijverlies B.V. ('de Stichting') al met succes in drie instanties een collectieve actieprocedure gevoerd tegen de Staatsloterij ter verkrijging van schadevergoeding vanwege het feit dat de Staatsloterij de winnende loten niet uitsluitend uit de verkochte loten trok, maar ook uit de niet-verkochte loten en de prijzen die op de niet-verkochte loten vielen zelf behield. A is evenwel ontslagen als bestuurder van de Stichting, omdat hij ruim € 2 miljoen had overgemaakt naar een door hem opgerichte vennootschap, alsmede een door de enig aandeelhoudster van Loterijverlies aan A in privé verstrekte hypothecaire geldlening voor de aankoop van een villa in Noord-Holland (zie Hof Amsterdam 31 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:210, OR 2017-0047).

Loterijverlies legt aan haar vorderingen ten grondslag dat met het arrest van de Hoge Raad van 30 januari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:178) in hoogste instantie is komen vast te staan dat de Staatsloterij in de periode 2000-2008 een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven en daarvoor aansprakelijk is, alsmede dat met de onderhavige vorderingen een adequate restitutie/compensatie aan de bij Loterijverlies aangesloten personen wordt bewerkstelligd. Loterijverlies stelt dat zij handelt op grond van middellijke vertegenwoordiging met bevoegdheid ter incasso c.q. privatieve lastgeving ter incasso in de zin van artikel 7:414 BW in samenhang met artikel 7:423 BW. De vorderingen worden, aldus Loterijverlies, derhalve in eigen naam ingesteld ten behoeve van de bij haar aangesloten personen.

Vóór alle weren heeft de Staatsloterij geconcludeerd tot niet-ontvankelijk verklaring van Loterijverlies in haar vorderingen, subsidiair omdat Loterijverlies de hoofdzaak met geen ander doel aanhangig heeft gemaakt dan om te ontkomen aan de gevolgen van de ontslagprocedure bij Stichting Loterijverlies.

De rechtbank overweegt dat de achterliggende discussie in deze zaak neerkomt op de vraag of Loterijverlies – in de persoon van A (de oprichter van het Loterijverlies-initiatief in 2008) – de onderhavige procedure met geen ander doel aanhangig heeft gemaakt dan om te ontkomen aan de gevolgen van de ontslagprocedure waarbij A zijn feitelijke zeggenschap over Stichting Loterijverlies is kwijtgeraakt. De rechtbank ziet in die discussie aanleiding om eerst de door de Staatsloterij subsidiaire grondslag voor niet-ontvankelijkheid te bespreken, te weten misbruik van bevoegdheid als bedoeld in artikel 3:13 BW in samenhang met artikel 3:15 BW. De rechtbank overweegt dat Loterijverlies een besloten vennootschap is en geen stichting of vereniging als bedoeld in artikel 3:305a BW. Dit neemt niet weg dat Loterijverlies niet kan worden losgezien van de collectieve actie tegen de Staatsloterij. Voorts kan het instellen van de onderhavige procedure niet worden losgezien van de schorsing van – indirect – A als bestuurder van Stichting loterijverlies, de claimorganisatie die de collectieve actie tegen de Staatsloterij heeft ingesteld. Om die reden ziet de rechtbank in het verschil in rechtspersoonlijkheid geen beletsel om te beoordelen of Loterijverlies, gezien tegen de achtergrond van de wetsgeschiedenis van artikel 3:305a BW, met de onderhavige procedure, misbruik van bevoegdheid maakt, zoals de Staatsloterij betoogt.

De rechtbank overweegt dat de handelswijze van Loterijverlies niet kan worden losgezien van de persoonlijke en financiële belangen van haar (middellijk) bestuurder A en diens pogingen om zijn eigen belangen na de schorsing van de door hem aangewezen bestuurder bij Stichting Loterijverlies (Breton) veilig te stellen. Op geen enkele wijze is komen vast te staan dat de belangen van de personen voor wie Loterijverlies zegt op te komen, bij haar voldoende zijn gewaarborgd. Loterijverlies handelt daarmee niet in overeenstemming met de Claimcode. De rechtbank oordeelt dat Loterijverlies haar bevoegdheid om jegens de Staatsloterij een schadevergoedingsactie in te stellen misbruikt als bedoeld in artikel 3:13 BW in samenhang met artikel 3:15 BW.

De rechtbank verklaart Loterijverlies niet-ontvankelijk.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 13-12-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:14512

Zaaknummer: C/09/517681

Rechters: S.J. Hoekstra-van Vliet, A.M. Voorwinden en M.L. Harmsen

Advocaten: M. Raaijmakers en J.W. Leedeckerken

Wetsartikelen: 3:305a BW, 3:13 BW, 3:15 BW, 7:414 BW en 7:423 BW

RECHTSPRAAK

Drijber q.q./X

Vordering van de curator tegen de voormalige bestuurders van een groep gefailleerde vennootschappen tot betaling van het bedoeltekort althans schadevergoeding. De rechtbank overweegt dat het gegeven dat de vennootschappen verouderde dan wel niet juiste ICT-systemen hadden en daardoor niet in staat waren om de kostprijs van haar diensten te bepalen, wel duidt op een weinig solide bedrijfsvoering, maar niet op een schending van de boekhoudplicht.

In 2013 zijn de faillissementen uitgesproken van Transport B.V. ('T'), Facilitair ('F') en de Holding ('H'), vennootschappen die actief waren binnen de logistieke dienstverlening. Gedaagde was enig bestuurder en (indirect) aandeelhouder van T en F en enig bestuurder van H. Eind 2008, begin 2009 stortte de markt in en sindsdien zijn er louter verliezen geleden. Dit heeft uiteindelijk geleid tot de eigen aangifte van het faillissement van T, F en H.

In de onderhavige procedure vordert de curator primair veroordeling van gedaagde tot betaling van het boedeltekort op grond van artikel 2:248 lid 1 en 2 BW, subsidiair schadevergoeding op grond van artikel 2:9 lid 2 BW, en meer subsidiair stelt hij een zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering in. Hieraan legt de curator ten grondslag dat de administratie niet voldeed aan artikel 2:10 BW omdat uit onderzoeksrapporten blijkt dat de gefailleerde vennootschappen, mede vanwege de verouderde dan wel niet juiste ICT-systemen, niet in staat was om de kostprijs van haar diensten te bepalen.

De rechtbank overweegt dat dit laatste wel duidt op een weinig solide bedrijfsvoering, maar dat dit niet als een schending van de boekhoudplicht kan worden gekwalificeerd. Volgens de rechtbank verplicht artikel 2:10 lid 1 BW het bestuur slechts om van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Hoewel op grond van de geldende jurisprudentie, waaronder het arrest van de Hoge

Raad van 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932 (Rosbeek q.q./Rademakers), wel moet worden aangenomen dat voor het antwoord op de vraag of de administratie voldoet aan de daaraan te stellen eisen, ook andere elementen daarvan van belang kunnen zijn dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten, gaat het naar het oordeel van de rechtbank te ver om onder de wettelijke boekhoudplicht van artikel 2:10 lid 1 BW te scharen dat op de werkvloer steeds een goed functionerend, al dan niet geautomatiseerd, informatiesysteem beschikbaar moet zijn waarmee accountmanagers per rit of klant een zowel kostendekkende als concurrerende prijs kunnen berekenen.

Nu voldoende andere feiten en omstandigheden op grond waarvan in dit geval moet worden aangenomen dat sprake was van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur door de curator niet zijn aangevoerd, wijst de rechtbank de primaire vordering af.

Wat de subsidiaire vordering betreft overweegt de rechtbank dat de gang van zaken rond de aan gedaagde uitgekeerde managementvergoedingen – naast de salarissen van het directieteam – nog niet goed is belicht en dat het aan de gedaagde is om eerst uitgebreider en zo mogelijk gedocumenteerd verweer te voeren tegen de stellingen van de curator dat niet aan de wettelijke en statutaire formaliteiten is voldaan en dat voor zijn honorering, en zeker voor de verhoging daarvan in het fatale jaar 2013, geen redelijke rechtvaardiging was te vinden. De rechtbank verwijst de zaak naar de rol.

De meer subsidiaire vordering wijst de rechtbank af om de reden dat zij niet te rijmen is met de eerdere stellingen van de curator inzake kennelijk onbehoorlijk bestuur, waaruit volgt dat de curator van mening is dat bij wel behoorlijk bestuur de faillissementen hadden kunnen worden voorkomen, ook toen medio 2013 een adviesbureau werd ingeschakeld om verandering teweeg te brengen en naar overnamekandidaten, samenwerkingspartners of investeerders te zoeken.

De rechtbank verwijst de zaak naar de rol.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 13-12-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:6849

Zaaknummer: C/05/315025 / HA ZA 17-42

Rechters: N.W. Huijgen

Advocaten: S. Parijs en A. Hendrikse

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW, 2:9 BW, 2:10 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Het Verfhuis

Vordering tegen een slapende bv tot schadevergoeding van gemaakte kosten voor herstelwerkzaamheden. Onduidelijkheid over de vraag tegen wie de vordering is ingesteld. Het hof oordeelt dat voldoende duidelijk is dat de vordering is ingesteld tegen de vennootschap en/of de directeur/eigenaar. Daarbij weegt het hof mee dat een 'bedrijf' ook kan worden uitgeoefend door de directeur/eigenaar van de vennootschap.

Appellant heeft een overeenkomst gesloten met geïntimeerde sub 1 ('de vennootschap') dan wel geïntimeerde sub 2 ('de directeur/eigenaar') tot het verrichten van binnen- en buitenschilderwerk, en stelt dat het schilderwerk niet deugdelijk was en bij de werkzaamheden schade is veroorzaakt. In eerste aanleg heeft hij veroordeling gevorderd van de vennootschap dan wel directeur/eigenaar van de vennootschap tot betaling van schadevergoeding. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Daartoe heeft hij onder meer overwogen dat geen feiten of omstandigheden vastgesteld konden worden waaruit kon worden geconcludeerd dat appellant de gestelde overeenkomst heeft gesloten met de vennootschap. In hoger beroep voert appellant onder meer aan dat hij met de directeur/eigenaar in persoon de overeenkomst heeft gesloten waarbij laatstgenoemde zich heeft verplicht om het binnen- en buitenwerk van zijn woning te schilderen.

Het hof stelt voorop dat het hoger beroep ook kan dienen om in eerste aanleg bestaande onduidelijkheden te verduidelijken en/of om in eerste aanleg begane fouten en verzuimen te herstellen. Uit de dagvaarding en de memorie van grieven volgt volgens het hof voldoende duidelijk dat appellant bij dagvaarding in eerste aanleg zijn vordering heeft ingesteld tegen de vennootschap en/of de directeur/eigenaar in persoon. Daarbij weegt het hof mee dat een 'bedrijf' ook kan worden uitgeoefend door de directeur/eigenaar van de vennootschap in persoon.

Het hof vernietigt het bestreden vonnis en wijst de vordering tegen de directeur/eigenaar toe.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-12-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:5509

Zaaknummer: 200.208.504_01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, J.R. Sijmonsma en R.J.M. Cremers

Advocaten: F.J.M. Drykoningen

Wetsartikelen: 2:19 lid 4 en 5 BW en 2:23 BW

RECHTSPRAAK

Vordering van een uitgetreden vennoot tot inzage in de boekhouding van de vof. Het hof wijst de vordering af omdat deze te onbepaald en onvoldoende concreet is, maar geeft partijen in overweging dat de overblijvende vennoten al het redelijkerwijs mogelijke in het werk dienen te stellen om een dergelijke inzage te realiseren.

Appellante ('A') en geïntimeerden sub 1 en sub 2 ('B' resp. 'C') zijn broers en werkten jarenlang samen in een vof, waarbinnen verschillende bedrijven werden uitgeoefend en iedere broer zijn eigen werkterrein had. Op enig moment hebben de broers besloten om de zakelijke samenwerking te beëindigen. A trad uit de vof en de vof werd ontbonden en gesplitst. Bij de ontvlechting van de vof zijn partijen tot meerdere overeenkomsten gekomen, waarin over en weer finale kwijting is verleend voor zaken die niet expliciet in de desbetreffende overeenkomsten zijn geregeld. Over de uitleg van deze overeenkomsten is een geschil ontstaan dat centraal staat in het hoger beroep. Om te verzekeren dat B en C zich houden aan de gemaakte afspraken, vordert A in de onderhavige procedure in hoger beroep onder meer inzage in de volledige boekhouding van de vof over een bepaalde periode.

Ter onderbouwing van zijn vordering stelt A dat hij een voldoende concreet belang heeft bij de inzage van de stukken, waaronder het aan het licht brengen van onjuiste en niet-acceptabele gedragingen van B en C en het kunnen berekenen van het bedrag waarop A nog recht heeft ter zake van omzetbelasting.

Het hof oordeelt dat A als voormalig vennoot recht heeft op inzage in de boekhouding van de vof, maar wijst de vordering van A tot inzage van de stukken alsnog af. Het hof acht de vordering tot inzage te onbepaald, zodat (gezien de slechte verhouding tussen de partijen) voorzienbaar is dat het toewijzen van deze inzage op straffe van een dwangsom tot executieproblemen zal leiden. Daarnaast is de vordering volgens het hof onvoldoende concreet, gezien het feit dat partijen elkaar over en weer kwijting hebben verleend over al hetgeen niet in de overeenkomsten is geregeld. Niettemin overweegt het hof dat het voorgaande onverlet laat dat van B en C verwacht mag worden dat zij al het redelijkerwijs mogelijke in het werk stellen om de inzage in de boekhouding door A te realiseren. Het hof

geeft partijen in overweging dit punt niet verder te laten escaleren en desgewenst in een comparitie van partijen deze inzage vorm te geven.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 12-12-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:3415

Zaaknummer: 200.172.688/01

Rechters: R.S. van Coevorden, M.M. Olthof en M.H. van der Woude

Advocaten: I.B. Jansse en A. Buth

RECHTSPRAAK

VvE Hanzestaete

Beroep tegen een besluit van een Vereniging van Eigenaren tot wijziging van het huishoudelijk reglement inhoudende een van de splitsingsakte afwijkende verdeling van de kosten. Het hof oordeelt dat het besluit nietig is omdat het artikel in het modelreglement in de splitsingsakte waarop het besluit gegrond is, ook nietig is.

Deze zaak gaat over de splitsingsakte van appartementengebouw Hanzestaete te Bolsward. Hanzestaete is bij notariële akte ('Splitsingsakte') gesplitst in 29 appartementsrechten, waarvan 19 flatwoningen met eigen parkeerplaats en berging en 10 afzonderlijke parkeerplaatsen. Bij de Splitsingsakte is tevens de Vereniging van Eigenaars Gebouw Hanzestaete aan de Tecla Hesselsstate te Bolsward ('VvE') opgericht, waarin alle appartementseigenaren zijn verenigd. Verzoeker ('A') is eigenaar van een appartementsrecht met eigen parkeerplaats en berging. In de Splitsingsakte is het (model)reglement bij splitsing opgenomen ('Reglement'). Het Reglement geeft – onder meer – een opsomming van de schulden en kosten van de gezamenlijke eigenaars (zoals bedoeld in art. 5:112 lid 1 onder a BW) en een verdeling van de schulden en kosten onder de eigenaars. Het Reglement bevat ook de mogelijkheid om een huishoudelijk reglement vast te stellen ('Huishoudelijk reglement') waarin met betrekking tot de kostenverdeling wordt afgeweken van hetgeen is opgenomen in het Reglement. Het bestuur van de VvE heeft het besluit genomen om het Huishoudelijk reglement te wijzigingen met daarin een nieuwe verdeelsleutel voor de servicekosten, inhoudende dat de eigenaars van de appartementen meer gaan bijdragen en de eigenaars van enkel de garages minder gaan bijdragen. Deze verdeelsleutel wijkt af van de verdeelsleutel die in het Reglement in de splitsingsakte is opgenomen.

In eerste aanleg heeft A verzocht voor recht te verklaren dat het besluit tot wijziging van het Huishoudelijk reglement nietig is omdat dit in strijd is met de Splitsingsakte, alsmede vernietiging van dat besluit. De kantonrechter heeft de verzoeken van A afgewezen. In hoger beroep voert de VvE aan dat A geen belang heeft bij zijn beroep. Volgens de VvE geldt dat indien het beroep slaagt de VvE de regeling zoals deze nu in het Huishoudelijk reglement staat in de Splitsingsakte zal laten opnemen, zodat de regeling hoe dan ook van kracht blijft en het

beroep enkel extra kosten met zich meebrengt die ook A zal moeten dragen.

Het hof oordeelt dat het rechtens laten vaststellen dat een besluit nietig is, om de financiële gevolgen daarvan ongedaan te maken, op zichzelf een voldoende belang voor A oplevert. Bovendien is te verwachten dat het laten bestaan van een nietig artikel in het Huishoudelijk reglement ook in de toekomst problemen oplevert. Ook dit creëert een belang voor A.

Het hof oordeelt voorts dat een besluit dat in strijd is met de splitsingsakte, nietig is op grond van artikel 5:124 lid 2 jo 2:14 BW. Artikel 5:113 lid 1 bepaalt dat de aandelen die door splitsing in appartementsrechten ontstaan gelijk zijn, tenzij bij splitsingsakte anders is bepaald. Het tweede lid van artikel 5:113 BW bepaalt dat de eigenaren van de appartementsrechten allen voor een gelijk deel dienen bij te dragen in de kosten en schulden die voor de gezamenlijke appartementseigenaars komen, tenzij in het reglement opgenomen in de splitsingsakte anders is bepaald. In het Reglement is van deze mogelijkheid gebruikgemaakt door op te nemen dat eigenaars dienen bij te dragen volgens de breukdelen in het complex. Het Reglement bevat daarnaast de mogelijkheid om in het Huishoudelijk reglement af te wijken van het Reglement in de Splitsingsakte. Het hof acht dit artikel nietig. Een beroep op de (vennootschappelijke) redelijkheid en billijkheid gaat niet op voor de VvE, aangezien het bestuur van de VvE aanvankelijk had toegezegd de Splitsingsakte te zullen wijzigen en dit niet heeft gedaan en A tegen het besluit tot wijziging van het Huishoudelijk reglement heeft gestemd.

Het hof vernietigt de beschikking van de kantonrechter.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:10505

Zaaknummer: 200.193.898/01

Rechters: D.H. de Witte, J.H. Kuiper en W.Th. Braams

Advocaten: E. van Riet en E.A. van Meulen-Sikkens

Wetsartikelen: 5:112 BW, 5:113 BW en 5:124 BW

RECHTSPRAAK

Tricer NL Bidco 4 B.V.

OK; vordering tot uitkoop minderaandeelhouders DeepOcean Group Holding B.V. De OK wijst de vordering toe, maar oordeelt dat zij onvoldoende is voorgelicht om de prijs vast te stellen en stelt eiseres in de gelegenheid de ontbrekende informatie alsnog in het geding te brengen.

DeepOcean is onder meer actief op het gebied van het verlenen van onderzeese diensten. Tricer Holdco S.C.A. ('Tricer Holdco') heeft met een groot aantal van de toenmalige aandeelhouders van DeepOcean een SPA gesloten ter verkrijging van 97,6% van de aandelen in het kapitaal van DeepOcean. Vervolgens heeft Tricer Holdco de aandelen overgedragen aan Tricer Lux Bidco 1 S.à.r.l. ('Tricer Lux'), die op haar beurt de aandelen overdroeg aan Tricer NL Bidco 3 B.V. ('Tricer Bidco 3'). Laatstgenoemde heeft op haar beurt de aandelen in DeepOcean overgedragen aan Tricer NL Bidco 4 B.V. ('Tricer'). In onderhavige procedure vordert Tricer op grond van artikel 2:201a BW de overdracht van de resterende aandelen in DeepOcean.

De OK overweegt dat de eigen aandelen van DeepOcean niet meetellen voor de vraag of Tricer als aandeelhouder voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van DeepOcean verschaft en ten minste 95% van de stemrechten van DeepOcean in de algemene vergadering kan uitoefenen. Op grond van de overgelegde stukken oordeelt de OK dat Tricer voor eigen rekening (afgerond) 99,6% van het aandelenkapitaal van DeepOcean verschaft op de dag van dagvaarding en dat de vordering in zoverre deugdelijk is. Daarnaast oordeelt de OK dat Tricer alle gezamenlijke aandeelhouders deugdelijk heeft gedagvaard. Niet gebleken is dat aan de door gedaagden gehouden aandelen bijzondere rechten inzake de zeggenschap in de vennootschap zijn verbonden, een gedaagde ondanks de vergoeding ernstige stoffelijke schade zou lijden door de overdracht, of Tricer jegens een gedaagde afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid de hier aan de orde zijnde vordering in te stellen. De OK wijst de vordering van Tricer derhalve toe.

Daarmee resteert enkel nog de vaststelling van de door Tricer te betalen prijs voor de over te dragen aandelen. Te dien aanzien overweegt de OK dat pas tot zelfstandige prijsvaststelling

kan worden overgegaan nadat de OK de beschikking heeft gekregen over (i) kopieën van de ondertekende versie van de door Tricer Holdco gesloten overeenkomsten, (ii) gegevens betreffende de hoedanigheid van de toenmalige aandeelhouders die hun aandelen aan Tricer Holdco hebben verkocht en de mate van verspreiding van het aandelenbezit, (iii) een onderbouwing van de geboden prijs, alsook (iv) de geconsolideerde jaarrekeningen van DeepOcean van de afgelopen drie boekjaren.

De OK stelt Tricer in de gelegenheid deze informatie in het geding te brengen, stelt de peildatum voor prijsvaststelling vast op 30 december 2016, namelijk de (eerste) dag waarop Tricer ten minste 95% van het geplaatste aandelenkapitaal in DeepOcean hield, en houdt iedere verdere beslissing aan.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 28-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4969

Zaaknummer: 200.216.604/01

Rechters: G.C. Makkink, J. den Boer, M.A. Goslings, G. Boon RA, D.E.M. Aleman MBA en H.H.J. Zevenhuijzen

Advocaten: A.F.J.A. Leijten en prof. mr. E.C.H.J. Lokin

Wetsartikelen: 2:201a BW

ANNOTATIE

Wat onder de oppervlakte bleef in de rechtspraak rond AkzoNobel[*]

F. Eikelboom

Deze bijdrage bespreekt en geeft relevante achtergronden over de beschikking van de voorzieningenrechter op het verzoek van Elliott om een machtiging om een algemene vergadering van AkzoNobel bijeen te roepen. Centraal staan de vragen hoe zo'n verzoek moet worden getoetst en hoeveel beslissingsruimte de voorzieningenrechter daarbij heeft.

1 Inleiding

2017 was een tumultueus jaar voor de Nederlandse *blue chip*-beursvennootschap AkzoNobel N.V. (hierna: AkzoNobel). Zij kwam onder druk te staan toen een concurrent, PPG Industries, Inc. (hierna: PPG), avances maakte om haar over te nemen en, toen AkzoNobel de boot afhield, schermde met een vijandig bod. Alsof dat niet genoeg was, kwamen (een aantal van) de aandeelhouders in opstand onder aanvoering van het doortastende en gevreesde *hedge fund* Elliott Management Corporation (hierna: Elliott). Zij wensten onder meer een algemene vergadering te beleggen (BAVA) met het ontslag van de voorzitter van de raad van commissarissen (RvC) (hierna: de Voorzitter) op de agenda. Toen het bestuur en de RvC van AkzoNobel dat weigerden, stapte Elliott tot tweemaal toe naar de rechter.

Eerst stapte Elliott naar de Ondernemingskamer.[1] Die ontweek echter de vraag of Elliott recht had op de gewenste BAVA door te wijzen op de mogelijkheid om op de voet van artikel 2:110 van het Burgerlijk Wetboek (BW) de voorzieningenrechter te verzoeken om een machtiging om zelf de BAVA bijeen te roepen ('machtigingsverzoek'). De voorzieningenrechter kwam vervolgens tot het oordeel dat de gewenste BAVA prematuur was. In beide beslissingen bleven prangende vragen over het agenderingsrecht van aandeelhouders onbeantwoord. In WPNR schreef ik daar reeds over met betrekking tot de beschikking van de Ondernemingskamer.[2] In deze bijdrage gaat het over de beschikking van de voorzieningenrechter (hierna: de Beschikking).[3]

2 Europeesrechtelijke aspecten

2.1 Twee benaderingen

Het was niet voor het eerst dat de rechter moest oordelen over een poging[4] van een aandeelhouder om een punt op de agenda te krijgen van de algemene vergadering van een (*blue chip*)-beursvennootschap.[5] In de commentaren naar aanleiding daarvan staan twee benaderingen van het positieve recht[6] tegenover elkaar.

De traditionele of nationale benadering is sceptisch over zeggenschap van aandeelhouders over de agenda van hun eigen vergadering, vooral als zij de status quo willen opschudden. De aanhangers van deze benadering menen dat het gebruik van het agenderingsrecht streng kan worden getoetst door de rechter. Volgens deze benadering kan een agenderingsverzoek worden afgewezen op basis van een belangenafweging, waarbij het belang van de continuïteit van de onderneming zwaarder weegt dan de wens van aandeelhouders om het roer om te gooien.

Een goed voorbeeld van deze opvatting wordt geventileerd door Kemperink in Het Financieele Dagblad van 7 juli 2017. Hij meent dat het ontslag van de Voorzitter zulke vergaande consequenties heeft dat een stemming hierover alleen toegelaten zou moeten worden in geval van zwaarwichtige redenen. Hij vindt het niet voldoende dat Elliott niet tevreden was met de manier waarop AkzoNobel het overnamebod van PPG van EUR 29 miljard had afgewimpeld. De aanhangers van deze benadering lijken tot uitgangspunt te nemen dat aandeelhouders geen agenderingsrecht hebben, althans niet als het gaat om besluiten die een wezenlijke verandering teweeg kunnen brengen, behoudens bijzondere omstandigheden zoals fraude.

In deze traditionele of nationale benadering galmt de Stork-beschikking van 17 januari 2007 na. Daarin blokkeerde de Ondernemingskamer de pogingen van twee *hedge funds* om Stork te dwingen haar strategie te veranderen door het ontslag van de gehele RvC[7] op de agenda te zetten. Reden hiervoor was dat de toenmalige strategie succesvol werd geacht en het door de *hedge funds* gepresenteerde alternatief onvoldoende duidelijk was.

Tegenover deze benadering staat de moderne of Europese benadering.[8] Centraal in die benadering staat de EU-richtlijn[9] betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (hierna: Richtlijn), die kort na de Stork-beschikking van kracht werd. Het huidige wettelijke regime wijkt sindsdien wezenlijk af van het regime dat de Ondernemingskamer in de Stork-beschikking hanteerde.

Artikel 6 Richtlijn verplicht Nederland ervoor te zorgen dat aandeelhouders het recht hebben om (1) punten op de agenda van de algemene vergadering te plaatsen, en (2) met betrekking tot de geagendeerde onderwerpen ontwerp-resoluties in te dienen. De tekst van artikel 6 geeft geen ruimte om deze rechten op basis van een belangenafweging in te perken. Het EU-recht

staat het daarom niet toe dat Nederland zelf aanvullende eisen formuleert voor het gebruik van het agenderingsrecht.[10]

Om deze reden is ook de voorheen bestaande mogelijkheid om een agenderingsverzoek af te wijzen vanwege ‘een zwaarwichtig belang’ van de onderneming verwijderd uit artikel 2:114a BW, toen de Richtlijn werd geïmplementeerd.[11] De parlementaire toelichting vermeldt dat een agenderingsverzoek alleen kan worden afgewezen als sprake is van ‘overduidelijk’ misbruik van het recht, bijvoorbeeld in geval van strijd met de redelijkheid en billijkheid.[12]

Deze opmerkingen van de minister moeten worden begrepen als een verwijzing naar de zeer strenge jurisprudentie van Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna samen met zijn rechtsvoorgangers: HvJ EU) inzake misbruik van recht, en niet als een verwijzing naar de ruimere – maar toch ook al strenge – Nederlandse pendant van dergelijke uitzonderingsmogelijkheden. De Nederlandse rechter dient er namelijk van uit te gaan dat de wetgever met een nationale uitvoeringsregeling de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen.[13] Uitspraken in de wetsgeschiedenis die niet stroken met de desbetreffende richtlijn moeten daarom worden genegeerd.[14]

Naar EU-recht vereist misbruik van recht dat uit een geheel van objectieve omstandigheden blijkt (1) dat in weerwil van de formele naleving van de door de EU-regeling opgelegde voorwaarden het door de regeling beoogde doel niet werd bereikt, en (2) het wezenlijke doel van de betrokken handelingen er enkel in bestaat om een wederrechtelijk voordeel te verkrijgen.[15] In geval van dergelijk misbruik mag tevens een op grond van een richtlijn ingevoerde bepaling terzijde worden gesteld op grond van een nationale bepaling, zoals artikel 2:8 lid 2 BW.[16] In dat kader mag de nationale rechter voorts de strekking van de desbetreffende EU-bepaling niet wijzigen en moet hij voorkomen dat de doelstellingen van de betrokken bepaling in het gedrang komen.[17] Dat laat weinig tot geen ruimte voor afwijking van artikel 6 Richtlijn. In de preambule van de Richtlijn staat immers dat ‘aandeelhouders, die stemrecht hebben dat stemrecht moeten kunnen uitoefenen, aangezien die stemrechten tot uiting komen in de prijs die bij de verkrijging van de aandelen moet worden betaald’, en dat ‘effectieve zeggenschap van de aandeelhouders bovendien een eerste vereiste is voor een goede corporate governance en om deze reden dient te worden vergemakkelijkt en aangemoedigd’.[18] Europese lidstaten moeten er daarom voor zorgen dat aandeelhouders effectief het recht hebben om een punt te plaatsen op de agenda van hun vergadering.[19] Daarvan is geen sprake als het agenderingsrecht afhankelijk wordt gemaakt van een belangenafweging, zo blijkt duidelijk uit de Nederlandse rechtspraak, waarin agenderingspogingen door aandeelhouders zonder uitzondering falen.[20]

In deze Europese benadering is er – anders dan aanhangers van de traditionele benadering voorstaan – dus bijna geen ruimte voor een beoordeling of afwijzing van het verzoek van aandeelhouders om een punt op de agenda te plaatsen.

De Leeuw[21] meent dat het Europese recht en artikel 6 Richtlijn genoeg ruimte laten voor corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid om voort te gaan met de traditionele benadering, maar ziet daarbij voorbij aan de hiervoor aangehaalde rechtspraak van het HvJ EU. De wens lijkt bij De Leeuw de vader van de gedachte, nu zij naar aanleiding van de Europese benadering met afgrijzen[22] opmerkt dat deze ertoe leidt dat het agenderingsrecht het Nederlandse systeem van corporate governance, zoals dat zich door de jaren heen heeft ontwikkeld op basis van jurisprudentie, opzijzet ten faveure van de aandeelhouder. De aandeelhouder zou dan kunnen afdwingen dat er gestemd wordt over alle denkbare onderwerpen die binnen de strategie van het bestuur vallen, zonder dat er enige correctie op basis van artikel 2:8 BW mogelijk is. Aldus ziet zij over het hoofd dat stemmingen over onderwerpen die behoren tot de bevoegdheden van het bestuur veelal – afhankelijk van de inrichting van de statuten[23] – niet bindend zijn voor het bestuur.[24] De mogelijkheid om de strategie te beïnvloeden zit hem met name in de ontslagbevoegdheid,[25] maar die heeft de Hoge Raad niet aan banden gelegd in zijn rechtspraak.

Niettemin is de verbazing van De Leeuw op dit punt wel te begrijpen.[26] Gezien de uitspraken van minister Kamp,[27] dat bedrijven als AkzoNobel bescherming moeten kunnen inroepen tegen (druk van aandeelhouders met betrekking tot) openbare biedingen, is lastig te begrijpen waarom Nederland instemde met de oorspronkelijke Richtlijn en de herziene versie daarvan.[28] Die herziening vond overigens mede plaats onder voorzitterschap van Nederland, maar leidde niet tot wijzigingen met betrekking tot het agenderingsrecht. Aldus bewijst de regering geen dienst aan de consistentie van ons vennootschapsrecht.[29]

2.2 Staatsaansprakelijkheid

In het geval de voorzieningenrechter met betrekking tot het verzoek van Elliott twijfelde tussen de nationale en Europese benadering, zal minister Kamp wellicht hopen dat de voorzieningenrechter voor de nationale benadering kiest. Zijn collega van Financiën ziet waarschijnlijk liever dat de voorzieningenrechter geen risico neemt met betrekking tot de rechten die de Richtlijn toekent.

De voorzieningenrechter is in dezen namelijk de hoogste rechter – ‘tegen de beschikking van de voorzieningenrechter is generlei voorziening toegelaten, behoudens cassatie in het belang der wet’, aldus artikel 2:111 lid 3 BW[30] – en dan geldt dat de Staat aansprakelijk kan zijn[31] als de rechter het Europese recht niet goed toepast.[32] Daarvoor is vereist dat (1) artikel 6

Richtlijn ertoe strekt om rechten aan aandeelhouders toe te kennen, (2) het gaat om een voldoende gekwalificeerde schending van dat artikel 6, en (3) er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen deze schending en schade.[33]

Om te bepalen of de schending ‘voldoende gekwalificeerd’ is in voormelde zin moet de nationale rechter rekening houden met alle kenmerkende aspecten van de casus, waaronder de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van artikel 6 Richtlijn, de omvang van de beoordelingsmarge die artikel 6 Richtlijn de nationale autoriteiten laat, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, de vraag of een eventuele onjuiste rechtsopvatting al dan niet verschoonbaar is, de vraag of de handelwijze van een instelling van de Unie heeft kunnen bijdragen tot de vaststelling of de instandhouding van met artikel 6 Richtlijn strijdige uitspraak, alsook het feit dat de betrokken rechter een eventuele verplichting heeft verzuimd om een prejudiciële vraag te stellen.[34] Dat laatste aspect is mogelijk problematisch bij een verzoek om een machtiging op de voet van artikel 2:110 BW.

2.3 Prejudiciële vragen

Hiervoor kwam reeds ter sprake dat geen beroep mogelijk is tegen de beslissing omtrent een machtigingsverzoek. In een dergelijk geval bestaat een plicht tot het stellen van prejudiciële vragen als er een rechtsvraag over artikel 6 Richtlijn voorligt.

Uitzonderingen op die plicht zijn dat het duidelijk is hoe artikel 6 Richtlijn moet worden uitgelegd (*acte clair*), of dat het HvJ EU de desbetreffende vraag reeds heeft beantwoord (*acte éclairée*).[35] Tevens hoeft geen prejudiciële vraag te worden gesteld in een kort geding, mits partijen een geding te gronde kunnen entameren waarin alle in kort geding voorlopig besliste vragen van gemeenschapsrecht opnieuw kunnen worden onderzocht, de bodemrechter niet is gebonden aan het oordeel van de voorzieningenrechter en in de bodemprocedure prejudiciële vragen kunnen worden gesteld.[36]

Het is echter de vraag of de procedure op de voet van artikel 2:110 BW aan dit criterium voldoet, omdat de wet letterlijk bepaalt dat ‘generlei voorziening is toegelaten’ tegen de beschikking van de voorzieningenrechter. Het zou dus zomaar kunnen dat de voorzieningenrechter verplicht is om een prejudiciële vraag te stellen.[37] Evenwel bestaan er diverse prejudiciële spoedprocedures.[38] Als het HvJ EU niet kan worden overtuigd om de zaak een versnelde behandeling te geven, duurt het waarschijnlijk meer dan een jaar voor de prejudiciële vraag is beantwoord. Door dat tijdsverloop kan het machtigingsverzoek zijn relevantie verliezen, bijvoorbeeld door de jaarlijkse algemene vergadering. In het onderhavige geval had de Voorzitter aangekondigd om begin 2018 te zullen aftreden.

Het stellen van prejudiciële vragen is echter niet nodig met betrekking tot de vraag in hoeverre

een uit een richtlijn afkomstig recht aan banden kan worden gelegd door nationale bepalingen als de redelijkheid en billijkheid (*acte éclairé*). Daarnaast lijkt het gezien de tekst van artikel 6 Richtlijn in combinatie met de stappen die de wetgever heeft genomen om deze te implementeren evident dat het niet-richtlijnconform is om een agenderingsverzoek te weigeren met het oog op een zwaarwegend belang van de vennootschap (*acte clair*). Het toewijzen van een agenderingsverzoek kan daarom zonder het stellen van prejudiciële vragen. Als de voorzieningenrechter echter met De Leeuw zou menen dat het EU-recht wel ruimte laat om een agenderingsverzoek (vol) te toetsen aan artikel 2:8 lid 2 BW, is geen sprake van een *acte clair* of een *acte éclairé*, zodat het stellen van prejudiciële vragen wel is geïndiceerd.

3 De Beschikking

Van het bovenstaande komt niets terug in de Beschikking. De reden daarvoor is dat de Richtlijn geen recht geeft op het bijeenroepen van een BAVA. In het kader van een machtigingsverzoek geldt artikel 6 Richtlijn met betrekking tot de agenda,[39] maar als de voorzieningenrechter zich afvraagt of het desbetreffende agendapunt kan wachten tot de volgende reguliere algemene vergadering, dan vindt hij daarop in de Richtlijn geen antwoord. Dat laat onverlet dat het Nederlandse NV-recht bepaalt dat een machtigingsverzoek moet worden toegewezen als verzoeker voldoende aandelen houdt en een redelijk belang heeft.

Aanvankelijk leek niet voor redelijke discussie vatbaar dat er een redelijk belang bestond bij het machtigingsverzoek. Vertrouwen tussen aandeelhouders(vergadering) en commissarissen is essentieel,[40] terwijl duidelijk was dat (minstens) een aanzienlijk deel van de aandeelhouders ernstige kritiek had op de Voorzitter. Het feit dat AkzoNobel wilde dat de Voorzitter aanbleef en het niet durfde te laten aankomen op een stemming spreekt ook boekdelen, omdat zij gezien haar uitvoerige contacten met aandeelhouders goed op de hoogte was van hoe (on)tevreden haar aandeelhouders waren.[41]

Dat is niet een kwestie die kan wachten tot volgend jaar. Maar aan de zijde van AkzoNobel was daarop iets bedacht. Er werd een BAVA belegd waarin onder meer de Voorzitter verantwoording zou afleggen, maar waarbij het gewenste ontslagbesluit op de agenda ontbrak. De voorzieningenrechter oordeelde dat de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat eerst die BAVA dient te worden afgewacht, alvorens een BAVA aan de orde kan zijn waarin het ontslag van de Voorzitter staat geagendeerd. AkzoNobel en al haar *stakeholders* hebben groot belang bij een zorgvuldig en doordacht besluitvormingsproces.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter had Elliott niet concreet kenbaar gemaakt welk relevant belang zij heeft bij het nu al laten vastleggen van (de datum van) een nieuwe BAVA.[42] Ik meen echter dat dit belang evident was. Bij het afleggen van verantwoording

hoort de mogelijkheid voor de partijen waaraan verantwoording wordt afgelegd om zich uit te laten over of zij genoeg nemen met de gegeven tekst en uitleg, of dat zij daarin juist aanleiding zien tot ontslag.

4 Tot slot

Uit het bovenstaande blijkt dat er mijns inziens aanvankelijk weinig tot geen ruimte bestond om het machtigingsverzoek van Elliott af te wijzen, maar dat AkzoNobel met een slimme truc het kleine gaatje dat het EU- en nationale recht bieden, heeft weten te benutten. Dat is knap, maar was het ook in haar eigen belang?

Inmiddels moesten de twee enige bestuurders van AkzoNobel aftreden vanwege gezondheidsredenen.[43] Het gehele bestuur moest dus op stel en sprong worden vervangen en functioneerde enige tijd niet op volle kracht in een voor de vennootschap roerige periode. Dat is niet in het belang van de vennootschap. Om die reden en omdat het een publiek feit is dat de CEO van AkzoNobel eerder overspannen was, is het gerechtvaardigd om de – schrijnende en wellicht weinig chique – vraag te stellen of het maandenlang voeren van een strijd met (onder meer) Elliott een negatieve bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van deze situatie, en of het niet anders en beter was afgelopen als AkzoNobel gelijk na het eerste verzoek van Elliott de gewenste BAVA bijeen had geroepen. Als de Voorzitter de aandeelhouders ervan had kunnen overtuigen dat hij mocht aanblijven, dan was AkzoNobel sterker uit de strijd gekomen. Als hij ontslagen was, dan zou AkzoNobel mogelijk enige last hebben gehad van het enigszins ongeorganiseerd vervangen van een belangrijke functionaris. Daar staat dan tegenover dat het ook niet de bedoeling kan zijn dat de Voorzitter kan aanblijven zonder het vertrouwen van de aandeelhouders(vergadering).

En bij beide uitkomsten had AkzoNobel de strijd achter zich kunnen laten en zich weer kunnen concentreren op de *business*. AkzoNobel moest een winstwaarschuwing afgeven,[44] na een periode waarin haar bedrijfsleiding veel met andere zaken bezig was.[45]

Noten

[*] Deze bijdrage is een bewerking van een blog op de website van bureau Brandeis. De auteur dankt Marije Hazenberg voor haar hulp bij het bewerken van die blog.

[1] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, JOR 2017/261 m.nt. Bulten, JIN 2017/116 m.nt. Wolf, AA 2017/713 m.nt. Raaijmakers sr. Zie ook F.G.K. Overkleeft, AkzoNobel, PPG en de Ondernemingskamer, MvO 2017, afl. 5-6, p. 135-140.

[2] F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Elliott en Akzo,

WPNR 2017/7156.

[3] Rb. Amsterdam (vzr.) 10 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5845, JOR 2017/260 m.nt. Nowak.

[4] In een deel van deze gevallen ging het om pogingen om een algemene vergadering met een bepaald agendapunt bijeen te roepen (convocatierecht) en in een ander deel om het recht om een punt op de agenda te plaatsen van een door het bestuur bijeengeroepen algemene vergadering (agenderingsrecht). Voor deze bijdrage is het niet nodig om daartussen een strikt onderscheid te maken, omdat het agenderingsrecht onderdeel is van het convocatierecht. Zie par. 3.

[5] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2007, JOR 2007/42 m.nt. Blanco Fernández (Stork), Hof Amsterdam (OK) 6 september 2013, JOR 2013/272 m.nt. Josephus Jitta (Cryo-Save Group) en Hof Den Haag 31 mei 2016, JOR 2016/181 m.nt. Nowak (Boskalis/Fugro).

[6] Achter de verschillen in benadering gaan ook rechtspolitieke keuzes schuil. In de ene benadering heeft de Nederlandse rechter ruimte voor het maken van deze rechtspolitieke keuze. In de andere benadering is die keus reeds voor de Nederlandse rechter gemaakt door de Europese wetgever.

[7] De *hedge funds* konden niet anders dan aansturen op het ontslag van de gehele RvC in verband met het op structuurvennootschap Stork toepasselijke art. 2:161a BW. AkzoNobel is geen structuurvennootschap.

[8] Zie bijv. Peters & Eikelboom 2017 en J.H.M. Willems, Mogen aandeelhouders strategische onderwerpen agenderen?, *Ondernemingsrecht* 2017/116.

[9] Richtlijn 2007/36/EG.

[10] HvJ EU 24 januari 2012, ECLI:EU:C:2012:33 (Dominguez), r.o. 17 en 18. Zie ook HvJ EU 3 september 2009, NJ 2009/559 m.nt. Mok (Messner).

[11] Kamerstukken II 2008/09, 31746, 3, p. 8 en 9.

[12] Kamerstukken II 2009/10, 31058, 22, p. 21 en Kamerstukken II 2008/09, 31746, 7, p. 5.

[13] Asser/Hartkamp 3-I 2015/182, onder c.

[14] HvJ EU 29 april 2004, C-371/02 (Björnekulla), punt 13.

[15] HvJ EU 13 maart 2014, C-155/13 (SICES e.a.).

[16] HvJ EU 12 mei 1998, NJ 1999/239 (Kefalas): ‘20 Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen de justitiabelen in geval van misbruik of bedrog geen beroep op het gemeenschapsrecht doen (...) 21 Bijgevolg kan het niet in strijd met de communautaire rechtsorde worden geacht, dat de nationale rechterlijke instanties een nationale regel toepassen zoals artikel 281 van het Griekse burgerlijk wetboek, om te beoordelen of van een uit een gemeenschapsbepaling voortvloeiend recht misbruik wordt gemaakt.’ Zie ook W. Snijders, Good faith as a Dutch and a European concept, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), The influence of EU law on national private law (Serie Onderneming en Recht, deel 81-I), Deventer: Kluwer 2014: ‘Those cases confirm in fact that the court is very reluctant in letting national norms like good faith or reasonableness and fairness interfere with the effect of European law. These norms may be applied by the national courts, but only as far as they can be said to coincide with a general principle of European law, leading to an identical result. Consequently the scope of this kind of national rules is in reality determined by the more restrictive general principles that are developed in European case law like abuse of right and fraud.’

[17] HvJ EU 12 mei 1998, NJ 1999/239 (Kefalas).

[18] Preambule onder (3).

[19] Preambule onder (3) en (7).

[20] Zie noot 1, 3 en 5.

[21] D.M.H. de Leeuw, Bescherming van stakeholders en de grenzen van het agenderingsrecht, Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming 2015/3.

[22] In gelijke zin: F.G.K. Overkleeft, Het agenderingsrecht voor aandeelhouders in beursvennootschappen: een aanzet tot (her)bezinning, Ondernemingsrecht 2009/167, par. 4.

[23] Op grond van art. 2:129 lid 1 en 4 BW kan in de statuten worden bepaald dat de algemene vergadering over de strategie gaat.

[24] Zie hierover uitgebreid F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Boskalis en Fugro, WPNR 2015/7061, par. 3.2.

[25] Zie HR 21 december 2001, NJ 2005/96, JOR 2002/38 m.nt. Faber (SOBI/Hurks) en Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010/61 m.nt. De Bres (AHAM).

[26] Zie ook Overkleeft 2009.

[27] Zie bijv. het FD van 20 mei 2017, ‘Ze moeten zelf beslissen wat ze in die bedenktijd doen’.

Zie in dit kader ook het FD van 21 juni 2017, ‘Kamp voerde innig overleg met Akzo om PPG te weren’.

[28] Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft.

[29] Zie hierover ook J.W. Winter, De staat van ons vennootschapsrecht, Ondernemingsrecht 2011/98, par. 3 en 4 en Peters & Eikelboom 2017, in fine.

[30] Cassatie in het belang der wet heeft geen rechtsgevolgen voor partijen en kan niet door partijen worden ingesteld, zie art. 78 lid 6 Wet RO.

[31] Dit kan een reden zijn om de Staat als belanghebbende op te roepen in een procedure op de voet van art. 2:110 BW met betrekking tot een beursvennootschap. Vgl. Hof Den Haag 30 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL8979: ‘In dit verband betoogt de Staat terecht dat hij er een redelijk belang bij heeft dat de Nederlandse rechter geen vonnissen wijst die conflicteren met (...) verdragen waarbij Nederland partij is (...), omdat in zo’n geval de Staat, aan wie dergelijke rechterlijke uitspraken internationaalrechtelijk moeten worden toegerekend, zijn verplichtingen die voor hem uit die verdragen voortvloeien zou schenden. De Staat heeft er dan ook een redelijk belang bij om voor de rechter, bij wie het geding (...) aanhangig is, zijn standpunt uiteen te zetten en te verdedigen.’ Een andere optie is het horen van het Openbaar Ministerie (art. 44 lid 1 Rv).

[32] Zie HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:602 (Tomášová), met verdere verwijzingen, waaronder HvJ EU 30 september 2003, ECLI:EU:C:2003:513 (Köbler).

[33] Idem. Ik laat nu in het midden hoe deze schade moet worden berekend.

[34] Idem.

[35] HvJ EU 6 oktober 1982, NJ 1983/55 en HvJ EU 27 mei 1983, NJ 1983/561. Zie hierover ook Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/39.

[36] HvJ EU 27 oktober 1982, NJ 1983/350. Zie ook Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/39.

[37] Het lijkt me nuttig om op dit vlak een wetswijziging te overwegen. Als de ratio van art. 2:111 lid 3 BW is dat het onwenselijk is dat een machtiging tot bijeenroeping van een BAVA achteraf met terugwerkende kracht vervalst, kan dat als zodanig in de wet geregeld worden. Vgl. art. 1:384, 2:341a, 2:343b, 2:359 lid 2 en 3:53 lid 2 BW jo. art. 3:59 BW en art. 13 Fw.

[38] De prejudiciële spoedprocedure, berechting bij voorrang, versnelde procedure, vereenvoudigde procedure en de mogelijkheid om zonder conclusie van de advocaat-generaal uitspraak te doen. Ik laat deze mogelijkheden hier onbesproken.

[39] Zie het einde van art. 6 lid 1 Richtlijn.

[40] Vgl. H.J.M.N. Honée, Het ontslag van de bestuurder in wetshistorisch perspectief, De NV 1999, afl. 12, p. 280, HR 26 oktober 1984, NJ 1985/375 m.nt. Maeijer (Sjardin/Sjartec) en Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010/61 m.nt. De Bres (AHAM). Vgl. de Beschikking, r.o. 4.7.

[41] Zie bijv. het persbericht van AkzoNobel van 25 juli 2017 ('AkzoNobel convenes EGM and actions to improve shareholder relations'): 'This has included feedback from 285 meetings and calls with over 200 investors that have been held in the past six months and a shareholder survey conducted in June of investors holding more than 42% of the total shareholding.' CEO Buchner stelde in het FD van 26 juni 2017 ('We konden de chemietak niet eerder verkopen'): 'Sinds 1 juni ben ik bij 50 à 70 aandeelhouders langs geweest.'

[42] Om o.m. procestechnische redenen was het niet mogelijk om de voorzieningenrechter te laten bepalen dat het ontslagbesluit werd geagendeerd door de door AkzoNobel geplande BAVA. Er kunnen ook inhoudelijke redenen zijn voor twee BAVA's. De uitslag van de stemming staat veelal al voor de BAVA vast. Bijv. omdat (grote institutionele) beleggers stemmen op basis van vooraf afgegeven stemadviezen van partijen als ISS en Glass Lewis en/of omdat zij het er vooraf toe leiden dat hun stem op een bepaalde manier wordt uitgebracht. Dat kan betekenen dat de uitslag van de stemming al min of meer vaststaat voor de Voorzitter tijdens de BAVA de kans heeft om verantwoording af te leggen. Dat probleem speelt niet als sprake is van twee separate opeenvolgende BAVA's. Uit noot 41 blijkt echter dat AkzoNobel ook buiten vergadering veelvuldig contact zocht met aandeelhouders om de stemming te beïnvloeden. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 14 maart 2016, JOR 2017/89 (Delta Lloyd). In die zaak stuurden verzoekers aan op het splitsen van de agenda van de algemene vergadering in een informatieve algemene vergadering en pas later een vergadering met stemming. Zij vonden de informatieverstrekking voorafgaand aan de vergadering dusdanig gebrekkig dat er nog geen stemming kon plaatsvinden. De Ondernemingskamer oordeelde anders.

[43] Zie het FD van 8 september 2017, 'Valse start voor AkzoNobel'. Terzijde merk ik op dat dit leidt tot de vraag of het door AkzoNobel gehanteerde bestuursmodel, waarbij de bedrijfsleiding in handen is van een *executive committee* bestaande uit twee bestuurders en voor het overige uit werknemers, wel voldoende robuust is.

[44] Zie het FD van 8 september 2017, 'Valse start voor AkzoNobel'.

[45] Zie noot 41.

Reactie: convocatierecht en agenderingsrecht – een rechtspolitieke wens als vader van Eikelbooms gedachten

F.G.K. Overkleef

De auteur geeft een reactie op het eveneens in dit nummer gepubliceerde artikel van Eikelboom over het convocatierecht (art. 2:110/111 BW) en het agenderingsrecht (art. 2:114a BW) van aandeelhouders in beursvennootschappen. De auteur laat zien dat Eikelboom in zijn beschouwing de verschillen in het toepasselijk juridisch kader voor deze onderscheidenlijke rechten miskent en dat Eikelboom voorts in dit verband een te brede uitleg aan artikel 6 van de Richtlijn Aandeelhoudersrechten uit 2007 geeft.

1 Inleiding

Floor Eikelboom heeft aan de hand van de AkzoNobel-casus een prikkelend artikel geschreven over het convocatierecht (art. 2:110/111 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) en het agenderingsrecht (art. 2:114a BW) van aandeelhouders in beursvennootschappen.[1] Ik ben het op wezenlijke punten niet met hem eens. Dat is wat mij betreft niet erg. Eikelboom trekt interessante dwarsverbanden door de materie en hij vraagt op onderbouwde wijze aandacht voor de Europeesrechtelijke dimensie van de gerezen vragen. In zoverre doet het mij deugd om juist met hem de discussie over deze onderwerpen aan te kunnen gaan.

2 Convocatierecht versus agenderingsrecht: twee verschillende dingen

Eerst iets over het onderscheid tussen het recht voor aandeelhouders om een bijzondere algemene vergadering van aandeelhouders (BAVA) bijeen te (doen) roepen enerzijds en het recht van aandeelhouders om agendapunten aan te dragen voor behandeling tijdens een door de vennootschapsleiding (bestuur en raad van commissarissen) bijeen te roepen algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) anderzijds. Het eerste recht, ook wel aangeduid als het convocatierecht, is voor (beurs-)NV's geregeld in de artikelen 2:110 en 2:111 BW. Op grond van deze artikelen kunnen één of meer aandeelhouders die gezamenlijk ten minste 10% van het geplaatste kapitaal verschaffen de vennootschapsleiding verzoeken een BAVA uit te schrijven, waarbij de verzoekende aandeelhouders tevens een opgave van de te behandelen agendapunten moeten doen. Indien de vennootschapsleiding niet tijdig tot bijeenroeping van de verzochte BAVA overgaat, kunnen de verzoekende aandeelhouders de voorzieningenrechter vragen hen te machtigen om zelf de verzochte BAVA uit te schrijven.[2]

Het tweede recht, aangeduid als het agenderingsrecht, is geregeld in artikel 2:114a BW. Deze regeling geeft één of meer aandeelhouders die gezamenlijk ten minste 3% van het kapitaal vertegenwoordigen het recht om aanvullende agendapunten aan te dragen voor behandeling tijdens een door de vennootschapsleiding uit te schrijven algemene vergadering. Deze verzoeken kunnen betrekking hebben op de jaarlijkse AVA of op tussentijdse BAVA's die op initiatief van de vennootschapsleiding worden uitgeschreven. Hiermee is meteen het belangrijkste verschil tussen het convocatierecht enerzijds en het agenderingsrecht anderzijds gegeven. Bij het convocatierecht trekken de verzoekende aandeelhouders het initiatief naar zich toe om te bewerkstelligen dat een BAVA wordt gehouden, bij het agenderingsrecht blijft dit initiatief bij de vennootschapsleiding.

Eikelboom maakt in zijn bijdrage geen strikt onderscheid tussen deze twee rechten. Zijn benadering is om het convocatierecht en het agenderingsrecht gezamenlijk te presenteren als een mechanisme voor aandeelhouders om 'een punt op de agenda te krijgen van de algemene vergadering van een (...) beursvennootschap'.^[3] In noot 4 stelt Eikelboom dat het agenderingsrecht onderdeel is van het convocatierecht, een stelling die hij verder niet uitwerkt. Tegen deze achtergrond wekt Eikelboom de suggestie dat de Ondernemingskamer in haar beschikking van 29 mei 2017^[4] de vraag of Elliott recht had op de door haar gewenste BAVA ten onrechte had 'ontweken' door te wijzen op het feit dat Elliott voor de bijeenroeping van de BAVA de route van artikel 2:110/111 BW had kunnen bewandelen, en dat de Ondernemingskamer niet zou treden in de vraag of een dergelijk machtigingsverzoek aan de voorzieningenrechter toewijsbaar zou zijn.^[5] Ook Eikelbooms stelling dat AkzoNobel zich van een 'slimme truc' heeft bediend door zelf tot bijeenroeping van een BAVA over te gaan,^[6] moet tegen deze achtergrond worden gezien.

Volgens mij is Eikelbooms stelling dat het agenderingsrecht onderdeel is van het convocatierecht onjuist. Beide rechten kennen een eigen wettelijke regeling en voor gebruikmaking van deze rechten geldt een verschillend toetsingskader. Eikelbooms benadering om beide rechten op één hoop te gooien is daarmee niet verenigbaar met het positieve recht. De gedachte van Eikelboom om het convocatierecht en het agenderingsrecht in elkaar te schuiven lijkt te zijn ingegeven door een kennelijke wens om het rigide kader van artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten uit 2007^[7] zich naast het agenderingsrecht ook tot het convocatierecht te laten uitstrekken. Wat Eikelboom lijkt voor te staan is dat de rechter in het geval van AkzoNobel – in dit geval dus zowel de Ondernemingskamer als de voorzieningenrechter – het BAVA-verzoek van Elliott had moeten beoordelen als ware het een agenderingsverzoek, in welk geval artikel 2:114a BW in combinatie met artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten volgens hem weinig tot geen ruimte zou hebben gelaten om het verzoek van Elliott af te wijzen. Dat mag een rechtspolitieke wens zijn, namelijk het

vergroten van de speelruimte voor (activistische) aandeelhouders binnen beursvennootschappen, maar de werkelijke juridische situatie is een andere.

3 De uitspraken van de Ondernemingskamer en de voorzieningenrechter nader bezien vanuit het convocatierecht

Dat de Ondernemingskamer in haar AkzoNobel-beschikking niet trad in de beoordeling van de vraag of een machtigingsverzoek van Elliott op grond van artikel 2:110/111 BW toewijsbaar zou zijn, lijkt me juist. De in artikel 2:111 BW voorziene procedure betreft immers een eigen rechtsingang. Elliott heeft er zelf voor gekozen om aanvankelijk niet het pad van artikel 2:111 BW te bewandelen, maar om de Ondernemingskamer te verzoeken bepaalde onmiddellijke voorzieningen te treffen, die in praktische zin tot bijeenroeping van de gewenste BAVA hadden moeten leiden. Voor de vraag of een verzoek tot onmiddellijke voorzieningen moet worden toegewezen, geldt de wettelijke toets van artikel 2:349a BW.[8] Omdat de Ondernemingskamer niet voorshands was gebleken dat er gegronde redenen waren om aan een juist beleid of aan een juiste gang van zaken te twijfelen (art. 2:349a lid 3 BW), wees zij de gevraagde onmiddellijke voorzieningen af.

Wel heeft de Ondernemingskamer getoetst in hoeverre de weigering van de vennootschapsleiding van AkzoNobel om tot uitschrijving van de gevraagde BAVA over te gaan, blijk gaf van dergelijke gegronde redenen, maar deze toets viel uiteindelijk negatief uit.[9] Ook dit oordeel kan ik volgen. Op grond van artikel 2:110/111 BW is de vennootschapsleiding immers niet verplicht om tot bijeenroeping van een gevraagde BAVA over te gaan, en de statuten van AkzoNobel bevatten kennelijk geen andersluidende regeling op dit punt. De vennootschapsleiding van AkzoNobel was dus niet gehouden om het verzoek van Elliott in te willigen. De beslissing om dit niet te doen leverde naar het oordeel van de Ondernemingskamer geen gegronde redenen op om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen.[10]

Bij de beschikking van de voorzieningenrechter in de Rechtbank Amsterdam op het machtigingsverzoek van Elliott[11] van 10 augustus 2017[12] speelt iets soortgelijks. De voorzieningenrechter heeft het verzoek van Elliott beoordeeld in de sleutel van artikel 2:110/111 BW. Daarbij heeft de voorzieningenrechter het te stellen 'redelijk belang' van Elliott getoetst op een wijze die verder gaat dan de 'summerlijke toets' die Elliott als beslismaatstaf had opgevoerd.[13] Hierbij heeft de voorzieningenrechter niet alleen gekeken naar de belangen van Elliott bij het houden van de verzochte BAVA en bij het tot stand brengen van de beoogde besluitvorming over het voorstel tot ontslag van Burgmans als voorzitter van de raad van commissarissen, maar ook nadrukkelijk naar de belangen van AkzoNobel.[14]

Hoewel hij dit niet met zoveel woorden schrijft, lijkt Eikelboom moeite te hebben met de 'redelijk belang'-toets die de voorzieningenrechter hier heeft aangelegd. Ook hier steekt artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten weer de kop op. Eikelboom stelt – zonder dit uit te werken of toe te lichten – dat dit voorschrift ook van toepassing is op de agenda in het kader van een machtigingsverzoek.[15] Eikelboom lijkt hier impliciet een argument aan te ontleen dat een (volle) toetsing van een redelijk belang bij een convocatieverzoek niet mogelijk is, omdat de Richtlijn aandeelhoudersrechten aan een belangenafweging bij voorgestelde agendapunten in de weg staat. Mogelijk staat hem hierbij een richtlijnconforme interpretatie van de voorschriften van artikel 2:110/111 BW voor ogen.[16]

Ik vraag mij af of dit juist is. De tekst van de Richtlijn aandeelhoudersrechten legt geen verbinding met mechanismen naar nationaal recht waarmee aandeelhouders in staat worden gesteld om in bepaalde omstandigheden zelf tot bijeenroeping van een aandeelhoudersvergadering over te gaan. Het ligt niet zonder meer voor de hand om aan te nemen dat de richtlijn verdergaande verplichtingen behelst dan uit de tekst (in samenhang met de considerans en de totstandkomingsgeschiedenis) blijkt. Bovendien is de aard van het convocatierecht volgens mij een wezenlijk andere dan de aard van het agenderingsrecht. Bij het convocatierecht is het immers de aandeelhouder die het initiatief voor het doen uitschrijven van een BAVA naar zich toe trekt, terwijl dit initiatief bij het agenderingsrecht bij de vennootschapsleiding blijft. De wet schrijft voor dat een aandeelhouder een redelijk belang bij het houden van de verzochte BAVA dient te hebben. Dat daarbij een belangenafweging wordt gemaakt, waarin mede kan worden betrokken wat de verzoekende aandeelhouders met de voorgestelde besluitvorming beogen te bereiken,[17] valt tegen de achtergrond van de 'verschuiving' van het initiatief om een BAVA bijeen te roepen van de vennootschapsleiding naar de verzoekende aandeelhouders goed te begrijpen. In deze omstandigheden ligt een richtlijnconforme interpretatie van het redelijk-belangvereiste van artikel 2:111 BW aan de hand van artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten niet, althans niet zonder meer, voor de hand.

Daarnaast is het zo dat in de literatuur nog verschillend wordt gedacht over de vraag of het woord 'summierlijk' uit artikel 2:111 BW ook slaat op het vereiste van redelijk belang,[18] en laat de eerdere rechtspraak zien dat voorzieningenrechters wel vaker een meer dan summierlijke toets verrichten.[19] Het is dus geen gegeven dat de voorzieningenrechter een zwaardere toets voor het verzoek van Elliott heeft aangelegd dan is toegestaan onder de toewijzingsvereisten van artikel 2:111 BW.[20]

4 Agenderingsrecht – traditie versus modernisme

Dan toch nog iets over het agenderingsrecht, ondanks het feit dat dit recht zoals gezegd in de

casus van AkzoNobel geen rol speelde. Eikelboom spreekt in zijn bijdrage van een tegenstelling tussen enerzijds een ‘traditionele of nationale’ benadering en anderzijds een ‘moderne of Europese benadering’ met betrekking tot het agenderingsrecht. Met de traditionele school duidt Eikelboom de schrijvers aan die verdedigen dat op basis van de redelijkheid en billijkheid bepaalde beperkingen kunnen worden gesteld aan het gebruik van het agenderingsrecht in de praktijk, iets wat volgens de moderne school (waartoe Eikelboom zichzelf rekent) op grond van Europees recht niet zou zijn toegestaan. De benaming van de traditionele school is wellicht wat gezwollen – deze ‘school’ gaat namelijk terug op een artikel van mijn hand uit 2009.[21] Kennelijk wordt een mens in het ondernemingsrecht snel oud.

Hoe modern is de benadering van Eikelboom eigenlijk? In de kern gaat zijn benadering uit van een zeer strikte lezing van artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten gecombineerd met afschrikwekkende argumenten over waarom de richtlijntekst ook in Nederland naar de letter moet worden nageleefd. Waar Eikelboom geen aandacht aan besteedt, is het doel dat met de bepaling in artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten is nagestreefd en de bredere context van de totstandkoming van de Richtlijn aandeelhoudersrechten waartegen dit doel moet worden afgezet.[22] Naar mijn idee stond de Richtlijn aandeelhoudersrechten destijds in het teken van het faciliteren van de participatie van aandeelhouders teneinde de aandeelhoudersvergadering in de praktijk als volwaardig tegengewicht ten opzichte van de vennootschapsleiding in het bestel van corporate governance te kunnen positioneren.[23] Het op Europees niveau bewerkstelligen van een wezenlijke verandering (in formele dan wel in materiële zin) in de bevoegdheidsverdeling tussen de vennootschapsleiding enerzijds en aandeelhouders anderzijds in het ondernemingsrecht voor beursvennootschappen van de verschillende lidstaten lijkt daarbij niet te zijn beoogd. Hierbij moet tevens worden bedacht dat Nederland weliswaar al in 2004 een eigen regeling voor het agenderingsrecht had ingevoerd,[24] maar dat veel lidstaten ten tijde van de vaststelling van de Richtlijn aandeelhoudersrechten nog niet over een dergelijke regeling in hun ondernemingsrecht beschikten. Als al moet worden aangenomen dat de Richtlijn aandeelhoudersrechten op het punt van het agenderingsrecht wel tot doel had om een wijziging in de bevoegdheidsverdeling aan te brengen, dan was dit doel volgens mij eerder gericht op het faciliteren van de dialoog tussen vennootschapsleiding en aandeelhouders dan op het toekennen van (een vorm van) materiële invloed van aandeelhouders op de strategie en het beleid van de vennootschap.

Eikelboom verwijst in het kader van zijn beschouwingen over de misbruikuitzonderingen in het Europees recht in algemene zin naar ‘het door de regeling beoogde doel’, maar hij gaat niet in op wat in de context van artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten dat doel dan zou zijn. De passages uit de considerans waar hij naar verwijst,[25] zien niet op het agenderingsrecht, maar op het faciliteren van grensoverschrijdend stemmen.

Grensoverschrijdend stemmen heeft niets te maken met de bevoegdheidsverdeling tussen vennootschapsleiding en aandeelhouders, het agenderingsrecht – althans in de interpretatie van Eikelboom – wel. Immers, in de lezing van Eikelboom moeten aandeelhouders elk onderwerp ter stemming kunnen agenderen zonder dat hierop enige inhoudelijke toetsing kan plaatsvinden, ook wanneer het gaat om een op initiatief van de desbetreffende aandeelhouders zelf bijeen te roepen BAVA.

De kernvraag is dus of met artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten is beoogd aan de lidstaten een algemeen en onbeperkt agenderingsrecht, zoals door Eikelboom verdedigd, op te leggen. Afgaand op de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn en de bredere beleidsdoelstellingen die destijds in het kader van het ‘EU Action Plan’ zijn geformuleerd, ben ik er niet van overtuigd dat dit het geval is. Het Gerechtshof Den Haag kwam in 2016 in Fugro ook nog tot het oordeel dat dit niet zo was,[26] waarbij wel geldt dat de Hoge Raad zich nog niet over deze vraag heeft uitgelaten. Eikelboom gaat ten onrechte aan deze onzekerheid voorbij en geeft ook overigens geen argumenten voor de stelling dat een agenderingsrecht in de door hem bedoelde zin wel is beoogd in het kader van de Richtlijn aandeelhoudersrechten.

Evenmin ben ik ervan overtuigd dat artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten aan aandeelhouders het recht geeft om desverzocht over elk onderwerp te stemmen, dus ook als het een onderwerp betreft dat tot de exclusieve bevoegdheid van een ander orgaan behoort. Ook op dit punt is Eikelboom stellig. Onder verwijzing naar het Dominguez-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie uit 2012 stelt Eikelboom zonder omhaal dat het niet is toegestaan dat Nederland zelf aanvullende eisen formuleert voor het gebruik van het agenderingsrecht.[27] Eikelboom extrapoleert hiermee een overweging uit een arrest over een Europees minimum aan betaalde vakantiedagen naar het agenderingsrecht zonder zich de vraag te stellen in hoeverre artikel 6 van de Richtlijn aandeelhouders een vergelijkbaar karakter heeft als de desbetreffende voorschriften uit Dominguez. Hoe dan ook, in deze lezing zou het hanteren van een langere termijn voor ‘strategische agenderingsverzoeken’ op grond van de responstijd in de Code (*best practices* 4.1.6 en 4.1.7) of het weigeren van de vennootschapsleiding om bepaalde punten als stempunten in de agenda voor een aandeelhoudersvergadering op te nemen op gespannen voet staan met de Richtlijn aandeelhoudersrechten. Ook hier vraag ik mij af of de relevante bepaling uit de Richtlijn aandeelhoudersrechten, geleet op de beleidsdoelstellingen, de totstandkomingsgeschiedenis en overige bepalingen van de richtlijn, wel zo rigide moet worden uitgelegd.

Het door Eikelboom en ook door Willems[28] gebruikte argument dat aandeelhoudersresoluties over strategische onderwerpen waartoe de AVA niet bevoegd is voor de vennootschapsleiding niet bindend zijn, en er dus geen sprake is van een wijziging in de bevoegdheidsverdeling tussen vennootschapsleiding en aandeelhouders, vind ik een te

gemakkelijke uitvlucht. Deze benadering ziet voorbij aan de feitelijke dynamiek die kan ontstaan rond een strategisch agenderingsverzoek, waarbij de vennootschapsleiding, ook al zijn haar bevoegdheden in juridische zin nog intact, feitelijk met de rug tegen de muur kan komen te staan tegenover een activistische aandeelhouder. De Ondernemingskamer toonde zich in AkzoNobel expliciet bewust van deze dynamiek in haar overwegingen over de vraag of de vennootschapsleiding van AkzoNobel had mogen oordelen dat vrijblijvend overleg met bieder PPG in de gegeven omstandigheden geen reële mogelijkheid was.[29] Een dergelijke realiteitszin lijkt mij ook zeer nuttig in de discussie over het agenderingsrecht. Op dit punt is de zelfbenoemde moderne opvatting van Eikelboom niet echt vooruitstrevend te noemen.

5 Afronding

De discussie over het convocatierecht en het agenderingsrecht is hiermee nog niet klaar. Sterker nog, met het onlangs in het regeerakkoord uitgesproken voornemen van het nieuwe kabinet voor een wettelijke bedenktijd van maximaal 250 dagen in geval van voorstellen voor een fundamentele strategiewijziging in het vooruitzicht[30] zijn de door Eikelboom aangestipte punten van groot belang voor de verdere discussie. Dit geldt in het bijzonder voor de Unierechtelijke dimensie, waar Eikelboom terecht aandacht voor vraagt.

Zoals Eikelboom zelf al aangeeft,[31] gaan achter de verschillende benaderingen rond het agenderingsrecht ook rechtspolitieke keuzes schuil. We moeten daarom met elkaar de discussie aangaan – en blijven aangaan – over de keuzes die we met betrekking tot het agenderingsrecht willen maken. Voor die verdere discussie is evenwel nodig dat we goed weten waar we over praten. Dit vraagt enerzijds een (meer) doorwrochte analyse van het Europees- en nationaalrechtelijk kader en anderzijds een gerichte blik op de verwachte effecten in de praktijk en de wenselijkheid daarvan.[32] Het strikt bewaken van het onderscheid tussen feitelijke argumenten ('het is') en normatieve argumenten ('het zou zo moeten zijn') is daarbij cruciaal. Daar hoort wat mij betreft ook bij dat we ons een reëel beeld vormen over de aard van moderne aandeelhouders in beursvennootschappen en over wat we van hen kunnen – en mogen – verwachten. Ongetwijfeld heeft Eikelboom daar andere ideeën over dan ik. Ik hoop dan ook dat wij onze discussie hierover kunnen voortzetten.

Noten

[1] Zie in dit nummer (MvO 2017, afl. 10), F. Eikelboom, Wat onder de oppervlakte bleef in de rechtspraak rond AkzoNobel (hierna: Eikelboom 2017).

[2] De statuten kunnen op punten een andersluidende regeling bevatten. Zo kan de ontvankelijkheidsdrempel van 10% van het geplaatste kapitaal in de statuten op een lager percentage worden vastgesteld. Voorts kunnen de statuten bepalen dat de verzoekende

aandeelhouders ook zonder machtiging van de voorzieningenrechter zelf bevoegd zijn om tot bijeenroeping van een verzochte BAVA over te gaan indien de vennootschapsleiding niet of niet tijdig gehoor geeft aan een verzoek (vgl. art. 2:109 BW, waarin is bepaald dat de bevoegdheid tot bijeenroeping van een algemene vergadering bij statuten ook aan anderen dan de vennootschapsleiding kan worden toegekend).

[3] Eikelboom 2017, par. 2.1.

[4] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, JOR 2017/261 m.nt. C.D.J. Bulten (AkzoNobel). Hierover M.J.G.C. Raaijmakers, AkzoNobel. Bestuursautonomie in beurs-NV: behoud stand-alone-strategie en afwijzing overnamevoorstel, AA 2017, p. 713-722.

[5] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, JOR 2017/261 m.nt. C.D.J. Bulten (AkzoNobel), r.o. 3.28.

[6] Eikelboom 2017, par. 4.

[7] Richtlijn 2007/36/EG.

[8] Dit weet Eikelboom zelf ook maar al te goed, getuige zijn mooie proefschrift over dit onderwerp. Zie F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (diss. Groningen; IVO-reeks nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

[9] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, JOR 2017/261 m.nt. C.D.J. Bulten (AkzoNobel), r.o. 3.28.

[10] Hierbij kan nog de vraag worden gesteld in hoeverre het feit dat art. 2:111 BW voorziet in een wettelijke regeling waarmee een geweigerd convocatieverzoek kan worden voorgelegd aan de voorzieningenrechter, op zichzelf al een belangrijke aanwijzing is dat het weigeren van een dergelijk verzoek – in isolatie bezien – niet snel aanleiding zal geven tot het aannemen van een gegronde reden om aan een juist beleid of aan een juiste gang van zaken te twijfelen. De overwegingen van de Ondernemingskamer in AkzoNobel geven geen uitsluitel over het antwoord op deze vraag.

[11] Elliott trad in deze procedure samen met een andere aandeelhouder van AkzoNobel op. Omwille van de leesbaarheid wordt in het hiernavolgende enkel gesproken over 'Elliott'.

[12] Rb. Amsterdam (vzr.) 10 augustus 2017, JOR 2017/260 m.nt. R.G.J. Nowak (AkzoNobel).

[13] Ibid., r.o. 4.5.

[14] De door de voorzieningenrechter aangelegde toets was niet geheel zonder precedent. Zie bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/336, waarin met verwijzing naar (oudere) rechtspraak wordt gesteld dat een voorzieningenrechter bij de beoordeling van de

redelijkheid van het belang mede in aanmerking mag nemen wat verzoekers met de besluitvorming op de beoogde vergadering willen bereiken.

[15] Eikelboom 2017, par. 3.

[16] Een soortgelijk argument heeft Eikelboom eerder gepresenteerd in de beschouwing die hij samen met Peters schreef naar aanleiding van de AkzoNobel-beschikking van de Ondernemingskamer. Zie F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Elliott en Akzo, WPNR 2017/7156.

[17] Zie bijv. Rb. Breda (pres.) 12 januari 1979, NJ 1981/219 (Tilburgsche Waterleiding Maatschappij).

[18] Zie S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen (diss. Groningen; IVO-reeks nr. 31), Deventer: Kluwer 1999, nr. 143 e.v., met verwijzingen naar de wetsgeschiedenis van het ontwerp-Nelissen uit 1910 (waaruit het huidige art. 2:111 BW voortkomt), waarin ook geen eenduidig antwoord op deze vraag besloten ligt.

[19] Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/336 voor een overzicht van oudere rechtspraak.

[20] Anders: R.G.J. Nowak in zijn noot bij Rb. Amsterdam (vzr.) 10 augustus 2017, JOR 2017/260 (AkzoNobel), nr. 8.

[21] F.G.K. Overkleeft, Het agenderingsrecht voor aandeelhouders in beursvennootschappen: een aanzet tot (her)bezinning, Ondernemingsrecht 2009/167.

[22] Zie F.G.K. Overkleeft, De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen – een analyse van recht, gebeurtenissen en ideeën (diss. Rotterdam; IVO-reeks nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 247-267.

[23] Overkleeft 2017, p. 386-387.

[24] Overkleeft 2017, p. 218-247 en 323-344.

[25] Eikelboom 2017, par. 2.1.

[26] Hof Den Haag 31 mei 2016, JOR 2016/181 m.nt. R.G.J. Nowak (Fugro), i.h.b. r.o. 19-24.

[27] Eikelboom 2017, par. 2.1 en noot 10.

[28] J.H.M. Willems, Mogen aandeelhouders strategische onderwerpen agenderen?, Ondernemingsrecht 2017/116.

[29] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, JOR 2017/261 m.nt. C.D.J. Bulten (AkzoNobel), r.o. 3.23: 'In deze omstandigheden is het niet onbegrijpelijk dat AkzoNobel er – in ieder geval ten tijde van de ontvangst van het derde voorstel van PPG op 24 april 2017 – minst genomen rekening mee hield dat (inhoud en verloop van) inhoudelijke besprekingen tussen AkzoNobel en PPG niet vertrouwelijk zouden blijven, met als gevolg dat een zodanige dynamiek zou ontstaan, onder meer met betrekking tot de beurskoers van AkzoNobel en de samenstelling van haar aandeelhoudersbestand dat er geen begaanbare weg terug meer zou zijn.'

[30] 'Vertrouwen in de toekomst', regeerakkoord 2017-2021 van VVD, CDA, D66 en ChristenUnie van 10 oktober 2017, bron: www.kabinetsformatie2017.nl, p. 34.

[31] Eikelboom 2017, p. 2.1, noot 6.

[32] Zie ook Overkleef 2017, p. 521-553.

Naschrift naar aanleiding van: 'Reactie: convocatierecht en agenderingsrecht – een rechtspolitieke wens als vader van Eikelbooms gedachten'

F. Eikelboom

De auteur reageert op de reactie van Overkleef op zijn artikel 'Wat onder de oppervlakte bleef in de rechtspraak rond AkzoNobel' (MvO 2017, afl. 10).

1 Inleiding

Aan het einde van zijn reactie op mijn bijdrage in dit nummer (hierna: Reactie Overkleef en mijn MvO-artikel) nodigt Frans Overkleef mij uit om de discussie met hem voort te zetten.^[1] Op die uitnodiging ga ik graag in.

Tevens noopt de Reactie Overkleef mij om mijn standpunt te verduidelijken, hetgeen sommigen wellicht als herhaling opvatten. Om dat te voorkomen zal ik soms korthedshalve verwijzen naar het WPNR-artikel^[2] dat ik samen met Frank Peters schreef over de beschikking van de Ondernemingskamer met betrekking tot dezelfde kwestie (hierna: het WPNR-artikel).^[3] Ik volsta bijvoorbeeld met een verwijzing naar paragraaf 4 en 5 van het WPNR-artikel met betrekking tot het door de Ondernemingskamer (in het kader van de vraag of naar haar voorlopig oordeel sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen) ontwijken van de vraag of Elliott recht had op een BAVA.^[4] Wat betreft de voorgestelde 250 dagen bedenktijd en de eerdere incarnatie daarvan (de responstijd uit de Corporate Governance Code)^[5] verwijs ik naar paragraaf 7.6.1 van mijn proefschrift,^[6] in het bijzonder naar het aldaar genoemde standpunt van de minister van Financiën en de Commissie vennootschapsrecht, dat het introduceren van zo'n aanvullende termijn voor

gebruikmaking van het agenderingsrecht in strijd is met artikel 6 lid 3 EU-richtlijn[7] betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (hierna: Richtlijn).

2 Verhouding convocatie- en agenderingsrecht

Uit zijn reactie blijkt dat Overkleeft het positieve recht anders benadert dan ik. Zijn uitgangspunt is het Nederlandse recht.[8] Dat maakt een onderscheid tussen het convocatierecht (art. 2:110/111 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) en het agenderingsrecht (art. 2:114a BW) en dat zou ik over het hoofd zien. Ik benader het echter vanuit het Europese recht, meer specifiek artikel 6 lid 1 Richtlijn. Die bepaling stelt eisen aan het Nederlandse recht. Andersom geldt dat niet. Om die reden is het Europese recht leidend. De vraag is dus in hoeverre het Europese recht een onderscheid maakt tussen het convocatie- en agenderingsrecht en of Overkleeft of ik dat onderkent.

Op grond van artikel 6 lid 1 Richtlijn dient het Nederlandse recht te voorzien in een recht van aandeelhouders om (1) onderwerpen en (2) ontwerpbesluiten op de agenda van een algemene vergadering te plaatsen. De lidstaten kunnen enkel recht (1) beperken en dat slechts tot de jaarlijkse algemene vergadering, zo vervolgt artikel 6 lid 1 Richtlijn. Nu Nederland niet van die mogelijkheid gebruik heeft gemaakt, dient het agenderingsrecht te gelden ten aanzien van elke algemene vergadering, dus ook voor een algemene vergadering die via de band van artikel 2:110/111 BW wordt ingeleid.[9] In die zin is het agenderingsrecht dus – anders dan Overkleeft centraal stelt in zijn reactie – onderdeel van het convocatierecht (en volgens mij blijkt dat voldoende duidelijk uit mijn MvO-artikel[10] en het WPNR-artikel[11]).

Overkleeft heeft echter gelijk – maar ik heb ook nooit anders beweerd[12] – dat artikel 6 lid 1 Richtlijn niet beoogt aan aandeelhouders het recht te verschaffen om een aandeelhoudersvergadering bijeen te (doen) roepen op het door hen gewenste tijdstip. Dat betekent dat artikel 2:110/111 BW slechts deels richtlijnconform moeten worden uitgelegd. Het gaat dan met name om de vraag of een aandeelhouder die van zijn convocatierecht gebruik probeert te maken een redelijk belang heeft. Voor zover het gaat om de inhoud van de agenda van de gewenste algemene vergadering dient de term ‘redelijk belang’ richtlijnconform te worden uitgelegd. Er is om die reden[13] geen ruimte voor het oordeel dat een aandeelhouder geen redelijk belang heeft, omdat het gewenste besluit weliswaar strikt genomen behoort tot de bevoegdheid van de algemene vergadering, maar tevens implicaties heeft voor de strategie (zie par. 3 en 5 hierna), of omdat de aandeelhouder zich onredelijk opstelt, bijvoorbeeld door het bestuur onder druk te willen zetten (zie par. 3 hierna). Als het echter gaat om de vraag of de aandeelhouder er een redelijk belang bij heeft dat op korte termijn een aandeelhoudersvergadering wordt bijeengeroepen – dus of de aandeelhouder met zijn

agenderingsverzoek niet kan wachten op de eerstvolgende door bestuur of raad van commissarissen bijeengeroepen vergadering –, is er geen aanleiding voor een richtlijnconforme wetstoepassing, omdat de Richtlijn met betrekking tot die vraag zwijgt.

3 Wijziging bevoegdheden

In de Reactie Overkleeft staat tevens centraal het argument dat de Richtlijn geen wijziging in bevoegdheden beoogt.[14] Ik vind dergelijke argumentaties[15] altijd lastig te begrijpen, in het bijzonder met betrekking tot de AkzoNobel-casus waarop mijn MvO-artikel zag. De wet bepaalde toch reeds voor de invoering van de Richtlijn dat de algemene vergadering commissarissen kan ontslaan?[16]

De desbetreffende argumenten in de Reactie Overkleeft lijken eerder te zien op de Fugro/Boskalis-casus, waarin het ging om een niet-bindende motie over een onderwerp dat *an sich* niet behoort tot de bevoegdheid van de algemene vergadering. Wat dergelijke moties betreft is het van tweeën één: óf het meerderheidsstandpunt in de literatuur is juist dat moties reeds voor de Richtlijn mogelijk waren[17] – maar wat is dan de relevantie van het desbetreffende argument? – óf de Richtlijn noopte wel degelijk tot een introductie van een bevoegdheid, namelijk de bevoegdheid tot moties. Artikel 6 lid 1 Richtlijn zondert moties namelijk niet uit van het verplicht te implementeren agenderingsrecht.[18]

Overkleeft vindt het te makkelijk om te stellen dat moties niet binden en stelt dat de vennootschapsleiding met de rug tegen de muur kan komen te staan door een agenderingsverzoek met implicaties voor de strategie, en ziet daarin, als ik hem goed begrijp, een grond om dergelijke verzoeken te weigeren. Ik begrijp dat niet. Procedures over het agenderings- en convocatierecht worden enkel gevoerd als de vennootschapsleiding mans genoeg is om de (agenda)wensen van aandeelhouders te weigeren. Dat impliceert toch dat (de organen van) de vennootschapsleiding niet zwicht(en) onder aandeelhoudersdruk? Wat is dan het probleem? Of anders gezegd, wat is hier de verzwegen premisse? Dat de vennootschapsleiding stiekem meent dat het niet uit te leggen is aan (buitenlandse) aandeelhouders dat een aangenomen motie niet wordt gevolgd?

Daarnaast lijkt Overkleeft mijn standpunt[19] over het hoofd te zien dat een agenderingsvoorstel met betrekking tot een nietig besluit, bijvoorbeeld omdat het in strijd is met de wettelijke of statutaire bevoegdheidsverdeling tussen de organen, kan worden geweigerd wegens misbruik van gemeenschapsrecht. Een ontslagbesluit of motie is echter niet nietig, omdat het naast het primaire (rechts)gevolg eveneens implicaties heeft voor de strategie.

4 Doel en strekking van de Richtlijn

In zijn reactie lijkt Overkleefte ook het doel en de strekking van de Richtlijn vanuit het Nederlandse recht te willen benaderen. De Richtlijn zou gericht zijn op het faciliteren van een dialoog tussen vennootschapsleiding en aandeelhouders.[20] Dat was het doel waarmee Nederland het agenderingsrecht introduceerde voor de Richtlijn,[21] maar woorden als dialoog, overleg, consultatie en dergelijke komen niet voor in de Richtlijn. In plaats daarvan is de Richtlijn gericht op het faciliteren dat aandeelhouders daadwerkelijk gebruik kunnen maken van hun zeggenschapsrechten, hetgeen blijkens artikel 6 Richtlijn niet alleen inhoudt dat aandeelhouders grensoverschrijdend kunnen stemmen, maar tevens dat zij besluiten kunnen agenderen waarover zij kunnen stemmen.

Overkleefte stelt dat de eerste inhoudelijke – dus inleidende – overweging van de preambule alleen zou zien op grensoverschrijdend stemmen.[22] Dat zou ook gelden voor de daarin opgenomen frase dat effectieve zeggenschap van de aandeelhouders een eerste vereiste voor een goede corporate governance is en bijgevolg dient te worden vergemakkelijkt en aangemoedigd. Ik begrijp niet waarom deze overwegingen niet eveneens zouden zien op het faciliteren van zeggenschap in de zin dat aandeelhouders zelf het initiatief kunnen nemen voor besluiten van de algemene vergadering en daarover vervolgens kunnen stemmen.

5 Eisen aan agenderingsrecht

Dan de vraag of het richtlijnconform is dat het Nederlandse recht aanvullende eisen stelt aan gebruikmaking van het agenderingsrecht, bijvoorbeeld de eis dat het te agenderen besluit geen implicaties voor de strategie zou mogen hebben. In vervolg op zijn – in mijn ogen dus onjuiste – lezing van het doel en de strekking van de Richtlijn is Overkleefte er niet van overtuigd dat dit niet zou mogen.[23] Hij vraagt zich tevens af of het Dominguez-arrest,[24] waaruit ik onder meer afleid dat aanvullende eisen niet mogen, wel kan worden geëxtrapoleerd. Het Messner-arrest,[25] waarop ik mij tevens beroep, laat hij evenwel onbesproken. Deze arresten staan voorts niet op zichzelf.[26] Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie blijkt sinds jaar en dag dat geen afbreuk mag worden gedaan aan de volle werking en eenvormige toepassing van EU-regels en aan de doeltreffendheid en effectiviteit van rechten die op grond van EU-richtlijnen moeten bestaan. Dat geldt ook met betrekking tot het stellen van aanvullende eisen op nationaal niveau. In zijn reactie betwist Overkleefte niet mijn stelling dat van het agenderingsrecht weinig terechtkomt als het afhankelijk wordt gemaakt van een belangenafweging met betrekking tot de inhoud van het besluit, aangezien alle agenderingspogingen met betrekking tot beursvennootschappen daarop afstuiten in de Nederlandse rechtspraak.[27]

6 Rechtspolitiek

Overkleeft dicht mij een rechtspolitieke wens toe om (activistische) aandeelhouders zo veel mogelijk speelruimte binnen beursvennootschappen te geven.[28] Dat ziet hij verkeerd. Hoewel ik de vrees voor aandeelhoudersinvloed die bij sommigen leeft niet deel,[29] ben ik ook niet (altijd) voor aandeelhoudersinvloed. In plaats daarvan zie ik graag dat dit onderwerp zo veel mogelijk in de statuten kan worden geregeld (inrichtingsvrijheid) en dat de in de wet en statuten gemaakte keuzes consistent worden toegepast in de rechtspraak (vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid).[30]

Aan dat laatste schort het met betrekking tot het agenderingsrecht in de Nederlandse praktijk. Gegeven de keus van de wetgever om dwingendrechtelijk te bepalen dat de algemene vergadering de commissarissen kan ontslaan,[31] de wet daarbij geen ontslaggronden voorschrijft en het aanvaarden van het agenderingsrecht uit de Richtlijn (waarbij geen redelijkheidstoets of iets dergelijks geldt), is het inconsistent als aandeelhouders worden afgehouden van het uitoefenen van die bevoegdheden, ook als dat gebeurt op grond van de autonomie van bestuur en commissarissen. Als die autonomie bij beursvennootschappen zwaarder moet wegen – bijvoorbeeld omdat anders ons stakeholdersmodel wordt ondermijnd – dient de ontslagbevoegdheid met betrekking tot beursvennootschappen niet langer aan de aandeelhouders te worden geattribueerd (aangenomen dat art. 6 lid 1 Richtlijn blijft gelden[32]).

De huidige praktijk komt neer op doen alsof aandeelhouders bepaalde rechten hebben, maar deze vervolgens niet honoreren als het erop aankomt. Dat neemt de onrust over aandeelhoudersinvloed niet weg, schaadt het vertrouwen van (potentiële) kapitaalverschaffers en is op de lange termijn onhoudbaar om de hierboven en in mijn MvO-artikel genoemde juridisch-technische redenen. Ik kan me niet goed voorstellen dat Overkleeft dat wel wenselijk zou vinden.

7 Tot slot

Overkleeft en ik zijn het evenwel roerend eens dat de discussie over het convocatie- en het agenderingsrecht nog wel even zal worden gevoerd. Het antwoord op die discussie zal uiteindelijk moeten komen van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Noten

[1] Zie in dit nummer (MvO 2017, afl. 10) F. Eikelboom, Wat onder de oppervlakte bleef in de rechtspraak rond AkzoNobel; en F.G.K. Overkleeft, Reactie: convocatierecht en agenderingsrecht – een rechtspolitieke wens als vader van Eikelbooms gedachten .

[2] F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Elliott en Akzo,

WPNR 2017/7156. De inleiding van mijn MvO-artikel beschrijft hoe dat zich verhoudt tot het WPNR-artikel.

[3] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, JOR 2017/261 m.nt. Bulten.

[4] Zie Reactie Overkleeft, par. 2.

[5] Zie Reactie Overkleeft, par. 4 en 5.

[6] F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (diss. Groningen; IVO-reeks nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

[7] Richtlijn 2007/36/EG.

[8] Zie bijv. Reactie Overkleeft, par. 2.

[9] Dat blijkt ook uit het feit dat art. 6 lid 1 Richtlijn bepaalt dat het agenderingsrecht alleen mag worden beperkt tot de jaarlijkse algemene vergadering, mits aandeelhouders een convocatierecht hebben dat mede het agenderingsrecht omvat. Art. 6 lid 1 Richtlijn biedt dus enkel de mogelijkheid om het agenderingsrecht niet te doen gelden met betrekking tot bijzondere algemene vergaderingen die door het bestuur of de raad van commissarissen bijeen zijn geroepen, bijv. om te voldoen aan art. 18 lid 1 Besluit openbare biedingen Wft.

[10] Zie par. 3.

[11] Zie bijv. par. 7 en noot 64 daarbij.

[12] Zie mijn MvO-artikel, par. 3 en het WPNR-artikel, par. 7.

[13] Zie ook het WPNR-artikel, par. 7 en par. 4 hierna.

[14] Reactie Overkleeft, par. 4.

[15] Deze komen bijv. ook voor in de wenk bij RO 2015/38, D.M.H. de Leeuw, Bescherming van stakeholders en de grenzen van het agenderingsrecht, Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming 2015/3 en Hof Den Haag 31 mei 2015, JOR 2016/181 m.nt. Nowak (Fugro/Boskalis).

[16] Art. 2:144 jo. art. 2:142 BW. Dit is voorts in art. 25.2 van de statuten van AkzoNobel bepaald. Zie ook noot 24 van het WPNR-artikel met betrekking tot het structuurregime en AkzoNobel.

[17] Zie de noot van Nowak in JOR 2015/135, onder 8, met verdere vindplaatsen.

[18] Zie hierover F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Boskalis en Fugro, WPNR 2015/7061 en J.H.M. Willems, Mogen aandeelhouders strategische onderwerpen agenderen?, Ondernemingsrecht 2017/116.

[19] Zie het WPNR-artikel, par. 7. Zie meer uitgebreid Peters & Eikelboom 2015, par. 3.2. Overigens kent Overkleef dit standpunt, omdat hij naar het desbetreffende artikel verwijst in zijn mooie proefschrift De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen (diss. Rotterdam; IVO-reeks nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 6.3.3.

[20] Reactie Overkleef, par. 4.

[21] R.A.F. Timmermans, Het agenderingsrecht, preferente beschermingsaandelen en oligarchische clausules, Ondernemingsrecht 2012/121, par. 2.2. De wens om een dialoog te faciliteren komt mij overigens typisch Nederlands voor. In andere landen lijkt de leidingstijl veel autoritairder en is confrontatie het middel van de niet-machthebbers om op te komen voor hun belangen. Het thans hoogoplopende conflict tussen de Catalaanse deelstaatregering en de centrale Spaanse overheid is daarvan een goed voorbeeld. Ik vraag me af of er in EU-verband wel voldoende draagvlak is voor een richtlijn die zo iets beoogt als het faciliteren van een dialoog.

[22] Reactie Overkleef, par. 4.

[23] Reactie Overkleef, par. 4.

[24] HvJ EU 24 januari 2012, ECLI: EU:C:2012:33 (Dominguez), r.o. 17 en 18.

[25] Zie ook HvJ EU 3 september 2009, NJ 2009/559 m.nt. Mok (Messner), r.o. 24.

[26] Zie mijn in noot 7 genoemde proefschrift, par. 7.4.2 en 7.4.3, met verdere verwijzingen naar o.m. het werk van (Wouter) Snijders en Wissink in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), The influence of EU law on national private law (Serie Onderneming en Recht, deel 81-I), Deventer: Kluwer 2014. Nowak concludeert na het bestuderen van die bronnen in zijn noot in de JOR (2017/260) dat 'richtlijnconforme uitleg naar de heersende opvatting meebrengt dat nationale corrigerende instrumenten zoals (naar Nederlands recht) de redelijkheid en billijkheid niet zonder meer kunnen worden toegepast als daardoor de werking van het gemeenschapsrecht wordt gehinderd of beperkt'. Het is jammer dat Overkleef die bronnen niet in zijn analyse betreft.

[27] Zie mijn MvO-artikel, par. 2.1, met verdere vindplaatsen.

[28] Reactie Overkleef, par. 2 en de titel.

[29] Degenen die deze angst wel voelen, verwijs ik graag naar een tweetal artikelen in The Economist van 7 februari 2015 ('An investor calls' en 'Shareholder activism: Capitalism's unlikely heroes').

[30] Dat ik pleit voor consistent recht is overigens niet nieuw, zie het WPNR-artikel, par. 9 en mijn MvO-artikel, par. 2.1.

[31] Art. 2:144 jo. art. 2:142 BW. Het structuurregime laat ik hier buiten beschouwing.

[32] Zie par. 2.1, in fine van mijn MvO-artikel.

ANNOTATIE

AkzoNobel, PPG en de Ondernemingskamer

F.G.K. Overkleef (annotatie 1) en F. Eikelboom (annotatie 2)

De auteur bespreekt bepaalde aspecten van de overnamestrijd tussen AkzoNobel en PPG en de daarmee verband houdende beschikking van de Ondernemingskamer van 29 mei 2017. De auteur besteedt daarbij met name aandacht aan de gedragsnormen voor de vennootschapsleiding van een doelvennootschap die in deze beschikking besloten liggen.

1 Inleiding

Op 29 mei 2017 wees de Ondernemingskamer een beschikking op verzoeken tot het treffen van bepaalde onmiddellijke voorzieningen die waren gericht tegen AkzoNobel N.V. (hierna: AkzoNobel).[1] Deze onmiddellijke voorzieningen waren verzocht in het kader van een enquêteprocedure die op 9 mei 2017 aanhangig was gemaakt door Elliott Advisors (hierna: Elliott), een Amerikaans hedgefonds dat vanaf december 2016 een belang in AkzoNobel had opgebouwd. Andere institutionele beleggers, samen met Elliott goed voor bijna 20% van de uitstaande aandelen in AkzoNobel, zijn als belanghebbenden in de enquêteprocedure verschenen. Zij hebben de verzoeken van Elliott ondersteund, deels met eigen verzoeken tot het treffen van aanvullende onmiddellijke voorzieningen.

De door Elliott verzochte onmiddellijke voorzieningen strekten in de kern tot (1) een bevel aan AkzoNobel om een bijzondere algemene vergadering van aandeelhouders (bava) bijeen te roepen met als agendapunt een voorstel tot ontslag van de president-commissaris van AkzoNobel, Antony Burgmans, en (2) de benoeming van een tijdelijk commissaris met beslissende stem bij AkzoNobel om toezicht te houden op de gang van zaken betreffende die bava. Elliott had samen met enkele andere institutionele beleggers op 10 april 2017 reeds een verzoek gedaan om een bava met het voorstel tot ontslag van Burgmans als enig agendapunt bijeen te roepen. AkzoNobel had dit verzoek op 25 april 2017 gemotiveerd afgewezen. Elliott koos na deze afwijzing niet voor de wettelijk voorziene rechtsgang van artikel 2:110/111 van het Burgerlijk Wetboek (BW) tot het verkrijgen van een machtiging van de voorzieningenrechter om zelf tot bijeenroeping van de door haar gewenste bava over te mogen gaan. In plaats

daarvan koos zij ervoor om de zaak integraal aan de Ondernemingskamer voor te leggen, in de kennelijke hoop dat de Ondernemingskamer met de verzochte onmiddellijke voorzieningen langs een andere route het door Elliott gewenste resultaat zou kunnen bewerkstelligen. Het liep anders. De Ondernemingskamer wees alle verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen af.

2 Waar het écht om ging: de overnamestrijd tussen AkzoNobel en PPG

De spreekwoordelijke ‘elephant in the room’ tijdens de mondelinge behandeling bij de Ondernemingskamer op 22 mei 2017 was het Amerikaanse PPG Industries Inc. (hierna: PPG). PPG had tussen 2 maart en 24 april tot driemaal toe een ongevraagd voorstel aan de vennootschapsleiding van AkzoNobel gedaan om te komen tot een wederzijds gesteunde overname van AkzoNobel door haar concurrent PPG. Hoewel PPG haar eerste voorstel in een vertrouwelijke brief had gedaan, werd het overnameproces al snel een publieke aangelegenheid doordat nieuws van PPG’s interesse in een overname van AkzoNobel kort daarop in de markt ging rondzingen. AkzoNobel maakte daarop via een persbericht bekend dat zij het voorstel van PPG had afgewezen en dat zij in plaats daarvan opties voor herijking van haar eigen standalone strategie zou onderzoeken. Daarbij ging het in het bijzonder om de mogelijkheden voor een eventuele afsplitsing van AkzoNobels ‘specialty chemicals’-divisie. Vanaf dat moment ontstond een overnamestrijd tussen AkzoNobel en PPG, die zich voor een belangrijk deel via persberichten en berichtgeving in de media voltrok. PPG stelde zich in die berichtgeving strijdvaardig op. Met uitspraken als ‘weglopen is voor ons geen optie’[2] en ‘Wij willen AkzoNobel kopen. De aandeelhouders spreken duidelijke taal’[3] hield PPG impliciet de mogelijkheid van het doen van een vijandig overnamebod open.

De twee volgende voorstellen van PPG werden telkens na een zorgvuldig intern proces unaniem afgewezen door het bestuur en de raad van commissarissen (RvC) van AkzoNobel gezamenlijk. De gronden voor afwijzing zagen niet alleen op de geboden prijs, maar ook op zaken als het gebrek aan ‘deal certainty’ vanwege verwachte mededingingsbezwaren, de verwachte negatieve gevolgen voor de werkgelegenheid en cultuurverschillen tussen AkzoNobel en PPG, onder meer op het gebied van duurzaamheid. AkzoNobel ging ook niet in op herhaalde uitnodigingen van PPG, deels gedaan via de media, om in ieder geval het gesprek met PPG aan te gaan om de mogelijkheden voor een eventuele wederzijds gesteunde overname te verkennen. Uiteindelijk vond op 6 mei 2017 na het derde voorstel van PPG wel een ontmoeting plaats tussen de bestuursvoorzitter en de president-commissaris van AkzoNobel (Büchner en Burgmans) en hun evenknieën bij PPG (McGarry en Grant). Kort daarna wees AkzoNobel ook het derde voorstel van PPG af. PPG beklagde zich daarop via een persbericht onder meer over het feit dat Büchner en Burgmans in het gesprek hadden aangegeven dat zij geen bedoeling of mandaat hadden om onderhandelingen te voeren, dat zij

tijdens het gesprek geen vragen aan PPG zouden hebben gesteld en dat zij op hun beurt niet zouden zijn ingegaan op vragen van PPG over de vergelijking tussen de voorstellen van PPG en AkzoNobels eigen standalone strategie. Volgens AkzoNobel had zij juist vooraf aan PPG meegedeeld dat het doel van de bespreking zou zijn om PPG in de gelegenheid te stellen het derde voorstel toe te lichten.[4] De lijn van AkzoNobel hierbij lijkt te zijn geweest dat het op de weg van PPG had gelegen om proactief de bekende bezwaren van AkzoNobel te adresseren.

De beslissing van de vennootschapsleiding van AkzoNobel om niet in te gaan op de uitnodigingen van PPG om in gesprek te gaan over de eerste twee voorstellen leidde tot felle kritiek bij aandeelhouders. Hetzelfde gold voor de beslissing om na het hierboven genoemde gesprek ook het derde voorstel van PPG af te wijzen en verdere gesprekken met PPG op basis van de gedane voorstellen uit te sluiten. Aandeelhouders wezen erop dat de voorstellen van PPG, in het bijzonder het derde voorstel, uitgingen van een overnameprijs die een significante premie boven de beurskoers behelsde en dat PPG zich voorts bereid had getoond om te onderhandelen over toezeggingen met betrekking tot andere stakeholders zoals werknemers. Het meest vocaal in de kritiek was Elliott. Het eerdergenoemde verzoek tot bijeenroeping van een bava was ook nadrukkelijk ingegeven door haar onvrede met de wijze waarop de vennootschapsleiding van AkzoNobel met de voorstellen van PPG omging. Volgens Elliott hadden de bestuurders en commissarissen van AkzoNobel hun verplichtingen op het gebied van corporate governance jegens de aandeelhouders verzaakt door niet, althans niet in voldoende mate, op de uitnodigingen van PPG in te gaan om over haar voorstellen te praten en was Burgmans hiervoor verantwoordelijk.[5] Ook de andere aandeelhouders die zich als belanghebbenden in de enquêteprocedure hadden gemeld, drongen nadrukkelijk bij AkzoNobel aan op het aangaan van verdere gesprekken met PPG.

Ondertussen begon de tijd voor PPG te dringen. Op grond van artikel 7 lid 1 en 3 van het Besluit openbare biedingen (Bob) zou PPG uiterlijk op 1 juni 2017 een concept-biedingsbericht ter goedkeuring bij de AFM moeten indienen, ook wanneer zij zou besluiten om zonder steun van AkzoNobel een vijandig overnamebod door te zetten. De verzoekende aandeelhouders leken daarom hun hoop op de Ondernemingskamer te hebben gevestigd om met het treffen van onmiddellijke voorzieningen alsnog voor die deadline een wending in de overnamestrijd te bewerkstelligen. PPG is zelf ook als belanghebbende in de enquêteprocedure verschenen.[6] Ter zitting verklaarde PPG neutraal te staan ten opzichte van wat zij als het 'governance-geschil' tussen AkzoNobel enerzijds en Elliott en de andere aandeelhouders anderzijds typeerde. PPG gaf wel aan dat zij wilde dat AkzoNobel een werkelijke discussie met haar zou aangaan over een mogelijke combinatie van beide bedrijven.[7] Hoewel dit niet met zoveel woorden werd gezegd, hoopte PPG kennelijk ook dat de Ondernemingskamer het ertoe zou brengen dat AkzoNobel deze discussie alsnog met PPG

zou (moeten) aangaan.

De Ondernemingskamer heeft gelet op het spoedeisend karakter bij voorrang beslist op de verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, alvorens het onderliggende enquêteverzoek te behandelen. Sinds achtereenvolgens de DSM-beschikking van de Hoge Raad uit 2007[8] en de invoering van artikel 2:349a lid 3 BW in het kader van de Wet herziening enquêterecht uit 2013 kan de Ondernemingskamer in het geval dat nog geen onderzoek is gelast alleen dan onmiddellijke voorzieningen treffen indien er naar haar voorlopig oordeel gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen. In wezen noopte Elliott met haar verzoeken om onmiddellijke voorzieningen de Ondernemingskamer dus tot het geven van een (voorshands) oordeel van de Ondernemingskamer over de wijze waarop het bestuur en de RvC van AkzoNobel concreet invulling hadden gegeven aan hun taken als vennootschapsleiding van een doelvennootschap. De Ondernemingskamer had in de recente enquêteprocedures rond Delta Lloyd[9] en TMG[10] al laten zien dat zij in het kader van dit voorshands te geven oordeel toch al een grondige toetsing van de relevante feiten en omstandigheden van de zaak ten gronde verricht, zelfs wanneer een beschikking al enkele dagen na de mondelinge behandeling moet worden gegeven. Fenzelfde feitelijke toets heeft de Ondernemingskamer ook in haar beschikking inzake AkzoNobel toegepast, in ieder geval waar het ging over de wijze waarop de bestuurders en commissarissen van AkzoNobel met de voorstellen van PPG zijn omgegaan. Het zijn deze overwegingen van de Ondernemingskamer die het onderwerp van mijn bijdrage vormen.[11]

3 De beoordeling van de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer stelt aan het begin van haar beschikking bepaalde uitgangspunten voor het juridisch kader vast. Onder verwijzing naar de beschikkingen van de Hoge Raad inzake ABN AMRO (2007)[12] en ASMI (2010)[13] stelt de Ondernemingskamer voorop dat (1) het bepalen van de strategie in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur onder toezicht van de RvC, (2) de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) haar opvattingen ter zake tot uitdrukking kan brengen door uitoefening van de haar in de wet en statuten toegekende rechten, en (3) het bestuur aan de AVA verantwoording heeft af te leggen van zijn beleid, maar behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen niet verplicht is de AVA vooraf in zijn besluitvorming te betrekken als het gaat om handelingen waartoe het bestuur bevoegd is.[14] Deze uitgangspunten waren ter zitting ook erkend door Elliott en door de andere aanwezige aandeelhouders, althans door hun Nederlandse advocaten die deze groep Britse en Amerikaanse vermogensbeheerders in de presentatie naar de Ondernemingskamer toe met een Rijnlands sausje[15] hadden overgoten. De Ondernemingskamer overweegt vervolgens dat ook de positiebepaling van een doelvennootschap zoals AkzoNobel in reactie op voorstellen van een potentiële bidder zoals

PPG behoort tot het bepalen van de strategie van de vennootschap en dus tot het domein van het bestuur.[16] Ook dit oordeel is tegen de achtergrond van de genoemde ABN AMRO-beschikking van de Hoge Raad niet nieuw en ook hierover waren alle partijen het ter zitting eens.

De Ondernemingskamer vervolgt met het formuleren van het door de vennootschapsleiding van AkzoNobel te volgen richtsnoer bij de beoordeling van de voorstellen van PPG. De Ondernemingskamer haalt hier – weinig verrassend – de normen aan die de Hoge Raad in 2014 in zijn Cancun-beschikking heeft geformuleerd.[17] Opvallend genoeg geeft de Ondernemingskamer in een ander deel van de beschikking nog de volgende overweging:

‘Het bestuur van een doelvennootschap dient zich ook bij de beoordeling van voorstellen van een potentiële bidder, onder toezicht van de raad van commissarissen, te richten op – in de termen van de Corporate Governance Code – de lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en daartoe de in aanmerking komende belangen van de stakeholders te wegen. Dat richtsnoer brengt logischerwijs mee dat denkbaar is dat de doelvennootschap besluit een voorstel van een potentiële bidder niet te steunen, ook indien een meerderheid van de aandeelhouders van de doelvennootschap een dienovereenkomstig bod zou willen aanvaarden. Om dezelfde reden is evenzeer denkbaar dat de doelvennootschap besluit een voorstel voor een potentiële bidder niet te steunen terwijl aannemelijk is dat een stand alone scenario minder aandeelhouderswaarde genereert (op lange termijn) dan het overnamevoorstel (op korte termijn). Korter gezegd: het feit dat een besluit van de doelvennootschap om een bod niet te steunen niet strookt met de wil van (een meerderheid van) de aandeelhouders, betekent niet zonder meer dat de doelvennootschap in redelijkheid niet tot dat besluit heeft kunnen komen.’[18]

Het lijkt erop dat de Ondernemingskamer de begrippen ‘bestendig succes van de onderneming’ uit Cancun en ‘lange termijn waardecreatie’ uit de Code Van Manen als onderling inwisselbare termen ziet. Over het antwoord op de vraag of deze termen daadwerkelijk inwisselbaar zijn, werd in de literatuur naar aanleiding van de publicatie van de concept-Code Van Manen in februari 2016 aanvankelijk nog getwijfeld,[19] maar de beschikking van de Ondernemingskamer lijkt dit nu wel te bevestigen. Wat verder opvalt, is dat de Ondernemingskamer de mogelijkheid openlaat dat de vennootschapsleiding een voorgenomen overname zelfs niet steunt, terwijl aannemelijk is dat het vasthouden aan de standalone strategie minder aandeelhouderswaarde op lange termijn zal genereren dan het overnamevoorstel op korte termijn. Hiermee benadrukt de Ondernemingskamer naar mijn mening het gegeven dat de belangen van aandeelhouders binnen de kaders van het streven naar ‘lange termijn waardecreatie’ dan wel het bestendig succes van de onderneming weliswaar een belangrijke plaats innemen, maar dat aan deze belangen juridisch gezien geen

per definitie doorslaggevende betekenis toekomt, ook niet in overnamesituaties.

De Ondernemingskamer stelt vast dat uit het voor de vennootschapsleiding geldende richtsnoer volgt dat bestuur en RvC van AkzoNobel gehouden waren om de voorstellen van PPG zorgvuldig te beoordelen mede in het licht van alternatieve scenario's.[20] Kernvraag daarbij was in hoeverre AkzoNobel in de gegeven omstandigheden gehouden was tot het voeren van onderhandelingen dan wel inhoudelijke besprekingen met PPG. De Ondernemingskamer stelt voorop dat er naar haar oordeel geen algemene rechtsregel bestaat die een doelvennootschap ertoe verplicht om inhoudelijke besprekingen te voeren met een serieuze potentiële bidder die ongevraagd een serieus overnamevoorstel doet.[21] Het bestaan van een dergelijke rechtsregel was naar aanleiding van berichtgeving over de overnamestrijd tussen AkzoNobel en PPG onder verwijzing naar de RNA-beschikking van de Hoge Raad uit 2003[22] wel verdedigd door verschillende commentatoren, onder wie de voormalig voorzitter van de Ondernemingskamer Willems.[23] De Ondernemingskamer gaat hier dus niet in mee. Mede gezien tegen de achtergrond van de hierna te bespreken opmerkingen van de Ondernemingskamer over het krachtenveld waarin een doelvennootschap zich bevindt,[24] kan ik dit oordeel van de Ondernemingskamer goed volgen.

Ook een verdergaande verplichting, namelijk een verplichting van een doelvennootschap om te onderhandelen met een potentiële bidder, wordt door de Ondernemingskamer verworpen. De Ondernemingskamer stelt weliswaar onder verwijzing naar ABN AMRO vast dat het bestuur van de doelvennootschap onder omstandigheden gehouden is de gerechtvaardigde belangen van potentiële ('serieuze') bidders te respecteren en zich te onthouden van maatregelen die mogelijke biedingen kunnen frustreren en die de belangen van de desbetreffende bidders onevenredig kunnen schaden, maar zij oordeelt tegelijkertijd dat de redelijkheid en billijkheid aan degene die ongevraagd een voorstel tot overname doet geen aanspraak geven op onderhandelingen met de doelvennootschap.[25]

Evengoed oordeelt de Ondernemingskamer dat inhoudelijke besprekingen van een doelvennootschap met een bidder onder bepaalde omstandigheden geboden kunnen zijn. De Ondernemingskamer overweegt hierover het volgende:

'Of inhoudelijke besprekingen of onderhandelingen geboden zijn hangt af van de omstandigheden van het concrete geval. In een geval als het onderhavige – AkzoNobel had op het moment dat PPG zich aandienende niet het strategische besluit genomen om het stand alone scenario te verlaten – zullen als gezichtspunten, naast de voorgestelde biedprijs, onder meer een rol spelen wat de strategische bedoelingen van de potentiële bidder zijn, wat naast de prijs de inhoud van de voorstellen is, in hoeverre de doelvennootschap de voorstellen kan beoordelen zonder inhoudelijke besprekingen met de potentiële bidder en de inhoud en het

verloop van de overige interactie tussen de doelvennootschap en de potentiële bidder. Voor zover een gehoudenheid bestaat tot inhoudelijke besprekingen of onderhandelingen, vloeit die voort uit de taakvervulling waartoe bestuurders en commissarissen van de doelvennootschap jegens de vennootschap gehouden zijn. De omstandigheid dat, toegesneden op het onderhavige geval, inhoudelijk overleg met PPG kan bijdragen aan de oordeelsvorming door AkzoNobel over de voorstellen van PPG en aan het vermogen van AkzoNobel om haar aandeelhouders en andere stakeholders uit te leggen waarom zij de voorkeur geeft aan haar eigen stand alone strategie, vestigt op zichzelf geen verplichting tot onderhandelingen of inhoudelijke besprekingen met PPG.’[26]

De Ondernemingskamer beoordeelt vervolgens het proces van interne besluitvorming dat de vennootschapsleiding van AkzoNobel ten aanzien van elk van de door PPG gedane voorstellen heeft doorlopen. De Ondernemingskamer stelt op basis daarvan vast dat ‘het bestuur en de raad van commissarissen van AkzoNobel intensief en met een aanzienlijke frequentie hebben beraadslaagd over de voorstellen van PPG en dat het bestuur en de raad van commissarissen zich daarbij hebben voorzien van de inbreng van gerenommeerde externe financiële en juridische adviseurs’.[27] De Ondernemingskamer stelt voorts vast dat uit de stukken blijkt dat de vennootschapsleiding van AkzoNobel de voorstellen van PPG serieus en inhoudelijk heeft beoordeeld dat niet is gebleken van (voldoende) aanknopingspunten voor de stellingen dat AkzoNobel niet daadwerkelijk heeft opengestaan voor de mogelijkheid van een overname door PPG en dat het besluitvormingsproces van AkzoNobel in feite een geval van ‘going through the motions’ zou hebben betroffen.[28] De Ondernemingskamer merkt bij dit alles wel op dat de juistheid van de door de vennootschapsleiding van AkzoNobel gemaakte afwegingen als zodanig niet ter beoordeling van de Ondernemingskamer staat.[29] Hiermee maakt de Ondernemingskamer duidelijk dat zij het uiteindelijk via een zorgvuldig proces tot stand gebrachte beleid marginaal toetst.

De Ondernemingskamer gaat daarna in op de ‘vraag-antwoord’-dynamiek tussen AkzoNobel en PPG, in het bijzonder rond de eerdergenoemde bespreking van 6 mei 2017. Op basis van een analyse van de voorstellen van PPG, de reacties op die voorstellen van AkzoNobel en de gang van zaken rond de bespreking die tussen AkzoNobel en PPG heeft plaatsgevonden, komt de Ondernemingskamer tot het oordeel dat AkzoNobel in reactie op de eerste twee voorstellen aan PPG te kennen had gegeven waarom AkzoNobel die voorstellen niet aanvaardbaar achtte. De Ondernemingskamer overweegt dan het volgende:

‘AkzoNobel heeft daarbij in zodanige mate inzicht gegeven in haar bezwaren en bedenkingen dat PPG voldoende aanknopingspunten had om, indien zij dat wilde, haar voorstellen, ook ten aanzien van de niet financiële aspecten daarvan aan te passen om tegemoet te komen aan die bezwaren en bedenkingen en/of AkzoNobel te voorzien van concrete gegevens aan de hand

waarvan AkzoNobel zou kunnen komen tot een andere waardering van de door haar genoemde risico's en onzekerheden verbonden aan de voorstellen van PPG.'[30]

AkzoNobel was in de gegeven omstandigheden dus niet gehouden om PPG verder uit te vragen over haar voorstellen of om aan PPG een nadere toelichting te geven over de gronden voor afwijzing van deze voorstellen door AkzoNobel. De door de Ondernemingskamer aangelegde maatstaf is hoog voor een potentiële bidder, maar deze maatstaf sluit wel aan bij haar eerdere constatering dat er geen algemene rechtsregel is die een doelvennootschap verplicht tot het voeren van inhoudelijke besprekingen met een potentiële bidder. Wel is vereist dat een doelvennootschap in een afwijzende reactie op een ongevraagd voorstel van een potentiële bidder voldoende (inhoudelijke) feedback geeft, zodat de potentiële bidder zelf kan nagaan op welke punten zijn voorstel niet adequaat is. In dit geval constateert de Ondernemingskamer dat AkzoNobel aan dit vereiste heeft voldaan. De bal lag daarmee (weer) bij PPG. De Ondernemingskamer overweegt dat gesteld noch gebleken is dat PPG tijdens het gesprek met AkzoNobel op 6 mei wezenlijk nieuwe informatie heeft verschaft of nadere toezeggingen heeft gedaan.[31] Dit impliceert dat de bal naar het oordeel van de Ondernemingskamer kennelijk bij PPG is blijven liggen.

De Ondernemingskamer overweegt nog, haast ten overvloede, dat zij het van belang acht dat AkzoNobel in haar afwegingen om al dan niet inhoudelijk het gesprek met PPG aan te gaan heeft betrokken dat werkelijk vrijblijvend overleg in de gegeven omstandigheden niet meer tot de reële mogelijkheden behoorde.[32] De Ondernemingskamer wijst op het feit dat het een publieke overnamestrijd betrof en er vanuit de aandeelhouders publiekelijk druk op AkzoNobel werd uitgeoefend om met PPG in gesprek te gaan dan wel om met PPG in onderhandeling te treden. De Ondernemingskamer oordeelt:

'In deze omstandigheden is het niet onbegrijpelijk dat AkzoNobel er – in ieder geval ten tijde van de ontvangst van het derde voorstel van PPG op 24 april 2017 – minst genomen rekening mee hield dat (inhoud en verloop van) inhoudelijke besprekingen tussen AkzoNobel en PPG niet vertrouwelijk zouden blijven, met als gevolg dat een zodanige dynamiek zou ontstaan, onder meer met betrekking tot de beurskoers van AkzoNobel en de samenstelling van haar aandeelhoudersbestand dat er geen begaanbare weg terug meer zou zijn.'[33]

De Ondernemingskamer geeft met deze overweging blijk van realiteitszin. Het is een ervaringsgegeven dat het aandeelhoudersbestand van een doelvennootschap vaak significante wijzigingen ondergaat nadat de interesse van een potentiële bidder bekend is geworden. Zittende aandeelhouders, ook institutionele beleggers, stappen soms uit om een koerswinst te verzilveren en hun plaats wordt dan vaak ingenomen door gespecialiseerde 'event-driven' beleggingsfondsen, die speculeren op het al dan niet doorgaan van de overname. Bij het Britse

Cadbury kwam in 2009 in een periode van drie maanden na de eerste aankondiging van het ongevraagde bod van haar Amerikaanse concurrent Kraft maar liefst 31% van de aandelen in handen van 'event-driven' hedgefondsen.[34] Een doelvennootschap begeeft zich in dergelijke omstandigheden met het aangaan van gesprekken met de potentiële bieder op een hellend vlak, hoe vrijblijvend die gesprekken ook zijn bedoeld. Dat de Ondernemingskamer de voor de doelvennootschap lastige dynamiek in deze omstandigheden als gegeven onderkent, is waardevol.

Alles overziende komt de Ondernemingskamer tot het – nog altijd voorshandse – oordeel dat AkzoNobel geen zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden door geen inhoudelijke gesprekken of onderhandelingen met PPG te voeren en dat er – wederom voorshands – geen gegronde redenen zijn om aan het beleid en de gang van zaken van AkzoNobel te twijfelen ten aanzien van de beraadslaging en besluitvorming in reactie op de voorstellen van PPG.[35] In het verlengde hiervan komt de Ondernemingskamer uiteindelijk tot de slotsom dat er vanwege het voorshands ontbreken van dergelijke gegronde redenen thans onvoldoende aanleiding is voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Met betrekking tot de door Elliott gevraagde interventie komt de Ondernemingskamer tot het voorlopig oordeel dat de afwijzing door AkzoNobel van het verzoek van Elliott om een bava bijeen te roepen met als agendapunt het voorgesteld ontslag van Burgmans ook niet kan worden aangemerkt als een gegronde reden om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen.[36] De Ondernemingskamer oordeelt op dit punt dat het Elliott met haar bava-verzoek kennelijk te doen was om – direct dan wel indirect – een wijziging in de door AkzoNobel gevoerde strategie ten opzichte van PPG te bewerkstelligen.[37] Juist omdat de Ondernemingskamer voorshands heeft vastgesteld dat er rond de beraadslaging en besluitvorming binnen AkzoNobel in reactie op de voorstellen van PPG geen gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen, is de impliciete conclusie dat AkzoNobel niet mee hoefde te werken aan de opzet van Elliott om via het ontslag van Burgmans een wijziging van het aldus tot stand gebrachte beleid af te dwingen, op zichzelf niet onlogisch. Zoals in de inleiding reeds opgemerkt, valt dit deel van de beschikking van de Ondernemingskamer evenwel buiten de reikwijdte van deze bijdrage.

4 Afronding

Het kan verkeren. Nadat de Ondernemingskamer op 29 mei alle verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen tegen AkzoNobel had afgewezen, was de grote vraag wat de volgende zet van PPG zou zijn. Die volgende zet kwam op 1 juni, toen PPG bekendmaakte dat zij vooralsnog zou afzien van het uitbrengen van een openbaar bod op AkzoNobel.[38] Daarmee is de overnamestrijd rond AkzoNobel – in ieder geval voorlopig – ten einde.

Een overeenkomst tussen de beschikking in AkzoNobel en de beschikking in TMG, die twee maanden eerder is gewezen, is dat de Ondernemingskamer in beide zaken begrip heeft opgebracht voor de lastige positie waarin de vennootschapsleiding van een doelvennootschap in geval van een ongevraagde overnamebieding of een ongevraagd voorstel daartoe kan komen te verkeren. In TMG bestond deze lastige positie erin dat de vennootschapsleiding uiteindelijk in het belang van de onderneming tot een akkoord moest komen met een biedend consortium dat reeds over 60% van de aandelen kon beschikken en daarmee alternatieve scenario's (standalone verder of een overname door een concurrerende bidder) op voorhand onmogelijk maakte. In AkzoNobel ziet dit begrip op de kennelijke wens van de vennootschapsleiding van een doelvennootschap om zelf de regie te houden bij de beoordeling van de voorstellen van een potentiële bidder, en dus niet als speelbal in het krachtenveld van een publieke overnamestrijd richting een bepaalde uitkomst te worden gedreven.

De geboden handelingsvrijheid voor de vennootschapsleiding van een doelvennootschap die de Ondernemingskamer in AkzoNobel biedt, is evenwel niet vrijblijvend. De Ondernemingskamer heeft met betrekking tot het proces dat bestuur en RvC van AkzoNobel rond de beoordeling van de voorstellen van PPG hebben doorlopen, een serieuze maatstaf aangelegd. Hetzelfde geldt voor de reacties die AkzoNobel op de voorstellen van PPG heeft geformuleerd en de overige contacten die tussen AkzoNobel en PPG hebben plaatsgehad. Hoewel het geen wezenlijk nieuwe elementen lijkt te bevatten, is het door de Ondernemingskamer geformuleerde toetsingskader toch een verrijking voor de praktijk, in die zin dat het enige houvast biedt aan bestuurders en commissarissen van doelvennootschappen, alsook dat het enige duidelijkheid schept over wat een potentiële ongevraagde bidder van een doelvennootschap mag verwachten. Uiteindelijk komt het altijd aan op de omstandigheden van het geval, maar de beschikking van de Ondernemingskamer geeft wel een plattegrond om de betreffende omstandigheden te kunnen verkennen. Zo komt uiteindelijk in de overnamestrijd tussen AkzoNobel en PPG de collectieve uitvoeringspraktijk als winnaar uit de bus.

Noten

[1] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (AkzoNobel).

[2] AkzoNobel wordt overgenomen: goedschiks of kwaadschiks, NRC 23 maart 2017.

[3] McGarry (PPG): we willen AkzoNobel kopen, we zijn resoluut, Het Financieele Dagblad 23 maart 2017.

[4] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (AkzoNobel), r.o. 3.21.

[5] Ibid., r.o. 2.35.

[6] AkzoNobel heeft voorafgaand aan de zitting nog betwist dat PPG als mogelijk belanghebbende kon worden aangemerkt. De Ondernemingskamer heeft ter zitting beslist dat PPG voldeed aan de criteria van belanghebbende in de zin van HR 6 juni 2003, NJ 2003/486 (Scheipar). Zie Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (AkzoNobel), r.o. 1.14-1.15.

[7] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (AkzoNobel), r.o. 3.6.

[8] HR 14 december 2007, JOR 2008/11 m.nt. A. Doorman (DSM).

[9] Hof Amsterdam (OK) 14 maart 2016, ARO 2016/44 (Delta Lloyd).

[10] Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:930 (TMG).

[11] De overwegingen van de Ondernemingskamer over de vraag of AkzoNobel het convocatieverzoek van Elliott mocht weigeren en over de wijze waarop – en de mate waarin – de vennootschapsleiding van AkzoNobel verantwoording dient af te leggen aan de aandeelhouders over de ter zake gemaakte keuzes en het ter zake gevoerde beleid vallen daarmee buiten de reikwijdte van dit artikel. Zie Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (AkzoNobel), r.o. 3.26-3.37. Zie over het eerste onderwerp F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Elliott en Akzo, WPNR 2017 (7156), p. 496-503.

[12] HR 13 juli 2007, NJ 2007/434 m.nt. J.M.M. Maeijer (ABN AMRO).

[13] HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 m.nt. P. van Schilfgaarde (ASMI).

[14] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (AkzoNobel), r.o. 3.9.

[15] Met 'Rijnlands sausje' doel ik hier op het uitgangspunt van het Nederlandse vennootschapsrecht dat een onderneming van een kapitaalvennootschap zoals AkzoNobel niet enkel wordt gedreven met het oog op uitsluitend de belangen van aandeelhouders (*shareholder model*), maar dat ook andere belangen zoals die van werknemers relevant zijn.

[16] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (AkzoNobel), r.o. 3.10-3.11.

[17] Ibid., r.o. 3.12, verwijzend naar HR 4 april 2014, NJ 2014/389 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun).

[18] Ibid., r.o. 3.34.

[19] Zie bijv. B.F. Assink, Van vennootschappelijk belang (II, slot), WPNR 2016/7112, p. 491-499, die zich afvraagt waarom in de concept-Code geen verwijzing naar de Cancun-beschikking van de Hoge Raad was opgenomen. Zie ook F.G.K. Overkleef & J.H.L. Beckers, Het consultatievoorstel voor een herziene Code en langetermijnwaardecreatie: alleen 'jam tomorrow' of ook 'jam today?', MvO 2016, p. 43-46. In de toelichting bij nr. 1.1 van de definitieve Code is uiteindelijk wel een verwijzing naar het richtsnoer van het bestendig succes van de onderneming à la Cancun opgenomen.

[20] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (AkzoNobel), r.o. 3.13.

[21] Ibid., r.o. 3.14.

[22] Hierover F.G.K. Overkleef, De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen. Een analyse van recht, gebeurtenissen en ideeën (diss. Rotterdam; IVO-reeks nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 280-287.

[23] We hoeven niet bang te zijn voor het al te grove kapitalisme, Het Financieele Dagblad 20 mei 2017. VEB-directeur Koster liet zich in een uitzending van Buitenhof van 14 mei 2017 in vergelijkbare bewoordingen uit.

[24] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (AkzoNobel), r.o. 3.23.

[25] Ibid., r.o. 3.16.

[26] Ibid., r.o. 3.14-3.15.

[27] Ibid., r.o. 3.19.

[28] Ibid., r.o. 3.20.

[29] Ibid., r.o. 3.19.

[30] Ibid., r.o. 3.22.

[31] Ibid., r.o. 3.21.

[32] Ibid., r.o. 3.23.

[33] Ibid.

[34] Overkleef 2017, p. 512-513.

[35] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (AkzoNobel), r.o. 3.24-3.25.

[36] Ibid., r.o. 3.28.

[37] Ibid.

[38] Verffabrikant PPG geeft strijd om AkzoNobel op, Het Financieele Dagblad 2 juni 2017.

Deze bijdrage bespreekt en geeft relevante achtergronden over de beschikking van de voorzieningenrechter op het verzoek van Elliott om een machtiging om een algemene vergadering van AkzoNobel bijeen te roepen. Centraal staan de vragen hoe zo'n verzoek moet worden getoetst en hoeveel beslissingsruimte de voorzieningenrechter daarbij heeft.

1 Inleiding

2017 was een tumultueus jaar voor de Nederlandse *blue chip*-beursvennootschap AkzoNobel N.V. (hierna: AkzoNobel). Zij kwam onder druk te staan toen een concurrent, PPG Industries, Inc. (hierna: PPG), avances maakte om haar over te nemen en, toen AkzoNobel de boot afhield, schermde met een vijandig bod. Alsof dat niet genoeg was, kwamen (een aantal van) de aandeelhouders in opstand onder aanvoering van het doortastende en gevreesde *hedge fund* Elliott Management Corporation (hierna: Elliott). Zij wensten onder meer een algemene vergadering te beleggen (BAVA) met het ontslag van de voorzitter van de raad van commissarissen (RvC) (hierna: de Voorzitter) op de agenda. Toen het bestuur en de RvC van AkzoNobel dat weigerden, stapte Elliott tot tweemaal toe naar de rechter.

Eerst stapte Elliott naar de Ondernemingskamer.[1] Die ontweek echter de vraag of Elliott recht had op de gewenste BAVA door te wijzen op de mogelijkheid om op de voet van artikel 2:110 van het Burgerlijk Wetboek (BW) de voorzieningenrechter te verzoeken om een machtiging om zelf de BAVA bijeen te roepen ('machtigingsverzoek'). De voorzieningenrechter kwam vervolgens tot het oordeel dat de gewenste BAVA prematuur was. In beide beslissingen bleven prangende vragen over het agenderingsrecht van aandeelhouders onbeantwoord. In WPNR schreef ik daar reeds over met betrekking tot de beschikking van de Ondernemingskamer.[2] In deze bijdrage gaat het over de beschikking van de voorzieningenrechter (hierna: de Beschikking).[3]

2 Europeesrechtelijke aspecten

2.1 Twee benaderingen

Het was niet voor het eerst dat de rechter moest oordelen over een poging[4] van een

aandeelhouder om een punt op de agenda te krijgen van de algemene vergadering van een (*blue chip*-)beursvennootschap.[5] In de commentaren naar aanleiding daarvan staan twee benaderingen van het positieve recht[6] tegenover elkaar.

De traditionele of nationale benadering is sceptisch over zeggenschap van aandeelhouders over de agenda van hun eigen vergadering, vooral als zij de status quo willen opschudden. De aanhangers van deze benadering menen dat het gebruik van het agenderingsrecht streng kan worden getoetst door de rechter. Volgens deze benadering kan een agenderingsverzoek worden afgewezen op basis van een belangenafweging, waarbij het belang van de continuïteit van de onderneming zwaarder weegt dan de wens van aandeelhouders om het roer om te gooien.

Een goed voorbeeld van deze opvatting wordt geventileerd door Kemperink in Het Financieele Dagblad van 7 juli 2017. Hij meent dat het ontslag van de Voorzitter zulke vergaande consequenties heeft dat een stemming hierover alleen toegelaten zou moeten worden in geval van zwaarwichtige redenen. Hij vindt het niet voldoende dat Elliott niet tevreden was met de manier waarop AkzoNobel het overnamebod van PPG van EUR 29 miljard had afgewimpeld. De aanhangers van deze benadering lijken tot uitgangspunt te nemen dat aandeelhouders geen agenderingsrecht hebben, althans niet als het gaat om besluiten die een wezenlijke verandering teweeg kunnen brengen, behoudens bijzondere omstandigheden zoals fraude.

In deze traditionele of nationale benadering galmt de Stork-beschikking van 17 januari 2007 na. Daarin blokkeerde de Ondernemingskamer de pogingen van twee *hedge funds* om Stork te dwingen haar strategie te veranderen door het ontslag van de gehele RvC[7] op de agenda te zetten. Reden hiervoor was dat de toenmalige strategie succesvol werd geacht en het door de *hedge funds* gepresenteerde alternatief onvoldoende duidelijk was.

Tegenover deze benadering staat de moderne of Europese benadering.[8] Centraal in die benadering staat de EU-richtlijn[9] betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (hierna: Richtlijn), die kort na de Stork-beschikking van kracht werd. Het huidige wettelijke regime wijkt sindsdien wezenlijk af van het regime dat de Ondernemingskamer in de Stork-beschikking hanteerde.

Artikel 6 Richtlijn verplicht Nederland ervoor te zorgen dat aandeelhouders het recht hebben om (1) punten op de agenda van de algemene vergadering te plaatsen, en (2) met betrekking tot de geagendeerde onderwerpen ontwerp-resoluties in te dienen. De tekst van artikel 6 geeft geen ruimte om deze rechten op basis van een belangenafweging in te perken. Het EU-recht staat het daarom niet toe dat Nederland zelf aanvullende eisen formuleert voor het gebruik van het agenderingsrecht.[10]

Om deze reden is ook de voorheen bestaande mogelijkheid om een agenderingsverzoek af te wijzen vanwege ‘een zwaarwichtig belang’ van de onderneming verwijderd uit artikel 2:114a BW, toen de Richtlijn werd geïmplementeerd.[11] De parlementaire toelichting vermeldt dat een agenderingsverzoek alleen kan worden afgewezen als sprake is van ‘overduidelijk’ misbruik van het recht, bijvoorbeeld in geval van strijd met de redelijkheid en billijkheid.[12]

Deze opmerkingen van de minister moeten worden begrepen als een verwijzing naar de zeer strenge jurisprudentie van Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna samen met zijn rechtsvoorgangers: HvJ EU) inzake misbruik van recht, en niet als een verwijzing naar de ruimere – maar toch ook al strenge – Nederlandse pendant van dergelijke uitzonderingsmogelijkheden. De Nederlandse rechter dient er namelijk van uit te gaan dat de wetgever met een nationale uitvoeringsregeling de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen.[13] Utlatingen in de wetsgeschiedenis die niet stroken met de desbetreffende richtlijn moeten daarom worden genegeerd.[14]

Naar EU-recht vereist misbruik van recht dat uit een geheel van objectieve omstandigheden blijkt (1) dat in weerwil van de formele naleving van de door de EU-regeling opgelegde voorwaarden het door de regeling beoogde doel niet werd bereikt, en (2) het wezenlijke doel van de betrokken handelingen er enkel in bestaat om een wederrechtelijk voordeel te verkrijgen.[15] In geval van dergelijk misbruik mag tevens een op grond van een richtlijn ingevoerde bepaling terzijde worden gesteld op grond van een nationale bepaling, zoals artikel 2:8 lid 2 BW.[16] In dat kader mag de nationale rechter voorts de strekking van de desbetreffende EU-bepaling niet wijzigen en moet hij voorkomen dat de doelstellingen van de betrokken bepaling in het gedrang komen.[17] Dat laat weinig tot geen ruimte voor afwijking van artikel 6 Richtlijn. In de preambule van de Richtlijn staat immers dat ‘aandeelhouders, die stemrecht hebben dat stemrecht moeten kunnen uitoefenen, aangezien die stemrechten tot uiting komen in de prijs die bij de verkrijging van de aandelen moet worden betaald’, en dat ‘effectieve zeggenschap van de aandeelhouders bovendien een eerste vereiste is voor een goede corporate governance en om deze reden dient te worden vergemakkelijkt en aangemoedigd’.[18] Europese lidstaten moeten er daarom voor zorgen dat aandeelhouders effectief het recht hebben om een punt te plaatsen op de agenda van hun vergadering.[19] Daarvan is geen sprake als het agenderingsrecht afhankelijk wordt gemaakt van een belangenafweging, zo blijkt duidelijk uit de Nederlandse rechtspraak, waarin agenderingspogingen door aandeelhouders zonder uitzondering falen.[20]

In deze Europese benadering is er – anders dan aanhangers van de traditionele benadering voorstaan – dus bijna geen ruimte voor een beoordeling of afwijzing van het verzoek van aandeelhouders om een punt op de agenda te plaatsen.

De Leeuw[21] meent dat het Europese recht en artikel 6 Richtlijn genoeg ruimte laten voor corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid om voort te gaan met de traditionele benadering, maar ziet daarbij voorbij aan de hiervoor aangehaalde rechtspraak van het HvJ EU. De wens lijkt bij De Leeuw de vader van de gedachte, nu zij naar aanleiding van de Europese benadering met afgrijzen[22] opmerkt dat deze ertoe leidt dat het agenderingsrecht het Nederlandse systeem van corporate governance, zoals dat zich door de jaren heen heeft ontwikkeld op basis van jurisprudentie, opzijzet ten faveure van de aandeelhouder. De aandeelhouder zou dan kunnen afdwingen dat er gestemd wordt over alle denkbare onderwerpen die binnen de strategie van het bestuur vallen, zonder dat er enige correctie op basis van artikel 2:8 BW mogelijk is. Aldus ziet zij over het hoofd dat stemmingen over onderwerpen die behoren tot de bevoegdheden van het bestuur veelal – afhankelijk van de inrichting van de statuten[23] – niet bindend zijn voor het bestuur.[24] De mogelijkheid om de strategie te beïnvloeden zit hem met name in de ontslagbevoegdheid,[25] maar die heeft de Hoge Raad niet aan banden gelegd in zijn rechtspraak.

Niettemin is de verbazing van De Leeuw op dit punt wel te begrijpen.[26] Gezien de uitspraken van minister Kamp,[27] dat bedrijven als AkzoNobel bescherming moeten kunnen inroepen tegen (druk van aandeelhouders met betrekking tot) openbare biedingen, is lastig te begrijpen waarom Nederland instemde met de oorspronkelijke Richtlijn en de herziene versie daarvan.[28] Die herziening vond overigens mede plaats onder voorzitterschap van Nederland, maar leidde niet tot wijzigingen met betrekking tot het agenderingsrecht. Aldus bewijst de regering geen dienst aan de consistentie van ons vennootschapsrecht.[29]

2.2 Staatsaansprakelijkheid

In het geval de voorzieningenrechter met betrekking tot het verzoek van Elliott twijfelde tussen de nationale en Europese benadering, zal minister Kamp wellicht hopen dat de voorzieningenrechter voor de nationale benadering kiest. Zijn collega van Financiën ziet waarschijnlijk liever dat de voorzieningenrechter geen risico neemt met betrekking tot de rechten die de Richtlijn toekent.

De voorzieningenrechter is in dezen namelijk de hoogste rechter – ‘tegen de beschikking van de voorzieningenrechter is generlei voorziening toegelaten, behoudens cassatie in het belang der wet’, aldus artikel 2:111 lid 3 BW[30] – en dan geldt dat de Staat aansprakelijk kan zijn[31] als de rechter het Europese recht niet goed toepast.[32] Daarvoor is vereist dat (1) artikel 6 Richtlijn ertoe strekt om rechten aan aandeelhouders toe te kennen, (2) het gaat om een voldoende gekwalificeerde schending van dat artikel 6, en (3) er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen deze schending en schade.[33]

Om te bepalen of de schending ‘voldoende gekwalificeerd’ is in voormelde zin moet de nationale rechter rekening houden met alle kenmerkende aspecten van de casus, waaronder de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van artikel 6 Richtlijn, de omvang van de beoordelingsmarge die artikel 6 Richtlijn de nationale autoriteiten laat, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, de vraag of een eventuele onjuiste rechtsopvatting al dan niet verschoonbaar is, de vraag of de handelwijze van een instelling van de Unie heeft kunnen bijdragen tot de vaststelling of de instandhouding van met artikel 6 Richtlijn strijdige uitspraak, alsook het feit dat de betrokken rechter een eventuele verplichting heeft verzuimd om een prejudiciële vraag te stellen.[34] Dat laatste aspect is mogelijk problematisch bij een verzoek om een machtiging op de voet van artikel 2:110 BW.

2.3 Prejudiciële vragen

Hiervoor kwam reeds ter sprake dat geen beroep mogelijk is tegen de beslissing omtrent een machtigingsverzoek. In een dergelijk geval bestaat een plicht tot het stellen van prejudiciële vragen als er een rechtsvraag over artikel 6 Richtlijn voorligt.

Uitzonderingen op die plicht zijn dat het duidelijk is hoe artikel 6 Richtlijn moet worden uitgelegd (*acte clair*), of dat het HvJ EU de desbetreffende vraag reeds heeft beantwoord (*acte éclairé*).[35] Tevens hoeft geen prejudiciële vraag te worden gesteld in een kort geding, mits partijen een geding te gronde kunnen entameren waarin alle in kort geding voorlopig besliste vragen van gemeenschapsrecht opnieuw kunnen worden onderzocht, de bodemrechter niet is gebonden aan het oordeel van de voorzieningenrechter en in de bodemprocedure prejudiciële vragen kunnen worden gesteld.[36]

Het is echter de vraag of de procedure op de voet van artikel 2:110 BW aan dit criterium voldoet, omdat de wet letterlijk bepaalt dat ‘generlei voorziening is toegelaten’ tegen de beschikking van de voorzieningenrechter. Het zou dus zomaar kunnen dat de voorzieningenrechter verplicht is om een prejudiciële vraag te stellen.[37] Evenwel bestaan er diverse prejudiciële spoedprocedures.[38] Als het HvJ EU niet kan worden overtuigd om de zaak een versnelde behandeling te geven, duurt het waarschijnlijk meer dan een jaar voor de prejudiciële vraag is beantwoord. Door dat tijdsverloop kan het machtigingsverzoek zijn relevantie verliezen, bijvoorbeeld door de jaarlijkse algemene vergadering. In het onderhavige geval had de Voorzitter aangekondigd om begin 2018 te zullen aftreden.

Het stellen van prejudiciële vragen is echter niet nodig met betrekking tot de vraag in hoeverre een uit een richtlijn afkomstig recht aan banden kan worden gelegd door nationale bepalingen als de redelijkheid en billijkheid (*acte éclairé*). Daarnaast lijkt het gezien de tekst van artikel 6 Richtlijn in combinatie met de stappen die de wetgever heeft genomen om deze te

implementeren evident dat het niet-richtlijnconform is om een agenderingsverzoek te weigeren met het oog op een zwaarwegend belang van de vennootschap (*acte clair*). Het toewijzen van een agenderingsverzoek kan daarom zonder het stellen van prejudiciële vragen. Als de voorzieningenrechter echter met De Leeuw zou menen dat het EU-recht wel ruimte laat om een agenderingsverzoek (vol) te toetsen aan artikel 2:8 lid 2 BW, is geen sprake van een *acte clair* of een *acte éclairé*, zodat het stellen van prejudiciële vragen wel is geïndiceerd.

3 De Beschikking

Van het bovenstaande komt niets terug in de Beschikking. De reden daarvoor is dat de Richtlijn geen recht geeft op het bijeenroepen van een BAVA. In het kader van een machtigingsverzoek geldt artikel 6 Richtlijn met betrekking tot de agenda,[39] maar als de voorzieningenrechter zich afvraagt of het desbetreffende agendapunt kan wachten tot de volgende reguliere algemene vergadering, dan vindt hij daarop in de Richtlijn geen antwoord. Dat laat onverlet dat het Nederlandse NV-recht bepaalt dat een machtigingsverzoek moet worden toegewezen als verzoeker voldoende aandelen houdt en een redelijk belang heeft.

Aanvankelijk leek niet voor redelijke discussie vatbaar dat er een redelijk belang bestond bij het machtigingsverzoek. Vertrouwen tussen aandeelhouders(vergadering) en commissarissen is essentieel,[40] terwijl duidelijk was dat (minstens) een aanzienlijk deel van de aandeelhouders ernstige kritiek had op de Voorzitter. Het feit dat AkzoNobel wilde dat de Voorzitter aanbleef en het niet durfde te laten aankomen op een stemming spreekt ook boekdelen, omdat zij gezien haar uitvoerige contacten met aandeelhouders goed op de hoogte was van hoe (on)tevreden haar aandeelhouders waren.[41]

Dat is niet een kwestie die kan wachten tot volgend jaar. Maar aan de zijde van AkzoNobel was daarop iets bedacht. Er werd een BAVA belegd waarin onder meer de Voorzitter verantwoording zou afleggen, maar waarbij het gewenste ontslagbesluit op de agenda ontbrak. De voorzieningenrechter oordeelde dat de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat eerst die BAVA dient te worden afgewacht, alvorens een BAVA aan de orde kan zijn waarin het ontslag van de Voorzitter staat geagendeerd. AkzoNobel en al haar *stakeholders* hebben groot belang bij een zorgvuldig en doordacht besluitvormingsproces.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter had Elliott niet concreet kenbaar gemaakt welk relevant belang zij heeft bij het nu al laten vastleggen van (de datum van) een nieuwe BAVA.[42] Ik meen echter dat dit belang evident was. Bij het afleggen van verantwoording hoort de mogelijkheid voor de partijen waaraan verantwoording wordt afgelegd om zich uit te laten over of zij genoeg nemen met de gegeven tekst en uitleg, of dat zij daarin juist aanleiding zien tot ontslag.

4 Tot slot

Uit het bovenstaande blijkt dat er mijns inziens aanvankelijk weinig tot geen ruimte bestond om het machtigingsverzoek van Elliott af te wijzen, maar dat AkzoNobel met een slimme truc het kleine gaatje dat het EU- en nationale recht bieden, heeft weten te benutten. Dat is knap, maar was het ook in haar eigen belang?

Inmiddels moesten de twee enige bestuurders van AkzoNobel aftreden vanwege gezondheidsredenen.[43] Het gehele bestuur moest dus op stel en sprong worden vervangen en functioneerde enige tijd niet op volle kracht in een voor de vennootschap roerige periode. Dat is niet in het belang van de vennootschap. Om die reden en omdat het een publiek feit is dat de CEO van AkzoNobel eerder overspannen was, is het gerechtvaardigd om de – schrijnende en wellicht weinig chique – vraag te stellen of het maandenlang voeren van een strijd met (onder meer) Elliott een negatieve bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van deze situatie, en of het niet anders en beter was afgelopen als AkzoNobel gelijk na het eerste verzoek van Elliott de gewenste BAVA bijeen had geroepen. Als de Voorzitter de aandeelhouders ervan had kunnen overtuigen dat hij mocht aanblijven, dan was AkzoNobel sterker uit de strijd gekomen. Als hij ontslagen was, dan zou AkzoNobel mogelijk enige last hebben gehad van het enigszins ongeorganiseerd vervangen van een belangrijke functionaris. Daar staat dan tegenover dat het ook niet de bedoeling kan zijn dat de Voorzitter kan aanblijven zonder het vertrouwen van de aandeelhouders(vergadering).

En bij beide uitkomsten had AkzoNobel de strijd achter zich kunnen laten en zich weer kunnen concentreren op de *business*. AkzoNobel moest een winstwaarschuwing afgeven,[44] na een periode waarin haar bedrijfsleiding veel met andere zaken bezig was.[45]

Noten

[*] Deze bijdrage is een bewerking van een blog op de website van bureau Brandeis. De auteur dankt Marije Hazenberg voor haar hulp bij het bewerken van die blog.

[1] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, JOR 2017/261 m.nt. Bulten, JIN 2017/116 m.nt. Wolf, AA 2017/713 m.nt. Raaijmakers sr. Zie ook F.G.K. Overkleeft, AkzoNobel, PPG en de Ondernemingskamer, MvO 2017, afl. 5-6, p. 135-140.

[2] F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Elliott en Akzo, WPNR 2017/7156.

[3] Rb. Amsterdam (vzr.) 10 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5845, JOR 2017/260 m.nt. Nowak.

[4] In een deel van deze gevallen ging het om pogingen om een algemene vergadering met een bepaald agendapunt bijeen te roepen (convocatierecht) en in een ander deel om het recht om een punt op de agenda te plaatsen van een door het bestuur bijeengeroepen algemene vergadering (agenderingsrecht). Voor deze bijdrage is het niet nodig om daartussen een strikt onderscheid te maken, omdat het agenderingsrecht onderdeel is van het convocatierecht. Zie par. 3.

[5] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2007, JOR 2007/42 m.nt. Blanco Fernández (Stork), Hof Amsterdam (OK) 6 september 2013, JOR 2013/272 m.nt. Josephus Jitta (Cryo-Save Group) en Hof Den Haag 31 mei 2016, JOR 2016/181 m.nt. Nowak (Boskalis/Fugro).

[6] Achter de verschillen in benadering gaan ook rechtspolitieke keuzes schuil. In de ene benadering heeft de Nederlandse rechter ruimte voor het maken van deze rechtspolitieke keuze. In de andere benadering is die keus reeds voor de Nederlandse rechter gemaakt door de Europese wetgever.

[7] De *hedge funds* konden niet anders dan aansturen op het ontslag van de gehele RvC in verband met het op structuurvennootschap Stork toepasselijke art. 2:161a BW. AkzoNobel is geen structuurvennootschap.

[8] Zie bijv. Peters & Eikelboom 2017 en J.H.M. Willems, Mogen aandeelhouders strategische onderwerpen agenderen?, *Ondernemingsrecht* 2017/116.

[9] Richtlijn 2007/36/EG.

[10] HvJ EU 24 januari 2012, ECLI:EU:C:2012:33 (Dominguez), r.o. 17 en 18. Zie ook HvJ EU 3 september 2009, NJ 2009/559 m.nt. Mok (Messner).

[11] Kamerstukken II 2008/09, 31746, 3, p. 8 en 9.

[12] Kamerstukken II 2009/10, 31058, 22, p. 21 en Kamerstukken II 2008/09, 31746, 7, p. 5.

[13] Asser/Hartkamp 3-I 2015/182, onder c.

[14] HvJ EU 29 april 2004, C-371/02 (Björnekulla), punt 13.

[15] HvJ EU 13 maart 2014, C-155/13 (SICES e.a.).

[16] HvJ EU 12 mei 1998, NJ 1999/239 (Kefalas): '20 Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen de justitiabelen in geval van misbruik of bedrog geen beroep op het gemeenschapsrecht doen (...) 21 Bijgevolg kan het niet in strijd met de communautaire rechtsorde worden geacht, dat de nationale rechterlijke instanties een nationale regel

toepassen zoals artikel 281 van het Griekse burgerlijk wetboek, om te beoordelen of van een uit een gemeenschapsbepaling voortvloeiend recht misbruik wordt gemaakt.’ Zie ook W. Snijders, Good faith as a Dutch and a European concept, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), The influence of EU law on national private law (Serie Onderneming en Recht, deel 81-I), Deventer: Kluwer 2014: ‘Those cases confirm in fact that the court is very reluctant in letting national norms like good faith or reasonableness and fairness interfere with the effect of European law. These norms may be applied by the national courts, but only as far as they can be said to coincide with a general principle of European law, leading to an identical result. Consequently the scope of this kind of national rules is in reality determined by the more restrictive general principles that are developed in European case law like abuse of right and fraud.’

[17] HvJ EU 12 mei 1998, NJ 1999/239 (Kefalas).

[18] Preambule onder (3).

[19] Preambule onder (3) en (7).

[20] Zie noot 1, 3 en 5.

[21] D.M.H. de Leeuw, Bescherming van stakeholders en de grenzen van het agenderingsrecht, Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming 2015/3.

[22] In gelijke zin: F.G.K. Overkleeft, Het agenderingsrecht voor aandeelhouders in beursvennootschappen: een aanzet tot (her)bezinning, Ondernemingsrecht 2009/167, par. 4.

[23] Op grond van art. 2:129 lid 1 en 4 BW kan in de statuten worden bepaald dat de algemene vergadering over de strategie gaat.

[24] Zie hierover uitgebreid F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Boskalis en Fugro, WPNR 2015/7061, par. 3.2.

[25] Zie HR 21 december 2001, NJ 2005/96, JOR 2002/38 m.nt. Faber (SOBI/Hurks) en Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010/61 m.nt. De Bres (AHAM).

[26] Zie ook Overkleeft 2009.

[27] Zie bijv. het FD van 20 mei 2017, ‘Ze moeten zelf beslissen wat ze in die bedenktijd doen’. Zie in dit kader ook het FD van 21 juni 2017, ‘Kamp voerde innig overleg met Akzo om PPG te weren’.

[28] Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot

wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft.

[29] Zie hierover ook J.W. Winter, De staat van ons vennootschapsrecht, Ondernemingsrecht 2011/98, par. 3 en 4 en Peters & Eikelboom 2017, in fine.

[30] Cassatie in het belang der wet heeft geen rechtsgevolgen voor partijen en kan niet door partijen worden ingesteld, zie art. 78 lid 6 Wet RO.

[31] Dit kan een reden zijn om de Staat als belanghebbende op te roepen in een procedure op de voet van art. 2:110 BW met betrekking tot een beursvennootschap. Vgl. Hof Den Haag 30 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL8979: 'In dit verband betoogt de Staat terecht dat hij er een redelijk belang bij heeft dat de Nederlandse rechter geen vonnissen wijst die conflicteren met (...) verdragen waarbij Nederland partij is (...), omdat in zo'n geval de Staat, aan wie dergelijke rechterlijke uitspraken internationaalrechtelijk moeten worden toegerekend, zijn verplichtingen die voor hem uit die verdragen voortvloeien zou schenden. De Staat heeft er dan ook een redelijk belang bij om voor de rechter, bij wie het geding (...) aanhangig is, zijn standpunt uiteen te zetten en te verdedigen.' Een andere optie is het horen van het Openbaar Ministerie (art. 44 lid 1 Rv).

[32] Zie HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:602 (Tomášová), met verdere verwijzingen, waaronder HvJ EU 30 september 2003, ECLI:EU:C:2003:513 (Köbler).

[33] Idem. Ik laat nu in het midden hoe deze schade moet worden berekend.

[34] Idem.

[35] HvJ EU 6 oktober 1982, NJ 1983/55 en HvJ EU 27 mei 1983, NJ 1983/561. Zie hierover ook Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/39.

[36] HvJ EU 27 oktober 1982, NJ 1983/350. Zie ook Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/39.

[37] Het lijkt me nuttig om op dit vlak een wetswijziging te overwegen. Als de ratio van art. 2:111 lid 3 BW is dat het onwenselijk is dat een machtiging tot bijeenroeping van een BAVA achteraf met terugwerkende kracht vervalt, kan dat als zodanig in de wet geregeld worden. Vgl. art. 1:384, 2:341a, 2:343b, 2:359 lid 2 en 3:53 lid 2 BW jo. art. 3:59 BW en art. 13 Fw.

[38] De prejudiciële spoedprocedure, berechting bij voorrang, versnelde procedure, vereenvoudigde procedure en de mogelijkheid om zonder conclusie van de advocaat-generaal uitspraak te doen. Ik laat deze mogelijkheden hier onbesproken.

[39] Zie het einde van art. 6 lid 1 Richtlijn.

[40] Vgl. H.J.M.N. Honée, Het ontslag van de bestuurder in wetshistorisch perspectief, De NV 1999, afl. 12, p. 280, HR 26 oktober 1984, NJ 1985/375 m.nt. Maeijer (Sjardin/Sjartec) en Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010/61 m.nt. De Bres (AHAM). Vgl. de Beschikking, r.o. 4.7.

[41] Zie bijv. het persbericht van AkzoNobel van 25 juli 2017 ('AkzoNobel convenes EGM and actions to improve shareholder relations'): 'This has included feedback from 285 meetings and calls with over 200 investors that have been held in the past six months and a shareholder survey conducted in June of investors holding more than 42% of the total shareholding.' CEO Buchner stelde in het FD van 26 juni 2017 ('We konden de chemietak niet eerder verkopen'): 'Sinds 1 juni ben ik bij 50 à 70 aandeelhouders langs geweest.'

[42] Om o.m. procestechnische redenen was het niet mogelijk om de voorzieningenrechter te laten bepalen dat het ontslagbesluit werd geagendeerd door de door AkzoNobel geplande BAVA. Er kunnen ook inhoudelijke redenen zijn voor twee BAVA's. De uitslag van de stemming staat veelal al voor de BAVA vast. Bijv. omdat (grote institutionele) beleggers stemmen op basis van vooraf afgegeven stemadviezen van partijen als ISS en Glass Lewis en/of omdat zij het er vooraf toe leiden dat hun stem op een bepaalde manier wordt uitgebracht. Dat kan betekenen dat de uitslag van de stemming al min of meer vaststaat voor de Voorzitter tijdens de BAVA de kans heeft om verantwoording af te leggen. Dat probleem speelt niet als sprake is van twee separate opeenvolgende BAVA's. Uit noot 41 blijkt echter dat AkzoNobel ook buiten vergadering veelvuldig contact zocht met aandeelhouders om de stemming te beïnvloeden. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 14 maart 2016, JOR 2017/89 (Delta Lloyd). In die zaak stuurden verzoekers aan op het splitsen van de agenda van de algemene vergadering in een informatieve algemene vergadering en pas later een vergadering met stemming. Zij vonden de informatieverstrekking voorafgaand aan de vergadering dusdanig gebrekkig dat er nog geen stemming kon plaatsvinden. De Ondernemingskamer oordeelde anders.

[43] Zie het FD van 8 september 2017, 'Valse start voor AkzoNobel'. Terzijde merk ik op dat dit leidt tot de vraag of het door AkzoNobel gehanteerde bestuursmodel, waarbij de bedrijfsleiding in handen is van een *executive committee* bestaande uit twee bestuurders en voor het overige uit werknemers, wel voldoende robuust is.

[44] Zie het FD van 8 september 2017, 'Valse start voor AkzoNobel'.

[45] Zie noot 41.

Reactie: convocatieright en agenderingsrecht – een rechtspolitieke wens als vader van Eikelbooms gedachten

F.G.K. Overkleeft

De auteur geeft een reactie op het eveneens in dit nummer gepubliceerde artikel van Eikelboom over het convocatieright (art. 2:110/111 BW) en het agenderingsrecht (art. 2:114a BW) van aandeelhouders in beursvennootschappen. De auteur laat zien dat Eikelboom in zijn beschouwing de verschillen in het toepasselijk juridisch kader voor deze onderscheidenlijke rechten miskent en dat Eikelboom voorts in dit verband een te brede uitleg aan artikel 6 van de Richtlijn Aandeelhoudersrechten uit 2007 geeft.

1 Inleiding

Floor Eikelboom heeft aan de hand van de AkzoNobel-casus een prikkelend artikel geschreven over het convocatieright (art. 2:110/111 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) en het agenderingsrecht (art. 2:114a BW) van aandeelhouders in beursvennootschappen.[1] Ik ben het op wezenlijke punten niet met hem eens. Dat is wat mij betreft niet erg. Eikelboom trekt interessante dwarsverbanden door de materie en hij vraagt op onderbouwde wijze aandacht voor de Europeesrechtelijke dimensie van de gerezen vragen. In zoverre doet het mij deugd om juist met hem de discussie over deze onderwerpen aan te kunnen gaan.

2 Convocatieright versus agenderingsrecht: twee verschillende dingen

Eerst iets over het onderscheid tussen het recht voor aandeelhouders om een bijzondere algemene vergadering van aandeelhouders (BAVA) bijeen te (doen) roepen enerzijds en het recht van aandeelhouders om agendapunten aan te dragen voor behandeling tijdens een door de vennootschapsleiding (bestuur en raad van commissarissen) bijeen te roepen algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) anderzijds. Het eerste recht, ook wel aangeduid als het convocatieright, is voor (beurs-)NV's geregeld in de artikelen 2:110 en 2:111 BW. Op grond van deze artikelen kunnen één of meer aandeelhouders die gezamenlijk ten minste 10% van het geplaatste kapitaal verschaffen de vennootschapsleiding verzoeken een BAVA uit te schrijven, waarbij de verzoekende aandeelhouders tevens een opgave van de te behandelen agendapunten moeten doen. Indien de vennootschapsleiding niet tijdig tot bijeenroeping van de verzochte BAVA overgaat, kunnen de verzoekende aandeelhouders de voorzieningenrechter vragen hen te machtigen om zelf de verzochte BAVA uit te schrijven.[2] Het tweede recht, aangeduid als het agenderingsrecht, is geregeld in artikel 2:114a BW. Deze regeling geeft één of meer aandeelhouders die gezamenlijk ten minste 3% van het kapitaal vertegenwoordigen het recht om aanvullende agendapunten aan te dragen voor behandeling tijdens een door de vennootschapsleiding uit te schrijven algemene vergadering. Deze

verzoeken kunnen betrekking hebben op de jaarlijkse AVA of op tussentijdse BAVA's die op initiatief van de vennootschapsleiding worden uitgeschreven. Hiermee is meteen het belangrijkste verschil tussen het convocatierecht enerzijds en het agenderingsrecht anderzijds gegeven. Bij het convocatierecht trekken de verzoekende aandeelhouders het initiatief naar zich toe om te bewerkstelligen dat een BAVA wordt gehouden, bij het agenderingsrecht blijft dit initiatief bij de vennootschapsleiding.

Eikelboom maakt in zijn bijdrage geen strikt onderscheid tussen deze twee rechten. Zijn benadering is om het convocatierecht en het agenderingsrecht gezamenlijk te presenteren als een mechanisme voor aandeelhouders om 'een punt op de agenda te krijgen van de algemene vergadering van een (...) beursvennootschap'.^[3] In noot 4 stelt Eikelboom dat het agenderingsrecht onderdeel is van het convocatierecht, een stelling die hij verder niet uitwerkt. Tegen deze achtergrond wekt Eikelboom de suggestie dat de Ondernemingskamer in haar beschikking van 29 mei 2017^[4] de vraag of Elliott recht had op de door haar gewenste BAVA ten onrechte had 'ontweken' door te wijzen op het feit dat Elliott voor de bijeenroeping van de BAVA de route van artikel 2:110/111 BW had kunnen bewandelen, en dat de Ondernemingskamer niet zou treden in de vraag of een dergelijk machtigingsverzoek aan de voorzieningenrechter toewijsbaar zou zijn.^[5] Ook Eikelbooms stelling dat AkzoNobel zich van een 'slimme truc' heeft bediend door zelf tot bijeenroeping van een BAVA over te gaan,^[6] moet tegen deze achtergrond worden gezien.

Volgens mij is Eikelbooms stelling dat het agenderingsrecht onderdeel is van het convocatierecht onjuist. Beide rechten kennen een eigen wettelijke regeling en voor gebruikmaking van deze rechten geldt een verschillend toetsingskader. Eikelbooms benadering om beide rechten op één hoop te gooien is daarmee niet verenigbaar met het positieve recht. De gedachte van Eikelboom om het convocatierecht en het agenderingsrecht in elkaar te schuiven lijkt te zijn ingegeven door een kennelijke wens om het rigide kader van artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten uit 2007^[7] zich naast het agenderingsrecht ook tot het convocatierecht te laten uitstrekken. Wat Eikelboom lijkt voor te staan is dat de rechter in het geval van AkzoNobel – in dit geval dus zowel de Ondernemingskamer als de voorzieningenrechter – het BAVA-verzoek van Elliott had moeten beoordelen als ware het een agenderingsverzoek, in welk geval artikel 2:114a BW in combinatie met artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten volgens hem weinig tot geen ruimte zou hebben gelaten om het verzoek van Elliott af te wijzen. Dat mag een rechtspolitieke wens zijn, namelijk het vergroten van de speelruimte voor (activistische) aandeelhouders binnen beursvennootschappen, maar de werkelijke juridische situatie is een andere.

3 De uitspraken van de Ondernemingskamer en de voorzieningenrechter nader bezien vanuit het convocatierecht

Dat de Ondernemingskamer in haar AkzoNobel-beschikking niet trad in de beoordeling van de vraag of een machtigingsverzoek van Elliott op grond van artikel 2:110/111 BW toewijsbaar zou zijn, lijkt me juist. De in artikel 2:111 BW voorziene procedure betreft immers een eigen rechtsingang. Elliott heeft er zelf voor gekozen om aanvankelijk niet het pad van artikel 2:111 BW te bewandelen, maar om de Ondernemingskamer te verzoeken bepaalde onmiddellijke voorzieningen te treffen, die in praktische zin tot bijeenroeping van de gewenste BAVA hadden moeten leiden. Voor de vraag of een verzoek tot onmiddellijke voorzieningen moet worden toegewezen, geldt de wettelijke toets van artikel 2:349a BW.[8] Omdat de Ondernemingskamer niet voorshands was gebleken dat er gegronde redenen waren om aan een juist beleid of aan een juiste gang van zaken te twijfelen (art. 2:349a lid 3 BW), wees zij de gevraagde onmiddellijke voorzieningen af.

Wel heeft de Ondernemingskamer getoetst in hoeverre de weigering van de vennootschapsleiding van AkzoNobel om tot uitschrijving van de gevraagde BAVA over te gaan, blijk gaf van dergelijke gegronde redenen, maar deze toets viel uiteindelijk negatief uit.[9] Ook dit oordeel kan ik volgen. Op grond van artikel 2:110/111 BW is de vennootschapsleiding immers niet verplicht om tot bijeenroeping van een gevraagde BAVA over te gaan, en de statuten van AkzoNobel bevatten kennelijk geen andersluidende regeling op dit punt. De vennootschapsleiding van AkzoNobel was dus niet gehouden om het verzoek van Elliott in te willigen. De beslissing om dit niet te doen leverde naar het oordeel van de Ondernemingskamer geen gegronde redenen op om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen.[10]

Bij de beschikking van de voorzieningenrechter in de Rechtbank Amsterdam op het machtigingsverzoek van Elliott[11] van 10 augustus 2017[12] speelt iets soortgelijks. De voorzieningenrechter heeft het verzoek van Elliott beoordeeld in de sleutel van artikel 2:110/111 BW. Daarbij heeft de voorzieningenrechter het te stellen ‘redelijk belang’ van Elliott getoetst op een wijze die verder gaat dan de ‘summerlijke toets’ die Elliott als beslismaatstaf had opgevoerd.[13] Hierbij heeft de voorzieningenrechter niet alleen gekeken naar de belangen van Elliott bij het houden van de verzochte BAVA en bij het tot stand brengen van de beoogde besluitvorming over het voorstel tot ontslag van Burgmans als voorzitter van de raad van commissarissen, maar ook nadrukkelijk naar de belangen van AkzoNobel.[14]

Hoewel hij dit niet met zoveel woorden schrijft, lijkt Eikelboom moeite te hebben met de ‘redelijk belang’-toets die de voorzieningenrechter hier heeft aangelegd. Ook hier steekt artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten weer de kop op. Eikelboom stelt – zonder dit uit te werken of toe te lichten – dat dit voorschrift ook van toepassing is op de agenda in het kader van een machtigingsverzoek.[15] Eikelboom lijkt hier impliciet een argument aan te ontleen dat een (volle) toetsing van een redelijk belang bij een convocatieverzoek niet

mogelijk is, omdat de Richtlijn aandeelhoudersrechten aan een belangenafweging bij voorgestelde agendapunten in de weg staat. Mogelijk staat hem hierbij een richtlijnconforme interpretatie van de voorschriften van artikel 2:110/111 BW voor ogen.[16]

Ik vraag mij af of dit juist is. De tekst van de Richtlijn aandeelhoudersrechten legt geen verbinding met mechanismen naar nationaal recht waarmee aandeelhouders in staat worden gesteld om in bepaalde omstandigheden zelf tot bijeenroeping van een aandeelhoudersvergadering over te gaan. Het ligt niet zonder meer voor de hand om aan te nemen dat de richtlijn verdergaande verplichtingen behelst dan uit de tekst (in samenhang met de considerans en de totstandkomingsgeschiedenis) blijkt. Bovendien is de aard van het convocatierecht volgens mij een wezenlijk andere dan de aard van het agenderingsrecht. Bij het convocatierecht is het immers de aandeelhouder die het initiatief voor het doen uitschrijven van een BAVA naar zich toe trekt, terwijl dit initiatief bij het agenderingsrecht bij de vennootschapsleiding blijft. De wet schrijft voor dat een aandeelhouder een redelijk belang bij het houden van de verzochte BAVA dient te hebben. Dat daarbij een belangenafweging wordt gemaakt, waarin mede kan worden betrokken wat de verzoekende aandeelhouders met de voorgestelde besluitvorming beogen te bereiken,[17] valt tegen de achtergrond van de ‘verschuiving’ van het initiatief om een BAVA bijeen te roepen van de vennootschapsleiding naar de verzoekende aandeelhouders goed te begrijpen. In deze omstandigheden ligt een richtlijnconforme interpretatie van het redelijk-belangvereiste van artikel 2:111 BW aan de hand van artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten niet, althans niet zonder meer, voor de hand.

Daarnaast is het zo dat in de literatuur nog verschillend wordt gedacht over de vraag of het woord ‘summierlijk’ uit artikel 2:111 BW ook slaat op het vereiste van redelijk belang,[18] en laat de eerdere rechtspraak zien dat voorzieningenrechtters wel vaker een meer dan summierlijke toets verrichten.[19] Het is dus geen gegeven dat de voorzieningenrechter een zwaardere toets voor het verzoek van Elliott heeft aangelegd dan is toegestaan onder de toewijzingsvereisten van artikel 2:111 BW.[20]

4 Agenderingsrecht – traditie versus modernisme

Dan toch nog iets over het agenderingsrecht, ondanks het feit dat dit recht zoals gezegd in de casus van AkzoNobel geen rol speelde. Eikelboom spreekt in zijn bijdrage van een tegenstelling tussen enerzijds een ‘traditionele of nationale’ benadering en anderzijds een ‘moderne of Europese benadering’ met betrekking tot het agenderingsrecht. Met de traditionele school duidt Eikelboom de schrijvers aan die verdedigen dat op basis van de redelijkheid en billijkheid bepaalde beperkingen kunnen worden gesteld aan het gebruik van het agenderingsrecht in de praktijk, iets wat volgens de moderne school (waartoe Eikelboom

zichzelf rekent) op grond van Europees recht niet zou zijn toegestaan. De benaming van de traditionele school is wellicht wat gezwollen – deze ‘school’ gaat namelijk terug op een artikel van mijn hand uit 2009.[21] Kennelijk wordt een mens in het ondernemingsrecht snel oud.

Hoe modern is de benadering van Eikelboom eigenlijk? In de kern gaat zijn benadering uit van een zeer strikte lezing van artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten gecombineerd met afschrikwekkende argumenten over waarom de richtlijntekst ook in Nederland naar de letter moet worden nageleefd. Waar Eikelboom geen aandacht aan besteedt, is het doel dat met de bepaling in artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten is nagestreefd en de bredere context van de totstandkoming van de Richtlijn aandeelhoudersrechten waartegen dit doel moet worden afgezet.[22] Naar mijn idee stond de Richtlijn aandeelhoudersrechten destijds in het teken van het faciliteren van de participatie van aandeelhouders teneinde de aandeelhoudersvergadering in de praktijk als volwaardig tegengewicht ten opzichte van de vennootschapsleiding in het bestel van corporate governance te kunnen positioneren.[23] Het op Europees niveau bewerkstelligen van een wezenlijke verandering (in formele dan wel in materiële zin) in de bevoegdheidsverdeling tussen de vennootschapsleiding enerzijds en aandeelhouders anderzijds in het ondernemingsrecht voor beursvennootschappen van de verschillende lidstaten lijkt daarbij niet te zijn beoogd. Hierbij moet tevens worden bedacht dat Nederland weliswaar al in 2004 een eigen regeling voor het agenderingsrecht had ingevoerd,[24] maar dat veel lidstaten ten tijde van de vaststelling van de Richtlijn aandeelhoudersrechten nog niet over een dergelijke regeling in hun ondernemingsrecht beschikten. Als al moet worden aangenomen dat de Richtlijn aandeelhoudersrechten op het punt van het agenderingsrecht wel tot doel had om een wijziging in de bevoegdheidsverdeling aan te brengen, dan was dit doel volgens mij eerder gericht op het faciliteren van de dialoog tussen vennootschapsleiding en aandeelhouders dan op het toekennen van (een vorm van) materiële invloed van aandeelhouders op de strategie en het beleid van de vennootschap.

Eikelboom verwijst in het kader van zijn beschouwingen over de misbruikuitzonderingen in het Europees recht in algemene zin naar ‘het door de regeling beoogde doel’, maar hij gaat niet in op wat in de context van artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten dat doel dan zou zijn. De passages uit de considerans waar hij naar verwijst,[25] zien niet op het agenderingsrecht, maar op het faciliteren van grensoverschrijdend stemmen. Grensoverschrijdend stemmen heeft niets te maken met de bevoegdheidsverdeling tussen vennootschapsleiding en aandeelhouders, het agenderingsrecht – althans in de interpretatie van Eikelboom – wel. Immers, in de lezing van Eikelboom moeten aandeelhouders elk onderwerp ter stemming kunnen agenderen zonder dat hierop enige inhoudelijke toetsing kan plaatsvinden, ook wanneer het gaat om een op initiatief van de desbetreffende aandeelhouders zelf bijeen te roepen BAVA.

De kernvraag is dus of met artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten is beoogd aan de lidstaten een algemeen en onbeperkt agenderingsrecht, zoals door Eikelboom verdedigd, op te leggen. Afgaand op de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn en de bredere beleidsdoelstellingen die destijds in het kader van het 'EU Action Plan' zijn geformuleerd, ben ik er niet van overtuigd dat dit het geval is. Het Gerechtshof Den Haag kwam in 2016 in Fugro ook nog tot het oordeel dat dit niet zo was,[26] waarbij wel geldt dat de Hoge Raad zich nog niet over deze vraag heeft uitgelaten. Eikelboom gaat ten onrechte aan deze onzekerheid voorbij en geeft ook overigens geen argumenten voor de stelling dat een agenderingsrecht in de door hem bedoelde zin wel is beoogd in het kader van de Richtlijn aandeelhoudersrechten.

Evenmin ben ik ervan overtuigd dat artikel 6 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten aan aandeelhouders het recht geeft om desverzocht over elk onderwerp te stemmen, dus ook als het een onderwerp betreft dat tot de exclusieve bevoegdheid van een ander orgaan behoort. Ook op dit punt is Eikelboom stellig. Onder verwijzing naar het Dominguez-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie uit 2012 stelt Eikelboom zonder omhaal dat het niet is toegestaan dat Nederland zelf aanvullende eisen formuleert voor het gebruik van het agenderingsrecht.[27] Eikelboom extrapoleert hiermee een overweging uit een arrest over een Europees minimum aan betaalde vakantiedagen naar het agenderingsrecht zonder zich de vraag te stellen in hoeverre artikel 6 van de Richtlijn aandeelhouders een vergelijkbaar karakter heeft als de desbetreffende voorschriften uit Dominguez. Hoe dan ook, in deze lezing zou het hanteren van een langere termijn voor 'strategische agenderingsverzoeken' op grond van de responstijd in de Code (*best practices* 4.1.6 en 4.1.7) of het weigeren van de vennootschapsleiding om bepaalde punten als stempunten in de agenda voor een aandeelhoudersvergadering op te nemen op gespannen voet staan met de Richtlijn aandeelhoudersrechten. Ook hier vraag ik mij af of de relevante bepaling uit de Richtlijn aandeelhoudersrechten, gelet op de beleidsdoelstellingen, de totstandkomingsgeschiedenis en overige bepalingen van de richtlijn, wel zo rigide moet worden uitgelegd.

Het door Eikelboom en ook door Willems[28] gebruikte argument dat aandeelhoudersresoluties over strategische onderwerpen waartoe de AVA niet bevoegd is voor de vennootschapsleiding niet bindend zijn, en er dus geen sprake is van een wijziging in de bevoegdheidsverdeling tussen vennootschapsleiding en aandeelhouders, vind ik een te gemakkelijke uitvlucht. Deze benadering ziet voorbij aan de feitelijke dynamiek die kan ontstaan rond een strategisch agenderingsverzoek, waarbij de vennootschapsleiding, ook al zijn haar bevoegdheden in juridische zin nog intact, feitelijk met de rug tegen de muur kan komen te staan tegenover een activistische aandeelhouder. De Ondernemingskamer toonde zich in AkzoNobel expliciet bewust van deze dynamiek in haar overwegingen over de vraag of de vennootschapsleiding van AkzoNobel had mogen oordelen dat vrijblijvend overleg met

bieder PPG in de gegeven omstandigheden geen reële mogelijkheid was.[29] Een dergelijke realiteitszin lijkt mij ook zeer nuttig in de discussie over het agenderingsrecht. Op dit punt is de zelfbenoemde moderne opvatting van Eikelboom niet echt vooruitstrevend te noemen.

5 Afronding

De discussie over het convocatieright en het agenderingsrecht is hiermee nog niet klaar. Sterker nog, met het onlangs in het regeerakkoord uitgesproken voornemen van het nieuwe kabinet voor een wettelijke bedenktijd van maximaal 250 dagen in geval van voorstellen voor een fundamentele strategiewijziging in het vooruitzicht[30] zijn de door Eikelboom aangestipte punten van groot belang voor de verdere discussie. Dit geldt in het bijzonder voor de Unierechtelijke dimensie, waar Eikelboom terecht aandacht voor vraagt.

Zoals Eikelboom zelf al aangeeft,[31] gaan achter de verschillende benaderingen rond het agenderingsrecht ook rechtspolitieke keuzes schuil. We moeten daarom met elkaar de discussie aangaan – en blijven aangaan – over de keuzes die we met betrekking tot het agenderingsrecht willen maken. Voor die verdere discussie is evenwel nodig dat we goed weten waar we over praten. Dit vraagt enerzijds een (meer) doorwrochte analyse van het Europees- en nationaalrechtelijk kader en anderzijds een gerichte blik op de verwachte effecten in de praktijk en de wenselijkheid daarvan.[32] Het strikt bewaken van het onderscheid tussen feitelijke argumenten ('het is') en normatieve argumenten ('het zou zo moeten zijn') is daarbij cruciaal. Daar hoort wat mij betreft ook bij dat we ons een reëel beeld vormen over de aard van moderne aandeelhouders in beursvennootschappen en over wat we van hen kunnen – en mogen – verwachten. Ongetwijfeld heeft Eikelboom daar andere ideeën over dan ik. Ik hoop dan ook dat wij onze discussie hierover kunnen voortzetten.

Noten

[1] Zie in dit nummer (MvO 2017, afl. 10), F. Eikelboom, Wat onder de oppervlakte bleef in de rechtspraak rond AkzoNobel (hierna: Eikelboom 2017).

[2] De statuten kunnen op punten een andersluidende regeling bevatten. Zo kan de ontvankelijkheidsdrempel van 10% van het geplaatste kapitaal in de statuten op een lager percentage worden vastgesteld. Voorts kunnen de statuten bepalen dat de verzoekende aandeelhouders ook zonder machtiging van de voorzieningenrechter zelf bevoegd zijn om tot bijeenroeping van een verzochte BAVA over te gaan indien de vennootschapsleiding niet of niet tijdig gehoor geeft aan een verzoek (vgl. art. 2:109 BW, waarin is bepaald dat de bevoegdheid tot bijeenroeping van een algemene vergadering bij statuten ook aan anderen dan de vennootschapsleiding kan worden toegekend).

[3] Eikelboom 2017, par. 2.1.

[4] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, JOR 2017/261 m.nt. C.D.J. Bulten (AkzoNobel). Hierover M.J.G.C. Raaijmakers, AkzoNobel. Bestuursautonomie in beurs-NV: behoud stand-alone-strategie en afwijzing overnamevoorstel, AA 2017, p. 713-722.

[5] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, JOR 2017/261 m.nt. C.D.J. Bulten (AkzoNobel), r.o. 3.28.

[6] Eikelboom 2017, par. 4.

[7] Richtlijn 2007/36/EG.

[8] Dit weet Eikelboom zelf ook maar al te goed, getuige zijn mooie proefschrift over dit onderwerp. Zie F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (diss. Groningen; IVO-reeks nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

[9] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, JOR 2017/261 m.nt. C.D.J. Bulten (AkzoNobel), r.o. 3.28.

[10] Hierbij kan nog de vraag worden gesteld in hoeverre het feit dat art. 2:111 BW voorziet in een wettelijke regeling waarmee een geweigerd convocatieverzoek kan worden voorgelegd aan de voorzieningenrechter, op zichzelf al een belangrijke aanwijzing is dat het weigeren van een dergelijk verzoek – in isolatie bezien – niet snel aanleiding zal geven tot het aannemen van een gegronde reden om aan een juist beleid of aan een juiste gang van zaken te twijfelen. De overwegingen van de Ondernemingskamer in AkzoNobel geven geen uitsluitel over het antwoord op deze vraag.

[11] Elliott trad in deze procedure samen met een andere aandeelhouder van AkzoNobel op. Omwille van de leesbaarheid wordt in het hiernavolgende enkel gesproken over ‘Elliott’.

[12] Rb. Amsterdam (vzr.) 10 augustus 2017, JOR 2017/260 m.nt. R.G.J. Nowak (AkzoNobel).

[13] Ibid., r.o. 4.5.

[14] De door de voorzieningenrechter aangelegde toets was niet geheel zonder precedent. Zie bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/336, waarin met verwijzing naar (oudere) rechtspraak wordt gesteld dat een voorzieningenrechter bij de beoordeling van de redelijkheid van het belang mede in aanmerking mag nemen wat verzoekers met de besluitvorming op de beoogde vergadering willen bereiken.

[15] Eikelboom 2017, par. 3.

[16] Een soortgelijk argument heeft Eikelboom eerder gepresenteerd in de beschouwing die hij

samen met Peters schreef naar aanleiding van de AkzoNobel-beschikking van de Ondernemingskamer. Zie F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Elliott en Akzo, WPNR 2017/7156.

[17] Zie bijv. Rb. Breda (pres.) 12 januari 1979, NJ 1981/219 (Tilburgsche Waterleiding Maatschappij).

[18] Zie S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen (diss. Groningen; IVO-reeks nr. 31), Deventer: Kluwer 1999, nr. 143 e.v., met verwijzingen naar de wetsgeschiedenis van het ontwerp-Nelissen uit 1910 (waaruit het huidige art. 2:111 BW voortkomt), waarin ook geen eenduidig antwoord op deze vraag besloten ligt.

[19] Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/336 voor een overzicht van oudere rechtspraak.

[20] Anders: R.G.J. Nowak in zijn noot bij Rb. Amsterdam (vzr.) 10 augustus 2017, JOR 2017/260 (AkzoNobel), nr. 8.

[21] F.G.K. Overkleef, Het agenderingsrecht voor aandeelhouders in beursvennootschappen: een aanzet tot (her)bezinning, Ondernemingsrecht 2009/167.

[22] Zie F.G.K. Overkleef, De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen – een analyse van recht, gebeurtenissen en ideeën (diss. Rotterdam; IVO-reeks nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 247-267.

[23] Overkleef 2017, p. 386-387.

[24] Overkleef 2017, p. 218-247 en 323-344.

[25] Eikelboom 2017, par. 2.1.

[26] Hof Den Haag 31 mei 2016, JOR 2016/181 m.nt. R.G.J. Nowak (Fugro), i.h.b. r.o. 19-24.

[27] Eikelboom 2017, par. 2.1 en noot 10.

[28] J.H.M. Willems, Mogen aandeelhouders strategische onderwerpen agenderen?, Ondernemingsrecht 2017/116.

[29] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, JOR 2017/261 m.nt. C.D.J. Bulten (AkzoNobel), r.o. 3.23: 'In deze omstandigheden is het niet onbegrijpelijk dat AkzoNobel er – in ieder geval ten tijde van de ontvangst van het derde voorstel van PPG op 24 april 2017 – minst genomen rekening mee hield dat (inhoud en verloop van) inhoudelijke besprekingen tussen AkzoNobel en PPG

niet vertrouwelijk zouden blijven, met als gevolg dat een zodanige dynamiek zou ontstaan, onder meer met betrekking tot de beurskoers van AkzoNobel en de samenstelling van haar aandeelhoudersbestand dat er geen begaanbare weg terug meer zou zijn.'

[30] 'Vertrouwen in de toekomst', regeerakkoord 2017-2021 van VVD, CDA, D66 en ChristenUnie van 10 oktober 2017, bron: www.kabinetsformatie2017.nl, p. 34.

[31] Eikelboom 2017, p. 2.1, noot 6.

[32] Zie ook Overkleef 2017, p. 521-553.

Naschrift naar aanleiding van: 'Reactie: convocatierecht en agenderingsrecht – een rechtspolitieke wens als vader van Eikelbooms gedachten'

F. Eikelboom

De auteur reageert op de reactie van Overkleef op zijn artikel 'Wat onder de oppervlakte bleef in de rechtspraak rond AkzoNobel' (MvO 2017, afl. 10).

1 Inleiding

Aan het einde van zijn reactie op mijn bijdrage in dit nummer (hierna: Reactie Overkleef en mijn MvO-artikel) nodigt Frans Overkleef mij uit om de discussie met hem voort te zetten.^[1] Op die uitnodiging ga ik graag in.

Tevens noopt de Reactie Overkleef mij om mijn standpunt te verduidelijken, hetgeen sommigen wellicht als herhaling opvatten. Om dat te voorkomen zal ik soms korthedshalve verwijzen naar het WPNR-artikel^[2] dat ik samen met Frank Peters schreef over de beschikking van de Ondernemingskamer met betrekking tot dezelfde kwestie (hierna: het WPNR-artikel).^[3] Ik volsta bijvoorbeeld met een verwijzing naar paragraaf 4 en 5 van het WPNR-artikel met betrekking tot het door de Ondernemingskamer (in het kader van de vraag of naar haar voorlopig oordeel sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen) ontwijken van de vraag of Elliott recht had op een BAVA.^[4] Wat betreft de voorgestelde 250 dagen bedenktijd en de eerdere incarnatie daarvan (de responstijd uit de Corporate Governance Code)^[5] verwijs ik naar paragraaf 7.6.1 van mijn proefschrift,^[6] in het bijzonder naar het aldaar genoemde standpunt van de minister van Financiën en de Commissie vennootschapsrecht, dat het introduceren van zo'n aanvullende termijn voor gebruikmaking van het agenderingsrecht in strijd is met artikel 6 lid 3 EU-richtlijn^[7] betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (hierna: Richtlijn).

2 Verhouding convocatie- en agenderingsrecht

Uit zijn reactie blijkt dat Overkleef het positieve recht anders benadert dan ik. Zijn uitgangspunt is het Nederlandse recht.[8] Dat maakt een onderscheid tussen het convocatierecht (art. 2:110/111 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) en het agenderingsrecht (art. 2:114a BW) en dat zou ik over het hoofd zien. Ik benader het echter vanuit het Europese recht, meer specifiek artikel 6 lid 1 Richtlijn. Die bepaling stelt eisen aan het Nederlandse recht. Andersom geldt dat niet. Om die reden is het Europese recht leidend. De vraag is dus in hoeverre het Europese recht een onderscheid maakt tussen het convocatie- en agenderingsrecht en of Overkleef of ik dat onderkent.

Op grond van artikel 6 lid 1 Richtlijn dient het Nederlandse recht te voorzien in een recht van aandeelhouders om (1) onderwerpen en (2) ontwerpbesluiten op de agenda van een algemene vergadering te plaatsen. De lidstaten kunnen enkel recht (1) beperken en dat slechts tot de jaarlijkse algemene vergadering, zo vervolgt artikel 6 lid 1 Richtlijn. Nu Nederland niet van die mogelijkheid gebruik heeft gemaakt, dient het agenderingsrecht te gelden ten aanzien van elke algemene vergadering, dus ook voor een algemene vergadering die via de band van artikel 2:110/111 BW wordt ingeleid.[9] In die zin is het agenderingsrecht dus – anders dan Overkleef centraal stelt in zijn reactie – onderdeel van het convocatierecht (en volgens mij blijkt dat voldoende duidelijk uit mijn MvO-artikel[10] en het WPNR-artikel[11]).

Overkleef heeft echter gelijk – maar ik heb ook nooit anders beweerd[12] – dat artikel 6 lid 1 Richtlijn niet beoogt aan aandeelhouders het recht te verschaffen om een aandeelhoudersvergadering bijeen te (doen) roepen op het door hen gewenste tijdstip. Dat betekent dat artikel 2:110/111 BW slechts deels richtlijnconform moeten worden uitgelegd. Het gaat dan met name om de vraag of een aandeelhouder die van zijn convocatierecht gebruik probeert te maken een redelijk belang heeft. Voor zover het gaat om de inhoud van de agenda van de gewenste algemene vergadering dient de term ‘redelijk belang’ richtlijnconform te worden uitgelegd. Er is om die reden[13] geen ruimte voor het oordeel dat een aandeelhouder geen redelijk belang heeft, omdat het gewenste besluit weliswaar strikt genomen behoort tot de bevoegdheid van de algemene vergadering, maar tevens implicaties heeft voor de strategie (zie par. 3 en 5 hierna), of omdat de aandeelhouder zich onredelijk opstelt, bijvoorbeeld door het bestuur onder druk te willen zetten (zie par. 3 hierna). Als het echter gaat om de vraag of de aandeelhouder er een redelijk belang bij heeft dat op korte termijn een aandeelhoudersvergadering wordt bijeengeroepen – dus of de aandeelhouder met zijn agenderingsverzoek niet kan wachten op de eerstvolgende door bestuur of raad van commissarissen bijeengeroepen vergadering –, is er geen aanleiding voor een richtlijnconforme wetstoepassing, omdat de Richtlijn met betrekking tot die vraag zwijgt.

3 Wijziging bevoegdheden

In de Reactie Overkleeft staat tevens centraal het argument dat de Richtlijn geen wijziging in bevoegdheden beoogt.[14] Ik vind dergelijke argumentaties[15] altijd lastig te begrijpen, in het bijzonder met betrekking tot de AkzoNobel-casus waarop mijn MvO-artikel zag. De wet bepaalde toch reeds voor de invoering van de Richtlijn dat de algemene vergadering commissarissen kan ontslaan?[16]

De desbetreffende argumenten in de Reactie Overkleeft lijken eerder te zien op de Fugro/Boskalis-casus, waarin het ging om een niet-bindende motie over een onderwerp dat *an sich* niet behoort tot de bevoegdheid van de algemene vergadering. Wat dergelijke moties betreft is het van tweeën één: óf het meerderheidsstandpunt in de literatuur is juist dat moties reeds voor de Richtlijn mogelijk waren[17] – maar wat is dan de relevantie van het desbetreffende argument? – óf de Richtlijn noopte wel degelijk tot een introductie van een bevoegdheid, namelijk de bevoegdheid tot moties. Artikel 6 lid 1 Richtlijn zondert moties namelijk niet uit van het verplicht te implementeren agenderingsrecht.[18]

Overkleeft vindt het te makkelijk om te stellen dat moties niet binden en stelt dat de vennootschapsleiding met de rug tegen de muur kan komen te staan door een agenderingsverzoek met implicaties voor de strategie, en ziet daarin, als ik hem goed begrijp, een grond om dergelijke verzoeken te weigeren. Ik begrijp dat niet. Procedures over het agenderings- en convocatierecht worden enkel gevoerd als de vennootschapsleiding mants genoeg is om de (agenda)wensen van aandeelhouders te weigeren. Dat impliceert toch dat (de organen van) de vennootschapsleiding niet zwicht(en) onder aandeelhoudersdruk? Wat is dan het probleem? Of anders gezegd, wat is hier de verzwegen premisse? Dat de vennootschapsleiding stiekem meent dat het niet uit te leggen is aan (buitenlandse) aandeelhouders dat een aangenomen motie niet wordt gevolgd?

Daarnaast lijkt Overkleeft mijn standpunt[19] over het hoofd te zien dat een agenderingsvoorstel met betrekking tot een nietig besluit, bijvoorbeeld omdat het in strijd is met de wettelijke of statutaire bevoegdheidsverdeling tussen de organen, kan worden geweigerd wegens misbruik van gemeenschapsrecht. Een ontslagbesluit of motie is echter niet nietig, omdat het naast het primaire (rechts)gevolg eveneens implicaties heeft voor de strategie.

4 Doel en strekking van de Richtlijn

In zijn reactie lijkt Overkleeft ook het doel en de strekking van de Richtlijn vanuit het Nederlandse recht te willen benaderen. De Richtlijn zou gericht zijn op het faciliteren van een dialoog tussen vennootschapsleiding en aandeelhouders.[20] Dat was het doel waarmee

Nederland het agenderingsrecht introduceerde voor de Richtlijn,[21] maar woorden als dialoog, overleg, consultatie en dergelijke komen niet voor in de Richtlijn. In plaats daarvan is de Richtlijn gericht op het faciliteren dat aandeelhouders daadwerkelijk gebruik kunnen maken van hun zeggenschapsrechten, hetgeen blijkens artikel 6 Richtlijn niet alleen inhoudt dat aandeelhouders grensoverschrijdend kunnen stemmen, maar tevens dat zij besluiten kunnen agenderen waarover zij kunnen stemmen.

Overkleefst stelt dat de eerste inhoudelijke – dus inleidende – overweging van de preambule alleen zou zien op grensoverschrijdend stemmen.[22] Dat zou ook gelden voor de daarin opgenomen frase dat effectieve zeggenschap van de aandeelhouders een eerste vereiste voor een goede corporate governance is en bijgevolg dient te worden vergemakkelijkt en aangemoedigd. Ik begrijp niet waarom deze overwegingen niet eveneens zouden zien op het faciliteren van zeggenschap in de zin dat aandeelhouders zelf het initiatief kunnen nemen voor besluiten van de algemene vergadering en daarover vervolgens kunnen stemmen.

5 Eisen aan agenderingsrecht

Dan de vraag of het richtlijnconform is dat het Nederlandse recht aanvullende eisen stelt aan gebruikmaking van het agenderingsrecht, bijvoorbeeld de eis dat het te agenderen besluit geen implicaties voor de strategie zou mogen hebben. In vervolg op zijn – in mijn ogen dus onjuiste – lezing van het doel en de strekking van de Richtlijn is Overkleefst er niet van overtuigd dat dit niet zou mogen.[23] Hij vraagt zich tevens af of het Dominguez-arrest,[24] waaruit ik onder meer afleid dat aanvullende eisen niet mogen, wel kan worden geëxtrapoleerd. Het Messner-arrest,[25] waarop ik mij tevens beroep, laat hij evenwel onbesproken. Deze arresten staan voorts niet op zichzelf.[26] Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie blijkt sinds jaar en dag dat geen afbreuk mag worden gedaan aan de volle werking en eenvormige toepassing van EU-regels en aan de doeltreffendheid en effectiviteit van rechten die op grond van EU-richtlijnen moeten bestaan. Dat geldt ook met betrekking tot het stellen van aanvullende eisen op nationaal niveau. In zijn reactie betwist Overkleefst niet mijn stelling dat van het agenderingsrecht weinig terechtkomt als het afhankelijk wordt gemaakt van een belangenafweging met betrekking tot de inhoud van het besluit, aangezien alle agenderingspogingen met betrekking tot beursvennootschappen daarop afstuiten in de Nederlandse rechtspraak.[27]

6 Rechtspolitiek

Overkleefst dicht mij een rechtspolitieke wens toe om (activistische) aandeelhouders zo veel mogelijk speelruimte binnen beursvennootschappen te geven.[28] Dat ziet hij verkeerd. Hoewel ik de vrees voor aandeelhoudersinvloed die bij sommigen leeft niet deel,[29] ben ik

ook niet (altijd) voor aandeelhoudersinvloed. In plaats daarvan zie ik graag dat dit onderwerp zo veel mogelijk in de statuten kan worden geregeld (inrichtingsvrijheid) en dat de in de wet en statuten gemaakte keuzes consistent worden toegepast in de rechtspraak (vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid).[30]

Aan dat laatste schort het met betrekking tot het agenderingsrecht in de Nederlandse praktijk. Gegeven de keus van de wetgever om dwingendrechtelijk te bepalen dat de algemene vergadering de commissarissen kan ontslaan,[31] de wet daarbij geen ontslaggronden voorschrijft en het aanvaarden van het agenderingsrecht uit de Richtlijn (waarbij geen redelijkheidstoets of iets dergelijks geldt), is het inconsistent als aandeelhouders worden afgehouden van het uitoefenen van die bevoegdheden, ook als dat gebeurt op grond van de autonomie van bestuur en commissarissen. Als die autonomie bij beursvennootschappen zwaarder moet wegen – bijvoorbeeld omdat anders ons stakeholdersmodel wordt ondermijnd – dient de ontslagbevoegdheid met betrekking tot beursvennootschappen niet langer aan de aandeelhouders te worden geattribueerd (aangenomen dat art. 6 lid 1 Richtlijn blijft gelden[32]).

De huidige praktijk komt neer op doen alsof aandeelhouders bepaalde rechten hebben, maar deze vervolgens niet honoreren als het erop aankomt. Dat neemt de onrust over aandeelhoudersinvloed niet weg, schaadt het vertrouwen van (potentiële) kapitaalverschaffers en is op de lange termijn onhoudbaar om de hierboven en in mijn MvO-artikel genoemde juridisch-technische redenen. Ik kan me niet goed voorstellen dat Overkleef dat wel wenselijk zou vinden.

7 Tot slot

Overkleef en ik zijn het evenwel roerend eens dat de discussie over het convocatie- en het agenderingsrecht nog wel even zal worden gevoerd. Het antwoord op die discussie zal uiteindelijk moeten komen van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Noten

[1] Zie in dit nummer (MvO 2017, afl. 10) F. Eikelboom, Wat onder de oppervlakte bleef in de rechtspraak rond AkzoNobel; en F.G.K. Overkleef, Reactie: convocatierecht en agenderingsrecht – een rechtspolitieke wens als vader van Eikelbooms gedachten .

[2] F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Elliott en Akzo, WPNR 2017/7156. De inleiding van mijn MvO-artikel beschrijft hoe dat zich verhoudt tot het WPNR-artikel.

[3] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, JOR 2017/261 m.nt. Bulten.

[4] Zie Reactie Overkleeft, par. 2.

[5] Zie Reactie Overkleeft, par. 4 en 5.

[6] F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (diss. Groningen; IVO-reeks nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

[7] Richtlijn 2007/36/EG.

[8] Zie bijv. Reactie Overkleeft, par. 2.

[9] Dat blijkt ook uit het feit dat art. 6 lid 1 Richtlijn bepaalt dat het agenderingsrecht alleen mag worden beperkt tot de jaarlijkse algemene vergadering, mits aandeelhouders een convocatierecht hebben dat mede het agenderingsrecht omvat. Art. 6 lid 1 Richtlijn biedt dus enkel de mogelijkheid om het agenderingsrecht niet te doen gelden met betrekking tot bijzondere algemene vergaderingen die door het bestuur of de raad van commissarissen bijeen zijn geroepen, bijv. om te voldoen aan art. 18 lid 1 Besluit openbare biedingen Wft.

[10] Zie par. 3.

[11] Zie bijv. par. 7 en noot 64 daarbij.

[12] Zie mijn MvO-artikel, par. 3 en het WPNR-artikel, par. 7.

[13] Zie ook het WPNR-artikel, par. 7 en par. 4 hierna.

[14] Reactie Overkleeft, par. 4.

[15] Deze komen bijv. ook voor in de wenk bij RO 2015/38, D.M.H. de Leeuw, Bescherming van stakeholders en de grenzen van het agenderingsrecht, Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming 2015/3 en Hof Den Haag 31 mei 2015, JOR 2016/181 m.nt. Nowak (Fugro/Boskalis).

[16] Art. 2:144 jo. art. 2:142 BW. Dit is voorts in art. 25.2 van de statuten van AkzoNobel bepaald. Zie ook noot 24 van het WPNR-artikel met betrekking tot het structuurregime en AkzoNobel.

[17] Zie de noot van Nowak in JOR 2015/135, onder 8, met verdere vindplaatsen.

[18] Zie hierover F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Boskalis en Fugro, WPNR 2015/7061 en J.H.M. Willems, Mogen aandeelhouders strategische onderwerpen agenderen?, Ondernemingsrecht 2017/116.

[19] Zie het WPNR-artikel, par. 7. Zie meer uitgebreid Peters & Eikelboom 2015, par. 3.2. Overigens kent Overkleeft dit standpunt, omdat hij naar het desbetreffende artikel verwijst in zijn mooie proefschrift *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen* (diss. Rotterdam; IVO-reeks nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 6.3.3.

[20] Reactie Overkleeft, par. 4.

[21] R.A.F. Timmermans, *Het agenderingsrecht, preferente beschermingsaandelen en oligarchische clausules*, *Ondernemingsrecht* 2012/121, par. 2.2. De wens om een dialoog te faciliteren komt mij overigens typisch Nederlands voor. In andere landen lijkt de leidingstijl veel autoritairder en is confrontatie het middel van de niet-machthebbers om op te komen voor hun belangen. Het thans hoogoplopende conflict tussen de Catalaanse deelstaatregering en de centrale Spaanse overheid is daarvan een goed voorbeeld. Ik vraag me af of er in EU-verband wel voldoende draagvlak is voor een richtlijn die zo iets beoogt als het faciliteren van een dialoog.

[22] Reactie Overkleeft, par. 4.

[23] Reactie Overkleeft, par. 4.

[24] HvJ EU 24 januari 2012, ECLI: EU:C:2012:33 (Dominguez), r.o. 17 en 18.

[25] Zie ook HvJ EU 3 september 2009, NJ 2009/559 m.nt. Mok (Messner), r.o. 24.

[26] Zie mijn in noot 7 genoemde proefschrift, par. 7.4.2 en 7.4.3, met verdere verwijzingen naar o.m. het werk van (Wouter) Snijders en Wissink in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU law on national private law* (Serie Onderneming en Recht, deel 81-I), Deventer: Kluwer 2014. Nowak concludeert na het bestuderen van die bronnen in zijn noot in de JOR (2017/260) dat 'richtlijnconforme uitleg naar de heersende opvatting meebrengt dat nationale corrigerende instrumenten zoals (naar Nederlands recht) de redelijkheid en billijkheid niet zonder meer kunnen worden toegepast als daardoor de werking van het gemeenschapsrecht wordt gehinderd of beperkt'. Het is jammer dat Overkleeft die bronnen niet in zijn analyse betreft.

[27] Zie mijn MvO-artikel, par. 2.1, met verdere vindplaatsen.

[28] Reactie Overkleeft, par. 2 en de titel.

[29] Degenen die deze angst wel voelen, verwijs ik graag naar een tweetal artikelen in *The Economist* van 7 februari 2015 ('An investor calls' en 'Shareholder activism: Capitalism's unlikely heroes').

[30] Dat ik pleit voor consistent recht is overigens niet nieuw, zie het WPNR-artikel, par. 9 en mijn MvO-artikel, par. 2.1.

[31] Art. 2:144 jo. art. 2:142 BW. Het structuurregime laat ik hier buiten beschouwing.

[32] Zie par. 2.1, in fine van mijn MvO-artikel.

ANNOTATIE

Fortuna: een ‘commissaris’ zonder raad van commissarissen maar met bevoegdheid

A. Spaargaren en A.S. van der Heide

De auteurs bespreken de Fortuna-beschikking van de Ondernemingskamer. In deze beschikking wordt als onmiddellijke voorziening een commissaris benoemd, die geen deel uitmaakt van de raad van commissarissen en exclusief bevoegd is te beslissen over de informatievoorziening aan de aandeelhouders. De auteurs onderzoeken hoe dit zich verhoudt tot de heersende leer.

1 Inleiding

Op 24 april 2017 wees de Ondernemingskamer een beschikking waarin zij een commissaris benoemde zonder toezichthoudende taak, die geen deel uitmaakt van de raad van commissarissen.^[1] De aan de commissaris toebedeelde taak ziet op de informatievervalschafting aan de aandeelhouders met het oog op een ter algemene vergadering te verlenen artikel 2:107a BW-goedkeuring.

Op het eerste gezicht een opvallende onmiddellijke voorziening. Niet eerder heeft de Ondernemingskamer expliciet overwogen dat een commissaris geen deel uitmaakt van de raad van commissarissen. Komt de Ondernemingskamer deze vrijheid toe bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen, en is de benoemde commissaris in feite wel een commissaris in de zin van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW)?

Een ander opvallend aspect is de informatievervalschafting aan de (minderheids)aandeelhouders buiten de algemene vergadering om. De bevoegdheden die in dat kader aan de commissaris worden toebedeeld, verhouden zich lastig tot de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen in het algemeen. De bijzondere omstandigheden van dit geval, waaronder een ruime statutaire bepaling ten aanzien van informatievervalschafting, hebben de Ondernemingskamer waarschijnlijk tot dit oordeel bewogen.

2 Fortuna-beschikking

Aandeelhouder Franklin Templeton Investment Funds c.s. (hierna: Templeton) verzocht de

Ondernemingskamer een enquête te gelasten en onmiddellijke voorzieningen te treffen bij Fortuna Entertainment Group N.V. (hierna: Fortuna). Fortuna's meerderheidsaandeelhouder Fortbet Holdings Limited (hierna: Fortbet) was als belanghebbende verschenen in de procedure. In de beschikking van 24 april 2017 wordt, vanwege het spoedeisende karakter hiervan, enkel beslist ten aanzien van het verzoek van Templeton tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen.[2]

2.1 Feiten

Kort gezegd speelde in deze zaak het volgende. Het aan de beurzen van Praag en Warschau genoteerde Fortuna staat aan het hoofd van de Fortunagroep en houdt zich bezig met kansspelen. Voorheen werden alle aandelen in Fortuna gehouden door Penta Investments Ltd. (hierna: Penta). Thans houdt Fortbet (100%-dochter van Penta) 68,25% van de aandelen in Fortuna, Templeton 10,61% en de overige 21,14% van de aandelen vormt de *free float*. Fortbet is enig aandeelhouder van vier Roemeense vennootschappen, gemakshalve gezamenlijk aangeduid als de Targets.

Eind november 2016 is Fortuna in overleg getreden met Penta en Fortbet over een overname van de Targets (hierna: de Transactie). In het kader van de Transactie is Fortuna in de gelegenheid gesteld om een *financial due diligence* bij de Targets te verrichten. Ook heeft zij door Deloitte een waarderingsrapport op laten stellen, waarin Deloitte overigens expliciet vermeldt dat het geen *fairness opinion* betreft. Op 13 maart 2017 besluit het bestuur van Fortuna vervolgens tot het aangaan van de Transactie, onder voorbehoud dat de algemene vergadering goedkeuring geeft voor de Transactie op basis van artikel 2:107a BW. Daartoe roept zij haar aandeelhouders op voor een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders (BAVA) te houden op 26 april 2017.

Als agendapunt voor de BAVA is het verlenen van goedkeuring als bedoeld in artikel 2:107a BW aan de overname van de Targets opgenomen. De statuten van Fortuna bepalen dat, indien de algemene vergadering een goedkeuringsrecht heeft, de directie en de raad van commissarissen de algemene vergadering door middel van een aandeelhouderscirculaire inlichten over alle feiten en omstandigheden die relevant zijn voor de te verlenen goedkeuring (art. 33 lid 5). In dat kader bevat de oproep *explanatory notes*.^[3] Hierin staat onder meer vermeld dat de koopprijs EUR 47 miljoen bedraagt, uitgaande van een pro-forma-EBITDA van EUR 2,5 miljoen over 2016, en dat deze prijs onderbouwd zou worden door een '*independent third party evaluation*'. Hiermee wordt gedoeld op voornoemd waarderingsrapport van Deloitte, dat echter niet aan de aandeelhouders is verstrekt.

Templeton klaagt zich er bij Fortuna over dat de oproep voor de BAVA geen toereikende

informatie bevat om Templeton en de overige minderheidsaandeelhouders in staat te stellen te beoordelen of de Transactie daadwerkelijk *at arm's length* is. Zo komt de beoogde overnameprijs, uitgaande van de pro-forma-EBITDA van EUR 2,5 miljoen, neer op een *multiple* van 20. Voorts uit Templeton haar zorgen over het tegenstrijdig belang van twee van de drie commissarissen van Fortuna, die gelieerd zijn aan Penta. Templeton verzoekt Fortuna derhalve om ten behoeve van alle aandeelhouders informatie openbaar te maken met betrekking tot de waarderingen door onafhankelijke derden, de resultaten van het *due diligence*-onderzoek, de berekening en de structuur van de koopprijs en alle voorwaarden van de Transactie. In reactie daarop heeft Fortuna de waardering van de Targets nader toegelicht en de overnameprijs nader onderbouwd. Hierbij spreekt zij evenwel nog steeds over een *independent third party evaluation*, doelend op het waarderingsrapport van Deloitte, terwijl Deloitte zelf in het rapport heeft opgemerkt dat haar waardering niet als een *fairness opinion* kan worden beschouwd, daar het in overwegende mate berust op door Fortuna aan Deloitte verstrekte strategische en financiële aannames en projecties. De overige opgevraagde aanvullende informatie weigert Fortuna te verstrekken en zij merkt op dat tijdens de BAVA (resterende) vragen kunnen worden gesteld. Een herhaald verzoek van Templeton om informatie maakt niet dat Fortuna haar houding wijzigt.

Templeton heeft zich vervolgens bij verzoekschrift van 12 april 2017 tot de Ondernemingskamer gewend en, mede gelet op de naderende BAVA van 26 april 2017, als onmiddellijke voorzieningen verzocht:

1. te verbieden dat de algemene vergadering van Fortuna besluiten neemt aangaande de Transactie;
2. Fortuna te verbieden handelingen te verrichten die zijn gericht op het aangaan dan wel uitvoeren van de Transactie;
3. alle besluiten van Fortuna over de Transactie te schorsen; en
4. een onafhankelijke bestuurder van Fortuna te benoemen.

2.2 Getroffen onmiddellijke voorzieningen

De Ondernemingskamer stelt voorop dat de Transactie twee bijzondere kenmerken heeft:

1. Het aangaan van de Transactie is een besluit als bedoeld in artikel 2:107a BW.
2. De belangen van Fortuna en haar grootaandeelhouder Fortbet bij de Transactie zijn tegengesteld aan elkaar.

De Ondernemingskamer acht de bij de oproep voor de BAVA verstrekte informatie, mede gelet op artikel 33 lid 5 van de statuten van Fortuna, voor de (minderheids)aandeelhouders ontoereikend om zich een eigen oordeel te kunnen vormen over de Transactie. Bovendien heeft Fortuna ten aanzien van de betekenis van de waardering door Deloitte een indruk gewekt die niet strookt met de werkelijkheid. Als een *independent third party evaluation* kan haar waardering immers niet worden gezien. Dit klemmt temeer nu het gaat om een transactie tussen gelieerde partijen.

De Ondernemingskamer concludeert dan ook dat Fortuna ernstig tekort is geschoten in haar informatieverplichting tegenover haar (minderheids)aandeelhouders. Dat is een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen.[4] Het treffen van onmiddellijke voorzieningen acht de Ondernemingskamer aangewezen. De Ondernemingskamer verbiedt dat op de BAVA van 26 april 2017 de goedkeuring van de Transactie in stemming zal worden gebracht. Daarnaast benoemt de Ondernemingskamer een commissaris die, met het oog op de door de algemene vergadering te verlenen goedkeuring aan de Transactie, exclusief bevoegd is te beslissen over de aard, omvang, inhoud en *timing* van de door Fortuna aan haar aandeelhouders te verstrekken informatie. Deze commissaris, zo overweegt de Ondernemingskamer, zal geen deel uitmaken van de raad van commissarissen. Zijn taak is uitsluitend gelegen in het uitoefenen van genoemde exclusieve bevoegdheid.[5]

3 Opzienbarende beschikking?

3.1 Reikwijdte onmiddellijke voorzieningen

Als er nog geen enquêteverzoek is gelast, kan de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen treffen indien er naar haar voorlopig oordeel gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen. De Ondernemingskamer heeft daarbij de vrijheid zodanige onmiddellijke voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzakelijk acht.[6] De Ondernemingskamer is niet beperkt tot de in artikel 2:356 BW opgesomde voorzieningen. Ook is zij in beginsel niet gebonden aan de verzochte voorzieningen.

Van die vrijheid heeft de Ondernemingskamer in dit geval ruimschoots gebruik gemaakt. Zo heeft de Ondernemingskamer in de Fortuna-beschikking de verzochte onmiddellijke voorzieningen sub a t/m c samengevoegd tot één onmiddellijke voorziening, namelijk een verbod dat op de BAVA de goedkeuring van de Transactie in stemming zal worden gebracht. Verder verzocht Templeton de Ondernemingskamer een onafhankelijke bestuurder te benoemen. De Ondernemingskamer achtte het noodzakelijk dat alsnog juiste en toereikende informatie aan de (minderheids)aandeelhouders zou worden verstrekt, zodat op juiste wijze

besluitvorming kon plaatsvinden. Om dit te bereiken benoemde de Ondernemingskamer evenwel niet de verzochte bestuurder, maar een tijdelijke commissaris. Deze commissaris kreeg bijzondere bevoegdheden toebedeeld. Hij was exclusief bevoegd te beslissen over de aard, omvang, inhoud en *timing* van de door Fortuna aan haar aandeelhouders te verstrekken informatie.

Dat de Ondernemingskamer een tijdelijke commissaris belast met *toezicht* op de informatieverschaffing aan (minderheids)aandeelhouders van een vennootschap is niet nieuw. De Ondernemingskamer heeft dit al herhaaldelijk gedaan.[7] Zo benoemde de Ondernemingskamer in Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014 (Henntech/Wikkelbok) een commissaris die toezicht kon houden op de juiste en tijdige informatieverschaffing in het kader van een beoogde transactie met een gelieerde partij.[8] En benoemde de Ondernemingskamer in Hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015 (Verzoeker/Clifden) een commissaris die het mede tot zijn taak mocht rekenen toe te zien op adequate informatievoorziening, in het bijzonder aan de minderheidsaandeelhouder.[9]

Wel is nieuw in de Fortuna-beschikking dat de taak van de door de Ondernemingskamer benoemde commissaris niet het toezicht houden op, maar het beslissen over informatieverschaffing aan aandeelhouders is. Dit lijkt moeilijk te rijmen met de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen in het vennootschapsrecht.[10] Wellicht overwoog de Ondernemingskamer juist vanwege deze bijzondere niet-toezichthoudende taak expliciet dat de ‘commissaris’ geen onderdeel uitmaakt van de raad van commissarissen. Bovendien kon de ‘commissaris’ hierdoor opereren zonder inmenging van de overige, aan Penta gelieerde, commissarissen.

Het alternatief – benoeming van een bestuurder met deze beperkte taak – lijkt ons overigens een disproportionele maatregel, gelet op het uitgangspunt van collegiaal bestuur en de daaraan verbonden (aansprakelijkheids)risico’s. Door een ‘commissaris’ te benoemen met deze beperkte taak lijkt de Ondernemingskamer voor een praktische en proportionele oplossing te kiezen. Gelet hierop begrijpen wij de keuze van de Ondernemingskamer.

Toch schept het bestempelen van deze functionaris als ‘commissaris’ enige verwarring. De voor een commissaris kenmerkende toezichthoudende taak ontbreekt immers en in beginsel komt een commissaris ook geen exclusieve beslissingsbevoegdheid toe. Waarom de Ondernemingskamer desalniettemin kiest voor de term commissaris wordt helaas niet door haar gemotiveerd. Het zou kunnen zijn dat de Ondernemingskamer, bij gebrek aan een betere benaming, heeft gekozen voor de binnen de vennootschapsrechtelijke orde gebruikelijke term commissaris.[11]

3.2 Informatieverplichting tegenover (minderheids)aandeelhouders

Ook ten aanzien van de informatieververschaffing wijkt de Fortuna-beschikking van de Ondernemingskamer af van de heersende leer. Uit de ASMI-beschikking van de Hoge Raad[12] volgt dat aandeelhouders buiten de algemene vergadering in beginsel geen recht hebben op het verstrekken van door hen afzonderlijk verlangde informatie. Ook is het recht op inlichtingen een recht van de algemene vergadering als orgaan van de vennootschap, niet van individuele aandeelhouders.[13] Strikte interpretatie van de ASMI-beschikking zou er derhalve toe leiden dat de aandeelhouders van Fortuna geen recht zouden hebben op de door Templeton verzochte informatie.

Dit speelveld wordt evenwel ook beheerst door de norm van artikel 2:8 BW. Lid 1 van dit artikel brengt mee dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders.[14] De uitwerking van deze zorgvuldigheidsplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zo kunnen de omstandigheden met zich brengen dat (het bestuur van) de vennootschap uit eigen beweging informatie moet verstrekken aan de algemene vergadering.[15] Ook dient te vennootschap ervoor te zorgen dat, zeker in een situatie zoals de onderhavige, waarin er één meerderheidsaandeelhouder is en daarnaast een aantal minderheidsaandeelhouders, (ook) haar minderheidsaandeelhouders van voldoende informatie worden voorzien.[16]

De Ondernemingskamer oordeelt dat in de gegeven omstandigheden de aandeelhouders van Fortuna recht hadden op informatieververschaffing buiten de algemene vergadering. Echter, alleen ten aanzien van informatie die noodzakelijk is in het kader van de ex artikel 2:107a BW door de algemene vergadering te verlenen goedkeuring aan de Transactie. Door dit niet te doen is Fortuna ernstig tekortgeschoten in haar informatieverplichting jegens de (minderheids)aandeelhouders, waaronder Templeton. Het is nu aan de benoemde 'commissaris' om te beslissen welke informatie in dat kader nog moet worden verschaft, en op welk moment.[17]

3.3 Bijzondere omstandigheden van het Fortuna-geval

De gegeven omstandigheden waar de Ondernemingskamer aan refereert, hebben waarschijnlijk de doorslag gegeven voor haar oordeel ten aanzien van de informatieververschaffing.

Het verzoek tot een enquête en het treffen van onmiddellijke voorzieningen werd gedaan door Templeton als minderheidsaandeelhouder (10,61%) van Fortuna. Sinds het Zwagerman-arrest geldt dat een vennootschap jegens haar minderheidsaandeelhouders een bijzondere zorgvuldigheid in acht dient te nemen.[18] Zo dient de vennootschap onder meer naar

behoren opening van zaken te geven. Juist daarop richtten de bezwaren van minderheidsaandeelhouder Templeton zich, welke bezwaren de Ondernemingskamer terecht achtte. Bovendien bleek uit de feiten dat met de informatie die Fortuna wél had verstrekt, bewust een beeld werd geschetst dat niet strookte met de werkelijkheid.[19]

De Ondernemingskamer zag des te meer reden om in te grijpen nu de voorgestane Transactie een transactie tussen *related parties* betrof. In een dergelijk geval ligt belangenverstrengeling op de loer en dient de vennootschap jegens haar minderheidsaandeelhouders een bijzondere zorgvuldigheid in acht te nemen. Zij dient te voorkomen dat verstrengeling van haar belangen met die van haar bestuur en/of haar meerderheidsaandeelhouder(s), al dan niet ten koste van haar minderheidsaandeelhouders, plaatsvindt.[20] Ook in dat kader diende Fortuna naar behoren opening van zaken te geven, zelfs uit eigen beweging.[21]

Het lijkt erop dat de ruime bepaling in de statuten van Fortuna de doorslag voor de getroffen onmiddellijke voorziening gaf. Artikel 33 lid 5 van de statuten bepaalt namelijk:

‘Indien de algemene vergadering een goedkeuringsrecht heeft lichten de directie en de raad van commissarissen de algemene vergadering door middel van een aandeelhouderscirculaire in over alle feiten en omstandigheden die relevant zijn voor de te verlenen goedkeuring, delegatie of machtiging.’

Uit deze bepaling volgt volgens de Ondernemingskamer dat Fortuna gehouden was *alle* feiten en omstandigheden die relevant zijn voor de te verlenen goedkeuring reeds bij gelegenheid van de oproeping voor de BAVA te verstrekken, in ieder geval tijdig voorafgaand aan de vergadering.[22] Fortuna kon (ook) gelet hierop dus niet volstaan met het verstrekken van informatie tijdens de BAVA, zoals zij beoogde. De Ondernemingskamer gaf daarom aan de door haar benoemde ‘commissaris’ de exclusieve bevoegdheid (ook) te beslissen over de *timing* van de informatieverschaffing. Overigens illustreert dit dat de wijze waarop een statutaire bepaling wordt vormgegeven invloed heeft op de verplichtingen van het bestuur en, voor zover aanwezig, de raad van commissarissen. Wordt er gekozen voor een (ten opzichte van art. 2:107/217 lid 2 BW) ruime statutaire bepaling ten aanzien van de informatieverschaffing aan de algemene vergadering, dan zijn het bestuur en de raad van commissarissen gehouden hier uitvoering aan te geven. Dit is derhalve een afweging die gemaakt dient te worden.

4 Conclusie

Op het eerste gezicht lijkt de Fortuna-beschikking opzienbarend. Bij nadere bestudering blijkt de door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorziening echter helemaal niet zo vergaand en vernieuwend. De benoeming van een ‘commissaris’ die geen deel uitmaakt van de

raad van commissarissen lijkt voort te vloeien uit de aan hem toebedeelde niet-toezichthoudende taak en het gebrek aan een betere benaming voor een dergelijke functionaris. Het aannemen van een vergaande informatieverplichting jegens de aandeelhouders buiten de algemene vergadering lijkt te zijn ingegeven door de ruime bepaling in de statuten van Fortuna en het feit dat deze informatie noodzakelijk was voor de door de aandeelhouders ter BAVA te verlenen goedkeuring aan de Transactie.

Overigens had Fortuna zichzelf deze gang naar de Ondernemingskamer kunnen besparen door direct alle door Templeton verzochte informatie te verstrekken. Voor het besluit was op grond van de statuten namelijk een volstreekte meerderheid vereist. Fortuna had deze met de enkele instemming van haar meerderheidsaandeelhouder Fortbet kunnen verkrijgen. Zelfs als alle informatie aan Templeton was verstrekt, had zij het besluit dus niet kunnen tegenhouden.[23] Uiteindelijk is door de algemene vergadering van Fortuna op 1 augustus 2017 dan ook goedkeuring verleend voor het aangaan van de Transactie. Hiermee kwam aan de taak van de benoemde ‘commissaris’ een einde, getuige ook het feit dat hij op 14 juli 2017 al was uitgeschreven.[24]

Noten

[1] Hof Amsterdam (OK) 24 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1626, JOR 2017/163. Hierna aangeduid als de Fortuna-beschikking.

[2] Vgl. overigens Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2901, waarin het enquêteverzoek van Templeton is afgewezen.

[3] Vgl. Fortuna-beschikking, r.o. 2.9.

[4] De Ondernemingskamer is in onze optiek erg stellig ten aanzien van de conclusie dat er sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen. In dit stadium van de procedure, waarin nog geen enquêteverzoek is gelast, gaat het er immers om of er *naar het voorlopig oordeel* van de Ondernemingskamer sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen (vgl. art. 2:349a lid 3 BW). Bovendien heeft de Ondernemingskamer het enquêteverzoek van Templeton uiteindelijk afgewezen (zie noot 2).

[5] Vgl. Hof Amsterdam (OK) 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1635, waarbij de heer Olijslager aangewezen is als commissaris van Fortuna.

[6] Vgl. HR 19 oktober 2001, JOR 2002/5 (SkyGate) en HR 14 september 2007, NJ 2007/611 (Versatel Telecom International).

[7] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:306

(Henntech/Wikkelbok), Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:743 (Verzoekster/Verweersters), Hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2670 (Verzoeker/Clifden), Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:795 (Sursum Corda Junior/Care Group) en Hof Amsterdam (OK) 1 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3510 (Verzoekster/Totalplast).

[8] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:306 (Henntech/Wikkelbok).

[9] Hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2670 (Verzoeker/Clifden).

[10] Art. 2:140/250 BW.

[11] Vgl. ook de noot van Josephus Jitta bij de Fortuna-beschikking, JOR 2017/163, waarin hij suggereert dat de keuze voor de term 'commissaris' te maken zou kunnen hebben met het onder de werkingssfeer van art. 2:357 lid 6 BW brengen van de betrokkene.

[12] HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI).

[13] Vgl. H.M. Vletter-van Dort, Informatierechten van de aandeelhoudersvergadering en de individuele aandeelhouder: een update, in: P.J. van der Korst e.a. (red.), Handboek onderneming en aandeelhouder, Deventer: Kluwer 2012, p. 215. Vgl. anders: B.F. Assink, Slagter. Compendium ondernemingsrecht. Deel 1, Deventer: Kluwer 2013, p. 701-702 en HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun).

[14] HR 12 juli 2013, NJ 2013/461 (VEB/KLM).

[15] Vgl. Slagter/Assink 2013, p. 702-703, HR 1 maart 2002, NJ 2002/296 (Zwagerman Beheer) en Hof Amsterdam (OK) 15 maart 2005, JOR 2005/88 (Emba).

[16] Vgl. HR 1 maart 2002, NJ 2002/296 (Zwagerman Beheer).

[17] Uit de op www.fortunagroup.eu gepubliceerde brief van de benoemde commissaris aan het bestuur van Fortuna van 19 juni 2017 volgt dat hij zich enkel hierover heeft uitgelaten en verder geen inhoudelijk oordeel over de Transactie heeft gegeven.

[18] HR 1 maart 2002, NJ 2002/296 (Zwagerman Beheer).

[19] Vgl. Fortuna-beschikking, r.o. 3.14.

[20] HR 1 maart 2002, NJ 2002/296 (Zwagerman Beheer) en Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, ARO 2011/107 (Waterspreng).

[21] Vgl. Slagter/Assink 2013, p. 702-703 en HR 1 maart 2002, NJ 2002/296 (Zwagerman Beheer).

[22] Vgl. Fortuna-beschikking, r.o. 3.12.

[23] Overigens had Templeton dit met een beroep op art. 2:8 BW wel kunnen proberen.

[24] Uit de op www.fortunagroup.eu onder het kopje 'Media' vermelde informatie volgt dat in de periode dat de commissaris actief was een *fairness opinion* door KPMG is opgesteld, die tevens is aangehecht aan de nieuwe *explanatory notes*. Naar de mening van de commissaris was deze informatie adequaat en nuttig voor de bewuste Transactie.

ANNOTATIE

Aansprakelijkheid na een juridische splitsing in de praktijk

T.S. Hoyer

Dit artikel maakt inzichtelijk welke stappen men moet zetten om te bepalen welke van de bij een juridische splitsing betrokken rechtspersonen aansprakelijk is of zijn ten gevolge van het bepaalde in artikel 2:334t BW.

1 Inleiding

Artikel 2:334t van het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon aansprakelijk zijn tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing.[1] De rechtsgevolgen van dit artikel zijn niet steeds duidelijk, zo blijkt onder meer uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam,[2] waarover meer in paragraaf 3. In dit artikel maak ik aan de hand van een fictieve casus inzichtelijk welke stappen men moet zetten om te bepalen welke van de bij een juridische splitsing betrokken rechtspersonen aansprakelijk is of zijn ten gevolge van het bepaalde in artikel 2:334t BW. In de afsluiting van deze bijdrage zal ik ingaan op de consequenties van de huidige regelgeving en een vergelijking maken met het Duitse equivalent van artikel 2:334t BW.

2 Voorbeeldcasus

Fabrikant X, een rechtspersoon en producent van vrachtauto's en luxe sportwagens, en autodealer A sluiten op 1 januari 2018 een koopovereenkomst (hierna: de Koopovereenkomst), waarin zij afspreken dat fabrikant X uiterlijk op 31 januari 2018 een unieke sportwagen aan autodealer A zal leveren tegen een koopprijs van EUR 100.000. Op te late levering staat een boete van EUR 1000 per dag, onverminderd het recht van autodealer A jegens fabrikant X op nakoming en schadevergoeding. De aansprakelijkheid van fabrikant X voor schade als gevolg van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst is gemaximeerd op de koopprijs. Op 16 januari 2018 wordt fabrikant X juridisch gesplitst, waarbij de sportwagenactiviteiten – en daarmee de Koopovereenkomst – worden afgesplitst naar fabrikant Y. Fabrikant Y levert niet op 31 januari 2018.

Na een korte behandeling van artikel 2:334t BW zal ik de volgende vragen beantwoorden:

1. Is fabrikant X aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenis tot levering (par. 4)?
2. Is fabrikant X aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenis tot betaling van eventueel verbeurde boetes (par. 5)?
3. Is fabrikant X aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenis tot vergoeding van eventuele schade, of – in geval van ontbinding – voor de nakoming van de verbintenis tot terugbetaling van de koopprijs (par. 6)?
4. Kan fabrikant X de verweermiddelen van fabrikant Y jegens autodealer A inroepen (par. 7)?
5. Hoe is de interne draagplicht verdeeld tussen fabrikant X en fabrikant Y (par. 8)?

3 Artikel 2:334t BW (wettelijke ‘borg’) en relatie met artikel 2:334k BW

3.1 Artikel 2:334t BW

Artikel 2:334t BW is het resultaat van de implementatie van artikel 12 lid 3 van de Zesde richtlijn betreffende splitsing van naamloze vennootschappen (hierna: de Zesde Richtlijn) en beoogt de belangen te beschermen van de schuldeisers van de rechtspersonen die betrokken zijn bij een juridische splitsing.[3] Het bepaalt dat de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon aansprakelijk zijn tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon *ten tijde van de splitsing*.

De Nederlandse wetgever had er ook voor kunnen kiezen om de grens – ten tijde van de splitsing – te leggen bij het moment van deponering van het splitsingsvoorstel. Op dat moment ligt immers vast bij welke rechtspersoon de verschillende vermogensbestanddelen van de te splitsen rechtspersoon terecht zullen komen, zodat schuldeisers vanaf dat moment weten waar zij aan toe (zullen) zijn. De door de Nederlandse wetgever gekozen grens ligt mijns inziens echter meer voor de hand. De rechtsgevolgen van een juridische splitsing treden immers pas in na de effectuering daarvan. Bovendien is het ook vanuit het oogpunt van rechtszekerheid een geschikte optie, omdat er door het vormvoorschrift van een notariële akte geen twijfel over kan bestaan op welk moment de splitsing is geëffectueerd.

In de parlementaire geschiedenis is het begrip ‘verbintenis ten tijde van de splitsing’ als volgt uitgelegd. In de memorie van toelichting stelt de minister dat het bestaan van de onderliggende rechtsverhouding voldoende zou zijn; niet zou zijn vereist dat de betrokken schuld ten tijde van de splitsing zelf ook al bestaat.[4] In de nota naar aanleiding van het verslag doet de minister uitdrukkelijk afstand van deze ‘ruime leer’.[5] Het gaat om schulden

die op het moment van splitsing al wel bestaan, hoewel deze nog niet opeisbaar behoeven te zijn. Schulden uit toekomstige vorderingen die nog niet zijn ontstaan, vallen hieronder niet, aldus nog steeds de minister.[6]

De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen een onderscheid te maken tussen deelbare en ondeelbare verbintenissen.[7] Voor ondeelbare verbintenissen zijn alle bij de splitsing betrokken rechtspersonen na de splitsing voor het geheel aansprakelijk. Voor deelbare verbintenissen is na de splitsing enkel de rechtspersoon op wie de verbintenis is overgegaan of, indien de verbintenis niet op een verkrijgende rechtspersoon is overgegaan, de voortbestaande gesplitste rechtspersoon (hierna: *primaire* schuldenaar) voor het geheel aansprakelijk. Voor iedere andere bij de splitsing betrokken rechtspersoon (hierna: *secundaire* schuldenaar) geldt een aansprakelijkheid die beperkt is tot de waarde van het vermogen dat hij bij de splitsing heeft verkregen of behouden.

Ongeacht het soort verbintenis is er sprake van een *subsidaire* aansprakelijkheid: iedere secundaire schuldenaar is slechts tot nakoming gehouden nadat de primaire schuldenaar in de nakoming tekortgeschoten is.[8] Dat betekent overigens niet dat de vordering uit hoofde van artikel 2:334t BW niet direct ontstaat bij de splitsing. Analoog aan de wettelijke regeling van de overeenkomst van borgtocht, in het bijzonder artikel 7:855 BW, meen ik dat de vordering uit hoofde van artikel 2:334t BW direct bij de splitsing ontstaat. Het is slechts de vraag of, en zo ja wanneer, zij *opeisbaar* wordt.[9]

Lid 5 van artikel 2:334t BW bepaalt dat ten aanzien van de aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:334t BW de bepalingen betreffende hoofdelijke verbondenheid van overeenkomstige toepassing zijn. In combinatie met artikel 6:6 BW volgt uit deze bepaling dat de bij de splitsing betrokken rechtspersonen hoofdelijk verbonden zijn. Hoewel de wet zwijgt over de interne draagplicht, fungeert iedere secundaire schuldenaar aldus als – wat ik in navolging van Van Boom noem – een soort wettelijke ‘borg’, ofwel een extra loket voor de schuldeiser.[10]

3.2 Artikel 2:334k BW

Een ander element van schuldeisersbescherming betreft artikel 2:334k BW, dat eveneens het resultaat is van implementatie van de Zesde Richtlijn. Het bepaalt dat iedere schuldeiser van de bij de splitsing betrokken partijen kan verlangen dat zekerheid wordt gesteld, of hem een andere waarborg wordt gegeven voor de voldoening van zijn vordering, op straffe van gegrondheid van verzet tegen de splitsing (als bedoeld in art. 2:334l BW). De schuldeiser heeft dat recht niet indien (1) hij reeds voldoende waarborgen heeft, of (2) de vermogenstoestand van de rechtspersoon die na de splitsing zijn schuldenaar zal zijn niet minder waarborg zal bieden dat zijn vordering zal worden voldaan.[11]

In de literatuur is de vraag aan de orde geweest of de rechtsgevolgen van artikel 2:334t BW van belang zijn bij de beoordeling of de schuldeiser voldoende waarborgen heeft, dan wel bij de beoordeling of de vermogenstoestand van de rechtspersoon die na de splitsing zijn schuldenaar zal zijn niet minder waarborg zal bieden dat zijn vordering zal worden voldaan.[12] Ook in de lagere rechtspraak is die vraag aan de orde geweest, waarbij inmiddels een aantal keer is geoordeeld dat een verzet op grond van artikel 2:334k BW alleen succesvol is indien de schuldeiser door de splitsing minder waarborgen heeft, en dat daarbij ook rekening gehouden moet worden met artikel 2:334t BW.[13] Ook de Rechtbank Rotterdam was dat oordeel toegedaan in de reeds in paragraaf 1 genoemde uitspraak.[14] In haar noot bij het vonnis schrijft Wintgens-van Luijn dat hieruit volgt dat een verzet op grond van artikel 2:334k BW tegen een splitsing waarbij de verkrijgende vennootschap nieuw wordt opgericht doorgaans niet succesvol zal zijn, omdat de werking van artikel 2:334t BW voorkomt dat er na de splitsing minder waarborg zal zijn. In geval van afsplitsing naar een reeds bestaande vennootschap zou eerder sprake kunnen zijn van een succesvol verzet, aldus Wintgens-van Luijn.

Daarmee verliest Wintgens-van Luijn het onderscheid tussen artikel 2:334k BW en artikel 2:334t BW uit het oog. Anders dan artikel 2:334t BW, ziet 2:334k BW immers (ook) op vorderingen die (nog) niet bestaan maar (zullen) voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding.[15] De Rechtbank Rotterdam miskende dit verschil (ook) door te overwegen dat artikel 2:334k BW ook van toepassing is op 'vorderingen die nog niet opeisbaar zijn maar voortvloeien uit (een geschil over beëindiging van) hun thans bestaande rechtsverhouding', en dat dit ook zou gelden voor artikel 2:334t BW.[16]

Zoals hiervoor in paragraaf 3.1 beschreven, heeft de minister in de nota van toelichting juist uitdrukkelijk afstand gedaan van die ruime leer ten aanzien van artikel 2:334t BW. Voor zover het verzet op grond van artikel 2:334k BW dus ziet op een vordering die (nog) niet zal bestaan ten tijde van de splitsing – en dus niet bestreken wordt door artikel 2:334t BW –, maar wel zal voortvloeien uit een ten tijde van de splitsing reeds bestaande rechtsverhouding, kunnen de rechtsgevolgen van artikel 2:334t BW dus niet van belang zijn voor de vraag of de schuldeiser voldoende of minder waarborgen heeft. Ook bij een splitsing waarbij de verkrijgende vennootschap nieuw wordt opgericht, kan er in een dergelijk geval – dat een vordering ten tijde van de splitsing (nog) niet zal bestaan, maar wel zal voortvloeien uit een ten tijde van de splitsing reeds bestaande rechtsverhouding – sprake zijn van een succesvol verzet op grond van artikel 2:334k BW.

4 Levering

Dan naar de casus. Zoals gezegd, fabrikant X wordt op 16 januari 2018 juridisch gesplitst,

waarbij de sportwagenactiviteiten – en daarmee de Koopovereenkomst – worden afgesplitst naar fabrikant Y. Fabrikant Y is dus de primaire schuldenaar, fabrikant X de secundaire schuldenaar. Fabrikant Y levert niet op 31 januari 2018. Vervolgens is de eerste en meest basale vraag: is fabrikant X aansprakelijk voor nakoming van de verbintenis tot levering?

Fabrikant Y is aansprakelijk voor de nakoming van alle verbintenissen die voortvloeien uit de Koopovereenkomst, en dus ook voor de nakoming van de verbintenis tot levering van de sportwagen. Die verbintenis bestond reeds ten tijde van de splitsing, hoewel de vordering tot levering op dat moment nog niet opeisbaar was. Artikel 2:334t lid 1 BW brengt vervolgens mee dat ook fabrikant X aansprakelijk is voor de nakoming van de verbintenis tot levering, zij het subsidiair.[17] Omdat de betreffende unieke sportwagen geen soortzaak is, is de verbintenis tot levering een ondeelbare verbintenis, en is fabrikant X op grond van artikel 2:334t lid 2 BW voor het geheel aansprakelijk voor de nakoming daarvan.

Deze conclusie werpt de vraag op of de fatale termijn van 31 januari 2018 ook voor fabrikant X geldt. Ik meen dat dat het geval is. Dat creëert de vreemde situatie dat de vordering op fabrikant X pas opeisbaar wordt op het moment dat de fatale termijn reeds is verstreken, maar daar staat tegenover dat de gevolgen van de splitsing voor alle bij de splitsing betrokken rechtspersonen, waaronder fabrikant X, vooraf duidelijk waren of konden zijn.

5 Boetebeding

Stel dat fabrikant Y de sportwagen zeven dagen te laat levert, op 7 februari 2018. Als gevolg daarvan is hij op grond van de Koopovereenkomst verplicht een contractuele boete van EUR 7000 te betalen aan autodealer A. Is fabrikant X aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenis tot betaling van de contractuele boetes?

Artikel 2:334t BW ziet op verbintenissen die bestonden ten tijde van de splitsing. De vraag ligt daarom voor of de verbintenis tot betaling van de contractuele boetes al bestond ten tijde van de splitsing. De Hoge Raad heeft bepaald dat in het geval van een boetebeding de vordering tot betaling pas ontstaat na de wanprestatie waarop de boete is gesteld:[18]

‘Een vordering (...) die afhankelijk is van de wanprestatie van de debiteur ten aanzien van de nakoming van de contractuele verplichting waarop de boete is gesteld, ontstaat eerst door die wanprestatie. Van een voor de wanprestatie reeds bestaande, voorwaardelijke, vordering is derhalve geen sprake.’

Dat betekent dat de verbintenis tot betaling van de contractuele boete nog niet bestond ten tijde van de splitsing en dat fabrikant X dus ook niet aansprakelijk is voor de nakoming daarvan. Het feit dat de Koopovereenkomst is aangegaan voordat de splitsing tot stand is

gekomen, maakt dat niet anders.

6 Schadevergoeding en ontbinding

6.1 Schadevergoeding

Stel dat fabrikant Y de sportwagen niet op de afgesproken datum levert, waarna de klant van autodealer A, die de sportwagen voor EUR 250.000 van autodealer A had gekocht, zijn overeenkomst met autodealer A ontbindt. Autodealer A lijdt hierdoor EUR 150.000 schade in de vorm van gederfde winst.[19] Is fabrikant X aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenis tot schadevergoeding?

Vanwege de afgesproken fatale termijn raakt fabrikant Y in verzuim, zonder dat een ingebrekestelling is vereist, indien hij de sportwagen niet op de afgesproken datum levert. Indien ook aan de overige vereisten van artikel 6:74 BW is voldaan, ontstaat op dat moment de verbintenis tot vergoeding door fabrikant Y van de door autodealer A geleden schade. Ook deze verbintenis is, analoog aan wat ik hiervoor in paragraaf 5 ten aanzien van het boetebeding schreef, een verbintenis die ten tijde van de splitsing nog niet bestond. Dat betekent dat fabrikant X niet aansprakelijk is voor de nakoming daarvan op grond van artikel 2:334t BW.

Echter, zoals ik schreef in paragraaf 4 is fabrikant X uit hoofde van artikel 2:334t BW wel aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenis tot levering van de sportwagen. Deze subsidiaire verbintenis is niet dezelfde als de verbintenis tot levering van de sportwagen die op fabrikant Y rust, maar op deze verbintenis zijn de artikelen 6:74 e.v. BW – uiteraard – ook van toepassing. Dat brengt mee dat indien fabrikant X tekortschiet in de nakoming van de verbintenis tot levering van de sportwagen (uit hoofde van art. 2:334t BW) en aan de overige vereisten uit artikel 6:74 BW is voldaan, een verbintenis tot schadevergoeding ontstaat waarvoor fabrikant X jegens autodealer A aansprakelijk is. Op grond van artikel 6:102 BW zijn fabrikant X en Y hoofdelijk verbonden.

6.2 Ontbinding overeenkomst

Stel dat autodealer A de koopprijs voor de sportwagen al aan fabrikant Y heeft betaald en autodealer A wegens de tekortkoming van fabrikant Y overgaat tot ontbinding van de overeenkomst. Is fabrikant X in dat geval aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenis tot terugbetaling van de koopprijs?

Artikel 6:271 BW bepaalt dat een ontbinding van een overeenkomst partijen bevrijdt van de daaruit voortvloeiende verbintenissen en dat, voor zover deze verbintenissen reeds zijn

nagekomen, een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds uitgevoerde prestaties ontstaat. Uit de tekst van de wet en analoog aan hetgeen in paragraaf 5 over het boetebeding is beschreven, volgt dat een eventuele verbintenis tot ongedaanmaking pas ontstaat op het moment van ontbinding van de overeenkomst. Dat betekent dat de verbintenis tot terugbetaling van de koopprijs nog niet bestond ten tijde van de splitsing, en dat fabrikant X dus ook niet aansprakelijk is voor de nakoming daarvan.

7 Verweermiddelen

Kan fabrikant X, indien autodealer A hem aanspreekt tot levering van de sportwagen, naast zijn persoonlijke verweermiddelen jegens autodealer A, ook de verweermiddelen inroepen die fabrikant Y jegens autodealer A heeft, zoals een beroep op opschorting van fabrikant Y, of de nietigheid van de Koopovereenkomst? En kan fabrikant X, indien autodealer A hem aanspreekt tot vergoeding van schade, een beroep doen op het in de Koopovereenkomst opgenomen exonerationbeding?

De wet gaat ervan uit dat de vorderingsrechten van de schuldeiser tegen hoofdelijk schuldenaren *zelfstandig* zijn, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.[20] Dat brengt met zich dat een hoofdelijk schuldenaar in beginsel geen beroep kan doen op verweermiddelen van een medeschuldenaar, met uitzondering van verweermiddelen die de verbintenis zelf betreffen.[21] Andere, zuiver persoonlijke verweermiddelen komen alleen de betreffende schuldenaar toe, waarbij valt te denken aan een beroep op zijn onbekwaamheid, op een alleen hem toekomend opschortingsrecht of beroep op overmacht.[22]

Dit uitgangspunt wordt ten aanzien van de aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:334t BW vergaand genuanceerd wegens haar subsidiaire karakter. Men zou zelfs kunnen zeggen dat de subsidiariteit meebrengt dat ook sprake is van afhankelijkheid in de zin van artikel 3:7 BW.[23] Zonder een tekortkoming aan de zijde van de primaire schuldenaar is er immers geen opeisbare vordering op de secundaire schuldenaar.

Ik ben dan ook van mening dat de vorderingen uit hoofde van artikel 2:334t BW op iedere secundaire schuldenaar niet zelfstandig zijn, maar afhankelijk zijn van de vordering op de primaire schuldenaar. Dat betekent naar mijn mening dat – analoog aan de wettelijke regeling van de overeenkomst van borgtocht – iedere secundaire schuldenaar een beroep kan doen op de verweermiddelen van de primaire schuldenaar.

Het voorgaande brengt mee dat indien fabrikant Y de overeenkomst rechtsgeldig vernietigt of een beroep op opschorting doet, er geen sprake is van een tekortkoming van fabrikant Y. Dat betekent dat de vordering van autodealer A op fabrikant X tot levering van de sportwagen niet opeisbaar wordt, en dat fabrikant X op die manier de nietigheid van de overeenkomst en het

beroep op opschorting door fabrikant Y kan inroepen tegen autodealer A.

Het exonerationbeding geeft een verweermiddel dat alleen geldt in de verhouding tussen autodealer A en fabrikant Y. Fabrikant X kan daar dus in beginsel geen beroep op doen. Zoals beschreven in paragraaf 6.1 vloeit de vordering tot schadevergoeding jegens fabrikant X niet direct voort uit artikel 2:334t BW, maar uit een tekortkoming in de nakoming van de subsidiaire verbintenis tot levering van de sportwagen, die wel weer voortvloeit uit artikel 2:334t BW. Dat laatste brengt naar mijn mening mee dat ook fabrikant X jegens autodealer A een beroep kan doen op de verweermiddelen van fabrikant Y, waaronder een beroep op het exonerationbeding.

8 Regres en interne draagplicht

Stel dat fabrikant X de verbintenis tot levering van de sportwagen uit hoofde van artikel 2:334t BW nakomt, of de schade van autodealer A vergoedt. Verkrijgt fabrikant X dan het recht om regres te nemen op fabrikant Y?

Op grond van artikel 6:10 BW zijn hoofdelijk schuldenaren verplicht om overeenkomstig dat artikel in de schuld en in de kosten bij te dragen. Draagt een hoofdelijk schuldenaar meer bij dan het gedeelte dat hem aangaat, dan verkrijgt deze schuldenaar een vordering op de medeschuldenaren, telkens tot ten hoogste het deel van de schuld dat die betreffende medeschuldenaar aangaat.

De wet bepaalt niets over de interne draagplicht in het geval van medeaansprakelijkheid op grond van artikel 2:334t BW. Vanwege het feit dat iedere secundaire schuldenaar niet meer is dan een 'extra loket' waar de schuldeiser zijn vordering kan incasseren, meen ik echter dat in de onderlinge verhouding de schuld alleen de primaire schuldenaar aangaat. Dat betekent dat iedere secundaire schuldenaar voor het geheel regres kan nemen op de primaire schuldenaar, voor zover hij zijn verbintenis uit hoofde van artikel 2:334t BW nakomt.[24]

Het voorgaande brengt mee dat fabrikant X voor het geheel regres kan nemen op fabrikant Y. Omdat de prestatie een andere was dan de prestatie tot betaling van een geldsom, heeft fabrikant X recht op een vergoeding ter grootte van de waarde van de prestatie op de dag waarop zij verricht is, in dit geval de waarde van de sportwagen.[25] Analooq aan artikel 6:210 lid 2 en 6:272 lid 1 BW is dat de waarde die in het economische leven aan de sportwagen wordt toegekend, waarbij aansluiting kan worden gezocht bij de overeengekomen koopprijs.[26]

9 Afsluiting

Uit het voorgaande volgt dat een ogenschijnlijk eenvoudige casus voor lastige juridische

vraagstukken kan zorgen. Door de wijze waarop de Nederlandse wetgever het begrip ‘verbintenis ten tijde van de splitsing’ heeft uitgelegd, is de (relatief moeilijke) vraag relevant of de betreffende vordering ten tijde van de splitsing een toekomstige vordering was, of dat het ging om een reeds bestaande maar voorwaardelijke en/of niet-opeisbare vordering. Maar ook het feit dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de Zesde Richtlijn in het geheel geen rekening heeft gehouden met kwesties als verweermiddelen en regres heeft bijgedragen aan de gecompliceerde rechtsgevolgen van artikel 2:334t BW.

Uit het voorgaande volgt ook dat de beperkte uitleg die de Nederlandse wetgever heeft toegekend aan het begrip ‘verbintenis ten tijde van de splitsing’ kan uitnodigen tot benadeling van schuldeisers, zelfs in het geval van een simpele koopovereenkomst. Zo heeft een schuldeiser (dus) geen aanvullende zekerheid voor contractuele boetes en ongedaanmakingsverbintenissen. Maar in geval van langlopende duurovereenkomsten waaruit doorlopend vorderingen ontstaan, is het gevaar voor benadeling van schuldeisers uiteraard het grootst. De door de wetgever toegekende beperkte uitleg bevredigt daarom niet.

Vermeldenswaardig in dit kader is dat het Duitse equivalent van artikel 2:334t BW, artikel 133 van het Umwandlungsgesetz (UmwG), wél een ruim schuldenbegrip hanteert: bij de splitsing betrokken rechtspersonen zijn aansprakelijk voor schulden die hun grondslag vinden in de tijd vóór de splitsing. In Duitsland geldt de aanvullende aansprakelijkheid dus ook voor vorderingen die pas na de splitsing opeisbaar worden, maar voortvloeien uit een overeenkomst die vóór de splitsing was aangegaan. Die aansprakelijkheid is vervolgens wel beperkt tot vorderingen die opeisbaar worden tot vijf jaar na de splitsing.

De Duitse regeling sluit aan bij artikel 2:334k BW, dat – zoals beschreven in paragraaf 3 – wél (ook) ziet op vorderingen die (nog) niet bestaan, maar (zullen) voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Het had daarom juist voor de hand gelegen om ook bij artikel 2:334t BW te kiezen voor de uitleg die de minister in de memorie van toelichting nog voor ogen had, en waarbij het bestaan van de onderliggende rechtsverhouding voldoende was. Die vrijheid had de wetgever onder de Zesde Richtlijn ook. De praktijk zal het echter (vooralsnog) moeten doen met de beperkte uitleg. Om die reden is het aan te raden om in een overeenkomst op te nemen dat deze onmiddellijk kan worden beëindigd indien de wederpartij betrokken is bij een juridische splitsing. Daarmee houdt een schuldeiser nog enige controle over zijn wederpartij.

Noten

[1] Art. 2:334t BW gebruikt het woord ‘verbintenis’ om de passieve zijde van de rechtsbetrekking te duiden: de verplichting van de schuldenaar om te presteren, de schuld; vgl.

Asser/Sieburgh 6-I 2016/12. In dit artikel doe ik dat daarom ook.

[2] Rb. Rotterdam 15 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:449, JOR 2016/262 m.nt. Wintgens-van Luijn.

[3] Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen.

[4] Kamerstukken II 1996/97, 24702, 3, p. 19.

[5] Kamerstukken II 1996/97, 24702, 6, p. 11.

[6] Kamerstukken II 1996/97, 24702, 6, p. 10.

[7] Voor de vraag of een verbintenis deelbaar of ondeelbaar is, wordt in de literatuur aansluiting gezocht bij het begrip prestatie. Vgl. Overes, in: GS Rechtspersonen, art. 2:334t BW, aant. 4: 'Een prestatie is naar haar aard deelbaar indien door het splitsen van de prestatie haar wezen niet wordt aangetast. De betaling van een som geld of de levering van een soortzaak zijn voorbeelden van een deelbare prestatie.'

[8] Zie art. 2:334t lid 4 BW.

[9] Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/77; vgl. HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1108, r.o. 3.3.2. Anders: G.C. Linse, De mogelijkheden en onmogelijkheden van 334t-aansprakelijkheid, V&O 2013, p. 26.

[10] W.H. van Boom, Hoofdelijke verbintenissen, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 142-143.

[11] De verzetsregeling bij kapitaalvermindering bij een naamloze vennootschap (art. 2:100 BW), juridische fusie (art. 2:316 BW) en beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid na intrekking van een 403-verklaring (art. 2:404 BW) kent een soortgelijke regel. In een recent arrest ten aanzien van de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid na intrekking van een 403-verklaring heeft de Hoge Raad overwogen dat (uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat) een schuldeiser zekerheid of een andere waarborg kan verlangen, indien het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid meebrengt dat zijn positie (niet alleen formeel, maar ook) materieel wordt verzwakt; HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, r.o. 5.1.4.

[12] H. Koster, Verzet bij juridische afsplitsing en de invloed van art. 2:334t BW, Bb 2017/61; F.K. Buijn, Verzet bij splitsing, Ondernemingsrecht 2001/13, p. 386-391; S.H.M.A. Dumoulin, T&C Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2004, art. 2:334k BW.

[13] Hof Amsterdam 18 november 1999, ECLI:NL:GHAMS:1999:AG3541, JOR 1999/254; Rb. Amsterdam 4 april 2003, ECLI:NL:RBAMS:2003:AF6909, JOR 2003/105 m.nt. Wintgens-van Luijn.

[14] Rb. Rotterdam 15 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:449, JOR 2016/262 m.nt. Wintgens-van Luijn, r.o. 4.4.

[15] Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/479; M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers*, Deventer: Kluwer 2007, p. 67.

[16] Rb. Rotterdam 15 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:449, JOR 2016/262 m.nt. Wintgens-van Luijn, r.o. 4.5.

[17] Voor een borg geldt de hoofdregel van art. 7:854 BW: de borg is slechts aansprakelijk voor de vordering tot schadevergoeding in geld. Voor de aansprakelijkheid na juridische splitsing geldt een dergelijke regel niet, hetgeen ook blijkt uit het onderscheid tussen deelbare en ondeelbare verbintenissen.

[18] HR 5 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB8998, NJ 1990/325.

[19] Voor het gemak neem ik aan dat de sportwagen voor autodealer A waardeloos is geworden.

[20] Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016/100.

[21] Zoals strijd met de wet, gemis aan vereiste vorm, een voorwaarde of een tijdsbepaling; zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016/119.

[22] Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016/119.

[23] Op dat punt gaat de vergelijking met bijv. een 403-verklaring dan ook mank, waarvan de Hoge Raad heeft bepaald dat deze niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht. De aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring berust op een zelfstandige verbintenis, waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd. Vgl. HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, JOR 2002/136 (Akzo/ING) en HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, JOR 2015/191 (Eikendal/Lentink).

[24] Vgl. Van Boom 2016, p. 142-143.

[25] Vgl. Van Boom 2016, p. 103.

[26] Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/704.

ANNOTATIE

De arbeidsovereenkomst van de bestuurder na een statutair ontslag: een lege huls met uitgeholde ontslagbescherming?

S.J. Sterk

Recent oordeelde de Rechtbank Overijssel dat het ontslag van een werknemer als statutair bestuurder van een moedermaatschappij een redelijke grond opleverde voor diens arbeidsrechtelijke ontslag bij de dochtermaatschappij. In deze bijdrage wordt geanalyseerd of deze redenering zich verdraagt met het arbeidsrecht.

1 Juridische achtergronden

1.1 Inleiding

Op 21 april 2017 wees de Rechtbank Overijssel, sector kanton, een beschikking die mogelijk vergaande gevolgen heeft voor de ontslagbescherming van werknemers die statutair bestuurder[1] zijn bij een andere groepsmaatschappij dan hun werkgever en voor stichtingsbestuurders.[2] In dit artikel wordt ingezoomd op deze uitspraak, de mogelijke consequenties hiervan en de vraag of de rechter tot een juist oordeel is gekomen. Allereerst is voor een goed begrip van deze uitspraak van belang hoe het ontslagrecht functioneert voor gewone werknemers en bestuurders. Dat komt kort gezegd op het volgende neer.

1.2 Systematiek ontslagrecht bij (reguliere) werknemers

Vanaf 1 juli 2015 is vanwege de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (WWZ) een 'redelijke grond' vereist voor het ontslag van werknemers. De redelijke ontslaggronden zijn limitatief in de wet opgesomd (art. 7:699 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Als een werkgever eenzijdig tot ontslag van een werknemer wil komen, moet hij – afhankelijk van welke ontslaggrond aanwezig is – aan het UWV toestemming vragen om op te zeggen of zich tot de rechter wenden met een ontbindingsverzoek. Het UWV moet worden aangezocht in geval van bedrijfseconomische redenen (a-grond) of twee jaar ziekte (b-grond). De rechter oordeelt over de overige ontslaggronden: regelmatige ziekte (c-grond), disfunctioneren (d-grond), verwijtbaar handelen of nalaten (e-grond), werkweigering wegens gewetensbezwaren

(f-grond), verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (g-grond), of overige omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (h-grond). De h-grond is alleen bedoeld voor omstandigheden die daadwerkelijk anders zijn dan genoemd in de overige gronden en kan niet worden gebruikt als 'reparatie' als een van de andere gronden niet helemaal voldragen is.

Als er geen redelijke grond aanwezig is, zal het UWV geen toestemming verlenen en zal de rechter een ontbindingsverzoek afwijzen. Dan blijft de werknemer in dienst. Eindigt de arbeidsovereenkomst wel omdat er een redelijke grond aanwezig is, dan heeft een werknemer die ten minste twee jaar in dienst is in principe recht op een wettelijke ontslagvergoeding: de transitievergoeding. Daarbovenop kan de werkgever een aanvullende 'billijke vergoeding' verschuldigd zijn. Dat is het geval wanneer het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. In de wetsgeschiedenis is benadrukt dat hier slechts in uitzonderlijke gevallen plaats voor zal zijn.

1.3 Systematiek ontslagrecht bij bestuurders

Bestuurders van wie Boek 2 BW bepaalt dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk is, hebben een uitzonderingspositie.[3] Dat zijn alle bestuurders die een arbeidsovereenkomst hebben met de entiteit waarvan zij statutair bestuurder zijn,[4] met uitzondering van de stichtingsbestuurder. Voor het ontslag van deze bestuurders is weliswaar een redelijke grond vereist, maar er geldt geen preventieve ontslagtoets.[5] De arbeidsovereenkomst kan dus worden beëindigd zonder dat voorafgaand het UWV of de rechter toetst of een redelijke grond aanwezig is. Als er geen redelijke grond aanwezig is, geeft dat de bestuurder recht op een billijke vergoeding, maar de afwezigheid van de redelijke grond staat niet in de weg aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast heeft deze bestuurder, net als een gewone werknemer, recht op een transitievergoeding en de mogelijkheid om een billijke vergoeding te vorderen als de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld in verband met het ontslag.[6]

Voor de stichtingsbestuurder en de bestuurder die bij een andere groepsmaatschappij in dienst is dan waar hij bestuurder is, geldt de preventieve ontslagtoets wel.[7] Dat betekent dat de werkgever aannemelijk zal moeten maken dat een redelijke ontslaggrond aanwezig is, voordat hij tot een beëindiging kan komen. Deze bestuurders lijken zich dus redelijk beschermd te kunnen voelen tegen een (ongerechtvaardigd) ontslag. Recent werd echter een uitspraak gedaan door de Rechtbank Overijssel in de zaak 2Switch, die deze bescherming flink op de helling zet.[8]

2 De uitspraak

In de zaak 2Switch werd ontbinding verzocht van de arbeidsovereenkomst van een werknemer die in dienst was van 2Switch Services B.V. (hierna: 2Switch) als (titulair) directeur. De directeur was gelijktijdig met zijn indiensttreding ook benoemd tot statutair bestuurder van 2Switch Holding B.V., de enig aandeelhouder en bestuurder van 2Switch.

De directeur was voorzitter van het managementteam van 2Switch. Nadat de directeur de arbeidsovereenkomsten van de twee andere leden van het managementteam had beëindigd respectievelijk niet had verlengd, wendden deze twee managementteamleden zich tot de raad van commissarissen met kritiek op het functioneren van de directeur. Naar aanleiding van deze kritiek liet de raad van commissarissen een onderzoek uitvoeren onder de medewerkers. Het onderzoeksrapport bevatte kritiek op de manier van leidinggeven van de directeur. Uiteindelijk wordt de directeur op 5 september 2016 ontslagen als statutair bestuurder van 2Switch Holding B.V. en vervolgens wordt er door 2Switch een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend bij de rechter.

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst met 2Switch wordt primair verzocht op de h-grond (overige omstandigheden), subsidiair op de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding) en meer subsidiair op de d-grond (disfunctioneren). 2Switch voert onder meer aan dat door het ontslag als bestuurder de arbeidsovereenkomst inhoudsloos is geworden, dat 2Switch het vertrouwen is verloren in de directeur, en dat de directeur disfunctioneerde.

De kantonrechter concludeert dat de positie van de directeur als werknemer bij 2Switch onlosmakelijk verbonden is met zijn positie als statutair bestuurder van 2Switch Holding B.V. Daarbij neemt de kantonrechter de volgende omstandigheden in aanmerking. Onvoldoende weersproken is dat de arbeidsovereenkomst van de directeur met 2Switch geheel was geënt op zijn positie als bestuurder van de holding. De benoeming als bestuurder heeft tegelijk plaatsgevonden met de start van de arbeidsovereenkomst. De directeur is de enig bestuurder van de holding en is als zodanig ook de enige indirect bestuurder van de werkmaatschappijen (waaronder 2Switch). Daar komt bij dat ingevolge de arbeidsovereenkomst 2Switch ten behoeve van haar directeur een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten.

Vanwege deze verbondenheid tussen het bestuurderschap en de arbeidsovereenkomst betekent het eindigen van de bestuurderspositie bij de holding dat de arbeidsovereenkomst bij 2Switch inhoudsloos is geworden. Daarom kon in redelijkheid niet worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren en acht de kantonrechter een h-grond aanwezig. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. De kantonrechter stelt met dit oordeel aan te sluiten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad in de zogeheten 15 april-arresten (waarover later

meer). Van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van 2Switch is volgens de kantonrechter geen sprake.

3 Wat betekent deze uitspraak?

3.1 Het soort bestuurders waarvoor deze uitspraak gevolgen kan hebben

De kantonrechter lijkt zijn conclusie dat de positie als werknemer en de positie als bestuurder onlosmakelijk zijn verbonden vooral te baseren op de constatering dat de arbeidsovereenkomst geheel geënt is op de positie als bestuurder. De andere genoemde omstandigheden lijken met name te dienen als onderbouwing van deze constatering. De kantonrechter refereert in dit verband niet expliciet aan het inhoudelijke takenpakket uit de arbeidsovereenkomst.[9] Dit zal echter ongetwijfeld hebben meegewogen in de beoordeling. Een arbeidsovereenkomst is immers pas geheel geënt op een bestuurderspositie als de werkzaamheden die worden verricht in het kader van de arbeidsovereenkomst bestaan uit het uitoefenen van de taken en bevoegdheden verbonden aan het bestuurderschap en niet kunnen worden uitgeoefend zonder dat bestuurderschap.

Nu bij bestuurders de arbeidsovereenkomst doorgaans (geheel) is geënt op het bestuurderschap, zal in de redenering van de kantonrechter bij de meeste bestuurders de conclusie zijn dat de positie als werknemer onlosmakelijk is verbonden met de positie als bestuurder. Die conclusie is waarschijnlijk pas anders bij bestuurders die om praktische redenen de bestuurderstitel hebben gekregen, maar eigenlijk nauwelijks bestuurstaken uitoefenen (in de literatuur, in een andere context, ook wel 'functioneel bestuurders' genoemd).[10] Bij die 'functioneel bestuurders' zijn de positie als werknemer en de positie als bestuurder dan niet onlosmakelijk verbonden.

Hoewel deze uitspraak ziet op een bestuurder die bij een andere groepsmaatschappij in dienst is dan waar hij bestuurder is, kan dezelfde redenering worden toegepast op de stichtingsbestuurder. Bij die bestuurders is de arbeidsovereenkomst doorgaans ook (geheel) geënt op het zijn van stichtingsbestuurder en geldt ook de preventieve ontslagtoets.

3.2 Arbeidsrechtelijke consequenties

Als dit oordeel van de Rechtbank Overijssel navolging vindt in de rechtspraak, zou dit een flinke aantasting betekenen van de (arbeidsrechtelijke) rechtsbescherming van bestuurders voor wie een preventieve ontslagtoets geldt.

Het vereiste dat er voor ontslag een redelijke grond moet zijn, heeft voor hen dan weinig betekenis meer, omdat de (groep van de) werkgever zelf een redelijke ontslaggrond kan

creëren door over te gaan tot ontslag als statutair bestuurder. Na een ontslag als statutair bestuurder kan dan ontbinding van de arbeidsovereenkomst worden verzocht op de h-grond, met als argument dat de arbeidsovereenkomst inhoudsloos is geworden. Zo kan het arbeidsrechtelijke ontslag altijd worden gerealiseerd. Na ontbinding krijgt de bestuurder een transitievergoeding mee, maar hij zal doorgaans niet succesvol een billijke vergoeding kunnen vorderen. Bestuurders op wie de preventieve ontslagtoets van toepassing is, kunnen in principe slechts een billijke vergoeding vorderen als sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever in verband met het ontslag. Hiervan is slechts in uitzonderlijke gevallen sprake.

3.3 Vergelijkbare uitspraken

De zaak 2Switch is niet de eerste keer dat een rechter een bestuurdersontslag aangrijpt om tot een h-grond te komen. In juni 2016 oordeelde de Rechtbank Amsterdam in vergelijkbare zin bij het ontslag van een stichtingsbestuurder.^[11] Een h-grond werd aanwezig geacht, (mede) omdat de arbeidsovereenkomst geheel geënt was op de positie als algemeen directeur en de raad van toezicht was overgegaan tot ontslag uit de statutaire positie. Ook ontbond het Scheidsgerecht Gezondheidszorg recentelijk de arbeidsovereenkomst met een stichtingsbestuurder op de h-grond, omdat het na het ontslag als bestuurder niet langer mogelijk was de bedongen arbeid te verrichten en de arbeidsovereenkomst daarmee een lege huls was geworden (hierna kortweg: de legehulstheorie).^[12]

Het feit dat de legehulstheorie in andere bestuurderszaken dan hierboven genoemd nog niet is toegepast, is wat mij betreft onvoldoende om aan te nemen dat andere rechters deze niet onderschrijven.^[13] In de andere bestuurdersuitspraken onder de WWZ werd het legehulsargument doorgaans niet aangevoerd door de werkgever, zodat het simpelweg niet aan de orde kwam.

4 Een terecht oordeel?

4.1 Verenigbaarheid van de legehulstheorie met (de bedoeling van) de wet

De kernvraag die ik in dit artikel aan de orde stel, is of het terecht is dat de kantonrechter een redelijke grond aanneemt voor een arbeidsrechtelijk ontslag vanwege het enkele vennootschapsrechtelijke ontslag als bestuurder.

Daarbij is allereerst van belang dat, zoals genoemd, het vereiste van de redelijke grond van toepassing is op alle werknemers, inclusief bestuurders. De gedachte daarachter is dat er bij alle werknemers een inhoudelijke toets plaatsvindt ten aanzien van de vraag of een ontslag, gelet op de reden, wel gerechtvaardigd is. Als een redelijke grond bij een bestuurder altijd kan

worden gecreëerd vanwege verbondenheid tussen de arbeidsovereenkomst en de statutaire positie, wordt deze inhoudelijke toets een wassen neus. Waarom tot ontslag als bestuurder wordt overgegaan, wordt immers niet onderzocht. Duk is het dan ook oneens met de redenering dat het enkele ontslag als bestuurder arbeidsrechtelijk een h-grond oplevert, nu ook voor bestuurders een toetsing aan de redelijkheid van de ontslaggrond moet plaatsvinden.[14]

Zelfs als zou moeten worden geoordeeld dat een voldoende inhoudelijke toets naar de ontslaggrond plaatsvindt als de rechter toetst of een werknemer als bestuurder is ontslagen, dan nog komt de legehulstheorie in strijd met (de bedoeling van) de wet. Dit zal ik hierna toelichten.

Op grond van artikel 7:682 lid 3 onderdeel b BW heeft een ontslagen bestuurder (voor wie geen preventieve toets geldt) recht op een billijke vergoeding als er geen redelijke grond is voor het ontslag.[15] Dat is expliciet in de wetsgeschiedenis benadrukt.[16] Door aanvaarding van de legehulstheorie zou dit recht weinig betekenis hebben, omdat een redelijke grond altijd gecreëerd kan worden.[17]

Deze onverenigbaarheid met artikel 7:682 lid 3 BW zou niet aanwezig zijn als wordt aangenomen dat de legehulstheorie slechts ziet op bestuurders voor wie de preventieve toets geldt (zoals de bestuurder in de onderhavige uitspraak). Bestuurders voor wie de preventieve toets geldt, vallen immers niet onder artikel 7:682 lid 3 BW. Toegegeven moet worden dat de legehulstheorie wat anders uitwerkt als deze wordt toegepast op vennootschapsbestuurders voor wie geen preventieve toets geldt. Bij deze bestuurders is het vennootschapsrechtelijke ontslag tevens de opzegging van de arbeidsovereenkomst.[18] Er is dus nog geen lege huls voordat tot arbeidsrechtelijke opzegging wordt besloten, zodat die lege huls ook niet de (redelijke) grond voor de opzegging kan zijn.[19]

Het beperken van de legehulstheorie tot bestuurders voor wie de preventieve toets geldt (zoals de bestuurder in de onderhavige zaak), leidt echter eveneens tot zeer onwenselijke uitkomsten. Dat zou betekenen dat een redelijke grond eerder gevonden kan worden bij de bestuurders voor wie een preventieve toets geldt dan voor bestuurders voor wie deze niet geldt. Een dergelijk onderscheid is niet te rechtvaardigen, zeker nu bij uitstek over die laatste bestuurders wordt aangenomen dat het bestuurderschap en de arbeidsovereenkomst onlosmakelijk verbonden zijn en dat zij een hoog afbreukrisico hebben. Ook Wiersma meent dat het maken van een dergelijk onderscheid – waardoor de ene bestuurder een billijke vergoeding kan vorderen vanwege de afwezigheid van een redelijke grond en de andere met lege handen staat – niet de bedoeling van de wetgever kan zijn.[20]

Conclusie is dan ook dat aanvaarding van de leghulstheorie niet verenigbaar is met (de bedoeling van) de wet en leidt tot onacceptabele uitkomsten.

4.2 De h-grond in andere situaties

Dat de kantonrechter in de zaak 2Switch de h-grond passend acht, is op het eerste gezicht echter goed te begrijpen. De rechter kan de statutaire positie van de bestuurder niet herstellen indien het bestuurdersontslag volgens de voorgeschreven procedure is uitgevoerd. Dat betekent dat er na het ontslag als bestuurder een werknemer resteert die niet langer voldoende bevoegdheden heeft om zijn functie uit te oefenen.

De situatie is, zo bezien, vergelijkbaar met de in de memorie van toelichting van de WWZ genoemde voorbeelden van de h-grond: het ontbreken van een werkvergunning, illegaliteit en detentie.[21] Ook in de rechtspraak wordt in situaties waarin een werknemer niet (meer) bevoegd is zijn functie uit te oefenen geregeld naar de h-grond gegrepen. Zo werd de arbeidsovereenkomst met een beveiligers op de h-grond ontbonden omdat de korpschef de toestemming om de functie uit te mogen oefenen, had ingetrokken.[22] Omdat die toestemming noodzakelijk was om de werkzaamheden te mogen verrichten, was de arbeidsovereenkomst volgens de kantonrechter een lege huls geworden. Evenzo werd de arbeidsovereenkomst met een ICT-beheerder/instructeur ontbonden op de h-grond, omdat hij vanwege het ontbreken van een Verklaring omtrent gedrag niet in zijn functie te werk kon worden gesteld.[23] In dergelijke situaties zijn er inderdaad overige omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Er is echter een belangrijk verschil tussen de situatie van een werknemer die als statutair bestuurder is ontslagen en de voornoemde situaties waarin een werknemer niet langer zijn werkzaamheden kan uitoefenen. Het intreden van de omstandigheid waardoor de werknemer de bevoegdheid/mogelijkheid verliest om zijn functie uit te oefenen, wordt in de voornoemde voorbeelden niet door de werkgever zelf in het leven geroepen en ligt ook niet in de risicosfeer van de werkgever.

Het ontslag van de werknemer als bestuurder ligt echter wel in de risicosfeer van de werkgever. Het bestuurdersontslag wordt immers gegeven door een orgaan van – of gelieerd aan – de werkgever. Sterker nog, in veel gevallen zullen het dezelfde personen zijn die aansturen op het ontslag als bestuurder en op het indienen van het ontbindingsverzoek.[24] Omdat in deze gevallen ten minste kan worden gezegd dat het ontslag als bestuurder in de risicosfeer van de werkgever ligt, meen ik dat door dat ontslag geen situatie ontstaat waarin het niet van de werkgever gevergd kan worden dat hij de werknemer in dienst houdt (hetgeen

wel vereist is om een beroep te mogen doen op de h-grond).

Een kerngedachte achter de redelijke gronden voor ontslag van de WWZ is dat bij gebreke van een redelijke grond een werknemer in dienst dient te blijven. Daarbij past niet dat een werkgever die een werknemer zelf actief zijn bevoegdheid afneemt, daarmee tot een redelijke grond en tot een ontslag kan komen.

4.3 Onwenselijke uitkomst?

Leidt de arbeidsrechtelijke conclusie dat een bestuurdersontslag geen redelijke ontslaggrond oplevert niet tot onwenselijke uitkomsten, doordat een bestuurder niet 'te allen tijde' kan worden ontslagen of doordat een werkgever kan blijven zitten met een werknemer die zijn functie als bestuurder niet meer kan uitoefenen?

Wat betreft de statutaire/vennootschapsrechtelijke band geldt onverkort het uitgangspunt dat een bestuurder 'te allen tijde' kan worden ontslagen. De afwezigheid van een redelijke (arbeidsrechtelijke) grond doet daar in beginsel niet aan af.[25] Zo zal een vennootschapsrechtelijk ontslag niet snel op inhoudelijke gronden sneuvelen.[26] Arbeidsrechtelijk kunnen echter slechts bestuurders voor wie geen preventieve ontslagtoets geldt te allen tijde worden ontslagen. Bij de bestuurders op wie de wetgever wel een preventieve toets van toepassing heeft verklaard, moet die toets ook materieel plaatsvinden en kan daardoor niet altijd tot ontslag worden gekomen.

Het feit dat een statutair ontslag op zichzelf geen redelijke ontslaggrond oplevert, zal er niet snel toe leiden dat niet tot arbeidsrechtelijk ontslag van een bestuurder kan worden overgegaan wanneer dat op inhoudelijke gronden wel wenselijk is. Het redelijke-grondenstelsel biedt voldoende mogelijkheden om tot ontbinding te komen van de arbeidsovereenkomst. Zo wordt in geval van bestuurders en hoge managers vaak een h-grond aanwezig geacht als de werkgever aannemelijk kan maken dat er een verschil van inzicht is met de bestuurder of manager over de invulling van de functie. Een redelijk breed scala aan situaties wordt in de rechtspraak onder 'verschil van inzicht' geschaard.[27] Ook bij de toepassing van de d-grond (disfunctioneren) en g-grond (verstoorde verhouding) lijken rechters in voorkomende gevallen de bijzondere positie van de bestuurder in aanmerking te nemen, waardoor soms eerder een redelijke grond wordt aangenomen.[28] In de onderhavige zaak leek ontbinding met een andere motivering dan de lege huls dan ook goed mogelijk. Bijvoorbeeld de h-grond vanwege een verschil van inzicht over de invulling van de functie of een gebrek aan draagvlak onder het personeel.

5 Vergelijking met de g-grond

De vraag of een werkgever eenzijdig een redelijke grond kan doen ontstaan, is eerder aan de orde geweest, te weten in verband met de verstoorde arbeidsverhouding. Creëert de werkgever een g-grond als door zijn eigen toedoen de verhoudingen met een werknemer worden verstoord? Bij de invoering van de WWZ heeft minister Asscher de situatie benoemd dat een werkgever ten onrechte ontbinding verzoekt op de d-grond (disfunctioneren) en daardoor de verhoudingen dusdanig verstoort dat een g-grond ontstaat. In dat geval zou de arbeidsovereenkomst alsnog op de g-grond kunnen worden ontbonden en zou de werkgever wellicht een billijke vergoeding verschuldigd zijn omdat het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.[29] Dit wordt wel de zogeheten Asscher-escape genoemd. Diverse rechters hebben deze route inmiddels gebruikt.[30] Er zijn echter ook kritische geluiden over de Asscher-escape. Zo betoogde Sagel onder meer dat niet snel gezegd kan worden dat in redelijkheid niet van de werkgever gevergd kan worden het dienstverband voort te zetten, als de verhoudingen verstoord zijn omdat de werkgever onterecht een ontslag nastreefde.[31] Als een werkgever zelf een onwerkbaar situatie creëert, mag hij daarvan niet te snel profiteren doordat een redelijke grond ontstaat. De Rechtbank Midden-Nederland overwoog in lijn hiermee dat het bestaan van een verstoorde arbeidsverhouding sinds de inwerkingtreding van de WWZ niet zonder meer voldoende is om tot een g-grond te concluderen.[32] De g-grond vereist immers dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortbestaan. Aan dit vereiste zal volgens de rechtbank in beginsel niet zijn voldaan als de werkgever ten aanzien van de verstoorde arbeidsverhouding in overwegende mate zelf een verwijt treft.[33] Duk vindt dat deze redenering op zich aanspreekt.[34] Ook de kantonrechter te Enschede hanteerde deze redenering.[35] Die overwoog dat geen g-grond aanwezig is indien de verstoring bewust is veroorzaakt door de werkgever, omdat in dat geval wel voortzetting van de arbeidsverhouding kan worden gevergd. Dat is pas anders als de reden waarom een werkgever de arbeidsrelatie onder druk zet, zelfstandig een voldoende redelijke grond voor beëindiging vormt. Een andere, ruimere uitleg van de g-grond zou volgens de kantonrechter slecht werkgeverschap uitlokken.

Het betoog dat wordt gehouden door degenen die kritisch zijn over de Asscher-escape, komt overeen met mijn bovengenoemde redenering ten aanzien van de h-grond: als je bewust zelf een onwerkbaar situatie creëert, ontstaat geen situatie waarin het niet van je verwacht kan worden de arbeidsovereenkomst te continueren. Ten aanzien van de g-grond is nog de opvatting mogelijk dat ontbinding wel mogelijk is als de werkgever niet bewust op de verstoorde verhouding heeft aangestuurd (ondanks dat deze wel aan hem is te wijten).[36] Ten aanzien van het bestuurdersontslag is een dergelijke escape echter niet aan de orde, omdat tot dit ontslag altijd bewust zal worden besloten.

Ik ben geen voorstander van een combinatie van de legehulstheorie en de Asscher-escape. Ik bedoel daarmee dat bij bestuurders die zijn ontslagen uit hun statutaire positie de h-grond kan worden toegepast, in combinatie met de toekenning van een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen als aan het bestuurdersontslag geen redelijke grond ten grondslag ligt. Dit strijdt zowel met de bedoeling van het grondenstelsel, omdat (zoals hierboven toegelicht) altijd een h-grond kan worden gecreëerd, als met de bedoeling om 'ernstig verwijtbaar handelen' te beperken tot uitzonderlijke gevallen van verwijtbaar gedrag.

6 De 15 april-arresten

De Rechtbank Overijssel stelt in de onderhavige zaak aan te sluiten bij de 15 april-arresten van de Hoge Raad.[37] Daaraan wordt toegevoegd dat niet valt in te zien dat deze jurisprudentie onder de WWZ haar gelding zou hebben verloren. Hieronder bezie ik allereerst of het juist is dat de 15 april-arresten onder de WWZ hun gelding hebben behouden, en vervolgens of in de zaak 2Switch terecht een link wordt gelegd met de 15 april-arresten.

De wet vermeldt sinds de WWZ expliciet dat er geen preventieve ontslagtoets geldt voor (onder meer) de bestuurders op wie de 15 april-arresten zien: bestuurders die een arbeidsovereenkomst hebben met de vennootschap waarvan zij bestuurder zijn.[38] Om vast te stellen of de 15 april-arresten daardoor achterhaald zijn, is relevant te bezien wat er nu precies geoordeeld is in de 15 april-arresten.

Uit de 15 april-arresten volgt dat ontslag als statutair bestuurder van een vennootschap ook het einde van de arbeidsovereenkomst met diezelfde vennootschap tot gevolg heeft, tenzij een wettelijk ontslagverbod hieraan in de weg staat of partijen anders zijn overeengekomen. Met andere woorden, een ontslag als bestuurder heeft ook te gelden als opzeggingshandeling ten aanzien van de arbeidsovereenkomst, ook als dit niet expliciet is vermeld. Er hoeft niet meer separaat te worden opgezegd. Uit de wetsgeschiedenis bij artikel 2:134 en 2:244 BW leidt de Hoge Raad af dat de wetgever heeft gewild dat door het vennootschapsrechtelijke ontslag ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding.[39]

Uit de 15 april-arresten volgt niet dat ten aanzien van deze opzegging geen preventieve ontslagtoets van toepassing is. Dit volgde tot 1 juli 2015 uit een ontheffingsbesluit met betrekking tot het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA).[40] Met de invoering van de WWZ is de uitzondering op de preventieve ontslagtoets in artikel 7:671 lid 1 onderdeel e BW opgenomen. Deze wetswijziging ziet dus op een ander aspect van het ontslag dan de 15 april-arresten en heeft geen invloed op de relevantie hiervan.

Is het terecht dat in de onderhavige zaak een link wordt gelegd met de 15 april-arresten? Een belangrijk verschil tussen de 15 april-arresten en de onderhavige zaak is dat de 15 april-

arresten zagen op een bestuurder die in dienst was van de vennootschap waar hij bestuurder was. De 15 april-arresten zijn niet van toepassing op bestuurders die elders in dienst zijn (zoals in de onderhavige zaak). Dit wordt wel afgeleid uit het arrest van de Hoge Raad in Aelfin advies.[41] Een steekhoudend juridisch argument tegen toepassing van de 15 april-arresten op bestuurders die elders in dienst zijn, is bovendien dat het orgaan dat het statutaire ontslagbesluit neemt, in die situatie niet bevoegd is tevens als werkgever een opzeggingshandeling te verrichten. Ook zien artikel 2:134 en 2:244 BW, waarnaar de Hoge Raad in de 15 april-arresten verwijst, slechts op bestuurders die in dienst zijn waar zij bestuurder zijn.[42] Daarom is de vergelijking van de casus van 2Switch met de 15 april-arresten door de kantonrechter niet zuiver.

Het lijkt de kantonrechter ook niet zozeer te gaan om strikte toepassing van de 15 april-arresten op de onderhavige zaak, maar meer om het doortrekken van de gedachte dat de twee relaties onsplitsbaar zijn. Hij borduurt in feite voort op een argument dat A-G Timmerman in zijn conclusie bij het 15 april-arrest Ciris/Bartelink noemde voor de onsplitsbaarheid van het bestuurderschap en de arbeidsovereenkomst.[43] Timmerman noemde in dit verband dat de arbeidsovereenkomst doorgaans het bestuurderschap inhoudt, aangezien de arbeidsprestatie en de taak waartoe een bestuurder krachtens de arbeidsovereenkomst gehouden is niet anders zijn dan de taak en functie van de bestuurder. Het is pragmatisch gezien niet onbegrijpelijk dat de kantonrechter dit punt aangrijpt om tot onsplitsbaarheid van de twee relaties te concluderen. Het antwoord op de vraag welk gevolg het ontslag als bestuurder voor de arbeidsverhouding heeft, moet volgens de Hoge Raad echter worden beantwoord aan de hand van het arbeidsrecht (voor zover dit door Boek 2 BW niet terzijde is gesteld).[44] En het arbeidsrecht laat de conclusie niet toe dat de arbeidsovereenkomst van een bestuurder op wie de preventieve ontslagtoets van toepassing is hoe dan ook kan eindigen na een statutair ontslag, zoals hierboven toegelicht.

7 Conclusie

De in de 2Switch-zaak toegepaste legehulstheorie ondergraaft de ontslagbescherming van bestuurders voor wie een preventieve ontslagtoets geldt. Als het bestuurdersontslag tot een grond leidt, kan de werkgever immers altijd tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst komen, hoe goed de bestuurder ook presteert. Dat zal pas anders zijn als een werkgever een andere passende functie heeft die hij moet aanbieden aan de bestuurder. Doorgaans is die passende functie er echter niet of zal het niet in de rede liggen een oud-bestuurder daarin te herplaatsen.[45] De bestuurder heeft dan geen mogelijkheid om vanwege het ontbreken van een redelijke ontslaggrond een billijke vergoeding te vorderen, omdat van het 'ontbreken van een redelijke ontslaggrond' geen sprake is. Het enige muizengaatje dat resteert om iets tegen de werkgever te beginnen, is een billijke vergoeding te vorderen vanwege ernstig verwijtbaar

handelen of nalaten van de werkgever. Een dergelijke poging zal niet snel succesvol zijn. Als toepassing van de legehulstheorie vaste rechtspraak wordt bij bestuurders met een preventieve ontslagtoets, doen deze bestuurders er goed aan contractueel extra bescherming te bedingen om het verhoogde ontslagrisico te compenseren. Gedacht kan worden aan het bedingen van een contractuele ontslagvergoeding of een langere opzegtermijn.

Zo ver zou het wat mij betreft echter niet hoeven komen. In mijn ogen levert een enkel statutair ontslag geen h-grond op, nu dit ontslag aan de werkgever is toe te rekenen. Het is daardoor niet zo dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Deze opvatting strookt met de bedoeling van de wetgever. De wetgever heeft bewust een onderscheid gemaakt tussen bestuurders op wie de preventieve ontslagtoets van toepassing is en bestuurders op wie deze niet van toepassing is. Daar waar die preventieve toets wel van toepassing is, behoort deze niet te worden uitgehold tot een lege huls.

Noten

[1] Waar in dit artikel hierna wordt gesproken over 'bestuurder' wordt bedoeld op 'statutair bestuurder'.

[2] Rb. Overijssel 21 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1908 (2Switch). Zie tevens AR-Updates.nl 2017-0563, JAR 2017/127 m.nt. Wiersma, OR-Updates.nl 2017-0159 en JOR 2017/195 m.nt. Bennaars.

[3] Zie art. 2:37 lid 6, 2:57a lid 1, 2:132 lid 3 en 2:244 lid 3 BW.

[4] Dit geldt eveneens voor vergelijkbare buitenlandse rechtspersonen.

[5] Art. 7:671 lid 1 onderdeel e BW.

[6] Deze bestuurder kan dus op twee separate gronden een billijke vergoeding vorderen (art. 7:682 lid 3 BW).

[7] De uitzondering genoemd in art. 7:671 lid 1 onderdeel e BW is in dit geval niet van toepassing.

[8] De zaak 2Switch ziet op een bestuurder die bij een andere groepsmaatschappij in dienst is dan waar hij bestuurder is. De door de Rechtbank Overijssel gebruikte redenering kan echter eveneens worden toegepast op de stichtingsbestuurder, omdat ook bij stichtingsbestuurders de preventieve ontslagtoets geldt. Ook bij stichtingsbestuurders komt het dus voor dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt verzocht, nadat het bestuurderschap reeds is

beëindigd.

[9] Mogelijk dient de verwijzing naar het 'indirect' bestuurder zijn van de werkmaatschappijen te worden gelezen als een verwijzing naar de inhoudelijke werkzaamheden, maar dat licht de kantonrechter niet nader toe.

[10] Zie o.m. H.T. ten Have, Onsplitsbaarheid van het ontslag van een statutair directeur, V&O 2005, afl. 9, p. 151-153 en F.C. van Uden, De functioneel statutair bestuurder, ArbeidsRecht 2006/63.

[11] Rb. Amsterdam 22 juni 2016, AR 2016-0751.

[12] Scheidsgerecht Gezondheidszorg 4 juli 2017, kenmerk 17/08.

[13] Bennaars lijkt dit anders te zien. J.H. Bennaars, De bestuurder en zijn ontslag post-Wwz – anything new?, TAP 2017/123.

[14] R.A.A. Duk, Redelijke gronden: een Procrustesbed?, TRA 2016/80.

[15] Art. 7:682 lid 3 onderdeel b BW geeft een bestuurder recht op een billijke vergoeding in geval van schending van art. 7:669 BW. Art. 7:669 BW bepaalt kort gezegd dat pas tot ontslag kan worden gekomen als een redelijke grond aanwezig is en herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt.

[16] Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 28.

[17] Deze onverenigbaarheid van de legehulstheorie met art. 7:682 lid 3 BW brengt Bennaars tot de conclusie dat de legehulstheorie in strijd is met de bedoeling van de wetgever. J.H. Bennaars, JOR-noot bij Rb. Overijssel 21 april 2017, JOR 2017/195.

[18] HR 15 april 2005, JOR 2005/144 en 145 m.nt. P.A.M. Witteveen. Dat is pas anders in geval van een ontslagverbod of als partijen anders zijn overeengekomen. In die gevallen is art. 7:682 lid 3 onderdeel b BW echter niet van toepassing, omdat een preventieve ontslagtoets geldt.

[19] Hier kan overigens ook anders tegenaan worden gekeken. Het is bij deze vennootschapsbestuurders ook te betogen dat volgens de legehulstheorie een redelijke grond altijd aanwezig is. Hoewel het vennootschapsrechtelijke ontslag niet voorafgaat aan de arbeidsrechtelijke opzegging, zou het besef dat de arbeidsovereenkomst inhoudsloos zal worden door het wegvallen van de statutaire positie mogelijk kunnen worden gezien als een redelijke grond voor een gelijktijdige opzegging van de arbeidsovereenkomst. Altijd als er een arbeidsrechtelijk ontslag is, is er dan ook een vennootschapsrechtelijk ontslag en daarmee (volgens de legehulstheorie) een redelijke grond. In deze benadering zou de

onverenigbaarheid met art. 7:682 lid 3 BW des te evidentier zijn.

[20] K. Wiersma, JAR-noot bij Rb. Overijssel 21 april 2017, JAR 2017/127.

[21] Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 46.

[22] Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771.

[23] Rb. Zeeland-West-Brabant 8 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2143.

[24] Bij stichtingsbestuurders is normaal gesproken hetzelfde orgaan (de raad van toezicht) bevoegd tot het statutaire ontslag en tot het indienen van een ontbindingsverzoek. Ook bij gelieerde groepsmaatschappijen is er vaak betrokkenheid van dezelfde personen of organen. Nu de bedongen arbeid bij de werkgever het bestuurderschap bij de groepsmaatschappij inhoudt, is dat geregeld bewust zo ingericht.

[25] HR 26 oktober 1984, NJ 1985/375 (Sjardin/Sjartec).

[26] S.J. Sterk, Belangenverstrengeling bij bestuurders: balanceren bij de uitoefening van de fiduciaire bestuursstaak, TAO 2015, afl. 2, p. 67. Vgl. ook I. Zaal & J.H. Bennaars, De BV-bestuurder beklemd, TAO 2015, afl. 1, p. 19-25.

[27] Zie bijv. C. Muradin, De h-grond voor managers en directeuren: for better or for worse?, TvO 2017, afl. 2, p. 75-84.

[28] S.J. Sterk, JAR-annotatie bij Hof Amsterdam 18 juli 2017, JAR 2017/216.

[29] Handelingen I 2013/14, 33818, 31 item 14, p. 10.

[30] Zie hiervoor bijv. B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & F.A. Weber, Kroniek Rechtspraak Wwz, TRA 2017/72.

[31] S.F. Sagel, Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules (oratie Leiden), 2014.

[32] Rb. Midden-Nederland (ktr.) 21 december 2015, JAR 2016/26 m.nt. L.B. de Graaf.

[33] Ik meen dat de wetsgeschiedenis ten aanzien van de g-grond voldoende ruimte biedt voor deze invulling van de frase 'zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. Weliswaar ziet dit tevens op de vereiste ernst en duurzaamheid van de verstoorde verhouding, maar daartoe hoeft het in mijn ogen niet te worden beperkt.

[34] Duk 2016.

[35] Rb. Enschede (ktr.) 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3870.

[36] Rb. Overijssel 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212. Vgl. ook L.B. de Graaf in zijn JAR-noot bij Rb. Midden-Nederland (ktr.) 21 december 2015, JAR 2016/26.

[37] Rb. Overijssel 21 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1908 (2Switch), r.o. 4.6 en HR 15 april 2005, JOR 2005/144 en 2005/145 m.nt. P.A.M. Witteveen.

[38] Art. 7:671 lid 1 onderdeel e BW.

[39] HR 15 april 2005, JOR 2005/144, r.o. 3.5.3 en JOR 2005/145 r.o. 3.4.3.

[40] Ministerieel besluit van 21 november 1972, houdende ontheffing van de verplichting ex. art. 6 BBA 1945 toestemming voor ontslag te verkrijgen (herhaald genomen op 9 oktober 2008). Deze ontheffing zag, zo werd aangenomen, alleen op bestuurders die een arbeidsovereenkomst hadden met de entiteit waar zij bestuurder waren.

[41] HR 13 juli 2012, JAR 2012/210 m.nt. Van der Pijl (Aelfin advies).

[42] Zie hiervoor uitgebreider J.H. Bennaars, De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 6.2.5.

[43] HR 15 april 2005, JOR 2005/144 m.nt. P.A.M. Witteveen. Hoewel Timmerman hiermee in feite voorsorteert op de legehulstheorie, heeft de Hoge Raad dit argument niet overgenomen in het arrest.

[44] HR 15 april 2005, JOR 2005/144 en 145 m.nt. P.A.M. Witteveen.

[45] Zie M.W.A.M. van Kempen, De billijke vergoeding bij ontslag van de statutair bestuurder nader beschouwd, TAO 2016, afl. 1, p. 37-44, R.M. Beltzer & R.D. Rietveld, De statutair bestuurder in de Wet werk en zekerheid, O&F 2016, afl. 2, p. 4-20 en S.J. Sterk, Ontslag van bestuurders: breekt de rechtspraak met de vertrouwensbreuk?, TAO 2016, afl. 3, p. 118-125.

ANNOTATIE

1. Commentaar bij HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (X/Le Roux Fruit Exporters (Pty) Ltd)

T.M.C. Arons (annotatie 1) en C.E.J.M. Hanegraaf (annotatie 2)

De (hoofdelijke) aansprakelijkheid van de tweedegraadsbestuurder uit onrechtmatige daad jegens vennootschapscrediteuren van de kleindochter staat in deze bijdrage centraal. Meer in het bijzonder de vraag of de aansprakelijkheid ex artikel 2:11 BW van de tweedegraadsbestuurder een vorm van risicoaansprakelijkheid in het leven roept voor het gedrag van de medetweedegraadsbestuurder die een onrechtmatige daad pleegt jegens vennootschapscrediteuren van de kleindochter.

1 Inleiding

In deze zaak zet de Hoge Raad de reikwijdte van de doorbraakbepaling van artikel 2:11 van het Burgerlijk Wetboek (BW) uiteen. In hoogste instantie is nu bepaald dat ook bij aansprakelijkheid van een bestuurder-rechtspersoon op grond van artikel 6:162 BW, de bestuurders van deze bestuurder-rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van artikel 2:11 BW. De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is hoe dit oordeel zich verhoudt tot de vereiste toerekenbaarheid in de zin van artikel 6:162 lid 1 en 3 BW. Is het gevolg van deze uitspraak dat bestuurders risicoaansprakelijk worden voor het handelen van hun medebestuurder(s)?

Het privaatrechtelijke uitgangspunt is dat een persoon slechts aansprakelijk is voor de schade die zijn onrechtmatig handelen tot gevolg heeft indien hem van die daad een verwijt kan worden gemaakt, of het een oorzaak betreft die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.[1] Bij aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders voor hun handelen in de hoedanigheid van bestuurder jegens de vennootschap en derden[2] wordt de toerekeningsmaatstaf van artikel 6:162 lid 1 en 3 BW ingekleurd door het bekende ernstige-verwijtbaarheids criterium.[3]

2 Feiten

Ik schets kort de achtergrond van deze zaak. De eiser in eerste aanleg is Le Roux Fruit Exporters (Pty) Ltd (hierna: Le Roux), handelaar in druiven. Le Roux verhandelt haar druiven via commissionairs. Le Roux' netto-opbrengst is de verkoopopbrengst minus douanekosten en de commissionairsvergoeding. In 2001 sluit Le Roux met Hyka BV (hierna: Hyka) een commissieovereenkomst. Enig bestuurder en 100%-aandeelhouder van Hyka is Holding. Op haar beurt heeft Holding twee bestuurders, de natuurlijke personen broers A en B.

Hyka fraudeert door te hoge douanekosten en te lage verkoopopbrengsten in rekening te brengen ('commissiefraude'). Le Roux spreekt Hyka voor de geleden schade aan. In het zicht van faillissement van Hyka antedateert broer B een 'sale & lease back'-overeenkomst tussen Hyka en Holding en onttrekt zodoende verhaalsvermogen aan Hyka ('vermogensonttrekking'). Hyka staakt haar onderneming; haar activiteiten worden voortgezet door de zustersvennootschap Impala Fruit BV.

2.1 Rechtbank

Holding en broer A worden hoofdelijk veroordeeld tot schadevergoeding wegens de commissiefraude. Hen treft als feitelijk plegers een (persoonlijk) ernstig verwijt.[4] Broer B wordt hiervoor niet veroordeeld. Wél wordt hij persoonlijk aansprakelijk gehouden voor de vermogensonttrekking door Holding, tenzij hij bewijst dat causaal verband tussen de vermogensonttrekking en Le Roux' schade ontbreekt.[5] Dit kan door aannemelijk te maken dat de boedel hoe dan ook onvoldoende baten zou hebben gehad om Le Roux' vorderingen te voldoen. Kortom, Holding is aansprakelijk op grond van de tweede pijler van Ontvanger/Roelofsen,[6] dat wil zeggen het toerekenbaar bewerkstelligen of toelaten dat de vennootschap haar contractuele of wettelijke verplichtingen niet nakomt, met het voor de bestuurder voorzienbare gevolg dat een ander daar schade door zal lijden.[7] Door de vermogensonttrekking kan Hyka niet aan haar contractuele verplichtingen voldoen. Volgens de rechtbank is broer B hiervoor persoonlijk aansprakelijk door toepassing van artikel 2:11 BW.

2.2 Hof

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bekrachtigt het vonnis en overweegt ten aanzien van artikel 2:11 BW als volgt:

'In zodanig geval ligt het voor de hand om te oordelen dat voor aansprakelijkheid van de tweedegraadsbestuurder nog steeds moet worden geëist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zouden [broer B] en [broer A] namelijk eerstegraads bestuurders van Hyka zijn geweest, dan zou voor aansprakelijkheid van [appellant] op grond van artikel 6:162 BW ook zijn vereist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van de antimisbruikbepaling van artikel 2:11 BW kan niet de bedoeling zijn

dat álle tweedegraads bestuurders zonder meer aansprakelijk zijn op de enkele grond dat één van hun collega bestuurders persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.’[8]

2.3 Hoge Raad

Le Roux stelt tegen deze rechtsoverweging incidenteel cassatieberoep in. De Hoge Raad casseert. De op grond van artikel 6:162 BW vastgestelde aansprakelijkheid van bestuurder-rechtspersoon Holding jegens de crediteur van Hyka, Le Roux, brengt op grond van artikel 2:11 BW hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders van Holding met zich, tenzij ieder van hen voor zich stelt en zo nodig kan bewijzen dat hem geen persoonlijk ernstig verwijt treft.[9] Broer B is dus in beginsel ook aansprakelijk voor de commissiefraude, tenzij hij zijn eventuele disculpatiegrond aannemelijk weet te maken.

3 Commentaar

3.1 Stelplicht en bewijslastverdeling

Het hof en de Hoge Raad volgen de meerderheidsopinie dat de doorbraakbepaling van artikel 2:11 BW in alle gevallen van wettelijke aansprakelijkheid van een bestuurder-rechtspersoon van toepassing is.[10] Anders dan het hof eerder oordeelde,[11] betekent dit volgens de Hoge Raad dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.[12] In essentie heeft dit een verschuiving van de stelplicht en bewijslast tot gevolg. In het normaaltype artikel 6:162-vordering moet de eiser immers stellen en zo nodig bewijzen dat aan alle elementen (onrechtmatige handeling, schade, causaal verband en toerekenbaarheid) is voldaan. Bij een artikel 6:162-vordering jegens de bestuurder van de bestuurder-rechtspersoon op grond van artikel 2:11 BW is het aan de gedaagde bestuurder om te stellen en zo nodig te bewijzen dat hem in de gegeven omstandigheden geen persoonlijk ernstig verwijt treft. De aansprakelijkheid van de bestuurders is een hoofdelijke. Individuele disculpatie is mogelijk, maar de stelplicht en bewijslast rusten bij ieder van de bestuurders.

In het vennootschapsrecht brengt de collectieve verantwoordelijkheid voor het bestuur een aansprakelijkheid van alle bestuurders ten opzichte van de vennootschap met zich. De individuele bestuurder kan zich disculperen door te stellen en zo nodig te bewijzen dat hem geen persoonlijk ernstig verwijt treft. In essentie gaat het hier dan ook niet om hoofdelijke aansprakelijkheid als bestuurder voor gedragingen van medebestuurders, maar om aansprakelijkheid voor eigen handelen en nalaten. Bij bestuurdersaansprakelijkheid geldt vanwege de collectieve verantwoordelijkheid wel een omkering van stelplicht en bewijslast.

Als de aangesproken bestuurder erin slaagt zijn disculpatie aannemelijk te maken is hij niet aansprakelijk.

3.2 Risicoaansprakelijkheid voor gedrag medebestuurder?

Risicoaansprakelijkheid betreft alle vormen van aansprakelijkheid voor eigen gedragingen, voor andermans gedragingen of voor zaken waarbij geen sprake is van toerekening op basis van schuld.[13] De vraag is of artikel 2:11 BW kennelijk moet worden opgevat als een wetsbepaling die voor een bestuurder van een bestuurder-rechtspersoon een risicoaansprakelijkheid jegens derden (schuldeisers en aandeelhouders van de vennootschap) voor gedragingen van zijn medebestuurder met zich brengt. Ik denk het niet. Er is in ieder geval geen sprake van een dergelijke risicoaansprakelijkheid voor een bestuurder van een rechtspersoon die niet op zijn beurt bestuurder van een andere rechtspersoon is. Deze bestuurder is niet aansprakelijk jegens derden voor het handelen van zijn medebestuurder. Immers, zijn aansprakelijkheid moet worden gestoeld op een hem persoonlijk te maken ernstig verwijt.

De Hoge Raad wijdt in dit arrest geen overwegingen aan de verhouding tot het toerekenbaarheidsvereiste van artikel 6:162 lid 3 BW. Dit is jammer, want dit betreft een centraal element in elke aansprakelijkheidsvordering tot schadevergoeding. Voor de vestiging van aansprakelijkheid van een rechtssubject voor de schade die zijn onrechtmatige daad heeft veroorzaakt, moet zijn daad aan hem kunnen worden toegerekend.[14] Naast de aansprakelijkheid voor eigen handelen schrijft de wet ook voor dat bepaalde handelingen van een ander voor rekening en risico komen van degene die in een bijzondere verhouding tot deze ander staat (ouder-kind,[15] werkgever-werknemer,[16] opdrachtgever-opdrachtnemer[17] en vertegenwoordigde-vertegenwoordiger[18]).

3.3 Groepsaansprakelijkheid

Een ander voorbeeld van toerekening van de daad van een ander is de groepsaansprakelijkheid ex artikel 6:166 BW. De rechtvaardiging voor deze toerekening is het vrijwillig genomen individuele besluit tot groepsdeelname.[19] De onrechtmatige gedraging gepleegd door een van de tot een groep behorende personen brengt aansprakelijkheid van alle groepsleden met zich indien de onrechtmatigheid is gelegen in de kansaanvaarding van het aldus toebrengen van voorzienbare schade. Deze kans op schadetoebrenging had de groepsleden behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband. Schending van een wettelijke plicht door een van de groepsleden brengt dus geen groepsaansprakelijkheid mee.[20] Voor aansprakelijkheid van het groepslid is ook nog vereist dat zijn deelneming aan de gedragingen in groepsverband hem als een onrechtmatige daad kunnen worden

toegerekend.[21] Het groepslid kan zich *niet disculperen* door te stellen dat hij niet de eigenlijke schadeveroorzakende daad verrichtte. Het betreft daadwerkelijk hoofdelijke aansprakelijkheid als groepslid voor gedragingen van een ander. Uiteraard kan een aangesprokene wel stellen en zo nodig bewijzen dat hij geen groepslid was.

Sporadisch worden bestuurders van vennootschappen en vennootschappen die in groepsverband frauduleus handelen ten opzichte van een derde op grond van artikel 6:166 BW hoofdelijk aansprakelijk gehouden.[22] Overigens verdient hierbij opmerking dat niet licht voldaan wordt aan de bewijslast dat sprake is van het plegen van een onrechtmatige gedraging jegens een derde door aandeelhouders respectievelijk bestuurders van een vennootschap in groepsverband met deze vennootschap.[23] De bestuurder van een vennootschap en een derde die als groep frauduleus handelen ten opzichte van deze vennootschap zijn eveneens op grond van artikel 6:166 BW hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de vennootschap lijdt.[24]

4 Concluderende opmerkingen

Terug naar de onderhavige casus. Is er bij bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:11 BW nu sprake van een risicoaansprakelijkheid voor daden van medebestuurders? Het verweten handelen waarvoor Le Roux hoofdelijke veroordeling van broer B wenst, is de commissiefraude. Deze commissiefraude is een onrechtmatige daad van Holding, omdat zij daarmee bewerkstelligde dat Hyka haar contractuele verplichting jegens Le Roux niet na kon komen. Broer A heeft, ongeacht of de vordering rechtstreeks wordt gebaseerd op artikel 6:162 BW of via artikel 2:11 BW, dezelfde onrechtmatige daad gepleegd. Hij is immers de feitelijk pleger; zijn (feitelijk) handelen wordt aan Holding toegerekend. Broer B wordt als bestuurder van Holding hoofdelijk aansprakelijk gehouden – tenzij hij individuele disculpatieomstandigheden stelt en zo nodig bewijst – voor het feitelijk handelen van broer A in de hoedanigheid van bestuurder. Kortom, er is geen sprake van risicoaansprakelijkheid ex artikel 2:11 BW voor het handelen van een medebestuurder. De bestuurder is alleen aansprakelijk als hem een verwijt te maken valt, bijvoorbeeld omdat hij wist van de fraude en naliet maatregelen te treffen.

De vraag is of het door de Hoge Raad in de Spaanse Villa- en Breeweg/Wijnkamp-arresten[25] [26] gemaakte onderscheid tussen het handelen in de hoedanigheid van bestuurder en het handelen buiten de bestuursfunctie om nog gevolgen heeft voor de aansprakelijkheid van medebestuurders. Dit lijkt mij van wel. Een bestuurder is uiteraard niet aansprakelijk (ook niet via art. 2:11 BW) als de onrechtmatige daad van zijn medebestuurder is gelegen in een handelen dat niet in de hoedanigheid van bestuurder is geschied. Het betreft dan niet een handeling namens of voor de vennootschap. Bestuurders zijn dan ook niet

aansprakelijk voor beroepsfouten die zijn gemaakt door een medebestuurder in de uitvoering van een overeenkomst die de vennootschap heeft gesloten met een cliënt.[27]

Kortom, de bestuursfunctie betekent niet een zodanige verhouding tot medebestuurders dat de wet daaraan een risicoaansprakelijkheid verbindt. Het arrest van de Hoge Raad van 17 februari 2017 over de toepasbaarheid van de doorbraakbepaling (art. 2:11 BW) bij artikel 6:162-vorderingen heeft deze implicatie ook niet. De bestuurder is en blijft slechts aansprakelijk voor zijn eigen handelen en nalaten. Wel komt op hem in bepaalde door de wet aangewezen gevallen (zoals ‘tussenplaatsing’ van een bestuurder-rechtspersoon) een stelplicht en bewijslast te rusten dat hem geen persoonlijk ernstig verwijt treft voor het onrechtmatig handelen van een medebestuurder, indien hij door derden wordt aangesproken.

Noten

[1] Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/169.

[2] Derden zijn in dit geval schuldeisers of aandeelhouders van de vennootschap.

[3] Van der Heijden & Van der Grinten/Dortmond, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013, nr. 240; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/469.

[4] De commissiefraude van Holding en broer A heeft ook te gelden als gedraging van Hyka. In deze zin is Hyka ook een feitelijk pleger. Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/85.

[5] Rb. Arnhem 14 december 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BVo5o8.

[6] HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZo758, Ondernemingsrecht 2007/36 m.nt. J.B. Wezeman (Ontvanger/Roelofsen).

[7] De eerste pijler van Ontvanger/Roelofsen betreft de befaamde Beklamel-doctrine: het door de bestuurder aangaan van verplichtingen namens de vennootschap in de wetenschap dat niet kan worden nagekomen en evenmin verhaal wordt geboden. Zie HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamel).

[8] Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7697, JOR 2014/3 m.nt. S.M. Bartman & X.D. van Leeuwen, JIN 2014/8 m.nt. J. van der Kraan, r.o. 4.3.

[9] HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, JOR 2017/121 m.nt. A.F.J.A. Leijten, Ondernemingsrecht 2017/79 m.nt. M. Mussche & Y. Borrius, AAe20170523 m.nt. S.M. Bartman & C.E.J.M. Hanegraaf, JIN 2017/51, r.o. 3.4.4.

[10] Ik volsta met een verwijzing naar de belangrijkste handboeken: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/213; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/476; Slagter/Assink, Compendium ondernemingsrecht. Deel 1, Deventer: Kluwer 2013, par. 15.

[11] Kritisch ten aanzien van die overweging (4.3) van het hof: P.D. Olden & J.H.L. Beckers, Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2013, in: M. Holtzer e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2013-2014 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 121), Deventer: Kluwer 2014, par. 8.1.2.

[12] HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (X/Le Roux Fruit Exporters (Pty) Ltd), r.o. 3.4.3.

[13] Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/24.

[14] Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/98.

[15] Art. 6:169 BW.

[16] Art. 6:170 BW.

[17] Art. 6:171 BW.

[18] Art. 6:172 BW.

[19] Zie ook N. Peters & M. Goorts, Artikel 6:166 BW: onbekend maakt onbemind?, AV&S 2012/21.

[20] Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/128.

[21] Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/127.

[22] Zie Peters & Goorts 2012, par. 7, verwijzend naar Rb. Rotterdam 30 juni 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN4213 (KvK/Kantoor voor Klanten I) en Rb. Rotterdam 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR6484 (KvK/Kantoor voor Klanten II). Zie recent Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8773 (Stichting Cultureel Beheer Paleisstraat 8, Doopsgezinde Gemeente Den Haag en Stichting Steunfonds Oldeslo/X & Y). Voor een goed overzicht, zie A.W. van der Veen, De groepsaansprakelijkheid ex artikel 6:166 BW in corporate litigation, in: M. Holtzer e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134), Deventer: Kluwer 2016.

[23] Zie voor een recent voorbeeld waarin de rechter oordeelde dat er geen sprake was van een groep: Hof 's-Hertogenbosch 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4406.

[24] Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4756.

[25] HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, JOR 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten, JA 2013/59 m.nt. F. Leopold en R. van Vlooten, Ondernemingsrecht 2013/47 m.nt. M.J. Kroeze, NJ 2013/302 m.nt. P. van Schilfgaarde, AA20130125 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (Spaanse Villa).

[26] HR 18 september 2015, ECLI:HR:2015:2745, JOR 2015/289 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Breeweg/Wijnkamp c.s.).

[27] De reikwijdte van de leer Ontvanger/Roelofsen en de verhouding tot de arresten Spaanse Villa en Breeweg Wijnkamp zijn laatstelijk fraai uiteengezet in de conclusie van A-G Hartlief van 9 december 2016 in de zaak Attitude Group BV/Multi Business Solutions Holding BV, ECLI:NL:PHR:2016:1264, ovw. 4.13-4.21.

Hoewel de Hoge Raad in het arrest Kampschöer/Le Roux artikel 2:11 BW tot een soort ‘aansprakelijkheidsvergroter’ maakt, laat de auteur in deze bijdrage zien dat dit artikel slechts een doorgeefluik van aansprakelijkheid dient te zijn.

Een van de stellingen behorend bij mijn dissertatie[1] luidt:

‘Artikel 2:11 BW is een “doorgeefluik” van aansprakelijkheid. Ook in geval van toepasselijkheid op de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:216 BW en artikel 6:162 BW werkt artikel 2:11 BW niet als een “aansprakelijkheidsvergroter”. [2] Toepasselijkheid van artikel 2:11 BW op laatstgemelde grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid dient geen bewijsrechtelijk voordeel met zich te brengen.’

Deze stelling dient men te plaatsen in het kader van het arrest Kampschöer/Le Roux.[3] In dat arrest legt de Hoge Raad de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder (de eerstegraads bestuurder) in beginsel automatisch door naar de bestuurders van die rechtspersoon-bestuurder (*de tweedegraads bestuurders*). In deze bijdrage licht ik mijn hiervoor vermelde stelling toe, een en ander toegespitst op de aansprakelijkheid op basis van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW).[4]

1 Inleiding

Zoals bekend, kent het Nederlandse recht de rechtsfiguur van de rechtspersoon-bestuurder. Aan deze figuur zijn verschillende voordelen verbonden ten opzichte van de situatie waarin sprake is van een natuurlijk persoon als bestuurder. Een praktisch voordeel van het gebruik van een rechtspersoon-bestuurder is bijvoorbeeld het feit dat de voor bestuur vereiste deskundigheid niet in één natuurlijke persoon of in enkele natuurlijke personen verenigd hoeft te zijn. Een ander voordeel van het gebruik van een rechtspersoon-bestuurder is dat men

daarmee het probleem van regelmatig wisselende bestuurders kan vermijden. De rechtspersoon-bestuurder is in het algemeen niet afhankelijk van de verhindering (door ziekte of welke andere oorzaak ook) van één enkele persoon. Nog een (hiermee samenhangend) voordeel van de rechtspersoon-bestuurder is dat door deze figuur kosten en nadelen verbonden aan een meerhoofdig bestuur bestaande uit natuurlijke personen worden vermeden. Men kan personeel efficiënt inzetten en daardoor (arbeids)kosten besparen.[5]

Door het gebruik van een rechtspersoon-bestuurder kan persoonlijke aansprakelijkheid van de achterliggende natuurlijk persoon in beginsel zo veel mogelijk worden voorkomen. De aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is namelijk beperkt tot het vermogen van die rechtspersoon. Artikel 2:11 BW heeft ten doel om voor bepaalde situaties de beperking van de persoonlijke aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurder terug te nemen. Dit artikel bepaalt namelijk dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. De wetgever heeft door de introductie van artikel 2:11 BW bereikt dat het inmiddels in concern- en groepsverhoudingen gebruikelijke verschijnsel van de rechtspersoon-bestuurder niet onmogelijk behoefde te worden gemaakt.

Lange tijd bestond onduidelijkheid omtrent het antwoord op de vraag of artikel 2:11 BW betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder op grond van artikel 6:162 BW en – zo ja – hoe artikel 2:11 BW in een dergelijk geval dan uitwerkt. In zijn arrest Kampschöer/Le Roux[6] oordeelt de Hoge Raad dat artikel 2:11 BW van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Volgens de Hoge Raad valt daaronder ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is gebaseerd op artikel 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid rust volgens de Hoge Raad dan tevens hoofdelijk op iedere persoon die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder is. Hij voegt daaraan toe dat dit betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt – en zo nodig bewijst – dat ook die bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Volgens de Hoge Raad volgt uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW dat wanneer een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op grond van artikel 6:162 BW, de bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen – en zo nodig te bewijzen – dat hem geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Naar de mening van de Hoge Raad doet deze bewijslastverdeling recht aan zowel de ratio van artikel 2:11 BW als de vereisten voor

bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW.[7]

2 Automatisch doorleggen van aansprakelijkheid

Indien een eiser tweedegraads bestuurders direct aansprakelijk wenst te houden op grond van artikel 6:162 BW (dus niet via art. 2:11 BW), dan dient de eiser voor iedere tweedegraads bestuurder afzonderlijk aan te tonen dat voldaan is aan de voor een dergelijke aansprakelijkheid geldende eisen. De eiser in kwestie dient voor iedere tweedegraads bestuurder afzonderlijk onder meer aan te tonen dat sprake is van een *persoonlijk ernstig verwijt*. [8] Hoe zwaarder de bewijslast voor de eiser is, hoe lastiger het is om daadwerkelijk tot aansprakelijkheid van een (tweedegraads) bestuurder te komen. De Hoge Raad verbindt consequenties met betrekking tot de verdeling van de bewijslast aan de toepassing van artikel 2:11 BW in combinatie met artikel 6:162 BW. Daarmee komt de Hoge Raad de eiser tegemoet in zijn lastige bewijspositie. Om tot een *indirecte* aansprakelijkheid van tweedegraads bestuurders op grond van artikel 6:162 jo. artikel 2:11 BW te komen, dient een eiser ‘slechts’ het handelen/nalaten dat aan de *eerstegraads* rechtspersoon-bestuurder kan worden toegerekend te toetsen aan de maatstaven van artikel 6:162 BW. Is die eerstegraads rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk, dan zijn in de opvatting van de Hoge Raad de tweedegraads bestuurders in beginsel allen *automatisch* hoofdelijk aansprakelijk. [9] De omvang van de aansprakelijkheid verschilt daardoor in beginsel niet per individuele tweedegraads bestuurder. Voordeel van de opvatting van de Hoge Raad – vanuit het perspectief van de eiser – is dat de eiser die erin slaagt schade en de bestuurdersaansprakelijkheid van een eerstegraads rechtspersoon-bestuurder daarvoor aan te tonen, er min of meer automatisch ten minste één (hoofdelijk aansprakelijke) schuldenaar bij krijgt, te weten de tweedegraads bestuurder(s). Er ontstaan daardoor meer verhaalsmogelijkheden voor die eiser.

Op basis van *de tekst* van artikel 2:11 BW (waarin het begrip hoofdelijkheid is opgenomen) zou men de door de Hoge Raad voorgestane ‘automatische’ aansprakelijkheid van een tweedegraads bestuurder kunnen verdedigen. Niettemin kan ik mij niet verenigen met de wijze waarop de Hoge Raad de bewijslast verdeelt tussen de eiser en de tweedegraads bestuurders. Die bewijslastverdeling brengt mee dat tweedegraads bestuurders geconfronteerd kunnen worden met bestuurdersaansprakelijkheid waarmee zij niet of niet noodzakelijkerwijze geconfronteerd zouden worden indien zij rechtstreeks bestuurders zouden zijn geweest. In deze bijdrage zet ik mijn kritiek op de door de Hoge Raad voorgestane automatische aansprakelijkheid van tweedegraads bestuurders uiteen. Omwille van de leesbaarheid heb ik ervoor gekozen om verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur over de verschillende onderwerpen beperkt te houden. [10]

3 Mijn kritiek op het automatisch doorleggen van aansprakelijkheid

Ik heb meerdere argumenten voor mijn kritiek op het ‘automatisch doorleggen van aansprakelijkheid’ in gevallen als de onderhavige. In deze paragraaf vermeld ik die argumenten. Kort gezegd, komen mijn argumenten neer op het volgende: de rechtspositie van tweedegraads bestuurders wordt in de door de Hoge Raad gekozen richting (te) onzeker (par. 3.1); het voor een aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW vereiste causale verband lijkt in de gekozen richting te worden losgelaten (par. 3.2); de Hoge Raad behandelt ten onrechte collectieve en individuele aansprakelijkheid op dezelfde wijze (par. 3.3); de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW wordt door het automatisch doorleggen van die aansprakelijkheid naar tweedegraads bestuurders voor de betreffende bestuurders een risicoaansprakelijkheid (par. 3.4); en de door de Hoge Raad gekozen richting is niet nodig om strijd met het doel en de strekking van artikel 2:11 BW te voorkomen (par. 3.5). Ik besluit deze paragraaf met een opmerking over de wetsgeschiedenis van artikel 2:11 BW (par. 3.6). Anders dan de Hoge Raad blijkbaar meent, vormt die wetsgeschiedenis mijns inziens een te wankelende basis voor het toekennen van praktische betekenis aan artikel 2:11 BW in gevallen als de onderhavige.

3.1 Misbruik van rechtspersoonlijkheid versus zekerheid rechtspositie

Zoals bekend dienen bestuurders – soms noodgedwongen – risico’s te nemen die anderen liever vermijden en waar anderen wellicht helemaal niet mee te maken krijgen. Het bijzondere karakter van de positie als bestuurder, waar het nemen van risico’s bij hoort, brengt mee dat aan bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW hoge eisen worden gesteld.^[11] Om die reden heeft het vereiste van het *persoonlijk ernstig verwijt* zijn intrede gedaan in de jurisprudentie.^[12] Zonder dit aspect uitdrukkelijk te benoemen, laat de Hoge Raad in het arrest Kampschöer/Le Roux de wens om *misbruik van rechtspersoonlijkheid* tegen te gaan, prevaleren boven de *zekerheid omtrent de (rechts)positie* van de bestuurder die het aangaat. Door de aanname dat een tweedegraads bestuurder van een op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijke eerstegraads rechtspersoon-bestuurder automatisch aansprakelijk is ‘via’ artikel 2:11 BW schept de Hoge Raad (een hoge mate van) duidelijkheid omtrent toepassing van laatstgemeld artikel. Door die aanname kan men misbruik van rechtspersoonlijkheid tegengaan. Echter, aangezien een ‘automatisch aansprakelijke’ tweedegraads bestuurder vervolgens maar dient te stellen en – zo nodig – dient te bewijzen dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, komt mijns inziens in elk geval voor de tweedegraads bestuurder in kwestie *de rechtspositie* op de tocht te staan. Het is namelijk maar zeer de vraag of zo’n tweedegraads bestuurder die automatische aansprakelijkheid van zich af kan werpen. Toepassing van artikel 2:11 BW op de wijze zoals de Hoge Raad die voorstaat, leidt ertoe dat in het geval van bestuurdersaansprakelijkheid op basis van artikel 6:162 BW wordt verondersteld dat de tweedegraads bestuurder(s) een

persoonlijk ernstig verwijt (een gradatie van schuld) gemaakt kan worden. Het aantonen van schuld is in de opvatting van de Hoge Raad in een dergelijk geval in feite niet langer vereist voor een geslaagd beroep op artikel 6:162 BW. Naar mijn mening druist de bewijsregel die de Hoge Raad – niet de wetgever – introduceert in tegen de *onschuldpresumptie* waarvan artikel 6:162 BW uitgaat. Het uitgangspunt van artikel 6:162 BW dient mijns inziens namelijk te zijn dat eenieder alleen aansprakelijk kan zijn voor zijn *eigen* daden en nalatigheden, tenzij uitdrukkelijk uit de wet anders voortvloeit. Gelet op het feit dat ik in de wetsgeschiedenis geen basis aantref voor de ‘automatische’ aansprakelijkheid van tweedegraads bestuurders bij de toepassing van artikel 2:11 BW, beschouw ik artikel 2:11 BW niet als een artikel dat afwijking van de basisprincipes van artikel 6:162 BW rechtvaardigt.

De Hoge Raad overweegt dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt – en zo nodig bewijst – dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.^[13] De Hoge Raad gaat mijns inziens wel erg gemakkelijk voorbij aan de last die hij oplegt aan de in beginsel aansprakelijk geachte tweedegraads bestuurder. Uitgaande van de opvatting van de Hoge Raad geldt dat de in beginsel automatisch aansprakelijk geachte tweedegraads bestuurder onder meer zal dienen te stellen, aannemelijk zal dienen te maken en ‘zo nodig’ (hetgeen in de praktijk zal neerkomen op: altijd of vrijwel altijd) zal dienen te bewijzen dat hij bijvoorbeeld *niet*, dan wel nauwelijks betrokken is geweest bij de gewraakte handelingen en uitdrukkelijk daarvan afstand heeft genomen. *Hij* dient aan te tonen dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt treft. Zelfs een (zeer) behoorlijk handelend (tweedegraads) bestuurder zal dergelijk tegenbewijs echter onmogelijk of erg lastig kunnen leveren. Bij een ‘normale’ bewijslastverdeling (lees: een bewijslastverdeling waarin de eiser onder meer het persoonlijk ernstig verwijt aan de zijde van een tweedegraads bestuurder dient aan te tonen) speelt dit tot op zekere hoogte natuurlijk ook. Daar is het echter zo dat de tweedegraads bestuurder zich geconfronteerd ziet met concrete aantijgingen vanuit de eiser die hij (de tweedegraads bestuurder) kan trachten te weerleggen.

Gevolg van de bewijsregel die de Hoge Raad introduceert, is dat het *de facto* gemakkelijker is om (via art. 2:11 BW) op grond van artikel 6:162 BW een tweedegraads bestuurder aansprakelijk te houden dan om een persoon die geen bestuurder is (en voor wie derhalve de ‘persoonlijk ernstig verwijt’-maatstaf niet geldt) aansprakelijk te houden. Daarbij vraag ik mij af in hoeverre nog daadwerkelijk gesproken kan worden over een *persoonlijk* ernstig verwijt indien je als tweedegraads bestuurder automatisch wordt opgezaald met een aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 jo. artikel 2:11 BW. De aansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder kan namelijk ook berusten op het gedrag van andere functionarissen, zoals andere tweedegraads bestuurders.

Hoe dit alles ook zij: het is helemaal niet nodig om door middel van omkering van de bewijslast 'via artikel 2:11 BW' misbruik van rechtspersoonlijkheid aan te pakken. Dergelijk misbruik wordt door de geïntroduceerde bewijslastverdeling – toegegeven – lastiger gemaakt, maar dat misbruik kon en kan al worden tegengegaan door naast de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder de tweedegraads bestuurders *rechtstreeks* op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk te stellen zonder de verzwarende bewijslast. De op artikel 6:162 BW gebaseerde normen voor de aansprakelijkheid van bestuurders zijn namelijk rechtstreeks van toepassing op tweedegraads bestuurders (zie hierna).

3.2 Causaal verband

Blijkens het gebruik van de term 'dientengevolge' vereist artikel 6:162 BW een causaal verband tussen het handelen/nalaten van bijvoorbeeld een bestuurder enerzijds en schade anderzijds. Ik ben van mening dat het causale verband bij de door de Hoge Raad voorgestane 'automatische' doorwerking van artikel 2:11 BW naar tweedegraads bestuurders wordt losgelaten. Een causaal verband wordt in elk geval – naar mijn mening ten onrechte – verondersteld aanwezig te zijn. De ontstane schade is namelijk niet noodzakelijkerwijs het gevolg van het handelen/nalaten van een tweedegraads bestuurder. Laatstgenoemde wordt daarvoor echter in beginsel wel volledig aansprakelijk gehouden, hetgeen niet 'in de geest' van artikel 6:162 BW is.

3.3 Collectieve en individuele aansprakelijkheid

Boek 2 BW gaat in het algemeen uit van een collectieve aansprakelijkheid van het bestuur. Zo geldt voor de aansprakelijkheid van een eerstegraads bestuurder op grond van artikel 2:9 BW het uitgangspunt van collectiviteit.^[14] Artikel 2:9 lid 2 BW bepaalt namelijk dat *elke bestuurder* verantwoordelijkheid draagt voor *de algemene gang van zaken* (derhalve niet slechts voor zijn eigen functioneren). Tevens wordt in artikel 2:9 BW bepaald dat *elke bestuurder voor het geheel aansprakelijk* is voor onbehoorlijk bestuur. Daarnaast geldt dat de collectiviteit blijkt uit het feit dat bij hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW niet op voorhand van iedere bestuurder een ernstig verwijt aangetoond behoeft te worden. Hetzelfde principe geldt bij de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 2:138/248 BW. Artikel 2:138/248 BW bepaalt dat onder omstandigheden iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is. In beginsel (behoudens disculpatie) is een bestuurder derhalve ook aansprakelijk voor de gedragingen en het nalaten van zijn medebestuurder(s).

Artikel 6:162 BW daarentegen biedt geen grondslag voor collectieve aansprakelijkheid. Dat artikel benadert de aansprakelijkheid van een persoon op *individuele* basis. Zelfs de tekst van artikel 6:162 BW benadrukt die individualiteit: 'Hij die ...'^[15] Artikel 6:162 BW rept niet over

hoofdelijke aansprakelijkheid bij een collectieve aansprakelijkheid van een groep personen. Steeds is vereist dat de aangesproken bestuurder zich *persoonlijk* schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige gedraging. Een eiser zal niet alleen moeten aantonen dat hem persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken, maar tevens moeten (kunnen) aantonen – en zo nodig bewijzen – waarom dat het geval is.[16] Wordt ten aanzien van één bestuurder vastgesteld dat hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, dan is de aansprakelijkheid van de andere bestuurders daarmee nog niet gegeven. Gegeven deze individuele benadering kan mijns inziens niet het standpunt van de Hoge Raad worden aanvaard dat indien een eerstegraads rechtspersoon-bestuurder *individueel* aansprakelijk is op grond van artikel 6:162 BW, diens bestuurders vervolgens ‘ineens’ (via art. 2:11 BW) in beginsel *collectief* aansprakelijk zijn.

3.4 Risicoaansprakelijkheid

Gedachte achter artikel 2:11 BW is dat een bestuurder geen aansprakelijkheid zou moeten kunnen ontlopen vanwege het enkele feit dat hij een volledig door hem gecontroleerde rechtspersoon als bestuurder ‘tussenschakelt’. Was die natuurlijke persoon namelijk *direct* bestuurder geweest, dan zou hij onder omstandigheden zelf aansprakelijk (kunnen) zijn. Laat diezelfde natuurlijke persoon de functie van bestuurder uitoefenen door een rechtspersoon, dan zou de betreffende natuurlijke persoon – zonder een bepaling als die van artikel 2:11 BW – aan bestuurdersaansprakelijkheid ontkomen. Om die reden is in artikel 2:11 BW een hoofdelijke aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurders vastgelegd.[17]

Dat een natuurlijk persoon geen aansprakelijkheid dient te kunnen ontlopen door het feit dat hij ten minste één rechtspersoon-bestuurder heeft ‘tussengeschakeld’, betekent naar mijn mening nog niet dat hij het risico van een zwaardere aansprakelijkheid dient te lopen. Artikel 2:11 BW betreft mijns inziens in feite niet meer dan een ‘doorgeefluik van aansprakelijkheid’. Door de automatische doorwerking ‘via artikel 2:11 BW’ van de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW van de eerstegraads bestuurder naar de tweedegraads bestuurder(s) maakt de Hoge Raad van artikel 2:11 BW een soort ‘aansprakelijkheidsvergroter’.[18] Die ‘vergroting’ – of wellicht beter gezegd: ‘verzwaring’ – treedt op ten opzichte van de situatie waarin de tweedegraads bestuurders eerstegraads bestuurders zouden zijn geweest. Daarnaast treedt een verzwaring op ten opzichte van de situatie waarin men rechtstreeks de tweedegraads bestuurders ex artikel 6:162 BW aansprakelijk zou stellen. Die verzwaring is gelegen in het feit dat personen aansprakelijk worden gehouden die, waren zij eerstegraads bestuurders geweest, wellicht helemaal niet aansprakelijk zouden zijn. Dat laatste kan het geval zijn indien men niet kan aantonen dat die personen persoonlijk een ernstig verwijt treft. De betreffende tweedegraads bestuurders hebben door deze gang van zaken een processueel nadeel. Zij worden namelijk geacht in beginsel aansprakelijk te zijn, tenzij zij zich kunnen disculperen.

Daarmee verwordt het zijn van bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder tot een soort ‘risicoaansprakelijkheid’.

Men kan mij tegenwerpen dat van een ‘aansprakelijkheidsvergroter’ toch ook sprake is ingeval artikel 2:11 BW wordt toegepast op de aansprakelijkheid op grond van bijvoorbeeld artikel 2:9 BW, dan wel artikel 2:138/248 BW. Ook in geval van toepasselijkheid van artikel 2:11 BW op de op artikel 2:9 en 2:138/248 BW gebaseerde bestuurdersaansprakelijkheid is mijns inziens geen sprake van een daadwerkelijke ‘vergroting’ (in de door mij aangegeven zin) van de aansprakelijkheid. De personen die bij toepassing van laatstgemelde artikelen namelijk via artikel 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk worden, zouden dat ook zijn indien artikel 2:9 en 2:138/248 BW rechtstreeks op die personen van toepassing zouden zijn. Deze artikelen bevatten – zoals vermeld – een vorm van *collectieve* aansprakelijkheid.

3.5 Doel en strekking van artikel 2:11 BW

De uitleg van artikel 2:11 BW die de Hoge Raad introduceert, is niet nodig om strijd met het doel en de strekking van artikel 2:11 BW te voorkomen.^[19] Doel van artikel 2:11 BW is dat uiteindelijk ten minste één natuurlijk persoon bestuursverantwoordelijkheid draagt. Strekking is het voorkomen van misbruik van rechtspersoonlijkheid door het op tweedegraads bestuurders van overeenkomstige toepassing verklaren van aansprakelijkheidsbepalingen die gelden voor eerstegraads bestuurders. Tegen een tweedegraads bestuurder dienen dezelfde aansprakelijkheidsbepalingen te kunnen worden ingeroepen als tegen een eerstegraads bestuurder. Een schuldeiser kan artikel 6:162 BW zonder meer gebruiken om zijn pijlen *rechtstreeks* te richten op een tweedegraads bestuurder. Alleen de bestuurder die de verweten gedraging persoonlijk heeft verricht, kan daar op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk voor worden gehouden. Artikel 2:11 BW hoeft in dat kader geen rol te spelen. Bij de (meeste) aansprakelijkheidsbepalingen die vermeld zijn in Boek 2 BW ligt dat anders. Die bepalingen richten zich namelijk tot de eerstegraads bestuurder. Is dit een rechtspersoon-bestuurder, dan kan zonder een bepaling met de inhoud van artikel 2:11 BW aan de betreffende aansprakelijkheden op gemakkelijke wijze ontkomen worden.

3.6 Wetsgeschiedenis

De Hoge Raad verwijst in het arrest Kampschöer/Le Roux naar een passage uit de wetsgeschiedenis waarin een aanknopingspunt kan worden gevonden voor het onder de reikwijdte van artikel 2:11 BW scharen van de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW. De minister van Justitie merkte tijdens de parlementaire behandeling van artikel 2:11 BW op dat hem niet duidelijk is waarom de aansprakelijkheid ingevolge (thans) artikel 6:162 BW tegenover schuldeisers en die uit (thans) artikel 2:9 BW zouden zijn uitgesloten van die

reikwijdte.[20] De minister heeft tijdens de parlementaire behandeling van (de voorloper van) artikel 2:11 BW niet klip-en-klaar gezegd dát artikel 2:11 BW betrekking heeft op (onder meer) de aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW. Ik ben van mening dat uit de passage wel degelijk af te leiden valt dat de aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW onder de reikwijdte van artikel 2:11 BW valt. Op zijn zachtst gezegd heeft het er echter alle schijn van dat de wetgever niet heel goed lijkt te hebben nagedacht over de toepasselijkheid van artikel 2:11 BW op de aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW en al helemaal niet over de wijze waarop die toepasselijkheid gestalte dient te krijgen. Anders dan de Hoge Raad blijkbaar meent, hoeft het mede daarom helemaal niet zo te zijn dat aan artikel 2:11 BW in dit geval praktische betekenis dient te worden toegekend.

4 Mijn visie

Indien een bestuurder de bestuurszaak direct uitvoert, dient om tot diens aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW te komen een persoonlijk ernstig verwijt aangetoond te worden. Laat hij de bestuurszaak echter *indirect* (door tussenschakeling van een rechtspersoon-bestuurder) uitvoeren, dan kan voor zijn aansprakelijkheid ook een persoonlijk ernstig verwijt dat uitsluitend de (eerstegraads) rechtspersoon-bestuurder en zijn tweedegraads medebestuurders treft voldoende zijn. Bij die tweedegraads bestuurder kan de persoonlijke verwijtbaarheid ontbreken (hij hoeft aan de onrechtmatige gedraging van zijn medebestuurder geen bijdrage te hebben geleverd), terwijl die bestuurder niet slaagt in het bewijs van het ontbreken daarvan.

Het vorenstaande gaat mijns inziens (veel) te ver. Artikel 2:11 BW dient een neutrale werking te hebben. Het is slechts een doorgeefluik van aansprakelijkheid. Aan de collectieve dan wel individuele aard van aansprakelijkheid van de oorspronkelijke grondslag voor aansprakelijkheid (bijvoorbeeld art. 6:162, 2:9 en 2:138/248 BW) dient dit artikel niet te tornen. Bij toepassing van artikel 2:11 BW dient men naar mijn mening te *abstraheren* van de bestuurslaag waarin de betreffende bestuurder zich bevindt. Indien sprake is van een *eerstegraads bestuurder* geldt dat – teneinde de bestuurder in kwestie aansprakelijk te kunnen houden op grond van artikel 6:162 BW – men onder meer dient aan te tonen dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor een *tweedegraads bestuurder* dient mijns inziens hetzelfde te gelden. Per tweedegraads bestuurder dient de betreffende toets te worden uitgevoerd, waarbij aan die tweedegraads bestuurder de daarbij behorende disculpatiemogelijkheden toekomen.

Aan het woord ‘hoofdelijk’ in artikel 2:11 BW komt naar mijn mening in het kader van de aansprakelijkheid gebaseerd op artikel 6:162 BW geen betekenis toe. De consequentie van het vorenstaande is dat mijns inziens aan artikel 2:11 BW in het kader van de

bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW geen praktisch/bewijsrechtelijk nut toekomt. De opvatting van de Hoge Raad is naar mijn mening slechts redelijk in de situatie waarin ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder sprake is van slechts één tweedegraads bestuurder en overigens geen sprake is van functionarissen wier gedrag toegerekend kan worden aan de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder.^[21] Veelal zal het zo zijn dat juist het gedrag van de tweedegraads bestuurder wordt toegerekend aan de eerstegraads bestuurder en dat op deze wijze tot aansprakelijkheid van die eerstegraads rechtspersoon-bestuurder wordt gekomen. Indien er – zoals zo vaak – meerdere tweedegraads bestuurders zijn, werkt de opvatting van de Hoge Raad naar mijn mening niet redelijk uit.

5 Conclusie

De Hoge Raad heeft getracht aan het in artikel 2:11 BW gebruikte woord ‘hoofdelijk’ in het kader van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW een zinvolle betekenis toe te kennen. Duidelijke steun voor de gekozen uitwerking treft men in de wetsgeschiedenis niet aan. De Hoge Raad maakt artikel 2:11 BW tot een aansprakelijkheidsvergroter (in de door mij aangegeven zin). Artikel 2:11 BW dient naar mijn mening echter slechts een doorgeefluik van aansprakelijkheid te zijn.

Indien de Hoge Raad zijn visie onverkort handhaaft, bestaat de kans dat de door de Hoge Raad geïntroduceerde bewijslastverdeling meebrengt dat de figuur van de rechtspersoon-bestuurder aan populariteit zal inboeten. Gelet op de zienswijze van de Hoge Raad is het voor een persoon namelijk in het algemeen gunstiger om *direct* bestuurder te zijn van een rechtspersoon dan om *indirect* (‘via’ een rechtspersoon-bestuurder) daarvan bestuurder te zijn. In laatstgemeld geval kan een tweedegraads bestuurder immers worden opgezadeld met een automatische aansprakelijkheid en daardoor met de zware last om een negatief feit (‘mij valt persoonlijk geen ernstig verwijt te maken’) aan te tonen. Voor de Hoge Raad argumenten te over – zo lijkt mij – om in voorkomend geval zijn standpunt nog eens te overwegen.

Noten

[1] C.E.J.M. Hanegraaf, Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen? (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 106) (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017. Ik verdedigde deze dissertatie aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. S.M. Bartman trad op als promotor.

[2] Daarmee bedoel ik: een grond voor een verruiming van de aansprakelijkheid van bestuurders.

[3] HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, NJ 2017/215 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2017/121 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Kampschöer/Le Roux).

[4] Zie over (mijn visie inzake) de verhouding tussen art. 2:11 BW en de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:216 BW: Hanegraaf 2017, p. 219-226.

[5] Zie (uitgebreider) over de voor- én nadelen verbonden aan de figuur van de rechtspersoon-bestuurder: Hanegraaf 2017, p. 35-42.

[6] Zie uitgebreid over dit arrest: Hanegraaf 2017, p. 208 e.v., alsmede S.M. Bartman & C.E.J.M. Hanegraaf, Indirect bestuurder rechtspersoon dient eigen onschuld te bewijzen, AA 2017, p. 523-527. Zie over het voorafgaande arrest van het hof de annotatie van S.M. Bartman en X.D. van Leeuwen bij Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 15 oktober 2013, JOR 2014/3.

[7] Zie HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), r.o. 3.4.3.

[8] Zie o.a. HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Tulip Air) en HR 5 september 2014, NJ 2015/22 (RCI Financial Services).

[9] HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), m.n. r.o. 3.4.3 en 3.4.4.

[10] Zie voor verwijzingen naar relevante jurisprudentie en literatuur: Hanegraaf 2017, m.n. p. 208-220.

[11] Rb. Rotterdam 22 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1671 (Connexxion Openbaar Vervoer/the People Corporation), r.o. 4.6 wijst bijvoorbeeld op het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.

[12] Kritisch over deze hoge drempel voor aansprakelijkheid: S.M. Bartman, Anders dan het orakel van Delphi, Ondernemingsrecht 2014/143, afl. 17, p. 723.

[13] HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), r.o. 3.4.3.

[14] Anders: de annotatie van A.F.J.A. Leijten bij HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), JOR 2017/121, par. 6.

[15] In zoverre wijkt art. 6:162 BW derhalve af van o.m. art. 6:166 BW, dat onder voorwaarden een hoofdelijke aansprakelijkheid bevat voor het geval een tot een groep behorende persoon onrechtmatig schade toebrengt. Anders: de annotatie van A.F.J.A. Leijten bij HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), JOR 2017/121, par. 6, die opmerkt dat

hoofdelijke aansprakelijkheid van een collectief van bestuurders zeer wel op art. 6:162 BW gebaseerd kan worden.

[16] HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Tulip Air), r.o. 3.5.2.

[17] Vgl. Kamerstukken II 1984/85, 16631, 6, p. 18, en 9, p. 15-16.

[18] De aansprakelijkheid zelf wordt uiteraard niet vergroot, maar de kans op aansprakelijkheid wordt groter. Een betere term zou dan ook kunnen zijn: ‘aansprakelijkheidsverzwaarder’.

[19] Zie Hanegraaf 2017, p. 217 e.v.

[20] Zie HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), r.o. 3.4.2, alwaar de Hoge Raad verwijst naar: Kamerstukken I 1985/86, 16631, 27b, p. 22.

[21] De vraag is dan wel of art. 2:11 BW enige functie vervult, maar dat is een vraagstuk inzake de toerekening van (rechts)handelingen.

ANNOTATIE

De aansprakelijkheid van beherend vennoten bij toetreding tot een personenvennootschap in het licht van het voorstel van de Werkgroep Personenvennootschappen[*]

N.C. Canev

De Werkgroep Personenvennootschappen wijkt in haar voorstel af van de door de Hoge Raad in het Carlande-arrest (2015) ontwikkelde rechtsregel dat een beherend vennoot in een VOF of CV bij toetreden ook aansprakelijk wordt voor schulden die zijn ontstaan vóór zijn toetreden. De auteur onderzoekt de wenselijkheid van dit voorstel.

1 Inleiding

1.1 Inleiding op de onderzoeksvraag

De huidige wettelijke regeling voor personenvennootschappen stamt (grotendeels) uit 1838 en vertoont leemtes en lacunes die meermaals noodgedwongen door de rechtspraak zijn ingevuld. Vrij recent nog heeft de Hoge Raad moeten ingrijpen. Lange tijd was er onduidelijkheid over de aansprakelijkheidspositie van een toetredende beherend vennoot. In de literatuur en rechtspraak waren de meningen verdeeld over de vraag of een beherend vennoot die is toegetreden tot een commanditaire vennootschap, mede verbonden is voor verbintenissen die dateren van vóór zijn toetreden.[1] De Hoge Raad heeft deze vraag in het Carlande-arrest[2] bevestigend beantwoord en daarmee een einde gemaakt aan een langlopende discussie.

In juni 2016 lanceerde de Werkgroep Personenvennootschappen (hierna: Werkgroep) het rapport Modernisering Personenvennootschappen (hierna: Rapport). Op 26 september 2016 heeft de Werkgroep het definitieve Rapport aangeboden aan toenmalig minister van Veiligheid en Justitie Van der Steur.[3] Het Rapport bevat een ontwerpvoorstel en een memorie van toelichting voor een nieuwe wettelijke regeling van titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De Werkgroep wil met haar Rapport komen tot oplossingen voor de bestaande knelpunten en lacunes in het huidige recht. Er is gepoogd de huidige regeling zo veel mogelijk te vereenvoudigen, te flexibiliseren en te vernieuwen. De meeste regels zijn van regelend

recht, om op die manier optimale bruikbaarheid te creëren. De wetgever heeft in 2011 het wetsvoorstel voor een nieuw personenvennootschapsrecht ingetrokken, hoewel het al met een meerderheid was aangenomen door de Tweede Kamer. De daarin neergelegde regeling voldeed niet aan haar primaire doelstelling, namelijk het faciliteren van ondernemers.[4] De grote vraag is dan ook of het Rapport wél de eindstreep zal halen. Toenmalig minister Van der Steur en ook de praktijk hebben zich zeer lovend uitgelaten over het rapport.[5]

1.2 Onderzoeksvraag

In deze bijdrage onderzoek ik *in hoeverre de huidige knelpunten inzake de aansprakelijkheid van de toetredende beherend vennoot worden opgelost door de voorstellen van de Werkgroep*. Ter beantwoording van deze vraag behandel ik in paragraaf 2 om te beginnen in algemene zin de aansprakelijkheid van beherend vennoten. Vervolgens geef ik meer specifiek het huidige recht inzake de aansprakelijkheid van de toetredende beherend vennoot en de daarmee verband houdende aansprakelijkheidsproblematiek weer door het Carlande-arrest te behandelen. Daarna geef ik aan de hand van het Biek Holdings-arrest[6] antwoord op de vraag of de rechtsregel uit Carlande tevens geldt voor de toetredende maat. In paragraaf 3 behandel ik in algemene zin de aansprakelijkheid van gewone vennoten onder het voorstel van de Werkgroep (in het voorstel wordt gesproken over de ‘gewone vennoot’ in plaats van de beherend vennoot). Vervolgens behandel ik meer specifiek de aansprakelijkheid van de toetredende gewone vennoot onder het voorstel van de Werkgroep. In paragraaf 4 kom ik tot een afronding.

2 Aansprakelijkheid bij toetreding onder het huidige recht

2.1 Aansprakelijkheid algemeen

Het is vaste jurisprudentie dat de vennootschapscrediteur één vorderingsrecht jegens de vennootschap en één vorderingsrecht jegens ieder van de beherend vennoten heeft.[7] Dit zijn twee samenlopende vorderingsrechten, die onafhankelijk van elkaar kunnen worden ingesteld en verhaald.[8] De verbondenheid van de beherend vennoten is dus niet van subsidiaire aard.[9] De enige uitzondering hierop denkbaar is de redelijkheid en billijkheid, op grond waarvan de vennootschapscrediteur eerst de vennootschap dient aan te spreken alvorens hij een beherend vennoot kan aanspreken.[10] De beherend vennoot die wordt aangesproken, is op grond van artikel 18 jo. artikel 19 lid 1 van het Wetboek van Koophandel (WvK) hoofdelijk[11] verbonden voor, anders dan Van Veen meent,[12] alle verbintenissen van de vennootschap,[13] ongeacht of een beherend vennoot bestuurs- of vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft.[14] Als een hoofdelijk verbonden beherend vennoot nakomt, bevrijdt dit op grond van artikel 6:7 lid 2 BW tevens de andere hoofdelijk verbonden

beherend vennoten jegens de vennootschapscrediteur, tenzij de vennootschapscrediteur met een van de beherend vennoten een schikking heeft getroffen. Door een schikking met een van de beherend vennoten gaat het vorderingsrecht van de vennootschapscrediteur dus niet tevens teniet jegens de overige hoofdelijk verbonden partijen. Op grond van artikel 6:7 lid 1 BW is iedere beherend vennoot namelijk zelfstandig hoofdelijk verbonden jegens de vennootschapscrediteur.[15]

Het is mogelijk om met de vennootschapscrediteuren een afwijkende mate van (externe) verbondenheid overeen te komen.[16] In dit kader kan worden gedacht aan gebondenheid voor gelijke delen, naar rato van inbreng en/of winstgerechtigheid van iedere beherend vennoot, of zelfs een afspraak waarin wordt overeengekomen dat slechts het afgescheiden vermogen van de vennootschap als verhaalsobject heeft te gelden.[17] Met Tervoort ben ik het eens dat voor een dergelijke afwijking in de verbondenheid van beherend vennoten een specifiek daarop gericht beding nodig is, dat door partijen uitdrukkelijk is overeengekomen. Tervoort merkt terecht op dat met een dergelijke afwijking de verhaalsmogelijkheden van de vennootschapscrediteur aanzienlijk worden beperkt, althans dat de beherend vennoten een minder zware verbondenheid hebben dan die voortvloeit uit artikel 18 WvK.[18] Ook is het mogelijk dat de beherend vennoten een afwijkende interne draagplicht[19] overeenkomen, waarbij een beherend vennoot niet of voor een beperkt bedrag in de vennootschapsverliezen deelt. Een beherend vennoot kan zelfs onbeperkt gebonden worden gesteld voor alle vennootschapsverliezen.[20]

2.2 Carlande: de casus en beantwoording van de rechtsvraag

Carlande Dienstverlening CV (hierna: Carlande) is op 2 februari 2010 opgericht en op 12 januari 2011 is zij alweer ontbonden. Carlande hield zich bezig met het detacheren van chauffeurs in het beroepsgoederenvervoer over de weg. Hoekzema is op 17 augustus 2010 enig beherend vennoot geworden van Carlande. Op enig moment speelt de vraag of Carlande verplicht is zich aan te sluiten bij de Stichting Bedrijfstak Pensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de weg (hierna: het pensioenfonds). Ter attentie van Hoekzema heeft het pensioenfonds Carlande meermaals om de loongegevens van de bij haar werkzame werknemers gevraagd teneinde vast te kunnen stellen of Carlande inderdaad verplicht is zich aan te sluiten bij het pensioenfonds. Toen Carlande hier geen gehoor aan gaf, heeft het pensioenfonds ambtshalve vastgesteld dat Carlande vanaf haar oprichting verplicht was om zich aan te sluiten bij het pensioenfonds. Het gevolg was dat het pensioenfonds Carlande, op basis van tien werknemers, aanslagen oplegde die zien op de periode februari 2010 tot en met januari 2011. Hoekzema wordt als enig beherend vennoot aansprakelijk gesteld voor de door het pensioenfonds aan Carlande opgelegde aanslagen, die reeds vóór zijn toetreden waren ontstaan.

Hoekzema heeft beroep in cassatie ingesteld nadat zowel de kantonrechter als het hof de vordering van het pensioenfonds over de gehele periode heeft toegewezen. Hoekzema stelt zich op het standpunt dat hij slechts aansprakelijk kan worden gehouden voor de schulden van de CV die waren ontstaan ná zijn toetreden tot de CV als beherend vennoot. A-G Keus is van mening dat het cassatieberoep dient te worden verworpen (zie nr. 2.23 t/m 2.31 en 3.5). De Hoge Raad oordeelt in overeenstemming met de conclusie van A-G Keus. In cassatie overweegt de Hoge Raad als volgt:

‘Volgens art. 19 lid 1 WvK zijn de beherende vennoten van een commanditaire vennootschap hoofdelijk verbonden. Art. 18 WvK, dat ingevolge art. 19 lid 2 WvK eveneens van toepassing is op de beherend vennoten van een commanditaire vennootschap, bepaalt voor de vennootschap onder firma dat elk der vennoten hoofdelijk verbonden is “wegens de verbindtenissen der vennootschap”. Daarin valt geen beperking te lezen tot verbintenissen van de vennootschap die zijn ontstaan nadat een vennoot is toegetreden. Voorts brengt de strekking van art. 18 en 19 lid 1 WvK mee dat de hoofdelijke verbondenheid van de vennoten alle schulden betreft die ten tijde van hun toetreding tot de vennootschap bestaan, of nadien ontstaan.[21] Deze bepalingen beogen immers de schuldeisers van een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap te beschermen in een situatie waarin het (van dat van de vennoten) afgescheiden vennootschapsvermogen ontoereikend is om aan alle verbintenissen van de vennootschap te voldoen, door hun een verhaalsmogelijkheid te geven op het vermogen van de (beherend) vennoten zelf.’ (r.o. 3.4.3)

De Hoge Raad gaat verder. Ter motivering wijst de Hoge Raad op de gevolgen van het overtreden van het beheersverbod van artikel 20 lid 2 WvK. Een overtreding van het beheersverbod leidt immers tot een persoonlijke aansprakelijkheid van de stille vennoot voor álle schulden en verbintenissen van de CV, inclusief de schulden en verbintenissen die zijn ontstaan vóór overtreding van het beheersverbod (r.o. 3.4.4).[22] Als aanvullend argument voert de Hoge Raad nog aan dat de bestaande vennootschapscrediteuren met deze uitleg niet meer onderzoek hoeven te doen naar het ontstaansmoment van verbintenissen, wat de rechtszekerheid ten goede komt.[23] Dat bestaande schuldeisers er door de toetreding een verhaalsmogelijkheid bij krijgen, is voor de Hoge Raad geen reden om tot een ander oordeel te komen (r.o. 3.4.5). De Hoge Raad voegt aan het voorgaande toe dat de toetredende beherend vennoot kan bedingen dat hem inzage wordt gegeven in de schuldenpositie van de vennootschap. Daar komt bij dat de toetredende beherend vennoot niet alleen afspraken kan maken over de draagplicht ten aanzien van bestaande schulden, hij kan tevens garanties bedingen. Een en ander bij elkaar maakt het volgens de Hoge Raad dat aan de belangen van de toetredende beherend vennoot voldoende wordt tegemoetgekomen (r.o. 3.4.6).

2.3 Commentaar op Carlande

Om verschillende redenen heb ik moeite met het oordeel van de Hoge Raad dat de toetredende beherend vennoot mede persoonlijk aansprakelijk is voor de schulden en verbintenissen die zijn ontstaan vóór zijn toetreden. Om te beginnen overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.4.3 dat de artikelen 18 en 19 lid 1 WvK de vennootschapscrediteur een verhaalsmogelijkheid bieden en zodoende beschermen in het geval het afgescheiden vennootschapsvermogen ontoereikend is. Met Tervoort ben ik het eens dat r.o. 3.4.3 de suggestie wekt dat de vennootschapscrediteur eerst de vennootschap moet aanspreken en dat hij slechts in het geval het afgescheiden vermogen van de CV onvoldoende is de mogelijkheid heeft om de beherend vennoot aan te spreken.[24] Ik gaf reeds in paragraaf 2.1 aan dat de vennootschapscrediteur juist de vrijheid heeft om zijn vorderingsrechten afzonderlijk van elkaar in te stellen en te verhalen. Mijns inziens laat de Hoge Raad met deze overweging de praktijk in onzekerheid over de vraag of de persoonlijke aansprakelijkheid van de beherend vennoot subsidiair van aard is. Ik meen dat de Hoge Raad deze subsidiariteit niet heeft gewild, nu partijen in essentie een andere rechtsstrijd voerden. Er zijn overigens schrijvers die op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 jo. art. 6:248 BW) menen dat de vennootschapscrediteur zich wel degelijk eerst op het vennootschapsvermogen dient te verhalen alvorens hij een beherend vennoot kan aanspreken.[25] Ik ben van mening dat die visie onjuist is. Reeds in zijn arrest van 9 mei 1969 heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk overwogen dat het de vennootschapscrediteuren vrijstaat te bepalen welke vordering zij zullen instellen.[26]

Met Stokkermans ben ik het eens dat de Hoge Raad met zijn r.o. 3.4.6 een wel erg zelfverzekerde en zelfbewuste kandidaat-vennoot voor ogen heeft door van hem te verlangen dat hij inzage vraagt in de schuldenpositie van de CV en/of daar zelf onderzoek naar doet.[27] Ik vind het onredelijk om een dergelijke assertiviteit te verlangen van een toetredende beherend vennoot, temeer als je bedenkt dat de beherend vennoot met het enkele feit dat hij toetreedt al een wezenlijke risicoaansprakelijkheid op zich neemt.[28] In r.o. 3.4.6 overweegt de Hoge Raad bovendien dat de toetredende beherend vennoot de mogelijkheid heeft om garanties te bedingen en/of nadere afspraken te maken over de draagplicht van de vennootschapsschulden. Mijns inziens gaat de Hoge Raad hiermee aan twee dingen (te gemakkelijk) voorbij. In de eerste plaats houdt de Hoge Raad er onvoldoende rekening mee, om maar in de woorden van Tervoort te spreken, dat er sluimerende aansprakelijkheden kunnen zijn, waarvan het bestaan op het moment van toetreden niet bekend is.[29] In dit kader kan worden gedacht aan een nog niet ontdekte wanprestatie en/of onrechtmatige daad. Met Tervoort ben ik het eens dat het voor de toetredende beherend vennoot onmogelijk is om zich bij zijn toetreding een sluitend inzicht te verschaffen in wat hij zich met betrekking tot zijn aansprakelijkheid allemaal op de hals haalt. Bovendien hebben garanties en/of nadere afspraken omtrent de draagplicht van schulden geen zin in geval van een faillissement. Het is

immers zo dat dergelijke afspraken slechts interne werking hebben en de toetredenden beherend vennoot extern gewoon aansprakelijk blijft.[30] Om maar niet te spreken van, zoals Van Veen terecht opmerkt, de kosten die gemoeid zijn met een adequate due diligence.[31] Hoewel ik van mening ben dat van een toetredende beherend vennoot een zekere mate van verantwoordelijkheid mag worden verwacht in de vorm van een deugdelijk onderzoek naar de financiële situatie van de vennootschap, zou de balans niet te veel moeten doorslaan in het nadeel van de toetredenden beherend vennoot door hem onnodig op kosten te jagen.

Stokkermans merkt terecht op dat de situatie waarin de commanditaire vennoot het beheersverbod overtreedt wezenlijk anders is dan de onderhavige casus.[32] Mijns inziens wordt een toetredende beherend vennoot onevenredig hard afgerekend op het feit dat hij kennelijk onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de bestaande schulden van de vennootschap ten tijde van zijn toetreding (vergelijk r.o. 3.4.6) door hem op dezelfde wijze te straffen als een commanditaire vennoot die het beheersverbod overtreedt.[33] Ik vind r.o. 3.4.3 dan ook te dogmatisch. Met Stokkermans deel ik de opvatting dat de toetredende beherend vennoot immers niet enig tot hem gericht verbod overtreedt (anders dan de commanditaire vennoot die evident het beheersverbod overtreedt).[34] Van Veen wijst in dit kader terecht op het punitieve karakter van artikel 21 WvK.[35] Ik ben van oordeel dat artikel 18 WvK niet hetzelfde punitieve karakter heeft als artikel 21 WvK, maar enkel de externe aansprakelijkheid van de beherend vennoten van een VOF en CV regelt.[36]

Er zijn overigens ook schrijvers die het Carlande-arrest positief hebben ontvangen. Mathey-Bal neemt het standpunt in dat de rechtszekerheid wordt gediend met de aanvaarding dat de toetredende beherend vennoot aansprakelijk wordt voor oude schulden. In dit verband wijst zij erop dat niet van een wederpartij bij een duurovereenkomst kan worden verlangd dat zij steeds bijhoudt wie op welke vervaltermijn van een verbintenis beherend vennoot was.[37] Ik vind dit een zwak argument, omdat de wijziging van het vennotenbestand in beginsel geen maandelijks aangelegenheid is. De kans dat de wederpartij bij een duurovereenkomst op enig moment verrast wordt vanwege een nieuwe wederpartij is dan ook erg gering. Als aanvullend argument wijst zij op het feit dat de toetredende beherend vennoot profiteert van de bestaande overeenkomsten én inspraak krijgt in de wijze waarop het vennootschapsvermogen, dat dient als verhaalsobject voor de zaakscrediteuren, wordt aangewend. Hoewel ik dit al een sterker argument vind, ben ik nog steeds niet overtuigd. Dat een toetredende beherend vennoot profiteert van bestaande overeenkomsten is helemaal niet zo vanzelfsprekend. Ik gaf reeds in paragraaf 2.1 aan dat de beherend vennoten een afwijkende mate van externe verbondenheid overeen kunnen komen met de vennootschapscrediteuren. De beherend vennoten kunnen tevens onderling een afwijkende interne draagplicht overeenkomen. Om die reden is het goed denkbaar dat de toetredende beherend vennoot door

afwijkende afspraken per saldo minder profiteert van bestaande overeenkomsten. Bovendien geldt wat de inspraak betreft dat dat in beginsel het gevolg (en niet het voornaamste doel) van toetreden is. Met het argument dat degene die bang is voor 'lijken in de kast' de oude VOF maar moet ontbinden en een nieuwe VOF aan moet gaan, vind ik Mathey-Bal te casuïstisch en niet praktisch. Bovendien gaat zij daarmee veel te gemakkelijk voorbij aan de kosten en administratieve rompslomp die gepaard gaan met een en ander. Van Solinge neemt het concurrentieverbod als voorbeeld en stelt zich op het standpunt dat het maatschappelijk onaanvaardbaar is wanneer een toegetreden beherend vennoot concurrentieverboden (van de vennootschap) en de eventueel daaruit voortvloeiende schadevergoedingsvorderingen kan negeren vanwege het enkele feit dat de overeenkomst dateert van voor zijn toetreden.[38] Dit klopt niet helemaal, want bij een schadevergoedingsvordering jegens de vennootschap zal de toegetreden beherend vennoot in ieder geval bloeden over de band van het vermogen van de vennootschap.[39]

2.4 Overeenkomstig regime voor de maatschap?

De prangende vraag die speelt, is of voor de maatschap hetzelfde regime geldt als voor de VOF en de CV. Is de toetredende maat (tevens) aansprakelijk voor de reeds bestaande vennootschapsschulden? De Hoge Raad verwijst in r.o. 3.4.7 van het Carlande-arrest uitdrukkelijk naar het eerder in 2013 gewezen Biek Holdings-arrest[40] en gaat daarmee in op de verhouding van het onderhavige arrest tot de maatschap. Omdat de maten in beginsel zichzelf binden en, indien de gehele maatschap gebonden is, de maten van een maatschap niet hoofdelijk maar voor gelijke delen gebonden zijn,[41] overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.4.7 dat (mede) door deze verschillen de regeling van de maatschap een andere is dan die van de VOF en de CV. De Hoge Raad vervolgt aansluitend dat de voor de maatschap geformuleerde regels dus niet uitsluitend bepalend zijn voor het geval waarin het gaat om een VOF of een CV, waarvan de beherend vennoten wél hoofdelijk verbonden zijn. Aangenomen wordt dat de Hoge Raad met r.o. 3.4.7 meer duidelijkheid heeft willen geven over de aansprakelijkheidspositie van toegetreden maten. Het is mij echter nog niet zo duidelijk wat de Hoge Raad precies heeft willen zeggen. Vermoedelijk heeft de Hoge Raad willen zeggen dat het verschil in aansprakelijkheid tussen een maat enerzijds (de verbondenheid ex art. 7A:1679 BW is voor gelijke delen) en een beherend vennoot anderzijds (de verbondenheid ex art. 18 WvK is hoofdelijk) het doorslaggevende argument is om aan te nemen dat een toetredende maat niet aansprakelijk is voor de ten tijde van zijn toetreden reeds bestaande maatschapsschulden, terwijl de tot een VOF of een CV toetredende beherend vennoot dat wel is.[42] Als de Hoge Raad inderdaad heeft bedoeld te zeggen dat het verschil in het aansprakelijkheidsregime het voornaamste argument is om de toetredende maat niet aansprakelijk te stellen voor schulden die zijn ontstaan voor zijn toetreden, dan kan dat

argument op twee manieren aangevlogen worden om te beoordelen of daarmee het verschil in aansprakelijkheid wordt gerechtvaardigd. Dat is ook wat we terugzien in de literatuur.

Schild stelt zich op het standpunt dat het evidente verschil in aansprakelijkheid, samengenomen met het gegeven dat een maat in beginsel enkel zichzelf bindt, terwijl een beherend vennoot in beginsel bevoegd is om de gehele vennootschap te binden, inderdaad een rechtvaardiging is voor het niet aansprakelijk stellen van de toetredende maat voor bestaande maatschapsschulden.[43] Een ander argument dat pleit voor een verschil in aansprakelijkheid is dat de Hoge Raad in het Biek Holdings-arrest uitdrukkelijk heeft overwogen dat degene die maat is op het ontstaansmoment van de betrokken maatschapsschuld voor een gelijk deel aansprakelijk is ex artikel 7A:1679-1681 BW.[44] Tervoort – en ook Pitlo/Raaijmakers, zo het lijkt – ziet niet in waarom het verschillende aansprakelijkheidsregime reden is om de toetredende maat niet aansprakelijk te stellen voor bestaande schulden van de maatschap.[45] Met Tervoort ben ik het eens dat niet is in te zien waarom de argumenten aangaande de aansprakelijkheid van toetredende beherend vennoten niet van overeenkomstige toepassing zijn op de toetredende maten. Tervoort wijst terecht op de problemen die ontstaan als een maatschap op enig moment als een VOF of een CV dient te worden gekwalificeerd vanwege een verandering van de werkzaamheden (van beroep naar bedrijf), en andersom.[46] Deze problemen hadden mijns inziens gemakkelijk kunnen worden voorkomen als voor zowel de VOF en de CV als de maatschap hetzelfde aansprakelijkheidsregime zou gelden.

3 Aansprakelijkheid bij toetreding onder het voorstel van de Werkgroep

3.1 Aansprakelijkheid algemeen

De Werkgroep komt tegemoet aan de vraag naar een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Deze beperking in aansprakelijkheid geldt enkel voor de maatschap. Op grond van artikel 19 lid 3 geldt dat de maten niet aansprakelijk zijn indien zij niet betrokken zijn bij de uitvoering van een opdracht van de maatschap. Het is mij niet duidelijk waarom deze beperkte aansprakelijkheid niet tevens geldt voor de VOF en de CV (lees: de uitoefening van een bedrijf). Met Wuisman ben ik het eens dat een dergelijk verschil in aansprakelijkheid een discriminatoir karakter heeft.[47] Ik ben van mening dat voor de VOF en de CV dezelfde beperking in aansprakelijkheid zou moeten gelden, temeer omdat de grenzen tussen beroep en bedrijf steeds vager worden.

De verbondenheid van gewone vennoten voor verbintenissen van de vennootschap ('prestaties waartoe de vennootschap zich heeft verbonden' onder het voorstel) wijzigt niet. Omdat niet is gebleken dat de hoofdelijke verbondenheid van gewone vennoten als een

knelpunt wordt ervaren, geldt, net als naar geldend recht, dat gewone vennoten naast de vennootschap hoofdelijk verbonden zijn voor verbintenissen van de vennootschap, tenzij de wet anders bepaalt of met de wederpartij anders is overeengekomen (art. 19 WvK). Er vindt echter wel een wijziging plaats wat betreft de verbondenheid van gewone vennoten voor verbintenissen uit de wet. Een toerekenbare tekortkoming van een gewone vennoot kan op grond van de wet worden toegerekend aan de vennootschap. Hierbij kan worden gedacht aan de verbintenis tot vergoeding van schade uit onrechtmatige daad (art. 6:170 e.v. BW).

Toerekening van onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan tevens plaatsvinden doordat de desbetreffende gedraging in het maatschappelijk verkeer moet gelden als een gedraging van de rechtspersoon.[48] De Hoge Raad oordeelde recentelijk in dit verband dat de gewone regels van onrechtmatige daad gelden indien de aansprakelijkheid van een bestuurder niet berust op een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening. In dat geval is niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt. Dat is niet anders indien de gedragingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de vennootschap kunnen worden aangemerkt, zodat ook de vennootschap uit eigen hoofde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gehouden.[49] Door toerekening van het onrechtmatig handelen aan de vennootschap worden gewone vennoten reeds door het vermogen van de vennootschap geraakt doordat het vermogen van de vennootschap voor de hieruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding kan worden uitgewonnen. De Werkgroep vindt het onwenselijk dat de gewone vennoot óók in privé aansprakelijk wordt. Volgens de Werkgroep zou de huidige leer leiden tot onevenredige en niet te voorziene risico's voor de toetredende gewone vennoot. Tenzij zij zelf ook onrechtmatig hebben gehandeld, zullen de andere gewone vennoten niet meer naast de vennootschap in privé aansprakelijk zijn voor verbintenissen uit de wet. De aansprakelijkheid van de andere gewone vennoten (die niet de onrechtmatige daad hebben gepleegd) wordt hierdoor dus aanzienlijk beperkt. Omdat een regeling die ook de aansprakelijkheid voor verbintenissen uit de wet regelt buiten de reikwijdte van het voorstel valt, moet volgens de Werkgroep naar de specifieke regeling (van bijvoorbeeld onrechtmatige daad) worden gekeken.[50]

3.2 Aansprakelijkheid toetredende gewone vennoot: de gewenste oplossingen?

Het verschil in behandeling van de maatschap enerzijds en de VOF en de CV anderzijds is naar huidig recht omstreden. 'Een gewone vennoot is slechts verbonden voor prestaties waartoe de vennootschap zich heeft verbonden en die opeisbaar zijn geworden na zijn toetreden', aldus de Werkgroep in artikel 19 lid 4. De Werkgroep stelt hiermee een regeling voor, die overigens in belangrijke mate overeenstemt met artikel 7:824 lid 2 BW van het ingetrokken wetsvoorstel, die gelijk is voor alle vennootschappen. De door de Hoge Raad in

het Carlande-arrest geformuleerde rechtsregel wordt dus niet overgenomen. Ter onderbouwing van deze koerswijziging voert de Werkgroep aan dat de toetredende gewone vennoot geen aandeel heeft gehad in het ontstaan van de verbintenis en dat de vennootschapscrediteur als gevolg van het toetreden van een gewone vennoot niet tekort wordt gedaan in zijn rechten. Sterker nog: de vennootschapscrediteur behaalt voordeel uit het toetreden, nu de toegetreden gewone vennoot mede verbonden is voor de (nieuwe) schulden van de vennootschap. De kredietwaardigheid van de vennootschap wordt aldus beter.[51] Bij een enkele toetreding zal de kredietwaardigheid van de vennootschap inderdaad beter worden, want hetgeen de toetredende vennoot inbrengt, zal deel gaan uitmaken van het bestaande vennootschappelijke vermogen, dat dienstbaar zal kunnen blijven aan de voortgezette vennootschap.[52] In de situatie waarin de nieuwe vennoot een bestaande vennoot vervangt, ligt dit anders. Een uittredende vennoot heeft naar huidig recht namelijk in beginsel aanspraak op toedeling van hetgeen hij heeft ingebracht en ter beschikking heeft gesteld aan de vennootschap.[53] Om te vermijden dat een deel van het vennootschappelijk vermogen wegvalt met het uittreden van een vennoot, wordt in de praktijk gebruikgemaakt van vermogensregelingen. Deze bedingen hebben als doel het vennootschappelijk vermogen te behouden voor de voortzettende vennoten, om op die manier het doel van de voort te zetten vennootschap te realiseren.[54] Volledigheidshalve meld ik dat onder het voorstel de rechtspersoon gerechtigd blijft tot de vermogensbestanddelen bij het uittreden van een vennoot. De Werkgroep maakt hiermee een einde aan voortzettings- en vermogensbedingen.[55]

Wat het due-diligenceonderzoek betreft gaf ik reeds in paragraaf 2.3 aan dat ik de opvatting van Tervoort deel dat het onmogelijk is om als toetredende vennoot een sluitend inzicht te krijgen in alle risico's die gemoeid zijn met het toetreden en dat er altijd, ongeacht de bedongen garanties en/of vrijwaringen, onvoorziene risico's zullen bestaan voor de toetredende vennoot. Ook de Werkgroep lijkt zich aan te sluiten bij dit standpunt van Tervoort.[56] Ik kan deze ontwikkeling niet anders dan toejuichen. De Werkgroep stelt voorts in dit verband voor dat niet alleen de toetredende gewone vennoot, maar ook de vennootschapscrediteur een onderzoeksplicht heeft. De vennootschapscrediteur kan zich immers inzicht verschaffen in wie er op het moment van aangaan van een overeenkomst de vennoten zijn en op die manier een weloverwogen beslissing nemen om wel of niet met de vennootschap in zee te gaan. Hoewel ik van mening ben dat de balans niet te veel in het nadeel van de vennootschapscrediteur zou moeten doorslaan, vind ik het terecht dat er een betere balans komt tussen enerzijds de verplichting van de toetredende gewone vennoot om een gedegen due-diligenceonderzoek te doen en anderzijds de verplichting van de vennootschapscrediteur om een goede inschatting te maken van zijn positie. Omdat duurovereenkomsten de onderneming blijvend dienen, acht de Werkgroep, mijns inziens

terecht, het redelijk dat ook de toegetreden gewone vennoot daarvoor na zijn toetreden verbonden is.[57] Een en ander laat uiteraard onverlet dat de toetredende gewone vennoot instemt met een verdergaande verbondenheid.

De nuancering dat een toetredende gewone vennoot alleen verbonden is voor verbintenissen die opeisbaar zijn geworden na zijn toetreden, onderschrijf ik en is wat mij betreft dan ook een goede ontwikkeling. In zijn recent verschenen dissertatie geeft ook Stokkermans aan in te stemmen met deze tussenoplossing, zoals hij dat noemt. Het opeisbaarheids criterium vindt hij echter te mager. Hij pleit voor een uitzondering voor incidentele, buiten de normale exploitatie vallende schulden die de nieuwe gewone vennoot bij zijn toetreden niet kende en ook niet – door behoorlijk due-diligenceonderzoek of navraag – had kunnen weten.[58] Hier valt wat voor te zeggen. Niettemin ben ik van mening dat er met artikel 19 lid 4 voldoende tegemoet wordt gekomen aan de in hoofdstuk 2 behandelde aansprakelijkheidsproblematiek.

4 Afronding

Het personenvennootschapsrecht is sterk verouderd. De Hoge Raad geeft steeds vaker noodgedwongen richting aan regels die van toepassing zijn op een personenvennootschap. Die regels hoeven voor de praktijk niet altijd goed uit te pakken. Sinds het Carlande-arrest is het duidelijk dat de toetredende beherend vennoot tevens aansprakelijk is voor schulden die reeds voor zijn toetreden tot de CV of de VOF bestonden. De Hoge Raad laat in het midden of er een overeenkomstig regime voor de maatschap geldt. Die conclusie lijkt wat mij betreft wel gerechtvaardigd. De in het Carlande-arrest geformuleerde rechtsregel heeft, logischerwijs, veel losgemaakt in de praktijk. De Werkgroep heeft getracht wat olie op de golven te gieten door voor te stellen om de toetredende beherend vennoot alleen aansprakelijk te laten zijn voor de na zijn toetreden opeisbaar geworden schulden. De Werkgroep stelt met artikel 19 lid 4 een heldere en goed doordachte regeling voor, die beter aansluit op de wensen van de praktijk. Met deze aansprakelijkheidsregeling wordt voorkomen dat aansprakelijkheid een te grote belemmering vormt om als beherend vennoot toe te treden tot een personenvennootschap. Er wordt bovendien een beter evenwicht gebracht tussen enerzijds de persoonlijke aansprakelijkheid van beherend vennoten en anderzijds de bescherming van vennootschapscrediteuren. Ik meen dan ook dat de Werkgroep met artikel 19 lid 4 de gewenste oplossing heeft voor de huidige aansprakelijkheidsproblematiek omtrent de toetredende beherend vennoot. Het is nu wachten op de wetgever, die – ik hoop snel – het wetgevingsproces nieuw leven zal inblazen.

Noten

[*] Deze bijdrage betreft het afstudeerartikel van de auteur ter afsluiting van de master

Nederlands recht met de specialisatie Ondernemingsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

[1] Voorstanders o.a.: Mohr/Meijers, Van personenvennootschappen, Deventer: Kluwer 2013, p. 194-195; J.J.A. Hamers & L.P.W. van Vliet, Inleiding personenvennootschappen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 142; Rb. Rotterdam 9 september 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK6803, RO 2010/23 (X./HM GROUP). Tegenstanders o.a.: Asser/Maeijer 5-V 1995/277; Rb. Overijssel 19 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1056, JOR 2014/123 m.nt. Chr.M. Stokkermans.

[2] HR 13 maart 2015, JOR 2015/134 m.nt. Chr.M. Stokkermans.

[3] Zie voor het conceptrapport (juni 2016) en het definitieve rapport zoals aangeboden aan toenmalig minister Van der Steur (september 2016)
www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/organisatie/onderzoeksinstituten-en-centra/vu-zifo.

[4] Kamerstukken I 2011/12, 28746 en 31065, D, p. 1 en Kamerstukken I 2010/11, 28746 en 31065, C, p. 1-2.

[5] Zie voor het persbericht van het ministerie van Veiligheid en Justitie en de reactie van o.a. de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht
www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/organisatie/onderzoeksinstituten-en-centra/vu-zifo.

[6] HR 15 maart 2013, NJ 2013/290 m.nt. P. van Schilfgaarde.

[7] HR 18 december 1959, NJ 1960/121 (De Gouw/De Hamer); en meer recent: HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251 (VDV Totaalbouw). Zie ook Mohr/Meijers 2013, par. 4.5.3; Slagter/Assink, Compendium ondernemingsrecht (Deel II), Deventer: Kluwer 2013, p. 1982; Tervoort, in: GS Personenassociaties, Deventer: Kluwer (losbl.), nr. 3.4.2.

[8] Asser/Maeijer 5-V 1995/145; Slagter/Assink 2013; Tervoort, in: GS Personenassociaties, nr. 3.4.2.

[9] B.F. Assink & A.J.P. Schild, Opnieuw een witte vlek in het Nederlandse personenvennootschapsrecht ingevuld door de Hoge Raad, WPNR 2015/7070, p. 636.

[10] Mohr/Meijers 2013, par. 4.5.3.

[11] Anders dan bij de maatschap, waar de maten voor gelijke delen verbonden zijn. Zie J.B. Huizink, Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf, Deventer: Kluwer 2014, nr. 19; M.J.G.C. Raaijmakers, Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2. Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2016, par. 2.6.4.

[12] W.J.M. van Veen, De aansprakelijkheid van de (toegetreden) vennoot voor verbintenissen van de vennootschap, *Ondernemingsrecht* 2015/71 is van mening dat de persoonlijke verbondenheid van de beherend vennoot alleen ziet op verbintenissen die voortvloeien uit rechtshandelingen.

[13] Asser/Maijer 5-V 1995/118 en 148.

[14] Mohr/Meijers 2013, par. 4.5.3.

[15] Tervoort, in: *GS Personenassociaties*, p. 141.

[16] Pitlo/Raaijmakers 2016, par. 2.6.4.

[17] Tervoort, in: *GS Personenassociaties*, p. 142.

[18] Tervoort, in: *GS Personenassociaties*, p. 142. Zie ook Asser/Maeijer 5-V 1995/143; Slagter/Assink 2013, par. 99.4.

[19] Bij draagplicht gaat het om de vraag wie uiteindelijk in de onderlinge verhouding tussen de vennoten moet opdraaien voor de vennootschapsschuld.

[20] Tervoort, in: *GS Personenassociaties*, p. 92.

[21] Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4141, r.o. 4.5.

[22] Vgl. HR 29 mei 2015, NJ 2015/380 m.nt. P. van Schilfgaarde (Katterug), en meer recent: HR 4 november 2016, NJ 2017/61 m.nt. P. van Schilfgaarde (Distriport).

[23] In soortgelijke zin: Slagter/Assink 2013, par. 99.5.

[24] A.J.S.M. Tervoort, Toetredende vennoot c.v. aansprakelijk voor bij toetreding bestaande vennootschapsschulden, *Ondernemingsrecht* 2015/50.

[25] M.J.G.C. Raaijmakers, Pitlo. *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2. Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 174; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII* 2010/108 en 127.

[26] HR 9 mei 1969, NJ 1969/307 m.nt. HD.

[27] Chr.M. Stokkermans, De CV komt weer tot bloei!, *WPNR* 2015/7068, p. 576-587.

[28] Stokkermans 2015. Zie ook: HR 13 maart 2015, NJ 2015/241 m.nt. P. van Schilfgaarde.

[29] Tervoort 2015.

[30] J.J.M. Grapperhaus, De aansprakelijkheid van de later toetredende beherend vennoot, Bb 2015/84; Van Veen 2015.

[31] Van Veen 2015.

[32] Stokkermans 2015.

[33] Op grond van HR 4 november 2016, NJ 2017/61 m.nt. P. van Schilfgaarde (Distriport) moet bij de beoordeling van de vraag of de commanditaire vennoten op grond van art. 21 WvK hoofdelijk aansprakelijk zijn, omdat zij een beheersverbod hebben overtreden, worden uitgegaan van hetgeen is overwogen in HR 29 mei 2015, NJ 2015/380 m.nt. P. van Schilfgaarde (Katterug), namelijk dat bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre er sprake is van een schending van art. 21 WvK, mede van belang kan zijn of de wederpartij van de hoedanigheid van de commanditaire vennoot op de hoogte was of behoorde te zijn, en of de commanditaire vennoot ter zake van zijn handelen een verwijt valt te maken.

[34] Stokkermans 2015.

[35] Van Veen 2015.

[36] Vgl. concl. A-G Keus, nr. 2.4.

[37] P.P.D. Mathey-Bal, De gevolgen van het wetsvoorstel Modernisering personenvennootschappen voor wisseling in het vennotenbestand (toetreding, uittreding en opvolging), TvOB 2017, afl. 1, p. 43. In soortgelijke zin: Slagter/Assink 2013, p. 2007.

[38] A.G. van Solinge, De vennootschap volgens het ontwerp B.W. (preadvies uitgebracht voor de Vereeniging 'Handelsrecht'), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 65-160.

[39] Zie ook par. 3.1.

[40] HR 15 maart 2013, NJ 2013/290 m.nt. P. van Schilfgaarde. De Hoge Raad oordeelde dat de maten van een maatschap ieder op grond van art. 7:407 lid 2 BW jegens de opdrachtgever voor het geheel aansprakelijk zijn als de maatschap een opdracht heeft aanvaard. Als de opdracht is verleend met het oog op de persoon van de maat, acht de Hoge Raad het mogelijk dat een individuele maat tevens aansprakelijk wordt gehouden op grond van art. 7:404 BW.

[41] Met Tervoort (in: GS Personenassociaties, p. 204) deel ik de opvatting dat het opmerkelijk is dat de Hoge Raad in dit verband verwijst naar art. 7A:1679 en 7A:1681 BW, terwijl de aansprakelijkheid voor gelijke delen is neergelegd in art. 7A:1680 BW.

[42] Vgl. Tervoort, in: GS Personenassociaties, p. 204. In soortgelijke zin: Van Veen 2015.

- [43] Assink & Schild 2015, p. 638-641.
- [44] Slagter/Assink 2013, par. 99.5; Van Veen & Grapperhaus, in: GS Personenassociaties, Deventer: Kluwer (losbl.), nr. 4.2.3.1.
- [45] Tervoort, in: GS Personenassociaties, p. 205; Tervoort 2015; Pitlo/Raaijmakers 2016, par. 2.7.4.
- [46] Tervoort, in: GS Personenassociaties, p. 205.
- [47] I.S. Wuisman, Toekomstige soorten personenvennootschappen: If it ain't fair, fix it!, TvOB 2017, afl. 1, p. 12-14.
- [48] Vgl. HR 6 april 1979, NJ 1980/34 (Kleuterschool Babbel).
- [49] Zie HR 23 november 2012, NJ 2013/302 m.nt. P. van Schilfgaarde.
- [50] Rapport, p. 95.
- [51] Rapport, p. 97.
- [52] Tervoort, in: GS Personenassociaties, p. 183.
- [53] Hamers & Van Vliet 2012, nr. 7.3.
- [54] Mohr/Meijers 2013, par. 6.3.5.
- [55] Rapport, p. 25.
- [56] Rapport, p. 97.
- [57] Rapport, p. 97.
- [58] Chr.M. Stokkermans, Sleutels voor personenvennootschapsrecht (diss. Rotterdam; Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 102), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 263.