

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 14, 2018

Nummer 14, 2018

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:8525](#) 25-09-2018

Bestuurder detacheringsbureau/Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:2153](#) 04-09-2018

WPIB GmbH/X

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4490](#) 23-10-2017

MKA-Chirurgen Noordrand Rotterdam B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:4629](#) 04-07-2018

X/Y

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:5533](#) 25-06-2018

Bakkerij Fes VOF

Antillen

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2018:232](#) 27-08-2018

Telefoonmaatschappij/Directeur

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2018:230](#) 27-08-2018

Persoonlijke redenen voor bestuurdersaansprakelijkheid

Annotatie

[Kanttekeningen bij Boskalis/Fugro\[*\]](#)

B.F. Assink

Annotatie

[De verbodenverklaring en ontbinding van outlaw motorcycle gangs](#)

J.L.W. Broeksteeg

Annotatie

[Over meelifters, gelukzoekers en rechters die problemen maken als partijen die niet hebben. Beschouwingen naar aanleiding van de Fortis/Ageas-schikking](#)

M.L.A. Rijndorp en I. Tillema

Annotatie

[Kanttekeningen bij Boskalis/Fugro\[*\]](#)

B.F. Assink

Annotatie

[De tegenstrijdigbelangregeling\(en\) in het enquêterecht. De Intergamma- en Staphorst-beschikkingen nader bekeken](#)

M.C. Hoeba

Annotatie

[Kanttekeningen bij Boskalis/Fugro\[*\]](#)

B.F. Assink

Annotatie

[Interne bestuurdersaansprakelijkheid en de klachtplicht: de uitzondering op de regel of de regel op de uitzondering?](#)

S.A.L.L. Caris en D.J.M. Kulk

Annotatie

[De tegenstrijdigbelangregeling\(en\) in het enquêterecht. De Intergamma- en Staphorst-beschikkingen nader bekeken](#)

M.C. Hoeba

ANNOTATIE

Kanttekeningen bij Boskalis/Fugro[*]

B.F. Assink

Deze kanttekeningen bij Boskalis/Fugro omvatten de reikwijdte van artikel 2:114a BW (art. 2:224a BW), de doorwerking van Europees recht in dat verband, verdeling van bevoegdheden tussen bestuur en algemene vergadering ook aangaande beleid en strategie, en de relevantie van artikel 2:129 BW en artikel 2:107 BW ter zake.

‘Het gaat in deze zaak om de vraag of een aandeelhouder/certificaathouder agendering kan afdwingen van een peiling van standpunten van de ter algemene vergadering aanwezige of vertegenwoordigde aandeelhouders/certificaathouders over een door die aandeelhouder/certificaathouder opgestelde conceptaanbeveling aan het bestuur. In deze zaak ziet het onderwerp van de conceptaanbeveling op een aangelegenheid die tot de bevoegdheid van het bestuur behoort.’[1]

1 Inleiding

In HR 20 april 2018,

4 Arrest

Deze rechtsklachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.3.1, die deze vervolgens in r.o. 3.3.2-3.3.9 als volgt behandelt:[5]

‘3.3.2 Art. 2:109 BW bepaalt dat het bestuur en de raad van commissarissen bevoegd zijn tot het bijeenroepen van een algemene vergadering. Art. 2:114 lid 1, aanhef en onder a, BW bepaalt dat bij de oproeping de te behandelen onderwerpen worden vermeld. Uit de bevoegdheid van het bestuur en de raad van commissarissen tot bijeenroeping volgt de bevoegdheid van deze organen tot vaststelling van de agenda en dus tot vaststelling van de te behandelen onderwerpen.

3.3.3 Art. 2:114a BW maakt op het hiervoor overwogene in zoverre een uitzondering dat een onderwerp waarvan de behandeling tijdig schriftelijk is verzocht door een of meer aandeelhouders die alleen of gezamenlijk ten minste drie procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen,

wordt opgenomen in de oproeping. Deze bepaling geldt ook voor houders van certificaten van aandelen die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven.

3.3.4 Uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:114a BW (zie de citaten daaruit in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.17 en 4.24-4.26) volgt dat de in deze bepaling geregelde bevoegdheid beoogt bij te dragen aan de uitoefening van de eigen wettelijke bevoegdheden van de algemene vergadering en aan verbetering van het functioneren van de algemene vergadering als orgaan waaraan het bestuur en de raad van commissarissen verantwoording afleggen over het gevoerde beleid. Tevens volgt daaruit dat een onderwerp waarvan de behandeling is verzocht, een onderwerp kan zijn waarvoor aan de algemene vergadering geen wettelijke of statutaire bevoegdheid tot besluitvorming toekomt. Een verzoek op grond van art. 2:114a BW kan slechts in uitzonderlijke gevallen worden geweigerd. Een grondslag voor zo'n weigering kan gelegen zijn in art. 2:8 lid 2 BW of art. 3:13 lid 1 BW.

3.3.5 Het middel stelt de vraag aan de orde of art. 2:114a BW de daarin bedoelde aandeelhouders en certificaathouders ook het recht geeft de vennootschap te verplichten een onderwerp ter stemming (en dus niet alleen ter bespreking) op de agenda van de algemene vergadering te (doen) plaatsen als de algemene vergadering niet de bevoegdheid toekomt een besluit over dat onderwerp te nemen.

3.3.6 Voor het antwoord op die vraag is het volgende van belang.

Het bepalen van het beleid en de strategie van een vennootschap en de met haar verbonden onderneming is in beginsel een aangelegenheid van het bestuur van de vennootschap. De raad van commissarissen houdt daarop toezicht. De algemene vergadering kan haar opvattingen terzake tot uitdrukking brengen door uitoefening van de haar in de wet en de statuten toegekende rechten. Dit laatste betekent in het algemeen dat het bestuur van een vennootschap aan de algemene vergadering verantwoording heeft af te leggen van zijn beleid, maar dat het, behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen, niet verplicht is de algemene vergadering vooraf in zijn besluitvorming te betrekken als het gaat om handelingen waartoe het bestuur bevoegd is. Ook is het bestuur niet verplicht de algemene vergadering in zo'n geval te consulteren. (Vgl. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, NJ 2007/434 (ABN Amro), rov. 4.3-4.4 en HR 9 juli 2010, [37] A-G Timmerman in nrs. 4.94-4.137 van zijn conclusie. Zie eerder in vergelijkbare richting F.G.K. Overkleef, Het agenderingsrecht voor aandeelhouders in beursvennootschappen: een aanzet tot (her)bezinning, Ondernemingsrecht 2009/167, waartegen o.a. J.H.M. Willems, Mogen aandeelhouders strategische onderwerpen agenderen?, Ondernemingsrecht 2017/116. [38] Zie ook Willems 2017, p. 656. [39] HR 17 februari 2017, NJ 2017/215 (K./Le Roux Fruit Exporters (Pty)), r.o. 3.4.2. [40] Een ander voorbeeld van doorwrochte rechtsvergelijkende beschouwingen is de conclusie van A-G Timmerman voor HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro). Zie recent A-G

*Timmerman in nrs. 3.7, 3.12-3.13 van ECLI:NL:PHR:2018:578. [41] Zie daarover A-G Timmerman in nrs. 4.23-4.26 van zijn conclusie. [42] Ik begrijp dit laatste zo dat art. 2:8 lid 2 BW en art. 3:13 lid 1 BW nevens geschikt worden genoemd ('of'). Ik neem aan dat de in art. 2:8 lid 1 BW bedoelde gedragsnorm een rol kan spelen bij toepassing van art. 2:8 lid 2 BW of art. 3:13 lid 1 BW in een concreet geval. [43] Dat de Aandeelhoudersrichtlijn gericht is op 'de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen' [cursivering BFA] laat onverlet dat de Nederlandse wetgever ervoor gekozen heeft art. 6 ervan te implementeren in art. 2:114a BW dat ook van toepassing is op de niet-beursgenoteerde nv. Ik acht het goed voorstelbaar dat dan gezegd kan en moet worden dat de Aandeelhoudersrichtlijn, in zoverre, vrijwillig ook is toegepast op zo'n niet-beursvennootschap. [44] Art. 6 Aandeelhoudersrichtlijn bevat geen uitdrukkelijke weigeringsgrond. Zo staat daarin niet dat een aandeelhouder het agenderingsrecht slechts uitoefent nadat hij daaromtrent in overleg is getreden met het bestuur, bij gebreke waarvan het bestuur een agenderingsverzoek ex art. 2:114a BW mag weigeren, e.e.a. zoals bedoeld in best practice 4.1.6 van de Nederlandse Corporate Governance Code. [45] Zie Asser/A.S. Hartkamp, Europees recht en Nederlands vermogensrecht (3-I), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 118. [46] Zie o.a. Asser/Hartkamp 2015, nr. 138. [47] Zie o.a. Asser/Hartkamp 2015, nr. 140. [48] Asser/Hartkamp 2015, nr. 140. [49] Zie, naast noten 45-48 hiervoor, o.a. W. Snijders, Good faith as a Dutch and as a European concept, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann & M. Wissink (red.), *The influence of EU law on national private law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 551: '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 principal 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' en F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Elliot en Akzo, WPNR 2017, p. 501. A.F.J.A. Leijten gaat hieraan kennelijk voorbij in nrs. 13 en 15 bij JOR 2018/142. [50] OK 3 mei 2007, ARO 2007/79 (ABN Amro), r.o. 3.17. Waarschijnlijk heeft de Ondernemingskamer daarbij (1) ook gekeken naar de destijds geldende Nederlandse Corporate Governance Code en (2) willen voortbouwen op OK 17 januari 2007, ARO 2007/21 (Stork), r.o. 3.14. [51] HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro), r.o. 4.3 ('De ondernemingskamer heeft in r.o. 3.17 terecht en in cassatie onbestreden vooropgesteld (...)'). [52] HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1 (hier herhaalt de Hoge Raad zichzelf instemmend). [53] Men zou verder terug kunnen gaan naar met name HR 18 april 2003, NJ 2003/286 (RNA), r.o. 3.7 (waarin de Hoge Raad ook verwijst naar 'beleid', maar nog wat minder strak geformuleerd en gepolijst, getuige verwijzingen naar 'de continuïteit van (het beleid van) de vennootschap', 'het tot dan toe gevoerde beleid van de onderneming' en*

‘het beleid dat het bestuur (...) heeft gevoerd’) en HR 21 februari 2003, NJ 2003/182 (HBG), r.o. 6.2 (waarin de Hoge Raad rept van ‘het profiel van de gebruikelijke en normale ondernemingsactiviteiten van de vennootschap’). Overigens meandert de Hoge Raad in r.o. 3.3.6 van het onderhavige arrest wat: waar eerst wordt verwezen naar het beleid van het bestuur (‘zijn beleid’), gaat het even verderop over ‘het beleid en de strategie van de vennootschap’. [54] Los van de enkele koppeling die de Hoge Raad terloops aanbrengt in HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1 tussen het vennootschappelijk belang als normatief richtsnoer en het primaat met betrekking tot strategiebepaling via het woordje ‘derhalve’, welk verband door P. van Schilfgaarde in nr. 7 van zijn noot bij NJ 2010/544 ‘[v]erwarrend en weinig logisch’ wordt genoemd. [55] Zoals L. Timmerman, Verbindend vennootschapsrecht, variatie op een thema, in: B.F. Assink e.a. (red.), Verbindend recht (liber amicorum K.F. Haak), Deventer: Kluwer 2012, p. 519 doet, verwijzend naar ‘een extensieve uitleg van art. 2: 129, lid 1 BW’. [56] HR 21 januari 1955, NJ 1959/43 (Van Toorn/Schouten). [57] Hetzelfde geldt trouwens voor, wat A-G Timmerman in nr. 3.9 van ECLI:NL:PHR:2018:578 noemt, de ‘rol van de rechter (...) in het Nederlandse systeem van vennootschapsrecht om bij de bevoegdheidsvraag na te gaan of de in wet en statuten vastgelegde bevoegdheidsverdeling is nageleefd’; de voorvraag betreft die verdeling zelf. [58] Al verwijst Boek 2 BW er wel naar. Zie o.a. art. 2:141 lid 2 BW over ‘het strategisch beleid’, art. 2:129 lid 4 BW over ‘de algemene lijnen van het te voeren beleid’ en art. 2:345 lid 1 BW over ‘het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon’. Over die begrippen – en dan met name ‘strategie’ – wordt in de juridische literatuur ook wel geschreven (dikwijls onder verwijzing naar bedrijfseconomische literatuur), zie o.a. M. Holtzer, De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2014, p. 21-51 (die erop wijst dat er geen overeenstemming bestaat over de invulling van ‘begrippen als strategie en strategisch beleid’) en L. Timmerman, De rol van vennootschappelijk belang en strategie bij het beschermen van beursvennootschappen, TvOB 2018, p. 15. Zie verder o.a. principe 1.1 van de Nederlandse Corporate Governance Code en de toelichting daarop, waaruit de Hoge Raad – de lijn volgende van HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro), r.o. 4.4 en HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.2.iii – inspiratie zou kunnen putten. [59] Zie o.a. B.F. Assink | W.J. Slagter, Compendium ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, par. 51.1, p. 912-916. Zie voor een rechtsvergelijkende ‘tour d’ horizon’ o.a. A-G Timmerman in nrs. 3.4.3-3.4.8 voor HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI). [60] Zie voor een voorbeeld A-G Timmerman in nr. 3.11 (slot) van ECLI:NL:PHR:2018:578. [61] Zie o.a. Willems 2017, p. 658: ‘Wie maakt trouwens uit wat onder de strategie valt en valt iets onder strategie als het bestuur dat enigszins gemotiveerd uiteenzet?’ [62] Zie o.a. HR 12 juli 2013, NJ 2013/461 (VEB/KLM), r.o. 3.4.3 over de ‘terughoudendheid’ die de rechter past bij ‘de beoordeling of een orgaan van een rechtspersoon bij het nemen van een besluit alle in aanmerking komende belangen naar

redelijkheid en billijkheid heeft afgewogen en daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht heeft genomen'. [63] Zie o.a. HR 18 mei 2018, RvdW 2018/623 (Holland Casino), r.o. 3.4.2 over 'marginale toetsing' in het kader van art. 26 lid 4 WOR, waarbij geldt dat (1) de ondernemer gehouden is om bij zijn besluitvormingsproces alle kenbare bij de onderneming betrokken gerechtvaardigde belangen te betrekken en (2) de Ondernemingskamer slechts nagaat of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, waarbij zij aan de ondernemer beleidsvrijheid laat. [64] Boek 2 BW kent de nodige bepalingen die betrokkenheid van de algemene vergadering voorschrijven. Zie o.a. A.G.H. Klaassen, *Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007. [65] A.F.J.A. Leijten rept in nr. 3 bij JOR 2018/142 van 'behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen (vandaar de steeds terugkerende frase 'in beginsel')'. Dit omvat m.i. ook art. 2:8 lid 1 BW, ook al is dit een generieke bepaling. Onder zo'n scenario zou kunnen vallen een geval als bedoeld door A.F.J.A. Leijten in nrs. 20-21 bij JOR 2018/142, waarin art. 2:8 lid 1 BW dus dient als basis voor 'een recht voor aandeelhouders om een standpuntbepaling als stempunt te agenderen'. Zie ook noot 14 hiervoor. [66] Kamerstukken II 2008/09, 32014, 3, p. 11, waarin wordt uitgegaan van het bestuur als actor en als 'gangbare horizon voor strategische beslissingen in het bedrijfsleven' een periode van vijf tot tien jaar wordt genoemd. Principe 1.1 van de Nederlandse Corporate Governance Code gaat ervan uit dat het bestuur 'een visie op lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming' ontwikkelt en 'een daarbij passende strategie' formuleert, met de aantekening dat '[a]fhankelijk van de marktdynamiek' kortetermijnaanpassingen van de strategie nodig kunnen zijn. In de toelichting (p. 43) valt o.a. te lezen: 'Er zijn situaties denkbaar waarin de focus op de lange termijn niet langer aan de orde is voor een vennootschap, bijvoorbeeld in geval van faillissement of bij een overname, en het bestaansrecht van de vennootschap eindig is. De vennootschap leeft de Code dan na door uitleg te geven waarom lange termijn waardecreatie niet (langer) aan de orde is'. [67] Andere voorbeelden zijn denkbaar, ook met open verhoudingen; ik noem een beursvennootschap met een controlerende aandeelhouder. Ik denk niet meteen aan een beursvennootschap met verspreide aandeelhouders die primair – op de korte termijn gerichte – beleggers zijn. [68] Zie ook o.a. HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro), r.o. 4.4 over 'de slagvaardigheid waarmee het bestuur moet kunnen handelen bij het bepalen en uitvoeren van de strategie van de aan de vennootschap verbonden onderneming', waaruit eveneens een onderscheid blijkt tussen 'bepalen' en 'uitvoeren'. In HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro), r.o. 4.3, HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1 en r.o. 3.3.6-3.3.7 van het onderhavige arrest heeft de Hoge Raad het steeds over 'bepalen', niet (ook) over 'uitvoeren'. Die r.o. 3.3.6-3.3.7 laten wel open dat ook de 'bepaling' van 'beleid' (te onderscheiden van 'strategie') aan een ander orgaan dan het bestuur kan toevallen op grond van de wet of de statuten, wat tot op zekere hoogte kan raken

aan de uitvoering van de strategie. Dit laat ik verder daar. Wel nog een vraag: zou bepaling van 'strategie en beleid' niet logischer zijn dan het omgekeerde? [69] HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun), r.o. 4.2.1-4.3. [70] Wat A.F.J.A. Leijten in nr. 5 bij JOR 2018/142 leest in de verwijzing in r.o. 3.3.6 naar r.o. 4.3 van de Cancun-beschikking is denkbaar, maar het staat er niet; noch in r.o. 3.3.6, noch in r.o. 4.3 van de Cancun-beschikking. [71] HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1. Ook in een ander perspectief komt dan te staan de in o.a. HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.5.3 bedoelde bevoegdheid van de algemene vergadering 'het bestuur en de RvC aan te spreken op het gevoerde beleid en de gevolgde strategie'; de nadruk ligt dan logischerwijs veeleer op het eerste. Timmerman (2012, p. 515) wijst erop, onder verwijzing naar HR 18 april 2003, NJ 2003/286 (RNA), r.o. 3.7, dat het bestuur 'een beschermingsmaatregel [mag] inzetten, als de continuïteit van het beleid van de vennootschap (m.i. in het bijzonder de uitgezette strategie) wordt bedreigd. Het bestuur mag dus in beginsel het eigen beleid beschermen' [zonder voetnoot in het origineel]. M.i. liggen de zaken niet per se anders als het primaat met betrekking tot de strategiebepaling bij de algemene vergadering ligt in plaats van bij het bestuur. [72] Aldus OK 12 oktober 2016, ARO 2016/140 (DeltaLloyd), r.o. 3.5, waarin de Ondernemingskamer dit als 'vanzelfsprekend' aanmerkt. Zie verder o.a. Kamerstukken II 2008/09, 31083, 29, p. 6: 'Zij [aandeelhouders, BFA] zijn, anders dan het bestuur en commissarissen, niet gebonden aan het brede richtsnoer van het belang van de vennootschap, maar mogen in beginsel hun eigen (rendements)belang nastreven. Wel dienen zij zich te houden aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid'. [73] HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun), r.o. 4.2.1, waarover ook o.a. Assink 2017, p. 32-45, Timmerman 2012, p. 522-523 en Timmerman 2018, p. 15, die mede opmerkt: 'Tussen het vennootschappelijk belang en strategie bestaat verband' [zonder voetnoot in het origineel]. [74] Een variant daarop is het introduceren in de statuten van een aanwijzingsbevoegdheid van de algemene vergadering in de zin van art. 2:129 lid 4 BW. Onder 'de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen' kan mede de strategie worden verstaan. In deze variant kan de algemene vergadering sturing geven aan de strategiebepaling via zo'n aanwijzing aan het bestuur (wederom behoudens de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur zich bij de vervulling van zijn taak te richten naar het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming als bedoeld in r.o. 3.3.6, vgl. ook art. 2:239 lid 4 BW), wat moet worden onderscheiden van een scenario waarin de strategiebepaling op grond van de statuten primair bij de algemene vergadering zou liggen over de band van de in art. 2:129 lid 1 BW bedoelde statutaire afwijkmogelijkheid. In die variant is art. 2:114a BW dus ook relevant. [75] HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.2.iv. [76] HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun), r.o. 4.3, waarin de Hoge Raad dit afleidt uit r.o. 4.2.1-4.2.3 ('Uit hetgeen hiervoor in 4.2.1-4.2.3 is overwogen, volgt immers (...)'). [77] In HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI) zag dit, gelet op o.a. r.o. 4.5.3, kennelijk mede op de benoeming van bepaalde personen tot adviseur van het

bestuur en de raad van commissarissen, wat betrekking heeft op de organisatie van ASMI als vennootschap. [78] Het hof memoreert in r.o. 18 dat de door Boskalis voorgestane ‘aanbeveling tot ontmanteling van de Antilliaanse Beschermingsconstructie’ volgens Boskalis ‘de governance van de onderneming betreft en niet de strategie in eigenlijke zin; markten, productie, contracten, business model’. Willems 2017, p. 658 acht het ‘moeilijk vol te houden’ dat het willen handhaven van een beschermingsconstructie, zoals hier, ‘nu echt iets [is] van de strategie van de vennootschap’: ‘Dat is toch in wezen niet meer dan een institutionele regeling van vennootschappelijke verhoudingen’. De Hoge Raad plaatst in r.o. 3.3.6 de daar bedoelde inrichtingsvrijheid, waaronder hier ook het lot van de Antilliaanse beschermingsconstructie valt, dus in het kader van ‘het beleid en de strategie van de vennootschap’. Zie ook A.F.J.A. Leijten in nrs. 4-5 bij JOR 2018/142, volgens wie ‘het handhaven van een beschermingsconstructie meer “beleid” [is] dan “strategie (in eigenlijke zin)”’. [79] Ook als de stemming geen rechtsgevolg heeft, is nog steeds sprake van een stempunt en niet van een bespreekpunt, zo redeneert de Hoge Raad klaarblijkelijk. Kennelijk anders R.G.J. Nowak in zijn noot bij JOR 2016/181. Het ligt, gelet op r.o. 3.3.7, m.i. in de rede dat ook als ter algemene vergadering (dus los van art. 2:114a BW) wordt verzocht om een informele stemming, het in stemming brengen van een aanbeveling of motie, dan wel een peiling, en het desbetreffende onderwerp niet onder de bevoegdheid van de algemene vergadering valt, de voorzitter het verzoek mag weigeren. Zie nader A-G Timmerman in nrs. 4.55-4.76 van zijn conclusie en A.F.J.A. Leijten in nrs. 16-17 bij JOR 2018/142. [80] Dit laatste benadrukt de Hoge Raad in HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.6, onder verwijzing naar de Aandeelhoudersrichtlijn, maar herhaalt hij niet in het onderhavige arrest. HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.6 bevat overigens ook een beperking: ‘Daarbuiten hebben aandeelhouders geen recht op het verstrekken van door hen afzonderlijk verlangde informatie. Het recht op nadere inlichtingen is een recht van de AvA als orgaan van de vennootschap, verleend met het oog op vennootschappelijke rekening en verantwoording’. [81] Zie het middel in nr. 2.3.ii, alsmede het hof in r.o. 3.18 (waarover ook de Hoge Raad in r.o. 3.2.2). [82] Gelet ook op hetgeen A-G Timmerman uiteenzet in nrs. 4.69-4.70 van zijn conclusie, valt die uitkomst m.i. wel te begrijpen. Zie verder A-G Timmerman in nr. 4.47 van zijn conclusie over ‘de kern van de omgang tussen bestuur en aandeelhouders’, te weten (1) het luisteren door het bestuur naar de opvattingen van aandeelhouders door uitoefening van hun recht om het woord te voeren op de aandeelhoudersvergadering en (2) het voeren van een continue en constructieve dialoog met aandeelhouders, waarbij (3) geldt dat informatie-uitwisseling een ‘voorwaarde [is] voor het kunnen plaatsvinden van een gemotiveerde uitwisseling van gedachten, ofwel van een zinvolle discussie’. [83] Zie o.a. A-G Timmerman in nrs. 4.28-4.31 van zijn conclusie. [84] Welbeschouwd schuilt in de laatste twee zinnen van r.o. 3.3.4 ook een beperking, zij het ééntje met een hoog uitzonderingskarakter. [85] Ik ga dus uit van een bijeengeroepen algemene

vergadering. De problematiek van art. 2:110-111 BW of aanwending van het enquêterecht (met name art. 2:349a BW) om via de Ondernemingskamer tot afgedwongen bijeenroeping te komen, laat ik rusten. Dit laatste speelde in o.a. Vzr. Rb. Amsterdam 10 augustus 2017, JOR 2017/260 (Elliott International/AkzoNobel), met een kritische noot van R.G.J. Nowak, respectievelijk OK 29 mei 2017, JOR 2017/261 (AkzoNobel) (in beide gevallen zonder succes voor de aandeelhouders die bijeenroeping wensten). Zie daarover o.a. Timmerman 2018, p. 14. [86] OK 29 mei 2017, JOR 2017/261 (AkzoNobel). [87] Timmerman 2018, p. 16 schrijft dat z.i. 'de Ondernemingskamer het voorstel van een aantal aandeelhouders tot ontslag van de president-commissaris naar mijn mening op een wat hybride wijze bespreekt'. C.D.J. Bulten schrijft in nr. 13 van haar noot bij JOR 2017/261: 'De OK vindt dat Akzo het verzoek van Elliott kon opvatten als 'gericht op het verwerven van zeggenschap van de aandeelhouders over de opstelling van Akzo in reactie op de voorstellen van PPG' en daarmee over de strategie van Akzo. En die aandeelhouders hebben geen zeggenschap over de strategie'. [88] Timmerman 2018, p. 16. [89] Kennelijk anders A.F.J.A. Leijten in nr. 15 bij JOR 2018/142. [90] Zie o.a. OK 12 januari 2010, ARO 2010/24 (AHAM), r.o. 3.2-3.7, mede bevattend de meer toegespitste overweging dat 'het bepalen van de koers van de vennootschap weliswaar aan het bestuur is, maar dat aan de (...) algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid toekomt om –| indien die koers haar onwelgevallig is – bestuurders te ontslaan en andere bestuurders te benoemen, uiteraard zolang zij daarmee niet in strijd handelt met hetgeen de redelijkheid en billijkheid vordert'. [91] De uitoefening van deze ontslagbevoegdheid dient uiteraard wel te geschieden met inachtneming van in het bijzonder art. 2:8 lid 1 BW. Ik laat dat hier rusten. Zie o.a. Assink 2017, p. 44. [92] Dat de Ondernemingskamer op de voet van art. 2:349a BW onder omstandigheden kan afwijken van dwingend recht, zoals al is uitgemaakt, is daarbij een relevant gegeven. Zie o.a. HR 14 september 2007, NJ 2007/611 (Versatel), r.o. 4.2 en HR 25 februari 2011, NJ 2011/335 (Inter Access Groep), r.o. 3.9. [93] De zaak zal in beginsel anders liggen als het bestuur niet weigert als hier bedoeld, maar vervolgens (preferente) aandelen worden uitgegeven aan een beschermingsstichting waardoor de stemverhoudingen in de algemene vergadering wijzigen. In dat geval kan de verzoekende aandeelhouder de gang naar de rechter maken, mogelijk de Ondernemingskamer, waarbij echter het toetsingskader veeleer gezocht moet worden in HR 18 april 2003, NJ 2003/286 (RNA), r.o. 3.7; dat is een andere discussie. Zie o.a. Assink | Slagter 2013, par. 76.5, p. 1389-1398. [94] In OK 6 september 2013, JOR 2013/272 (Cryo-Save), r.o. 3.9 baseert de Ondernemingskamer de werking van de responstijd kennelijk op de redelijkheid en billijkheid ex art. 2:8 lid 1 BW. Mij gaat dat te ver, indachtig ook de kritiek daarop van M.W. Josephus Jitta in nrs. 4-6 van zijn noot bij JOR 2013/272 die m.i. hout snijdt. Kennelijk anders A.F.J.A. Leijten in nr. 13 bij JOR 2018/142. Een statutaire bepaling als bedoeld door Timmerman 2018, p. 16 (hij neemt aan dat het succesvol inroepen van de responstijd in ieder geval mogelijk is wanneer 'de aandeelhouders zelf in de

statuten akkoord zijn gegaan met de responstijd') kan daarbij natuurlijk wel van belang zijn. Zie verder o.a. F.G.K. Overkleef, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 414-417. [95] Zie o.a. A-G Timmerman in nr. 4.104 van zijn conclusie, waarin hij erop wijst dat de Aandeelhoudersrichtlijn 'ziet op de *uitoefening* van de in de lidstaten bestaande aandeelhoudersrechten' en dat de doelstelling ervan is 'aandeelhouders van beursvennootschappen de mogelijkheid te bieden hun bestaande rechten overal in de EU *effectief* uit te oefenen' [tweede cursivering BFA]. Past daarbij dat de responstijd, gelet op het effect van inroeping ervan, buiten het bereik van de Aandeelhoudersrichtlijn valt? Ik vind dat moeilijk voorstelbaar. [96] Ik noem het kabinetsvoornemen een wettelijke bedenktijd van maximaal 250 dagen te introduceren, waarover o.a. Kamerstukken II 2016/17, 29826, 70, waarin wordt onderkend dat dan 'rekening gehouden [dient] te worden met het EU-regelgevend kader, waaronder de Europese richtlijnen betreffende de uitoefening van rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde ondernemingen (richtlijn 2007/26/EG), betreffende het openbare overnamebod (richtlijn 2004/25/EG) en de herziene tweede vennoot-schapsrichtlijn (richtlijn 2012/30/EU)'. Voornoemd probleem onderkende het kabinet trouwens eerder in Kamerstukken II 2008/09, 31083, 29, p. 11-12. [97] Er zijn ook wel relevante verschillen tussen art. 2:114a BW en art. 2:224a BW. Zo kent art. 2:224a lid 1 BW een drempel van 1% (niet 3%) en de eigenstandige weigeringsgrond van het 'zwaarwichtig belang van de vennootschap' (strikt genomen te onderscheiden van art. 2:8 lid 2 BW en art. 3:13 lid 1 BW, al lijkt de overgang een vloeiende). En zo zijn de Aandeelhoudersrichtlijn (die de Nederlandse wetgever niet ook vrijwillig heeft willen implementeren in art. 2:224a BW) en de Nederlandse Corporate Governance Code niet geschreven voor niet-beursvennootschappen. [98] Zie www.internetconsultatie.nl/langetermijnbetrokkenheidaandeelhouders. [99] Zie vanuit het perspectief van een familievennootschap in de vorm van een bv o.a. Assink 2017, p. 32-47. [100] Zie o.a. noten 51-53 en 69 hiervoor.

ANNOTATIE

De verbodenverklaring en ontbinding van outlaw motorcycle gangs

J.L.W. Broeksteeg

De rechter heeft recent twee criminele motorclubs, waaronder de Bandidos, verboden en ontbonden. Volgens hem bestaat er een direct verband tussen gedragingen van leden en de werkzaamheid van de vereniging. De cultuur van de motorclub en de daaruit voortvloeiende gedragingen zijn dermate kenmerkend en structureel, dat zij de samenleving kunnen ontwrichten.

1 Inleiding

Op 20 december 2017 heeft de rechter de Bandidos Motorcycle Club verboden en ontbonden. Op 17 januari 2018 gebeurde hetzelfde met de Broederschap Catervarius, voortkomend uit een motorclub.^[1] Zo'n tien jaar geleden lukte dat niet met de Hells Angels Harlingen en de Hells Angels Amsterdam. Waarom is het nu dan wel gelukt om een criminele motorclub te verbieden?

In dit artikel werk ik deze vraag uit. Ik geef eerst het wettelijk kader weer (par. 2) en vervolgens de jurisprudentie ter zake van de Hells Angels (par. 3). Voor een goed begrip van de recente verbodenverklaring is het nodig een zijsprong te maken naar de jurisprudentie over een ander type vereniging, namelijk de vereniging Martijn (par. 4). Vervolgens analyseer ik de recente verbodenverklaringen van de Bandidos en Catervarius (par. 5) en ten slotte geef ik het recente initiatief van de Tweede Kamer over bestuurlijke verbodenverklaring weer (par. 6).

2 Artikel 2:20 BW: strijd met de openbare orde

Artikel 8 van de Grondwet (Gw) legt de vrijheid van vereniging vast. Voor personen betekent het grondrecht de vrijheid om verenigingen te stichten en om er lid (of juist geen lid) van te zijn. Ook rechtspersonen en groepen kunnen zich op het grondrecht beroepen. Beperkingen zijn slechts toegestaan bij de wet – artikel 8 Gw laat geen delegatie toe – en in het belang van de openbare orde. Artikel 2:20 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bevat dit doelcriterium om die reden ook: het regelt de verbodenverklaring en ontbinding van rechtspersonen waarvan

doel en/of werkzaamheden in strijd zijn met de openbare orde. Dit criterium is beperkter dan strijd met de wet. Volgens de wetgever moet het gaan om 'handelingen die inbreuk maken op de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel'.^[2] Op welke wijze de jurisprudentie deze open norm interpreteert, behandel ik in de volgende paragrafen.

Artikel 2:20 BW maakt een onderscheid tussen werkzaamheid in strijd met de openbare orde, hetgeen (imperatief) verbodenverklaring en ontbinding van de rechtspersoon tot gevolg heeft (lid 1), en een doel in strijd met de openbare orde, hetgeen leidt tot ontbinding van de rechtspersoon (lid 2). In het laatste geval kan de rechtbank de rechtspersoon in de gelegenheid stellen om zijn doel te wijzigen. Het artikel geeft kort de procedure van verbodenverklaring en ontbinding weer: het Openbaar Ministerie verzoekt de rechtbank daartoe.

De vrijheid van vereniging is ook in mensenrechtenverdragen vastgelegd. In het bijzonder is artikel 11 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) van belang en de uitleg die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) daaraan geeft. Voor deze bijdrage is van belang dat er weliswaar veel Straatsburgse jurisprudentie bestaat over verboden politieke partijen, maar nauwelijks over 'gewone' verenigingen. Kort weergegeven komt deze jurisprudentie erop neer dat alleen 'convincing and compelling reasons' een beperking van een verenigingsvrijheid kunnen rechtvaardigen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij herhaaldelijk en excessief geweldgebruik waarbij de vereniging (bijvoorbeeld een vereniging van voetbalsupporters) direct betrokken is. In ieder geval geldt dat elke beperking van de verenigingsvrijheid proportioneel moet zijn tot het doel van die beperking.^[3]

Artikel 2:20 BW is in het verleden niet lichtvaardig toegepast. Sinds de inwerkingtreding van het Nieuw BW in 1992 is, tot de recente verbodenverklaringen, vier keer een rechtspersoon verboden. In 1998 verklaarde de rechter de extreemrechtse politieke partij CP'86 verboden en besloot tot ontbinding van de rechtspersoon. Haar werkzaamheden waren volgens de rechter in strijd met de algemeen aanvaarde grondvesten van vrijheid en menselijke waardigheid. Met haar werkzaamheden beoogde de politieke partij niets anders dan discriminatie.^[4] In 2001 werd de Vereniging van Enschedese Cannabisproducenten verboden en ontbonden^[5] en in 2012 trof Euromex Trade BV hetzelfde lot.^[6] Hierna komt de verboden vereniging Martijn aan bod.

3 Hells Angels: ontwrichting van de samenleving

Niet alle pogingen tot verbodenverklaring en ontbinding slaagden. Op 6 maart 2007 gaf de Rechtbank Leeuwarden een beschikking in de zaak van de Hells Angels Harlingen, werkzaam als twee rechtspersonen, namelijk als stichting en vereniging.^[7] De rechtbank stelt vast dat de

leden van de vereniging allen een strafblad hebben, de stichting en vereniging softdrugs verkochten en bij een doorzoeking van het clubhuis wapens en munitie werden aangetroffen. Daaruit volgt echter niet dat de stichting en vereniging verboden en ontbonden kunnen worden:

‘Het Openbaar Ministerie heeft met de op de Harlinger rechtspersonen betrokken feiten en omstandigheden niet aannemelijk gemaakt dat de werkzaamheid van de stichting en de vereniging zodanig in strijd is met de openbare orde dat daarop alleen met het ultieme middel van verbodenverklaring van de rechtspersonen kan worden gereageerd.’

De rechtbank overweegt onder meer dat het Openbaar Ministerie heeft afgezien van de vervolging van de rechtspersonen:

‘Dat de Hells Angels “in georganiseerd verband en op grote schaal ernstige strafbare feiten plegen [die] de grondvesten van ons rechtsstelsel raken en de maatschappij grote schade berokkenen”, zoals het Openbaar Ministerie ter zitting heeft betoogd, kan niet op de Harlinger rechtspersonen worden betrokken.’

Het Hof Leeuwarden komt tot een vergelijkbare conclusie, ondanks dat het vaststelt dat de strafbare feiten in voldoende direct verband staan met de stichting en de vereniging.[8] Het hof komt uiteindelijk ‘tot het oordeel dat de gewraakte feiten en omstandigheden betreffende de werkzaamheid van de stichting en de vereniging, voor zover zij komen vast te staan, voor een deel wel kunnen worden aangemerkt als maatschappelijk ongewenst gedrag en mogelijk ook als strafbare feiten, maar niet als een zodanige ernstige inbreuk op de openbare orde dat een verbodenverklaring en ontbinding van een of beide rechtspersonen gerechtvaardigd is’. De Hoge Raad, ten slotte, volgt ’s hofs oordeel.[9] Het oordeel van het hof omtrent de werkzaamheid van de rechtspersonen geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting:

‘Voor een verbodenverklaring moet het dan ook gaan om meer dan uit maatschappelijk oogpunt ongewenst gedrag. De verbodenverklaring dient te worden gezien als een noodzakelijke maatregel om gedragingen te voorkomen die een daadwerkelijke en ernstige aantasting vormen van als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel en die onze samenleving ontwrichten of kunnen ontwrichten.’

Het hof heeft met recht kunnen vaststellen dat hiervan geen sprake is.

Het verzoek van het Openbaar Ministerie om de Hells Angels Harlingen te verbieden en te ontbinden stond niet op zichzelf. Tegelijkertijd met het hiervoor behandelde verzoek deed het Openbaar Ministerie dezelfde verzoeken voor andere ‘chapters’ van de Hells Angels. In alle gevallen stelt de rechter echter vast dat geen sprake is van een werkzaamheid die een

daadwerkelijke aantasting vormt van de beginselen van ons rechtsstelsel, waarop slechts een verbodenverklaring kan volgen.[10] Zelfs in het geval van de Hells Angels Nomad (te Oirsbeek), waarbij in het clubhuis een drietal moorden was gepleegd, volgde geen verbodenverklaring, omdat geen sprake was van een structureel patroon van werkzaamheden in strijd met de openbare orde.[11]

4 Martijn: een EVRM-toets

Uit de hiervoor besproken rechterlijke beschikkingen komt naar voren dat de vrijheid van vereniging een terughoudende toepassing van artikel 2:20 BW impliceert. De verbodenverklaring van een rechtspersoon is daarmee ultimum remedium. In de zaak Martijn lijkt de rechter een andere benadering te kiezen. Hoewel het geen motorclub betreft, is de zaak van belang, omdat de Hoge Raad hierin een ruimere uitleg van artikel 2:20 BW accepteert.

Martijn is een (formele) vereniging van pedoseksuelen. Het Openbaar Ministerie verzoekt tot verbodenverklaring en ontbinding, omdat de vereniging kinderen, een kwetsbare groep, in hun lichamelijke, emotionele en seksuele integriteit aantast. De Rechtbank Assen wiligt het verzoek in.[12] Zij stelt vast dat het streven naar seksueel contact met kinderen 'een ernstige inbreuk vormt op de geldende formele waarden binnen onze samenleving en daarom indruist tegen onze rechtsorde'. De werkzaamheid van de vereniging maakt inbreuk op 'de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel' en is daarmee in strijd met de openbare orde. Opvallend in deze beschikking is dat de rechtbank niet ingaat op het door de Hoge Raad in de Hells Angels-beschikking gegeven criterium van een 'daadwerkelijke en ernstige aantasting' van beginselen van ons rechtsstelsel, waardoor de samenleving wordt ontwricht.

Het hof doet dat in hoger beroep wel.[13] Het stelt weliswaar vast dat de werkzaamheid van de vereniging een daadwerkelijke en ernstige aantasting vormt van – kort weergegeven – de lichamelijke en seksuele integriteit van het kind, maar dat artikel 2:20 BW niet de belangen van het kind, maar die van de samenleving beoogt te beschermen. Bovendien vormt de werkzaamheid van de vereniging geen bedreiging voor de samenleving; van maatschappelijke ontwrichting of de dreiging daarvan is geen sprake.

De Hoge Raad kiest de lijn van de rechtbank.[14] Hij besteedt in zijn beschikking veel aandacht aan het EVRM en onderzoekt of de verbodenverklaring en ontbinding voldoen aan de beperkingssystematiek van artikel 11 EVRM:[15]

'Het hof had (...) moeten onderzoeken of het verbod en de ontbinding van de vereniging in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de bescherming van de gezondheid of de openbare orde of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

Dat heeft het hof niet gedaan en daarom kan zijn beschikking geen stand houden. De Hoge Raad doet vervolgens de zaak zelf af en maakt een belangenafweging tussen de werkzaamheid van de vereniging en de bedreiging daarvan voor de openbare orde enerzijds en de vrijheid van vereniging anderzijds. Hij laat het eerste belang zwaarder wegen, waardoor de vereniging Martijn verboden is verklaard en ontbonden is.

De redenering van de Hoge Raad komt nauw overeen met de toetsingssystematiek van het EHRM. Hij toetst aan de doelcriteria van artikel 11 EVRM en maakt vervolgens de belangenafweging op de wijze waarop het EHRM dat in zijn jurisprudentie ook doet. Artikel 8 Gw en artikel 2:20 BW spelen nauwelijks een rol. In mijn annotatie was ik kritisch op deze werkwijze, omdat de Straatsburgse toets altijd subsidiair is: het EHRM reageert op (in casu) verbodenverklaringen naar nationaal recht en geeft, kort gezegd, alleen weer wat de bandbreedte is waarbinnen de Nederlandse rechter mag functioneren (*margin of appreciation*). De EHRM-jurisprudentie is niet bedoeld en leent zich niet voor rechtstreekse toepassing op nationaal niveau.

Hoe dan ook, vergeleken met de Hells Angels-beschikking lijkt de Hoge Raad een nieuwe, meer rekkelijke lijn te hebben uitgezet. Het hof volgde nauwgezet de redenering van de Hells Angels-beschikking en legde daarbij de nadruk op de daadwerkelijke en ernstige ontwrichting van de samenleving. Het constateerde dat de samenleving voldoende weerbaar is tegen de werkzaamheid van de vereniging Martijn. De Hoge Raad kiest een andere insteek: het verbod is noodzakelijk in het belang van de bescherming van de gezondheid, de openbare orde of de rechten en vrijheden van anderen. Hij geeft weer dat de daadwerkelijke ontwrichting van de samenleving geen noodzakelijke voorwaarde is. De Hoge Raad maakt immers een (gemotiveerde) belangenafweging, maar in de rechtsoverwegingen waarin hij de zaak zelf afdoet, onderzoekt hij niet (en zeker niet expliciet) of de werkzaamheden van Martijn de samenleving kunnen ontwrichten. Met het loslaten van de voorwaarde van de daadwerkelijke ontwrichting en de afdoening van de zaak op grond van de belangenafweging lijkt de Hoge Raad een soepelere maatstaf te hebben gegeven.

5 Bandidos en Catervarius: terug naar ontwrichting

Wij komen terug bij de criminele motorclubs, namelijk de verbodenverklaring en ontbinding van de Bandidos – om precies te zijn de informele vereniging Bandidos Motorcycle Motorclub (Nederlandse afdeling) en de buitenlandse coöperatie met dezelfde naam (hierna: BMC) – en van Broederschap Catervarius, een informele vereniging die voortkomt uit de traditie van motorclubs.

De Bandidos-beschikking van de Rechtbank Midden-Nederland is zeer uitgebreid

gemotiveerd.[16] Na wat inleidende beschietingen over de vraag of BMC als wereldwijde vereniging en als informele Nederlandse vereniging wel bestaat, welke vragen de rechtbank bevestigend beantwoordt omdat BMC, kort gezegd, als eenheid naar buiten treedt en er een organisatorisch verband is, komt de rechtbank toe aan de vraag of de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde. Opvallend is dat de rechtbank weer teruggrijpt naar de criteria van 'een daadwerkelijke en ernstige aantasting (...) van als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel' en 'die onze samenleving ontwrichten of kunnen ontwrichten'. De rechtbank geeft weer op welke wijze de Bandidos zijn georganiseerd en gaat in op de verenigingscultuur. De Bandidos dragen een *outlaw*-cultuur uit en handelen daar ook naar. Zij plegen ernstige strafbare feiten. De vereniging stimuleert dat door de beloning daarvan met onderscheidingen (*patches*) en stijging in rang. Tegen uitgetreden leden wordt geweld gebruikt en derden worden bedreigd en afgeperst. Het Openbaar Ministerie heeft daarvan veel voorbeelden gegeven – de rechtbank spreekt van een 'overvloed van informatie'. Hoewel het gaat om gedragingen van leden en BMC daar niet direct bij betrokken was, meent de rechtbank dat de cultuur waarin (ernstig) geweld wordt gestimuleerd, de invloed vanuit sommige 'rang(en)' binnen de vereniging en het gebruik van de naam Bandidos om woorden en daden kracht bij te zetten, betekenen dat het handelen van de leden kan worden toegerekend aan BMC. En ook al zijn niet alle leden van de Bandidos bij ernstige strafbare feiten betrokken, de cultuur en de daaruit voortvloeiende gedragingen zijn dermate kenmerkend en structureel, dat er een reële kans bestaat dat leden geweldsdelicten gaan plegen, die de lichamelijke integriteit van leden en van personen daarbuiten ernstig aantasten en die de Nederlandse samenleving ontwrichten of kunnen ontwrichten. Daarin vindt, aldus de rechtbank, het verbod zijn rechtvaardiging. Het is daarom in een democratische samenleving noodzakelijk dat voor recht wordt verklaard dat de werkzaamheid van BMC in strijd is met de openbare orde en dat BMC (Holland) wordt verboden en ontbonden, 'in het belang van de rechten en vrijheden van degenen die zich in de Nederlandse samenleving bevinden'.

Een maand later verbiedt en ontbindt dezelfde rechtbank, overigens in een aanzienlijk kortere beschikking, het broederschap Catervarius, opgericht in 2015.[17] Het was eerst een *chapter* van de vereniging Alcatraz Wanted. Volgens de rechtbank is Catervarius 'een zogenoemd broederschap, voortkomend uit de traditie van motorclubs', wat dat ook precies moge betekenen. Ook Catervarius is een informele vereniging: zij treedt als entiteit in een gecoördineerde vorm met een onderlinge taakverdeling naar buiten, er zijn leden en een bestuur, zij neemt deel aan het rechtsverkeer, enzovoort. De leden van Catervarius zijn onderwerp geweest van verschillende strafrechtelijke onderzoeken, die betrekking hebben op bijvoorbeeld afpersing, geweldpleging, drugsmisdrijven en wapenmisdrijven. Een aantal misdrijven is gepleegd in het clubhuis. Een groot deel van het bestuur zit lange gevangenisstraffen uit. Het Openbaar Ministerie is daarom van mening dat de werkzaamheid

van de vereniging in strijd is met de openbare orde en de samenleving ontwricht en dreigt nog verder te ontwrichten. De rechtbank volgt het Openbaar Ministerie en benadrukt, in navolging van de Bandidos-beschikking, de kenmerkende en structurele cultuur van de vereniging en de feitelijk daaruit voortvloeiende gedragingen van de leden, die zeer waarschijnlijk weer ernstige delicten zullen plegen en daarmee de Nederlandse samenleving ontwrichten of kunnen ontwrichten. De leden maken zich in groepsverband schuldig aan de strafbare feiten en beroepen zich op hun lidmaatschap. De gedragingen kunnen daarom, aldus de rechtbank, aan de rechtspersoon als eigen werkzaamheid worden toegerekend.

De beschikkingen van de Rechtbank Midden-Nederland houden het midden tussen de Hells Angels-beschikking en de Martijn-beschikking, maar lijken uiteindelijk toch het meeste op de eerstgenoemde beschikking. De rechtbank stelt het ontwrichtingscriterium duidelijk centraal. De toets aan artikel 11 EVRM is vervolgens secundair aan die aan artikel 2:20 BW. Deze benadering lijkt mij juridisch zuiverder dan die van de Hoge Raad in de Martijn-beschikking: eerst komt de beoordeling naar nationaal recht, secundair de EVRM-toets. Waarom komt de rechtbank nu dan wel tot verbodenverklaring en ontbinding van de motorclubs, terwijl dat bij de Hells Angels met toepassing van dezelfde criteria niet lukte? In dat geval kon het Openbaar Ministerie de gedragingen van de leden van de Hells Angels niet koppelen aan de vereniging: deze gedragingen konden niet als eigen werkzaamheid van de Hells Angels worden gezien. Dat is nu wel het geval, omdat het Openbaar Ministerie kon aantonen dat – kort gezegd – de cultuur van de Bandidos en Catervarius gedragingen van de leden tot gevolg had. En hoewel de rechtbank er in beide beschikkingen niet veel aandacht aan besteedt, is thans ook de ontwrichting van de samenleving eenvoudiger te bewijzen. Het aantal criminele motorclubs is gegroeid, er heerst een grote onderlinge rivaliteit (bijvoorbeeld tussen de Bandidos en de Hells Angels) en de sfeer van angst zaaien en gewelddreiging is niet meer beperkt tot (de leden van) de vereniging zelf.

Wat is nu dan de stand van zaken voor motorclubs? In de eerste plaats geldt dat indien (voormalige) leden deelnemen aan de voortzetting van de werkzaamheid van de (verboden) vereniging, zij strafrechtelijk kunnen worden vervolgd op grond van artikel 140 lid 2 van het Wetboek van Strafrecht (Sr).[18] Daarnaast hebben de Bandidos bekendgemaakt in hoger beroep te gaan[19] – de enige rechtshandeling die de vereniging nog kan verrichten. De procesgang is dus nog niet geëindigd. En ten slotte heeft het Openbaar Ministerie om de verbodenverklaring en ontbinding verzocht van motorclub Satudarah.[20]

6 Initiatiefwetsvoorstel bestuurlijke verbodenverklaring

De wetgever heeft in de tussentijd niet stilgezeten. In maart en april 2018 lag een initiatiefwetsvoorstel voor ter internetconsultatie.[21] Met het voorstel willen de

initiatiefnemers mogelijk maken dat de minister (voor Rechtsbescherming) bij beschikking een rechtspersoon kan verbieden en ontbinden indien zijn werkzaamheid in strijd is met de openbare orde (art. 2 lid 1). Het betreft derhalve een bestuursrechtelijk besluit.[22] Artikel 2 lid 2 bepaalt dat gedragingen van de leden aan een rechtspersoon worden toegerekend, indien deze gedragingen:

- a. samenhangen met de werkzaamheid of het doel van de rechtspersoon;
- b. hebben plaatsgevonden in georganiseerd verband; en
- c. door de rechtspersoon worden geduld.

De bepaling is, gezien haar redactie én de uitleg in de memorie van toelichting, limitatief bedoeld. Artikel 3 bevat een uitzondering voor politieke partijen. Voor deze rechtspersonen geldt dat alleen de rechter bevoegd is tot verbodenverklaring en ontbinding. Dat is logisch, omdat de minister – lid van een politieke partij – immers vooringenomen kan zijn (art. 2:4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)). Het voorstel bevat verder voorschriften over de vereffening van het vermogen en specifieke bepalingen over corporaties.

Opvallend is dat het wetsvoorstel neutraal is geformuleerd ('rechtspersonen'), terwijl de initiatiefnemers in de memorie van toelichting uitgebreid ingaan op de outlaw motorcycle gangs. De criminele motorclubs zijn, zo geven zij weer, de aanleiding voor het wetsvoorstel. Zij menen – kort weergegeven – dat de huidige procedure te lang duurt en dat de jurisprudentie te strikt is in de toerekening van gedragingen van leden aan de rechtspersoon. Het is de vraag in hoeverre deze argumenten steekhoudend zijn in het licht van de Bandidos- en Catervarius-beschikkingen. In de eerste plaats de duur: in het geval van de Bandidos duurde het een jaar voordat het ingediende verzoekschrift leidde tot een verbod. Daar kunnen met hoger beroep en cassatie nog wel wat jaren bij komen. De bestuursrechtelijke dossieropbouw en de voorbereiding van het besluit zullen inderdaad korter duren. Tegen het besluit staan echter bezwaar en beroep open.[23] Met de behandeling van bezwaar, beroep en hoger beroep zal de voorgestelde procedure uiteindelijk niet veel korter duren. Daarenboven gaat het hier om een vergaande beperking van een grondrecht, zodat verdedigbaar is dat een procedure (direct) voor de rechter meer voor de hand ligt. Eventueel tijdverlies moet dan voor lief worden genomen. In de tweede plaats de toerekening: de initiatiefnemers beroepen zich op de Hells Angels-beschikking. Daarin slaagde het Openbaar Ministerie er niet in de rechter ervan te overtuigen dat de gedragingen van leden van de motorclub aan de rechtspersoon toegerekend moeten worden. De initiatiefnemers noemen de Bandidos- en Catervarius-beschikkingen echter niet, waarin dat wel lukte. Ook de door de initiatiefnemers geformuleerde criteria verschillen uiteindelijk niet wezenlijk van de criteria die de rechter in de Bandidos- en

Catervarius-beschikkingen toepaste. Daarin ging het immers om een structurele en kenmerkende verenigingscultuur, waardoor de leden hun criminele gedragingen konden plegen. Het is natuurlijk wel nog de vraag of de Bandidos-beschikking standhoudt in hoger beroep.

Ten slotte: de initiatiefnemers laten zich niet over de vraag uit of artikel 2:20 BW nog bestaansrecht heeft, mocht hun voorstel ooit kracht van wet krijgen. Het ligt voor de hand dat artikel 2:20 BW minder zal worden toegepast.^[24] Het is nochtans opvallend dat het voorstel geen aandacht besteedt aan de verhouding tussen het verbod door de minister en het verbod door de rechter op grond van artikel 2:20 BW. Het is bijvoorbeeld de vraag welke procedure voorrang heeft, indien zij gelijktijdig worden toegepast. Moet de minister een beslissing van de rechter op het verzoek van het Openbaar Ministerie afwachten? Mag hij de beslissing juist wel of juist niet nemen, zolang een verzoek onder de rechter is? Het wetsvoorstel én de memorie van toelichting zwijgen over (de juridische gevolgen van) samenloop met artikel 2:20 BW. Weliswaar kan deze samenloop in de praktijk worden opgelost door werkafspraken tussen de minister en het Openbaar Ministerie, maar het zou toch goed zijn als de initiatiefnemers hieraan aandacht besteden.

7 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat het initiatiefwetsvoorstel nog de nodige vragen oproept. Is het voorstel daadwerkelijk nodig om criminele motorclubs aan te pakken? Het antwoord op deze vraag zal mede afhangen van het hoger beroep en de eventuele cassatie in de Bandidos-zaak. De verbodenverklaring en ontbinding van Bandidos zijn, vanwege het ingestelde hoger beroep, nog niet onherroepelijk geworden. Dat lijkt mij echter een kwestie van tijd. De motivering van de rechtbank is zeer uitgebreid en wat mij betreft overtuigend, meer dan die van de Hoge Raad in de Martijn-zaak. De beschikking laat zien dat er een direct verband is tussen de gedragingen van de leden en de werkzaamheid van de vereniging. Dat kon het Openbaar Ministerie in de Hells Angels-zaak niet bewijzen. In de tussentijd lijken de motorclubs in kwestie criminelere te zijn geworden, is de cultuur van angstzaaien, afpersing en onderlinge rivaliteit gegroeid én is er over criminele motorclubs en hun leden meer bekend. Dat maakt kennelijk dat het nu wel is gelukt om een motorclub te verbieden, terwijl dat tien jaar geleden nog een brug te ver was.

Noten

[1] Ik ben mij bewust van de open brief van de Koninklijke Nederlandse Motorrijders Vereniging (KNMV), waarin zij stelt dat het woord motorclub een steeds negatievere betekenis krijgt, terwijl er in Nederland zo'n 500 motorclubs zijn, die met de outlaw

motorcycle gangs (OMG's) niets van doen hebben. Zie knmv.nl. Omwille van de leesbaarheid gebruik ik hier motorclubs, waarbij telkens de OMG's zijn bedoeld.

[2] Kamerstukken II 1984/85, 17476, 5, p. 2-3. Uitgebreid: C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 486 e.v.

[3] Uitgebreid: J.L.W. Broeksteeg, Freedom of assembly and association, in: P. van Dijk e.a. (red.), Theory and practice of the European Convention on Human Rights, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 828-829.

[4] Rb. Amsterdam 18 november 1998, AB 1998/329 m.nt. Kanne.

[5] Rb. Almelo 29 augustus 2001, ECLI:NL:RBALM:2001:AD3265.

[6] Rb. Amsterdam 1 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7450.

[7] Rb. Leeuwarden 6 maart 2007, JOR 2007/116 m.nt. Schmieman.

[8] Hof Leeuwarden 12 december 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BB9782.

[9] HR 26 juni 2009, NJ 2009/396 m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2009/222 m.nt. Schmieman.

[10] Zie bijv. Rb. Amsterdam 11 april 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA2747 (Hells Angels Holland); Rb. Amsterdam 11 april 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA2761, in hoger beroep: Hof Amsterdam 10 april 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9212 (Hells Angels Amsterdam).

[11] Rb. Maastricht 29 mei 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BA5843, in hoger beroep: Hof 's-Hertogenbosch 25 april 2008, JOR 2008/155 m.nt. Schmieman (Hells Angels Nomad).

[12] Rb. Assen 27 juni 2012, JB 2012/194 m.nt. Sillen, JOR 2012/316 m.nt. Schmieman.

[13] Hof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2013, JOR 2013/134 m.nt. Bulten.

[14] HR 18 april 2014, NJ 2014/507 m.nt. Alkema, AB 2014/348 m.nt. Brouwer en Molier, JOR 2014/227 m.nt. Bulten, JB 2014/104 m.nt. Broeksteeg, AAe 2014, AA20140834 m.nt. Schutgens.

[15] De Hoge Raad betreft ook het Verdrag van Lanzarote inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik en de Richtlijn 2011/92/EU ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie in zijn oordeel.

[16] Rb. Midden-Nederland 20 december 2017, AB 2018/60 m.nt. Brouwer en Koornstra.

[17] Rb. Midden-Nederland 17 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:113.

[18] Zie over de samenhang van art. 2:20 BW en art. 140 Sr A.N. Kesteloo, Aanmerken als ‘criminele organisatie’ een (aanvullende) voorwaarde voor verbieden en ontbinden van rechtspersonen?, DD 2016/55.

[19] Nos.nl 22 december 2017. Naar verluidt is Catervarius niet in beroep gegaan.

[20] Trouw 3 januari 2018.

[21] Voorstel van wet van de leden Kuiken (PvdA), Van Toorenburg (CDA), Van Oosten (VVD), Van der Graaf (CU) en Van der Staaij (SGP) houdende regels betreffende het bestuursrechtelijk verbieden van rechtspersonen waarvan de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde (Wet bestuurlijk verbod rechtspersonen).

[22] Daarbij kan de notaris wellicht – de initiatiefnemers noemen dit niet – een soort poortwachtersfunctie vervullen. Hij stelt de statuten op en kan beoordelen of het doel van de rechtspersoon in strijd is met de openbare orde. Hij kan de statuten onder de aandacht van de minister brengen.

[23] De minister zou de bevoegdheid (in ieder geval theoretisch) ook voor electoraal gewin kunnen gebruiken. Daarom is een rechterlijke toets belangrijk.

[24] Met dien verstande dat het wetsvoorstel de politieke partijen uitzondert.

ANNOTATIE

Over meelifters, gelukzoekers en rechters die problemen maken als partijen die niet hebben. Beschouwingen naar aanleiding van de Fortis/Ageas-schikking

M.L.A. Rijndorp en I. Tillema

In juni 2017 heeft het Gerechtshof Amsterdam beslist dat het (eerste) schikkingsvoorstel in de Fortis/Ageas-zaak niet verbindend kan worden verklaard. De auteurs bespreken het voorstel en de tussenbeschikking en duiden deze binnen het kader van het freeriderprobleem. Daarnaast bespreken zij het huidige juridische kader voor (toetsing van) de vergoeding aan belangenbehartigers en werpen zij enkele aandachtspunten op voor de verdere ontwikkeling daarvan.

1 Inleiding

Sinds 2005 kunnen krachtens de WCAM (Wet collectieve afwikkeling massaschade) één of meer representatieve belangenbehartigers en aangesproken partijen op gezamenlijk verzoek een schikking ter afwikkeling van massaschade verbindend laten verklaren door het Gerechtshof Amsterdam.[1] Bij een dergelijk verzoek dient het hof onder meer te toetsen of de hoogte van de overeengekomen vergoedingen redelijk is en of de belangen van de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten anderszins voldoende zijn gewaarborgd. Het hof dient de schikking zelfstandig te toetsen en kan daarbij deskundigen inschakelen, en andere belangenbehartigers en belanghebbenden kunnen bezwaar maken tegen het verzoek.[2] Wanneer het hof de schikking verbindend verklaart, zijn alle benadeelden daaraan gebonden, tenzij zij binnen een door het hof vastgestelde termijn verklaren dat zij zich aan de schikkingsovereenkomst willen onttrekken (opt-outverklaring). In deze bijdrage staat de achtste WCAM-zaak centraal: de compensatieregeling voor aandeelhouders van Fortis (thans: Ageas). In mei 2016 dienden Ageas en vier belangenbehartigers het verzoekschrift in tot verbindendverklaring van deze schikkingsovereenkomst (schikkingsovereenkomst I). Na een regiezitting en mondelinge behandeling volgde in juni 2017 de tussenbeschikking van het hof.[3] Daarin besliste het dat de compensatieregeling niet verbindend kon worden verklaard. Verzoeksters kregen de gelegenheid om het schikkingsvoorstel aan te passen, dan wel kenbaar

te maken dat geen gewijzigde regeling tot stand is gekomen. In december 2017 maakten verzoeksters bekend dat zij overeenstemming hebben bereikt over een aangepast schikkingsvoorstel (schikkingsovereenkomst II).

In deze bijdrage bespreken wij het eerste schikkingsvoorstel en de gebeurtenissen die daaraan ten grondslag liggen (par. 2.1), de bij de schikking betrokken belangenbehartigers en hun vergoeding (par. 2.2), en de tussenbeschikking van het hof (par. 2.3). Vervolgens werken we schikkingsovereenkomst I en de tussenbeschikking nader uit, waarbij we twee aspecten in een breder kader plaatsen: het onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten (par. 3) en – na een samenvatting van schikkingsovereenkomst II (par. 4) – de vergoeding aan de belangenbehartigers (par. 5). We ronden af in paragraaf 6.

2 De zaak Fortis/Ageas

2.1 De kwestie en schikkingsovereenkomst I

De schikking heeft betrekking op de informatievoorziening en het communicatiebeleid van Fortis voorafgaand aan en na de overname van ABN Amro en de overname van Fortis door de Staat. De gebeurtenissen zijn onderverdeeld in drie periodes: 21 september 2007-7 november 2007 (informatie over de blootstelling van Fortis aan *subprime*-hypotheken), 13 mei 2008-25 juni 2008 (communicatie over de solvabiliteit van Fortis en haar beleid daaromtrent) en 29 september 2008-3 oktober 2008 (berichtgeving in de aanloop naar de overname van Fortis). Mogelijk was de informatie in deze periodes onvolledig of onjuist, waardoor mogelijk koersverlies of koersinflatie is ontstaan, waardoor aandeelhouders mogelijk schade hebben geleden.

De schikkingsovereenkomst is van toepassing op de zogenaamde *Eligible Shareholders* die één of meer aandelen Fortis hielden op enig moment in de periode van 28 februari 2007 tot 14 oktober 2008, en dan vooral in één of meer van de drie voormelde periodes. Deze (voormalig) aandeelhouders worden volgens het voorstel ingedeeld in een van de drie volgende categorieën: actieve claimanten, niet-actieve claimanten en uitgesloten personen. De uitgesloten personen zijn de medegedaagden van Ageas in gerechtelijke procedures.[4] De actieve en niet-actieve claimanten zijn gerechtigd tot compensatie. Actieve claimanten zijn aanvankelijk gedefinieerd, vereenvoudigd weergegeven, als degenen die voorafgaand aan de schikking een procedure zijn gestart tegen Ageas, dan wel degenen die zich voor een bepaalde datum hebben aangesloten bij een belangenbehartiger die zo'n procedure heeft ingesteld.[5] De overige niet-uitgesloten *Eligible Shareholders* vallen in de categorie niet-actieve claimanten.[6] In de drie periodes bevinden zich in de categorieën actieve en niet-actieve claimanten naar schatting 50.000 tot 70.000 respectievelijk 100.000 tot 150.000 beleggers.[7]

Het maximale schikkingsbedrag dat Ageas aanvankelijk beschikbaar heeft gesteld, beloopt EUR 1.203.700.000. Daarvan is EUR 795.900.000 bestemd voor de actieve claimanten en EUR 407.800.000 voor de niet-actieve claimanten. De vergoeding per aandeel verschilt per periode en per soort gerechtigde (*holder of buyer*,^[8] actieve of niet-actieve claimant) en varieert in beginsel tussen EUR 0,13 en EUR 1,28 per aandeel. Gerechtigden krijgen daarnaast een vergoeding voor het hoogste aantal aandelen dat zij hebben gehouden op enig moment in de periode tussen 28 februari 2007 en 14 oktober 2008. Deze vergoeding bedraagt in beginsel EUR 0,50 per aandeel, met een maximum van EUR 200 (niet-actieve claimanten) of EUR 400 (actieve claimanten). Actieve claimanten krijgen in aanvulling daarop een vergoeding voor het hoogste aantal gehouden aandelen in één of meer van de drie periodes. Deze vergoeding bedraagt in beginsel eveneens EUR 0,50 per aandeel, met een maximum van EUR 550. Met de twee aanvullende vergoedingen beogen verzoeksters tegemoet te komen aan beleggers met een beperkt aantal aandelen. Mochten alle goedgekeurde vorderingen het maximale schikkingsbedrag overschrijden dan wel lager zijn dan het schikkingsbedrag, dan worden de vergoedingen proportioneel verminderd of verhoogd.^[9]

2.2 De belangenbehartigers en de voorgestelde vergoeding van hun werkzaamheden

Bij de totstandkoming van de schikking zijn naast Ageas vier belangenbehartigers betrokken: de Vereniging van Effectenbezitters (VEB), Deminor, Stichting Investor Claims Against Fortis (SICAF) en Stichting FortisEffect.^[10] De vier belangenbehartigers tezamen vertegenwoordigen een achterban van circa 57.000 particuliere en institutionele beleggers. Deze beleggers hielden in de periode februari 2007-oktober 2008 naar schatting 537 miljoen aandelen in Fortis, op een totaal van ongeveer 2 à 2,2 miljard uitstaande aandelen.^[11]

In schikkingsovereenkomst I is opgenomen dat Ageas de kosten draagt van de stichting en de claimadministrateur die zorg dragen voor de uitvoering van de overeenkomst.^[12] In aanvulling hierop vermeldt het verzoekschrift dat de verzoekende belangenbehartigers de volgende vergoedingen ontvingen: de VEB EUR 25 miljoen,^[13] Deminor EUR 10,5 miljoen, FortisEffect EUR 7 miljoen en SICAF EUR 2,5 miljoen.^[14] Deze vergoedingen staan los van het hiervoor besproken maximale schikkingsbedrag.

2.3 De tussenbeschikking

In de tussenbeschikking neemt het hof allereerst aan – in het licht van de uitkomst van eerdere civielrechtelijke procedures, maar met de nodige voorzichtigheid – dat Ageas onrechtmatig heeft gehandeld.^[15] Vervolgens gaat het hof in op de manier waarop moet worden bepaald welk koersverlies voor vergoeding in aanmerking kan komen, en op de overeengekomen vergoedingen aan de belangenbehartigers.^[16] Het concludeert dat de

belangenbehartigers formeel gezien representatief zijn, in die zin dat de achterban als geheel een goede afspiegeling is van de gerechtigde aandeelhouders. In materiële zin zijn de belangen van de gerechtigden evenwel onvoldoende gewaarborgd, vooral die van de niet-actieve claimanten, en het hof acht de hoogte van de vergoedingen niet redelijk. Onder enkele aanwijzingen stelt het hof verzoeksters in de gelegenheid om opnieuw met elkaar in overleg te treden om tot een aangepaste regeling te komen. Het hof geeft verzoeksters onder meer mee om het systeem van vergoedingen voor actieve en niet-actieve claimanten en de vergoedingen voor de belangenorganisaties te heroverwegen.

3 Het onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten

3.1 Het freeriderprobleem ter rechtvaardiging van het onderscheid

Als gezegd maakt de schikking onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten. Schikkingsovereenkomst I kent actieve claimanten ongeveer 50% meer schadevergoeding toe dan niet-actieve claimanten, terwijl het onzeker is of de niet-actieve claimanten de lagere vergoeding daadwerkelijk zullen verkrijgen vanwege het verwateringsrisico. Dat risico houdt in dat wanneer meer dan 25% van de niet-actieve claimanten een claim indient, de niet-actieve claimanten een lagere vergoeding per aandeel krijgen.[17] Volgens verzoeksters is dit verschil gerechtvaardigd omdat hiermee het zogeheten freeriderprobleem wordt voorkomen.[18] Een freerider is iemand die ergens voordeel van verkrijgt zonder daarvoor de lasten of kosten te dragen. Binnen de context van de WCAM dragen freeriders niet (financieel) bij aan de totstandkoming van een schikking, maar kunnen zij na de verbindendverklaring daarvan wel de vruchten plukken. Of, zoals verzoeksters het formuleren met verwijzing naar de niet-actieve claimanten:

‘[een situatie] waarin beleggers zonder inspanning meeliften op de inspanningen van andere beleggers en daardoor feitelijk voordeel ontlenen aan “niets doen”’.[19]

Freeridergedrag kan problematisch zijn voor de afwikkeling van massaschadezaken. Als iedereen de inspanning van een ander afwacht, gebeurt er niets. De WCAM is zodanig vormgegeven dat niet individuele benadeelden, maar een belangenbehartiger namens hen opkomt. Een belangenbehartiger die bereid is om actie te ondernemen kan echter evenmin (naar behoren) functioneren als er te veel freeriders zijn. Allereerst omdat actieve benadeelden vaak financieel bijdragen aan de activiteiten van de belangenbehartiger. Het freeriderprobleem hangt in zoverre dus samen met de distributie van kosten en de financiering van massaschadezaken.[20] Dat is ook wat verzoeksters betogen.[21] Het lijkt ons bovendien dat de ‘steun’ van actieve benadeelden meer dan een puur financiële functie heeft. Zo kunnen ze gegevens verstrekken ter onderbouwing van het gevorderde, en vormen ze de

achterban waaraan een belangenbehartiger zijn representativiteit ontleent, op grond waarvan hij de wederpartij kan bewegen om in onderhandeling te treden, en bij wie de belangenbehartiger een schikkingsvoorstel – of andere verrichtingen – kan toetsen op draagvlak. Zonder de inspanningen van belangenbehartigers én die van actieve benadeelden functioneert het WCAM-mechanisme dus niet (goed). Op termijn kan een scheve verdeling zelfs verder freeridergedrag aanwakkeren. Veel beleggers kunnen immers worden aangemerkt als of vergeleken met *repeat players*. Indien zij herhaaldelijk ervaren dat het aansluiten bij een belangenbehartiger geen toegevoegde waarde heeft omdat freeriders hun schade evengoed vergoed krijgen, is het niet ondenkbaar dat zij zich in de toekomst niet opnieuw bij een belangenbehartiger aansluiten.[22]

In de literatuur zijn verschillende oplossingen aangedragen voor het freeriderprobleem. De meest verstrekkende oplossing is een verplichte collectieve actie, waarbij benadeelden verplicht zijn gebonden aan de uitkomst en dus niet de mogelijkheid hebben om af te wachten of zich daaraan te onttrekken.[23] Een variant hierop is een dwangakkoord ter afwikkeling van massaschade als de aangesproken partij onvoldoende solvabel is om de gehele schade te voldoen.[24] Met de WCAM of, meer in het algemeen, een opt-outmechanisme wordt eveneens een grote groep benadeelden bereikt, ook omdat vanwege rationele apathie het aantal benadeelden dat uitstapt naar verwachting relatief laag zal zijn.[25] Vanuit het oogpunt van efficiëntie en finaliteit blijven freeriders dan echter een risico, omdat zij mogelijk niet instemmen met de regeling en alsnog – al dan niet via een concurrerende belangenbehartiger – verder procederen en/of schikken.[26] Ook lost een opt-outmechanisme het kostendistributieprobleem niet op. Voor zover het freeriderprobleem specifiek daarop ziet, kan een *contingency fee* worden afgesproken: een resultaatgerelateerde beloningsafspraken tussen een belangenbehartiger/derde en een individuele benadeelde.[27] Hiermee wordt de financiële prikkel tot meeliften enigszins weggenomen, omdat de belangenbehartiger of een daaraan gelieerde derde (zoals een *third-party litigation funder*) de kosten van de actie voorfinanciert en het procesrisico draagt. Bij een succesvolle uitkomst betaalt de benadeelde alsnog, door een percentage van de verkregen vergoeding af te dragen. Een benadeelde is echter niet verplicht om zich bij een belangenbehartiger aan te sluiten en een dergelijke beloningsafpraak te maken.[28] Een variant die dit laatste probleem tegengaat, is de Amerikaanse *common fund*-doctrine.[29] Dit is een beloningsconstructie waarbij de belangenbehartiger (in de Verenigde Staten de advocaat) een redelijke beloning ontvangt uit de opbrengst van een succesvolle collectieve actie. De beloning is een percentage van de opbrengst, of een uurloon op basis van het gewerkte aantal uren, waarbij de eventuele verhoging van het uurloon (de *lodestar multiplier*) afhankelijk is van factoren zoals de complexiteit van de zaak. Een enigszins vergelijkbare beloningsconstructie is ontworpen als onderdeel van de Britse mededingingsrechtelijke collectieve actie, waar (de financier van) de

belangenbehartiger kan worden betaald uit de niet-geclaimde opbrengst.[30] Bij dergelijke beloningsconstructies maakt het dus niet uit of benadeelden een contractuele relatie aangingen met de belangenbehartiger.

Terug naar schikkingsovereenkomst I. Naast een *common fund*-achtige constructie (zie hierover verder par. 5) zoeken verzoeksters de bestrijding van het freeriderprobleem in een andere hoek. Zij maken bij *de aanspraak op schadevergoeding* onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten. Deze oplossing heeft allereerst een retrospectief, vergoedend aspect, dat ziet op de financiële bijdrage en inspanning van de actieve claimant, (mede) waardoor de belangenbehartiger zijn werkzaamheden heeft kunnen uitoefenen. De hogere schadevergoeding heeft bovendien een aansporend element: die geeft benadeelden mogelijk een prikkel om zich (ook) in de toekomst bij een belangenbehartiger aan te sluiten. Het hof keurt de constructie van verzoeksters echter niet goed, en wel om drie redenen: de rechtvaardiging voor het onderscheid is in strijd met de bedoeling van de wetgever en de rechtspraak van de Hoge Raad, het onderscheid creëert een oneigenlijke prikkel, en de vergoeding is geen schadevergoeding in civielrechtelijke zin. Wij werken dit verder uit.

3.2 De afwijzing van het hof van het onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten

Allereerst overweegt het hof dat zowel artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW) (de collectieve-actieregeling) als de WCAM in belangrijke mate tot doel heeft om te voorkomen dat benadeelden van massaschade afzonderlijk een vordering in rechte (moeten) instellen. Rechtspraak van de Hoge Raad faciliteert ook juist dat benadeelden de uitkomst van een collectieve afwikkeling kunnen en mogen afwachten. Het hof oordeelt daarom dat:

‘[h]et standpunt dat verzoeksters innemen, dat de aandeelhouders die de uitkomst van collectieve acties hebben afgewacht als “free-riders” moeten worden aangemerkt en dat een “free-ridersituatie” onwenselijk is en moet worden voorkomen, (...) aldus haaks [staat] op de bedoeling van de wetgever en de rechtspraak van de Hoge Raad. Dit standpunt van verzoeksters wordt dan ook als onjuist verworpen.’[31]

In zekere zin sluit deze overweging aan bij de stelling van Van Boom en Pavillon dat benadeelden (consumenten) een fundamenteel recht hebben om te freeriden.[32] Het hof gaat hier echter vooral in op het doel ‘efficiënte rechtspleging’: het voorkomen van een veelvoud aan individuele procedures. In dat licht is freeridergedrag inderdaad niet onwenselijk. Daarmee lijkt het hof als tegenovergestelde van freeridergedrag aan te merken *het instellen van individuele procedures*. De bedoeling van verzoeksters lijkt echter vooral gericht op *het (financieel) bijdragen aan collectieve afwikkeling* (door aansluiting bij een belangenbehartiger). Een belangenbehartiger heeft actieve benadeelden nodig om zijn werk goed en efficiënt te

kunnen doen, maar kan hun bijdrage in het huidige systeem niet afdwingen. Enige prikkel tot zo'n bijdrage is dus ook in het belang van efficiënte rechtspleging en een effectieve werking van de WCAM.

Het hof is echter, met verweerders,[33] van oordeel dat het standpunt van verzoeksters de belangenbehartigers een oneigenlijke prikkel geeft om zo snel mogelijk civielrechtelijke procedures aan te spannen:

'Wie behoort tot de achterban van de organisatie die het eerst claimt of die het voor elkaar krijgt een plaats aan de onderhandelingstafel te krijgen, mag immers in de visie van verzoeksters op die grond meer krijgen dan degenen die een collectieve schikking afwachten.'[34]

Dit roept allereerst de vraag op wie precies oneigenlijk geprikkeld worden. De oneigenlijke prikkel waarover het hof spreekt, lijkt te zien op het gedrag van belangenbehartigers (zo snel mogelijk claimen of een plaats aan de onderhandelingstafel bemachtigen). De prikkel van de hogere schadevergoeding richt zich echter op het gedrag van benadeelden (om zich ook in de toekomst bij een belangenbehartiger aan te sluiten). Hoe dit ook zij, beide gedragingen hangen nauw met elkaar samen. Door zich aan te sluiten bij een belangenbehartiger vergroten benadeelden als gezegd de achterban/representativiteit van de belangenbehartiger en daarmee mogelijk diens kans op een plaats aan de onderhandelingstafel. Daar lijkt ons niets oneigenlijks aan. Het gedrag van belangenbehartigers om zo snel mogelijk te handelen is daarentegen, menen wij, niet zozeer verbonden aan de (hogere) vergoeding aan actieve benadeelden, maar inherent aan het Nederlandse systeem van concurrerende belangenbehartigers, de financiële prikkels van collectieve afwikkeling en de vrijheid van de aangesproken partij (en haar advocaten) om haar onderhandelingspartner(s) te kiezen.[35] In dat landschap, gelet ook op de mogelijkheden tot stuiting van de verjaring, is het evenzogoed denkbaar dat een belangenbehartiger, zijn reputatie bewakend, de tijd neemt om de actie goed op te bouwen en een *critical mass* aan zich te binden, om uiteindelijk beslagen ten ijs te komen bij de rechter dan wel de wederpartij.

Met bovenstaand oordeel hangt echter ook samen de omstandigheid dat twee andere belangenbehartigers niet betrokken waren bij de onderhandelingen, en de 'beperkte' definitie van actieve claimanten in schikkingsovereenkomst I.[36] Door deze definitie vallen benadeelden die zich bij de twee andere belangenbehartigers hebben aangesloten buiten de boot; ook zij worden aangemerkt als freeriders.[37] Eigenlijk kwalificeren verzoeksters hiermee de markspelers en de keuze van actieve benadeelden: als je aansluit bij de 'juiste' belangenbehartiger, dan ontvang je meer schadevergoeding dan wanneer je bij een andere belangenbehartiger hebt aangesloten (dan wel bij geen). Een dergelijke afbakening heeft het hof voorkomen. Ons inziens terecht, omdat het niet samenhangt met het freeriderprobleem

maar met andere belangen, zoals dat van belangenbehartigers om de eigen achterban te belonen en ook in de toekomst de benadeelden aan zich te binden. Met dergelijke belangen is op zichzelf genomen niets mis, maar de gekozen route (de uitsluiting van bepaalde actieve benadeelden) is ongelukkig.[38]

Tot slot, zo oordeelt het hof, kan de hogere vergoeding aan de actieve benadeelden niet worden aangemerkt als schadevergoeding in civielrechtelijke zin:

‘Dit verschil is een premie om bepaald door verzoeksters gewenst bevonden gedrag te belonen (aandeelhoudersactivisme), dan wel om bepaald gedrag dat zij ongewenst vinden te ontmoedigen (“free-ridersgedrag”). Het hof acht deze wijze van invulling van de vergoedingen per aandeel bezwaarlijk.’[39]

De hogere vergoeding per aandeel voor actieve claimanten is immers niet gerelateerd aan de aard en ernst van de schade (koersverlies of koersinflatie), maar aan de – volgens verzoeksters noodzakelijke – processuele houding van actieve claimanten als voortrekker.[40] Dit laatste heeft niets te maken met koersverlies of koersinflatie en biedt geen objectieve rechtvaardiging voor het onderscheid tussen claimanten die (beweerdelijk) schade hebben geleden naar aanleiding van exact dezelfde omstandigheden. Daarmee worden gelijke gevallen ongelijk behandeld en doet het voorstel onvoldoende recht aan de belangen van de ene categorie, de niet-actieve claimanten, aldus het hof. Verzoeksters hebben geen andere, toereikende rechtvaardiging aangevoerd voor het onderscheid. Met het ‘vergoedende’ element van de premie lijkt het hof op zichzelf geen moeite te hebben:

‘Het is uiteraard mogelijk dat de Active Claimants vanwege hun actieve rol meer kosten hebben gemaakt dan de Non-Active Claimants, zodat het daarom wellicht redelijk is dat zij daarvoor een vergoeding krijgen.’[41]

Een dergelijke vergoeding kan dus echter niet in de sleutel van schadevergoeding per aandeel worden geplaatst. Zelfs niet als onderdeel van een vaststellingsovereenkomst, waarbij partijen mogen afwijken van wat rechtens is en contractsvrijheid vooropstaat.[42] De rechtvaardiging voor de actieve houding kan worden gevonden in de taak van het hof om de belangen te beschermen van *alle* benadeelden, in dit geval vooral die van de afwezige, niet-actieve claimanten.[43] Een niet-actieve claimant is ook niet zonder meer een (bewuste) freerider; het kan immers ook gaan om een benadeelde die geen weet heeft van de actie en/of zijn rechten daaromtrent. De afwijzing van het onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten voorkomt eveneens het risico dat Kortmann aankaaft, te weten dat van belangenconflicten binnen de *class*. [44] Hij vergelijkt de beloning aan de actieve benadeelden met die aan de Amerikaanse *named plaintiff*. Dat is, kort gezegd, een benadeelde partij die is geselecteerd om

toe te zien op de verrichtingen van de advocaat van de groep benadeelden. Het mogelijke belangenconflict volgt uit de betaling van de *named plaintiff* voor die taak (boven op de vergoeding uit de schikking), waardoor hij minder goed in staat zou zijn om ook de belangen van de *unnamed plaintiffs* te behartigen.[45]

4 Intermezzo: het aangepaste voorstel (schikkingsovereenkomst II)

Bij akte van 12 december 2017 hebben verzoeksters een aangepaste schikkingsovereenkomst overgelegd en deze nader toegelicht. De belangrijkste wijzigingen zijn: het maximale schikkingsbedrag is verhoogd tot EUR 1.308.500.000, het onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten is opgeheven wat betreft de schadevergoeding en het verwateringsrisico, de niet-actieve claimanten ontvangen een hogere schadevergoeding, en de actieve claimanten ontvangen een additionele vergoeding ter compensatie van hun kosten, tijd en inspanning die zijn geïnvesteerd in het ondersteunen van de (collectieve) acties.[46]

Onder actieve claimanten vallen nu ook degenen die zich (vóór een bepaalde datum) hebben aangesloten bij een belangenbehartiger die voorafgaand aan de mondelinge behandeling Ageas in rechte heeft betrokken.[47] Deze verruimde definitie is slechts nog relevant voor verkrijging van de kostenvergoeding. Dit is een eenmalige vergoeding aan actieve claimanten, waaronder een 'substantieel aantal' benadeelden die 20% of meer van de nog te ontvangen schadevergoeding moeten afstaan aan de belangenbehartigers. De kostenvergoeding is gefixeerd (op 25% van de te ontvangen schadevergoeding), omdat het volgens verzoeksters ondoenlijk is om te beoordelen wat de individuele positie, rechten en aangegane verplichtingen precies zijn. Voor deze kostenvergoeding betaalt Ageas in totaal maximaal EUR 152 miljoen, als onderdeel van het verhoogde schikkingsbedrag.[48] De vergoeding aan de belangenbehartigers ad EUR 45 miljoen is ongewijzigd gebleven. Ter afsluiting van deze bijdrage gaan wij kort in op het eerdere oordeel van het hof over deze vergoeding en, in breder verband, op het toetsingskader voor dergelijke vergoedingen.

5 De vergoeding aan belangenbehartigers

5.1 De tussenbeschikking: een mogelijk eigen belang en onvoldoende transparantie

De kosten van belangenbehartigers in massaschadezaken kunnen aanzienlijk zijn.[49] Deze dienen op enige wijze te worden voorgefinancierd en/of vergoed, wil de WCAM geen lege huls zijn. Sommige belangenbehartigers hebben eigen middelen waarmee zij hun activiteiten voorfinancieren, (mede) dankzij eenmalige of periodieke bijdragen van aangeslotenen, en/of ontvangen financiering door *third-party litigation funders*. [50] De vergoeding van de kosten, in geval van succes, kan ten laste komen van de individuele benadeelden en/of de aangesproken partij. Als de aangesproken partij geen kosten vergoedt, dan hebben de individuele

benadeelden aan de vergoeding daarvan bijgedragen door voormelde contributie en/of dragen zij na afloop bij via een resultaatgerelateerde beloning aan de belangenbehartiger of de daaraan verbonden derde. In dat geval speelt het freeriderprobleem een rol, omdat freeriders geen (contractuele) relatie met de belangenbehartiger hebben en dus niet zijn gehouden om een bijdrage in de kosten te leveren. Bij een beloningsconstructie die het freeriderprobleem tegengaat, komen de kosten ten laste van benadeelden (een percentage van het schikkingsbedrag), de niet-claimende benadeelden (de kosten worden voldaan uit het niet-geclaimde schikkingsbedrag), of ten laste van de aangesproken partij (een vergoeding aan de belangenbehartiger *in aanvulling op* het schikkingsbedrag).[51]

In de Fortis/Ageas-schikking is gekozen voor laatstgenoemde route. Als gezegd ontvangen de belangenbehartigers in het onderhavige geval EUR 45 miljoen, welke vergoeding losstaat van het schikkingsbedrag van (thans) EUR 1.308.500.000. De vergoedingen aan de VEB, Deminor en FortisEffect zien ‘mede op de kosten voor advies aan, vertegenwoordiging van en de uitvoering van de schikking ten behoeve van’ vertegenwoordigde particuliere aandeelhouders. De vergoeding aan SICAF ziet op ‘proceskosten, de kosten van procesvertegenwoordiging in de in Nederland gevoerde procedures en in de mediation’ en de kosten van uitvoering van de schikkingsovereenkomst.[52] Aan de precieze omvang van de gemaakte kosten zijn weinig woorden gewijd, maar duidelijk is dat deze (aanzienlijk) lager zijn dan de overeengekomen vergoeding. Ten minste drie van de vier belangenbehartigers ontvangen als onderdeel van de vergoeding een premie of opslag: Deminor en FortisEffect ter dekking van het rendement en het risico van de investering, de VEB ter aanvulling van de ‘clubkas’, ‘om de tekorten die wij ieder jaar hebben, aan te vullen en om allerlei principiële zaken te doen die geen andere, commerciële partij ooit zou willen doen’.[53]

De vergoedingen voor de belangenbehartigers komen dus ten laste van Ageas, en het freeriderprobleem speelt wat betreft de kostendeling geen rol (meer). Het hof oordeelt daarom in de tussenbeschikking:

‘Niet gezegd kan worden dat de Non-Active Claimants in verhouding tot de Active Claimants en de belangenorganisaties die hen bijstaan profiteren van de voordelen van de schikking, maar niet delen in de lasten daarvan als in het kader van de schikking een toereikende vergoeding voor die lasten ter beschikking wordt gesteld.’[54]

Volgens het hof blijkt uit de overgelegde stukken en toelichting daarop echter onvoldoende concreet waarop de vergoedingen aan belangenbehartigers zien. Het hof onderkent het maatschappelijk belang van collectieve procedures en vergoeding van de kosten en het procesrisico daarvan. Daarbij is evenwel vereist dat belangenorganisaties ‘transparant zijn en openheid van zaken geven’.[55] De onderbouwing van de VEB volstaat daarbij niet, aldus het

hof:

‘Het argument dat in eerdere WCAM-procedures procentueel hogere vergoedingen zijn betaald overtuigt niet, reeds omdat die vergoedingen deels betrekking hadden op fees van advocaten (deels in het buitenland) en VEB niet concreet maakt of die vergoedingen voor het overige al of niet waren gerelateerd aan redelijke kosten, terwijl bovendien de hoogte van het door VEB genoemde percentage van 3,6% van het schikkingsbedrag niets zegt over de aanvaardbaarheid van het aanbieden en accepteren van een bepaald concreet bedrag.’[56]

Het hof oordeelt vervolgens dat de bedragen op gespannen voet staan met de belangen van gerechtigden, in die zin dat de belangen van de niet-actieve claimanten lijken te zijn achtergesteld op die van de belangenbehartigers en hun achterban.[57] Het hof gaat daarbij in op een risico dat kleeft aan een premie voor belangenbehartigers: *collusive behaviour*. [58] Kort gezegd komt dit erop neer dat een aangesproken partij finaliteit en de medewerking van een belangenbehartiger afkoopt. Of, in de woorden van het hof:

‘Dat Ageas die bedragen desondanks ter beschikking wilde stellen, geeft aan dat zij sterk hecht aan het bereiken van overeenstemming. VEB, Deminor en FortisEffect hebben met het accepteren van de bedragen de indruk gewekt dat zij een eigen belang hebben bij de verbindendverklaring van de overeenkomst.’[59]

Volgens het hof is daarmee twijfel ontstaan over de mate waarin de belangenbehartigers de belangen van de niet-actieve claimanten hebben meegewogen bij het uiteindelijk bereikte onderhandelingsresultaat, ook al komen de vergoedingen aan de belangenbehartigers niet in mindering op het totale schikkingsbedrag.

5.2 De toetsing van vergoedingen aan belangenbehartigers: volgens welk juridisch kader?

Het huidige kader

Op grond van schikkingsovereenkomst II betaalt Ageas EUR 197 miljoen voor de totstandkoming en afwikkeling[60] van de schikking: EUR 45 miljoen aan de belangenbehartigers en maximaal EUR 152 miljoen aan de actieve claimanten (de gefixeerde kostenvergoeding). Uiteindelijk zal een groter bedrag dan EUR 45 miljoen bij de belangenbehartigers of hun financiers terecht komen vanwege de resultaatafhankelijke vergoeding die individuele benadeelden nog aan hen moeten afstaan.[61] Volgens verzoeksters vallen de vergoedingen en percentages binnen de bandbreedte die in de markt wordt gehanteerd, en zijn deze vergelijkbaar met vergoedingen in eerdere WCAM-uitspraken en schikkingen in Europa en de Verenigde Staten.[62] Het is afwachten of de nadere onderbouwing thans voldoet.[63] Wij laten dit in het midden, maar bespreken tot slot het

wankele haakje waaraan een dergelijke onderbouwing en toetsing daarvan kunnen worden opgehangen.

De parlementaire geschiedenis van de WCAM maakt duidelijk dat voor het hof een actieve rol is weggelegd. Op – onder meer – de observatie van senator Wagemakers dat rechters normaal gesproken ‘zelden problemen maken indien partijen die problemen niet hebben’,[64] reageerde de toenmalige minister van Justitie bijvoorbeeld:

‘De rechter moet met grote zorgvuldigheid nagaan of er rekening wordt gehouden met de belangen die in het geding zijn. Hij kan onder meer uit eigen beweging deskundigen inschakelen. (...) de rechter [heeft] hier een andere functie dan normaal in het burgerlijk recht (...) niet een passieve, maar een actieve quasi bestuurlijke functie (...).’[65]

Of die actieve rol ook geldt voor de toetsing van de vergoeding aan belangenbehartigers is onduidelijk. Het is daarbij allereerst van belang om het type kosten en de grondslag voor vergoeding daarvan te onderscheiden. Over de kosten van de *totstandkoming* van een WCAM-schikking, zoals die van de onderhandelingen, is in de wet(s)geschiedenis) niets opgenomen, laat staan dat destijds rekening werd gehouden met een premie voor belangenbehartigers of hun financiers.[66] Naar aanleiding van Kamervragen over ‘gelukzoekers’, waarmee werd bedoeld op advocaten of andere belangenbehartigers die (ook) willen profiteren van collectieve afwikkeling, antwoordde de toenmalige minister dat een WCAM-overeenkomst geen vergoeding toekent aan dergelijke partijen, omdat zij niet degenen zijn die schade hebben geleden die het gevolg is van de gebeurtenis waarop de overeenkomst ziet.[67] Uit het latere Vie d’Or-arrest blijkt echter dat een aansprakelijke partij in een collectieve actie gehouden kan zijn tot vergoeding van de (redelijke) buitengerechtelijke kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid en schade, ondanks het ontbreken van rechtstreekse aansprakelijkheid daartoe jegens de belangenbehartiger.[68] In de kern ligt de grondslag voor deze beslissing in een effectieve afdoening van massaschade. Frenk heeft uit deze motivering afgeleid dat ook binnen de WCAM de schadevergoedende partij de kosten van de totstandkoming dient te dragen, en in de praktijk gebeurt dit ook.[69] Met de verwijzing naar het Vie d’Or-arrest lijkt het hof in de tussenbeschikking in dezelfde richting te redeneren.[70] De vervolgvraag is dan of de redelijkheid van de vergoeding moet worden getoetst, en zo ja hoe.[71] Mogelijk is het bijvoorbeeld van belang dat, anders dan de onderhavige belangenbehartigers, de Vie d’Or-stichting ‘slechts’ de verplaatste kosten vorderde, kosten die de individuele benadeelden zelf hadden kunnen vorderen.[72]

Buitengerechtelijke kosten worden normaal gesproken volledig of gefixeerd vergoed, voor zover ze niet ‘van kleur verschieten’ omdat de kosten betrekking hebben op handelingen waarop de proceskostenvergoeding ziet, en voor zover ze in redelijkheid zijn gemaakt en de

omvang ervan redelijk is.[73] Laatstgenoemde dubbele redelijkheidstoets is echter niet van toepassing bij WCAM-schikkingen, omdat de vergoeding is vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst en het dus gaat om bedongen buitengerechtelijke kosten. Daarvoor geldt normaal gesproken een andere maatstaf: de rechter kan deze kosten – ambtshalve – matigen tot een jegens de wederpartij redelijk bedrag ‘gelet op de tarieven volgens welke zodanige kosten aan de opdrachtgevers gewoonlijk in rekening worden gebracht’.[74] De rechter heeft deze matigingsbevoegdheid echter niet bij een kostenregeling die is opgenomen in een vaststellingsovereenkomst die is gesloten *nadat* het geschil is ontstaan.[75] Dat zou betekenen dat de vergoeding in een WCAM-overeenkomst niet zou worden getoetst op redelijkheid. Het gaat hier echter niet om een reguliere schikking. Op grond van de open normen van artikel 7:907 lid 3 onder b en e BW moet het hof ten behoeve van verbindendverklaring toetsen of de hoogte van de toegekende vergoedingen redelijk is en of (ook overigens) de belangen van de benadeelden voldoende zijn gewaarborgd. Het gaat daarbij vooral om de belangen van degenen die niet bij de onderhandelingen betrokken of vertegenwoordigd zijn.[76] Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met ‘de toegekende vergoedingen’ is bedoeld die aan benadeelden, alhoewel ook duidelijk is dat destijds nog geen rekening werd gehouden met een vergoeding aan belangenbehartigers. Stel nu dat met het wegvallen van het onderscheid tussen de actieve en niet-actieve benadeelden (schikkingsovereenkomst II) de vergoeding aan de benadeelden redelijk wordt bevonden. De vergoeding aan de belangenbehartigers strekt niet in mindering op het schikkingsbedrag, en is in zoverre een afzonderlijke overeenkomst. Is er dan nog grond om de vergoeding aan belangenbehartigers afzonderlijk op redelijkheid te toetsen? Bestaat het eerdere mogelijke belangenconflict (tussen de belangenbehartigers, hun achterban en de niet-actieve claimanten) nog, of worden de belangen van benadeelden anderszins mogelijk niet gewaarborgd? Zou bijvoorbeeld het schikkingsbedrag voor benadeelden hoger zijn geweest als de vergoeding aan belangenbehartigers lager was? Zouden de belangenbehartigers de schikking hebben getroffen als hun eigen vergoeding een lagere was geweest? Dit zijn geen eenvoudig te onderzoeken vragen, maar allereerst is het de vraag óf de beloning van belangenbehartigers moet worden getoetst. Een expliciete regeling hiertoe ontbreekt.[77]

Naar een (verfijnd) toetsingskader?

In eerdere WCAM-procedures was geen sprake van toetsing als de vergoeding aan belangenbehartigers niet in mindering kwam op de compensatie voor benadeelden.[78] Toetsing van de vergoeding van belangenbehartigers en hun financiers zou wel in lijn liggen met de ontwikkelingen rondom collectieve afwikkeling in het algemeen. Zo kan binnen het mogelijk toekomstige kader van de toetsing van de ontvankelijkheid van een belangenbehartiger in een collectieve schadevergoedingsactie de rechter de redelijkheid van

de aan de achterban in rekening gebrachte kosten (laten) onderzoeken.[79] Recente rechtspraak toont reeds een strenge toets van de ontvankelijkheid van (commerciële) belangenbehartigers.[80] Daarnaast kan worden gewezen op de (niet-bindende) Europese Aanbevelingen voor collectieve vorderingen, die onder meer bepalen dat een resultaatgerelateerde vergoeding aan derden en advocaten niet is toegestaan, tenzij gereguleerd door een overheidsinstantie, en dat een derde geen buitensporige rente in rekening mag brengen.[81]

Mocht toetsing van de beloning van belangenbehartigers wenselijk worden geacht (zie ook hierna), dan kunnen – bijvoorbeeld – opnieuw de Amerikaanse *roots* van de WCAM worden geraadpleegd. Sinds 2003 leggen de Federal Rules of Civil Procedure de voordien reeds bestaande praktijk vast dat ook de vergoeding aan belangenbehartigers (advocaten) redelijk moet zijn.[82] Amerikaanse rechters toetsen die redelijkheid afzonderlijk, ook als partijen aanvoeren dat over het schikkingsbedrag en de vergoeding voor de advocaat afzonderlijk is onderhandeld, geen bezwaar tegen de vergoeding is aangevoerd en/of de vergoeding niet als percentage uit de opbrengst komt.[83] Het toezicht door de rechter en het vaststellen van een redelijke vergoeding voor advocaten worden gezien als cruciale onderdelen van een effectief functionerend *class action/settlement*-systeem.[84] De advocaten kunnen een percentage van de opbrengst ontvangen (*percentage-of-the-settlement approach*), of een (mogelijk verhoogd) uurloon op basis van het gewerkte aantal uren (*lodestar approach*).[85] De *lodestar*-route wordt vooral gehanteerd in zaken waarin sprake is van *fee-shifting*, zoals consumentenrechtelijke zaken. In *common fund*-zaken hanteren rechters veelal de percentageroute.[86] Het percentage wordt dan berekend over het afgesproken schikkingsbedrag óf over het daadwerkelijk uitgekeerde bedrag. De hoogte van het percentage is afhankelijk van vele factoren, zoals de soort zaak, de complexiteit en het risico van de zaak, de betrokken partijen, de omvang van het schikkingsbedrag (het *scaling effect* zorgt ervoor dat naarmate het schikkingsbedrag toeneemt, het percentage afneemt) en de looptijd van de procedure.[87] Sommige rechters hanteren een gefixeerd benchmarkpercentage, andere vergelijken met eerder toegekende percentages in vergelijkbare zaken of raadplegen de uitkomsten van empirisch onderzoek en/of gebruikelijke percentages in de markt. Bij de percentageroute kan ook een *lodestar cross-check* plaatsvinden, wat inhoudt dat de rechter het percentage vergelijkt met de *lodestar*-uitkomst. Kort gezegd: de discretionaire bevoegdheid is ruim en de gezichtspunten zijn legio.

Voor en tegen de *wenselijkheid* van toetsing kunnen verschillende argumenten worden aangevoerd. Vóór toetsing pleit het tegengaan van de risico's die (de prikkels door) de potentiële hoge beloning voor belangenbehartigers met zich breng(t)(en), zoals tegenstrijdige belangen.[88] Meer in het algemeen bestaat het risico van (negatieve beeldvorming over) een

claimcultuur, waarin wantrouwige burgers en ondernemingen elkaar veelvuldig aanspreken en defensief gedrag vertonen, en het idee overheerst dat collectieve afwikkeling vooral leidt tot (excessieve of disproportionele) verrijking van advocaten en andere belangenbehartigers.[89] Vóór rechterlijke toetsing pleit ook dat belangenbehartigers en derden-financiers niet zijn onderworpen aan gedragsregels en tuchtrecht, noch onder toezicht staan van bijvoorbeeld de AFM. Tégen toetsing pleit de complexiteit ervan en het mogelijke informatiegebrek aan de zijde van de rechter.[90] Vergelijkingsmateriaal binnen de Nederlandse (en Europese) markt is beperkt, want de vergoeding aan belangenbehartigers en hun financiers is een relatief nieuw fenomeen. Hermans noemt voorts – in een breder verband – het risico dat actieve toetsing de prikkel ontnemt om collectieve afwikkeling te initiëren of deze via de rechter te doen plaatsvinden.[91] Ook kan toetsing ‘oneigenlijk’ verweer uitlokken van concurrerende belangenbehartigers die ook een *piece of the pie* willen,[92] of leidt zij ertoe dat belangenbehartigers of financiers bedrijfsgevoelige informatie moeten prijsgeven. Relevant is eveneens de contractsvrijheid van partijen en de mogelijkheid voor benadeelden om bezwaar te maken tegen de schikking en/of zich daaraan te onttrekken door middel van een opt-outverklaring, wanneer zij zich niet kunnen vinden in de vergoeding. Daartegen kan weer worden ingebracht dat bezwaar maken tegen of onttrekken aan een schikking vooral aantrekkelijk is onder ‘begeleiding’ van een belangenbehartiger.[93] Ook kan het hof bij toetsingsproblemen een deskundige benoemen en bedrijfsgevoelige informatie *ex parte* laten overleggen.

Alle voors en tegens in ogenschouw nemend, lijkt ons de tijd rijp om het toetsingskader verder uit te bouwen.[94] Ter afsluiting destilleren wij uit het voorgaande enkele mogelijk richtinggevende factoren voor de toetsing van de redelijkheid van de vergoedingen aan belangenbehartigers en hun financiers:

de aard en omvang van de vergoede kosten/investering (buitengerechtelijke kosten, proceskosten, premie, uurloon, gefixeerd of resultaatafhankelijk, de bestede tijd aan de verrichte werkzaamheden); het doel van de eventuele premie (ad hoc of ter dekking van onsuccesvolle, niet-vergoede en/of toekomstige werkzaamheden, algemeen belang, uitkering aan bestuurders, medewerkers, enzovoort); het genomen risico (dat de verrichte werkzaamheden niet worden vergoed, bijvoorbeeld verhaalbaarheid en de noviteit en complexiteit van de feitelijke en/of rechtsvragen); de gebruikelijke uurtarieven of percentages en/of toegekende vergoedingen in vergelijkbare zaken en de mate van marktwerking/prijsconcurrentie; de omvang van het schikkingsbedrag of van de verwachte daadwerkelijke uitkering; de aard/omvang van de individuele schade (substantiële schade, strooischade, algemeen belang); de omvang van de kostenvergoeding aan actieve

benadeelden; de informatie over de vergoeding van de belangenbehartigers aan de benadeelden (draagvlak); de soort/deskundigheid van de benadeelden (repeat player versus one-shotter, bijvoorbeeld consument); de consequentie van eventuele afwijzing van de redelijkheid van de vergoeding (schikking vervalt, vergoeding wordt verlaagd, bedrag komt ten goede van benadeelden of aangesproken partij).

6 Uitleiding

In deze bijdrage bespraken wij het schikkingsvoorstel in de Fortis/Ageas-zaak binnen de context van het freeriderprobleem en de (toetsing van) vergoedingen aan belangenbehartigers. Beide onderwerpen hangen sterk met elkaar samen in het licht van een efficiënte en effectieve afwikkeling van massaschadezaken. Wij bepleitten de verdere ontwikkeling van het juridische kader en wierpen daartoe enkele aandachtspunten op. Het vergoeden van kosten, investering en inspanning van zowel actieve claimanten als belangenbehartigers en hun financiers, en de toetsing daarvan, zal moeten plaatsvinden op een (werkbare/efficiënte) wijze die enerzijds voldoende prikkelt, zodat zij ook in de toekomst actief blijven, en anderzijds geen aanleiding geeft tot misbruik. Het vinden van die balans is geen sinecure en zal verschillen per zaak. De Fortis/Ageas-zaak biedt ons inziens voldoende aanknopingspunten om hierin een stap voorwaarts te zetten.

Noten

[1] Art. 7:907-910 BW en art. 1013-1018a Rv.

[2] Zie bijv. Kamerstukken II 2003/04, 29414, 3, p. 29, en hierna par. 5.2.

[3] Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257 (hierna: de tussenbeschikking). De meeste processtukken zijn beschikbaar op www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-nieuws/Bekende-rechtszaken/WCAM-Verzoekschrift-Ageas-SA-NV. De gepubliceerde processtukken die wij hebben geraadpleegd, worden hierna aangeduid als schikkingsovereenkomst I (d.d. 14 maart 2016), verzoekschrift, akte na regiezitting, verzoekschrift II (van H. c.s.), proces-verbaal (d.d. 24 maart 2017), tussenbeschikking (d.d. 16 juni 2017), schikkingsovereenkomst II (d.d. 12 december 2017) en akte na tussenbeschikking.

[4] Jegens hen wordt krachtens de schikking kwijting verleend; zie schikkingsovereenkomst I, par. 5.1 en verzoekschrift, randnr. 66 (iii) en 112.

[5] Zie schikkingsovereenkomst I, bijlage I Definities en interpretatie (p. 27), verzoekschrift, randnr. 66 en proces-verbaal, p. 8. In schikkingsovereenkomst II is de definitie verruimd; zie hierna par. 3.2 en 4.

[6] In schikkingsovereenkomst II is de definitie van niet-actieve claimanten vervallen; zie par. 4.

[7] Verzoekschrift, randnr. 68.

[8] Wij laten het verschil hiertussen rusten. Zie (ook) hierover de annotatie van J.S. Kortmann in JOR 2018/10.

[9] Voor de details, zie verzoekschrift, randnr. 76-79 en 135-137, en akte na regiezitting, randnr. 14-30.

[10] Zie veb.net, deminor.com, investorclaimsaainstfortis.com en fortiseffect.nl.

[11] Zie verzoekschrift, hoofdstuk 3, proces-verbaal, p. 6 en tussenbeschikking, r.o. 8.12.

[12] Schikkingsovereenkomst I, par. 4.2.4 (en schikkingsovereenkomst II, par. 4.2.3).

[13] Dit is het nettobedrag, de VEB dient hierover belasting af te dragen; zie proces-verbaal, p. 5.

[14] Verzoekschrift, randnr. 88-90. Zie hierover verder par. 5.

[15] Tussenbeschikking, r.o. 8.2-8.6.

[16] Tussenbeschikking, r.o. 8.7-8.31 respectievelijk r.o. 8.32-8.41.

[17] Tussenbeschikking, r.o. 8.16-8.17. Zie ook verweerschrift II, randnr. 156 e.v.

[18] Verzoekschrift, randnr. 127.

[19] Verzoekschrift, randnr. 127.

[20] Zo ook bijv. I.N. Tzankova, Hoe globaliseringsproof is het Nederlandse collectieve actierecht?, in: M.G. Faure, L.T. Visscher & I.N. Tzankova, Collectieve acties (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 87, W.M. Schonewille, De financiering van collectieve acties, Ondernemingsrecht 2010/137, onder par. 2.3, J.M.K.P. Cornegoor, Collectieve acties en belangenorganisaties in hun verschijningsvormen, in: F.M.A. 't Hart (red.), Collectieve acties in de financiële sector, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p. 25 en R. Van den Bergh, Schadevorderingen wegens schending van het mededingingsrecht in het spanningsveld tussen compensatie en optimale afschrikking, M&M 2006, afl. 5, p. 145.

[21] Verzoekschrift, p. 50-51.

[22] Zie ook I.N. Tzankova, Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?, TVP 2017, afl. 4, p. 116. Dit neemt overigens niet weg dat benadeelden ook andere motieven kunnen hebben om zich aan te sluiten bij een belangenbehartiger, zoals de behoefte aan advies, informatie of om te worden gehoord. Zie hierover C.J.M. van Doorn, De mensen achter de grote getallen, NTBR 2016/21.

[23] Zie bijv. M.G. Faure & L.T. Visscher, Een rechtseconomische visie op collectieve actie, in: M.G. Faure, L.T. Visscher & I.N. Tzankova Collectieve acties (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 13-14, 46 en 53 en D. Rosenberg, Mandatory-litigation class action: The only option for mass tort cases, Harvard Law Review 2002, afl. 3, p. 831-897.

[24] R. Hermans, De oorzaken van het niet tot stand komen van collectieve schikkingen in massaschadezaken, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 366-367.

[25] Zie Faure & Visscher 2015, p. 46, die verwijzen naar T. Eisenberg & G.P. Miller, The role of opt-outs and objectors in class action litigation: Theoretical and empirical issues, Vanderbilt Law Review 2004, afl. 5, p. 1532. Met uitzondering van de Dexia-zaak lijkt dit in de WCAM-praktijk voorslagnog het geval te zijn; zie I. Tillema, Tien jaar WCAM: een overzicht, MvO 2016, afl. 3-4, p. 97.

[26] Zie bijv. Hermans 2015, p. 370, J.H. Lemstra, Collectieve schadevergoedingsactie; sluitstuk modernisering collectieve actierecht, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 400-401 en N.J.H. Huls & C.J.M. van Doorn, De constructie van een massaclaim. Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de Dexia-affaire, RMThemis 2007, afl. 2, p. 51-60.

[27] Van den Bergh 2006, p. 149. Financiering uit publieke middelen of fondsen laten wij rusten. Zie daarover bijv. S. Keske, A. Renda & R. Van den Bergh, Financing and group litigation, in: M.L. Tuil & L.T. Visscher (red.), New trends in financing civil litigation in Europe, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 84-85 en P.J.M. van den Biggelaar & M.B.M. Loos, Concentratie rechtsbijstand in massaschade loont, NJB 2007/2131.

[28] Vgl. W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, Meer kans in de Staatsloterij?, AA 2015, afl. 10, p. 792.

[29] De doctrine is ontwikkeld in Trustees v. Greenough 105 U.S. 527 (1881) en Central Railroad & Banking Co. of Georgia v. Pettus 113 U.S. 116 (1885), en wordt toegepast in

collectieve acties (waaronder *class actions*) waar geen proceskostenveroordeling plaatsvindt. Zie bijv. J.C. Coffee, *Entrepreneurial litigation. It's rise, fall, and future*, Cambridge: Harvard University Press 2015, p. 26-28, D.R. Hensler, *Financing civil litigation: The US perspective*, in: M.L. Tuil & L.T. Visscher (red.), *New trends in financing civil litigation in Europe*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 158 en J.P. Dawson, *Lawyers and involuntary clients: Attorney fees from funds*, *Harvard Law Review* 1974, afl. 8, p. 1597-1654. Zie ook Tzankova 2017, p. 117-118, Tzankova 2015, p. 85 en N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 213.

[30] Art. 47C (lid 5 en 6) Competition Act 1998, zoals gewijzigd door de Consumer Rights Act 2015; zie ook *Merricks v. Mastercard and others* [2017] CAT 16, r.o. 92 e.v.

[31] Tussenbeschikking, r.o. 8.22, waarin het hof onder meer verwijst naar Kamerstukken II 2003/04, 29414, 3, p. 1, HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766 en HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3018.

[32] Van Boom & Pavillon 2015, p. 792. Zie hierover, kritisch, Tzankova 2015, p. 87.

[33] Het gaat hier om de verweerders die worden bijgestaan door ConsumentenClaim, een belangenbehartiger die niet was betrokken bij de schikkingsonderhandelingen (zie hierna), maar inmiddels wel achter de schikking staat; zie noot 93.

[34] Tussenbeschikking, r.o. 8.23.

[35] Zie over problemen van belangenbehartigers in de onderhandelingsfase en de belangen van de aangesproken partij bijv. Lemstra 2015, p. 393, J. de Bie Leuveling Tjeenk & J.B. van de Velden, *Collectief schadeverhaal vanuit de optiek van de aangesproken partij*, *Ondernemingsrecht* 2017/85, O.A. Haazen e.a., *Aanbevelingen juristengroep uitvoering motie Dijksma*, *MvO* 2016, afl. 3-4, p. 74-80 en Hermans 2015, p. 368-374.

[36] Zie ook par. 2.1.

[37] Verweerschrift II, randnr. 146 en tussenbeschikking, r.o. 8.22.

[38] Dit is aangepast in schikkingsovereenkomst II; zie par. 4 hierna.

[39] Tussenbeschikking, r.o. 8.26.

[40] Tussenbeschikking, r.o. 8.15 en 8.24-8.28.

[41] Tussenbeschikking, r.o. 8.28. Zie in vergelijkbare zin Kamerstukken II 2017/18, 34608, 6, p. 16.

[42] Art. 7:902 BW.

[43] Art. 7:709 lid 3 onder b respectievelijk e BW. Zie hierover ook par. 5.2.

[44] J.S. Kortmann, annotatie in JOR 2018/10, onder 6 en 7.

[45] Zie hierover bijv. R. Jones, The ethical impact of payments to named plaintiffs, Georgetown Journal of Legal Ethics 2008, afl. 3, p. 781-794.

[46] Wij laten de overige onderdelen van de gewijzigde schikkingsovereenkomst buiten beschouwing, zoals de aangepaste kwijtingsbepaling en uitkeringsprocedure.

[47] Akte na tussenbeschikking, randnr. 21 en Schikkingsovereenkomst II, p. 25.

[48] Voor de details, zie akte na tussenbeschikking, randnr. 13 en 32 e.v.

[49] Zie bijv. Schonewille 2010, par. 2.1 en Tzankova 2017, p. 112-113.

[50] Over *third-party litigation funding* zie W.H. van Boom & J.L. Luiten, Procesfinanciering door derden, RMThemis 2015, afl. 5, p. 188-199 en J.L. Luiten, Third party litigation funding. Een korte introductie, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016. Over bijdragen van de achterban, zie bijv. J.H. Lemstra, Belangenorganisaties als procespartij, in: F.M.A. 't Hart (red.), Collectieve acties in de financiële sector, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p. 44-46 en Tzankova 2017, p. 113-114.

[51] Zie over deze beloningsconstructies ook par. 3.1.

[52] Verzoekschrift, randnr. 89.

[53] Proces-verbaal, p. 4-6.

[54] Tussenbeschikking, r.o. 8.41.

[55] Tussenbeschikking, r.o. 8.39.

[56] Tussenbeschikking, r.o. 8.40.

[57] Tussenbeschikking, r.o. 8.35 en 8.41.

[58] Zie hierover bijv. J.C. Coffee, Class wars: The dilemma of the mass tort class action, Columbia Law Review 1995, afl. 6, p. 1367-1384, Coffee 2015, p. 42-43, Hensler 2010, p. 157-158, I.N. Tzankova, Toegang tot het recht bij massaschade, Deventer: Kluwer 2007, p. 116-117 en – binnen het kader van strooischade – I.N. Tzankova, Strooischade. Een verkennend onderzoek

naar een nieuw rechtsfenomeen, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 111 e.v.

[59] Tussenbeschikking, r.o. 8.41.

[60] Dit is exclusief de kosten van de afwikkeling door de stichting en claimadministrateur, zie par. 2.2 en Schikkingsovereenkomst II, par. 4.1.1 en 4.2.3.

[61] Zie par. 4.

[62] Akte na tussenbeschikking, randnr. 32-38; daarbij wordt verwezen naar een bijgevoegd rapport van Analysis Group.

[63] Het hof heeft inmiddels geoordeeld dat over de vergoedingen aan de belangenbehartigers een afzonderlijke mondelinge behandeling zal plaatsvinden; zie Hof Amsterdam 5 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:368.

[64] Handelingen I 2004/05, 29, p. 1357 en 1365.

[65] Handelingen I 2004/05, 29, p. 1361. Zie over de invulling van die rol bijv. W.J.J. Los, Toepassing van de WCAM. Bespiegelingen over de rol en taak van de rechter, in: W.J.J. Los e.a., Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder (NVvP nr. 28), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 25 e.v. en C. Klaassen, De rol van de (gewijzigde) WCAM bij de collectieve afwikkeling van massaschade 'en nog wat van die dingen', AA 2013, afl. 9, p. 627-639.

[66] Voor de kosten van de *procedure*, zoals publicatiekosten, deskundigenkosten, maar ook de kosten van verzoeksters zelf bestaat een expliciete wettelijke regeling: de rechter kan bepalen dat deze kosten ten laste komen van één of meer verzoekers; zie art. 1016 lid 2 en 289 Rv, Kamerstukken II 2003/04, 29414, 3, p. 29, Kamerstukken I 2004/05, 29414, C, p. 14 en Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033 (Dexia), r.o. 10.9. De draagplicht voor de kosten van de uitvoering van de schikking kan uit de WCAM-bepalingen worden afgeleid; deze kosten worden doorgaans gedragen door de aangesproken partij op grond van de schikkingsovereenkomst; zie N. Frenk, In der minne geschikt!, NJB 2007/2129, par. 1.4.

[67] Kamerstukken II 2003/04, 29414, 7, p. 2.

[68] HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, ECLI:NL:HR:2006:AW2080 en ECLI:NL:HR:2006:AW2082. Het gaat hier om de kosten als bedoeld in art. 6:96 lid 2 onder b BW.

[69] Zie Frenk 2007, onder par. 1.4. Zie ook Schonewille 2010, onder par. 2.2 en Tillema 2016. Het gaat hierbij (ook) om de kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (art. 6:96 lid 2

onder c BW).

[70] Tussenbeschikking, r.o. 8.39.

[71] Zie ook Schonewille 2010, onder par. 2.3.

[72] Van Boom stelt dat het Vie d'Or-arrest niet zodanig moet worden uitgelegd dat belangenbehartigers niet meer of anders kunnen vorderen dan ieder van de individuele benadeelden: 'zijn inspanningen om doelmatige handhaving van regels ter voorkoming van (massa)schade te bewerkstelligen moeten aangemoedigd worden'; HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, JA 2007/2 m.nt. W.H. van Boom.

[73] HR 3 april 1987, NJ 1988/275 (London/Drenth) en art. 6:96 lid 3 BW jo. art. 241 Rv. Zie ook Rapport BGK-integraal 2013 (de schuldenaar is hier weliswaar geen consument, maar de rechter kan onder omstandigheden de kosten matigen tot BIK-tarieven; zie HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868 en De Bock, in: GS Burgerlijke rechtsvordering (online), art. 242 Rv, aant. 7.

[74] Art. 242 lid 1 Rv. Zie ook HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP7760 en De Bock, in: GS Burgerlijke rechtsvordering (online), art. 242 Rv, aant. 3.

[75] Art. 242 lid 2 Rv; zie hierover Kamerstukken II 1980/81, 16593, 3, p. 12, waarin is opgenomen dat 'partijen vrij moeten zijn om, indien eenmaal tussen hen een geschil is gerezen, dit ook ten aanzien van eventuele kosten onderling te regelen'.

[76] Vgl. tussenbeschikking, r.o. 8.41.

[77] Zo ook Tzankova 2017, p. 117-118.

[78] Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717 (Vie d'Or), Hof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744 (Shell) en Hof Amsterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2691 (Vedior). In één eerdere WCAM-schikking werd de beloning aan de belangenbehartiger (Amerikaanse advocaten) onderworpen aan de redelijkheidstoets, en wel omdat deze een percentage vormde van het schikkingsbedrag; Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (Converium).

[79] Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 11-12 en Kamerstukken II 2016/17, 34608, 6, p. 25. Zie ook Haazen e.a. 2016, p. 76. Ook in eerdere debatten over (commerciële) belangenbehartigers zijn meermaals suggesties opgeworpen om bijv. een maximum te stellen aan kosten die aan de achterban in rekening worden gebracht; zie Kamerstukken II 2011/12, 33126, 6 en Kamerstukken II 2011/12, 33126, 7, p. 10 en 19.

[80] Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, Rb. Den Haag 13 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14512, Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, Rb. Rotterdam 27 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7373, Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841, Rb. Oost-Brabant 20 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3892 en Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383. Vgl. ook Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2018, raadvandiscipline.nl/wp-content/uploads/2018/01/16-1052AL.-beslissing-8-1-2018.-geanonimiseerd.pdf en Hof Amsterdam 31 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:210, en over de vergoeding aan een belangenbehartiger Rb. Zeeland-West-Brabant 10 augustus 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5217, r.o. 7.1 e.v.

[81] Aanbevelingen 2013/396/EU, 16(c), 30 en 32. Zie ook I.N. Tzankova, M.J. Plomp & T. Raats, Handhaven en balanceren: een tussenstand van privaatrechtelijke handhaving in Europa, M&M 2013, afl. 6, p. 184 e.v. en I. Tillema, De representatieve vordering: dekt de Europese vlag de Nederlandse lading?, NTBR 2014/23, afl. 5, par. 3.3.

[82] Federal Rules of Civil Procedure 23(h); zie Report of the Judicial Conference Committee on Rules of Practice and Procedure, september 2002, p. 19-21 en Report of the Civil Rules Advisory Committee (Appendix B), p. 116-122; beschikbaar op uscourts.gov/rules-policies/archives/committee-reports/reports-judicial-conference-september-2002.

[83] Zie bijv. Report of the Civil Rules Advisory Committee, p. 118 en Hensler 2010, p. 157.

[84] T. Eisenberg, G.P. Miller & R. Germano, Attorneys' fees in class actions: 2009-2013, New York University Law Review 2017 (oktober), p. 938.

[85] Zie voormelde literatuur en bijv. American Law Institute, Principles of the law of aggregate litigation, 2010, § 3.13 en S.S. Gensler, Federal Rules of Civil Procedure, rules and commentary, 2017, Rule 23, Class actions.

[86] Zie bijv. B.T. Fitzpatrick, An empirical study of class action settlements and their fee awards, Journal of Empirical Legal Studies 2010, afl. 4, p. 831-832. Zie over de *common fund*-doctrine ook par. 3.1 en de daar vermelde literatuur.

[87] Zie T. Eisenberg & G.P. Miller, Attorney fees in class action settlements: An empirical study, Journal of Empirical Legal Studies 2004, afl. 1, p. 27-78, T. Eisenberg & G.P. Miller, Attorney fees and expenses in class action settlements: 1993-2008, Journal of Empirical Legal Studies 2010, afl. 7, p. 248-281, Fitzpatrick 2010 en Eisenberg, Miller & Germano 2017. Zie ook de klassieker Johnson v. Georgia Highway Express, 488 F.2d 714 (5th Cir. 1974).

[88] Zie bijv. Faure & Visscher 2015, p. 23-24.

[89] Over (de weerbarstigheid van) het fenomeen claimcultuur, zie E. Bauw e.a., Naar een claimcultuur in Nederland?, Den Haag: Ministerie van Justitie 1999, M. Faure & T. Hartlief, Claimcultuur en beloningssystemen, in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 151-166, I. Tillema, Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?, AA 2016, afl. 5, p. 337-346 en, in een breder verband, J.M. Vermolen & W.H. van Boom, Wetgeving en claimcultuur: rationeel proces of politiek ritueel?, NTBR 2017/35, afl. 8, p. 245-252.

[90] Zie over de onwenselijkheid van rechterlijke toetsing/vaststelling van individuele *success fees* in Engeland & Wales, Lord Hoffmann in Callery v. Gray (Nos 1 & 2) [2002] WL 1310759 (HL), onder 26-36: 'What in fact determines the success fee solicitors charge is what costs judges have been willing to allow in more or less comparable cases (...). Solicitors will charge whatever is currently allowed and exert upward pressure to be able to charge more. But that will not tell anyone whether the fees paid to the solicitors represent reasonable value for money.'

[91] Vgl. Hermans 2015, p. 384-385.

[92] Over zogeheten *professional objectors*, zie bijv. Coffee 2015, p. 138.

[93] Vgl. A.R.J. Croiset Van Uchelen, Handhaven of bijschaven? De effectiviteit van de WCAM, WPNR 2008/6772, p. 802. Dit geldt vooral als het gaat om zogeheten *negative value claims*, waar de mogelijke opbrengst van een individuele actie niet opweegt tegen de kosten ervan. De kans op bijval van een belangenbehartiger is verminderd nu voormalig verweerder Consumentenclaim de schikking inmiddels onderschrijft; zie Akte na tussenbeschikking, bijlage 31.

[94] Ook gelet op het wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie, waarin de mogelijkheid tot een eenzijdige volledige proceskostenvergoeding is opgenomen.

ANNOTATIE

Kanttekeningen bij Boskalis/Fugro[*]

B.F. Assink

Deze kanttekeningen bij Boskalis/Fugro omvatten de reikwijdte van artikel 2:114a BW (art. 2:224a BW), de doorwerking van Europees recht in dat verband, verdeling van bevoegdheden tussen bestuur en algemene vergadering ook aangaande beleid en strategie, en de relevantie van artikel 2:129 BW en artikel 2:107 BW ter zake.

‘Het gaat in deze zaak om de vraag of een aandeelhouder/certificaathouder agendering kan afdwingen van een peiling van standpunten van de ter algemene vergadering aanwezige of vertegenwoordigde aandeelhouders/certificaathouders over een door die aandeelhouder/certificaathouder opgestelde conceptaanbeveling aan het bestuur. In deze zaak ziet het onderwerp van de conceptaanbeveling op een aangelegenheid die tot de bevoegdheid van het bestuur behoort.’[1]

1 Inleiding

In HR 20 april 2018,

4 Arrest

Deze rechtsklachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.3.1, die deze vervolgens in r.o. 3.3.2-3.3.9 als volgt behandelt:[5]

‘3.3.2 Art. 2:109 BW bepaalt dat het bestuur en de raad van commissarissen bevoegd zijn tot het bijeenroepen van een algemene vergadering. Art. 2:114 lid 1, aanhef en onder a, BW bepaalt dat bij de oproeping de te behandelen onderwerpen worden vermeld. Uit de bevoegdheid van het bestuur en de raad van commissarissen tot bijeenroeping volgt de bevoegdheid van deze organen tot vaststelling van de agenda en dus tot vaststelling van de te behandelen onderwerpen.

3.3.3 Art. 2:114a BW maakt op het hiervoor overwogene in zoverre een uitzondering dat een onderwerp waarvan de behandeling tijdig schriftelijk is verzocht door een of meer aandeelhouders die alleen of gezamenlijk ten minste drie procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen,

wordt opgenomen in de oproeping. Deze bepaling geldt ook voor houders van certificaten van aandelen die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven.

3.3.4 Uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:114a BW (zie de citaten daaruit in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.17 en 4.24-4.26) volgt dat de in deze bepaling geregelde bevoegdheid beoogt bij te dragen aan de uitoefening van de eigen wettelijke bevoegdheden van de algemene vergadering en aan verbetering van het functioneren van de algemene vergadering als orgaan waaraan het bestuur en de raad van commissarissen verantwoording afleggen over het gevoerde beleid. Tevens volgt daaruit dat een onderwerp waarvan de behandeling is verzocht, een onderwerp kan zijn waarvoor aan de algemene vergadering geen wettelijke of statutaire bevoegdheid tot besluitvorming toekomt. Een verzoek op grond van art. 2:114a BW kan slechts in uitzonderlijke gevallen worden geweigerd. Een grondslag voor zo'n weigering kan gelegen zijn in art. 2:8 lid 2 BW of art. 3:13 lid 1 BW.

3.3.5 Het middel stelt de vraag aan de orde of art. 2:114a BW de daarin bedoelde aandeelhouders en certificaathouders ook het recht geeft de vennootschap te verplichten een onderwerp ter stemming (en dus niet alleen ter bespreking) op de agenda van de algemene vergadering te (doen) plaatsen als de algemene vergadering niet de bevoegdheid toekomt een besluit over dat onderwerp te nemen.

3.3.6 Voor het antwoord op die vraag is het volgende van belang.

Het bepalen van het beleid en de strategie van een vennootschap en de met haar verbonden onderneming is in beginsel een aangelegenheid van het bestuur van de vennootschap. De raad van commissarissen houdt daarop toezicht. De algemene vergadering kan haar opvattingen terzake tot uitdrukking brengen door uitoefening van de haar in de wet en de statuten toegekende rechten. Dit laatste betekent in het algemeen dat het bestuur van een vennootschap aan de algemene vergadering verantwoording heeft af te leggen van zijn beleid, maar dat het, behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen, niet verplicht is de algemene vergadering vooraf in zijn besluitvorming te betrekken als het gaat om handelingen waartoe het bestuur bevoegd is. Ook is het bestuur niet verplicht de algemene vergadering in zo'n geval te consulteren. (Vgl. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, NJ 2007/434 (ABN Amro), rov. 4.3-4.4 en HR 9 juli 2010, [37] A-G Timmerman in nrs. 4.94-4.137 van zijn conclusie. Zie eerder in vergelijkbare richting F.G.K. Overkleef, Het agenderingsrecht voor aandeelhouders in beursvennootschappen: een aanzet tot (her)bezinning, Ondernemingsrecht 2009/167, waartegen o.a. J.H.M. Willems, Mogen aandeelhouders strategische onderwerpen agenderen?, Ondernemingsrecht 2017/116. [38] Zie ook Willems 2017, p. 656. [39] HR 17 februari 2017, NJ 2017/215 (K./Le Roux Fruit Exporters (Pty)), r.o. 3.4.2. [40] Een ander voorbeeld van doorwrochte rechtsvergelijkende beschouwingen is de conclusie van A-G Timmerman voor HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro). Zie recent A-G

*Timmerman in nrs. 3.7, 3.12-3.13 van ECLI:NL:PHR:2018:578. [41] Zie daarover A-G Timmerman in nrs. 4.23-4.26 van zijn conclusie. [42] Ik begrijp dit laatste zo dat art. 2:8 lid 2 BW en art. 3:13 lid 1 BW nevens geschikt worden genoemd ('of'). Ik neem aan dat de in art. 2:8 lid 1 BW bedoelde gedragsnorm een rol kan spelen bij toepassing van art. 2:8 lid 2 BW of art. 3:13 lid 1 BW in een concreet geval. [43] Dat de Aandeelhoudersrichtlijn gericht is op 'de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen' [cursivering BFA] laat onverlet dat de Nederlandse wetgever ervoor gekozen heeft art. 6 ervan te implementeren in art. 2:114a BW dat ook van toepassing is op de niet-beursgenoteerde nv. Ik acht het goed voorstelbaar dat dan gezegd kan en moet worden dat de Aandeelhoudersrichtlijn, in zoverre, vrijwillig ook is toegepast op zo'n niet-beursvennootschap. [44] Art. 6 Aandeelhoudersrichtlijn bevat geen uitdrukkelijke weigeringsgrond. Zo staat daarin niet dat een aandeelhouder het agenderingsrecht slechts uitoefent nadat hij daaromtrent in overleg is getreden met het bestuur, bij gebreke waarvan het bestuur een agenderingsverzoek ex art. 2:114a BW mag weigeren, e.e.a. zoals bedoeld in best practice 4.1.6 van de Nederlandse Corporate Governance Code. [45] Zie Asser/A.S. Hartkamp, Europees recht en Nederlands vermogensrecht (3-I), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 118. [46] Zie o.a. Asser/Hartkamp 2015, nr. 138. [47] Zie o.a. Asser/Hartkamp 2015, nr. 140. [48] Asser/Hartkamp 2015, nr. 140. [49] Zie, naast noten 45-48 hiervoor, o.a. W. Snijders, Good faith as a Dutch and as a European concept, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann & M. Wissink (red.), *The influence of EU law on national private law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 551: '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 principal 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' en F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Elliot en Akzo, WPNR 2017, p. 501. A.F.J.A. Leijten gaat hieraan kennelijk voorbij in nrs. 13 en 15 bij JOR 2018/142. [50] OK 3 mei 2007, ARO 2007/79 (ABN Amro), r.o. 3.17. Waarschijnlijk heeft de Ondernemingskamer daarbij (1) ook gekeken naar de destijds geldende Nederlandse Corporate Governance Code en (2) willen voortbouwen op OK 17 januari 2007, ARO 2007/21 (Stork), r.o. 3.14. [51] HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro), r.o. 4.3 ('De ondernemingskamer heeft in r.o. 3.17 terecht en in cassatie onbestreden vooropgesteld (...)'). [52] HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1 (hier herhaalt de Hoge Raad zichzelf instemmend). [53] Men zou verder terug kunnen gaan naar met name HR 18 april 2003, NJ 2003/286 (RNA), r.o. 3.7 (waarin de Hoge Raad ook verwijst naar 'beleid', maar nog wat minder strak geformuleerd en gepolijst, getuige verwijzingen naar 'de continuïteit van (het beleid van) de vennootschap', 'het tot dan toe gevoerde beleid van de onderneming' en*

‘het beleid dat het bestuur (...) heeft gevoerd’) en HR 21 februari 2003, NJ 2003/182 (HBG), r.o. 6.2 (waarin de Hoge Raad rept van ‘het profiel van de gebruikelijke en normale ondernemingsactiviteiten van de vennootschap’). Overigens meandert de Hoge Raad in r.o. 3.3.6 van het onderhavige arrest wat: waar eerst wordt verwezen naar het beleid van het bestuur (‘zijn beleid’), gaat het even verderop over ‘het beleid en de strategie van de vennootschap’. [54] Los van de enkele koppeling die de Hoge Raad terloops aanbrengt in HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1 tussen het vennootschappelijk belang als normatief richtsnoer en het primaat met betrekking tot strategiebepaling via het woordje ‘derhalve’, welk verband door P. van Schilfgaarde in nr. 7 van zijn noot bij NJ 2010/544 ‘[v]erwarrend en weinig logisch’ wordt genoemd. [55] Zoals L. Timmerman, Verbindend vennootschapsrecht, variatie op een thema, in: B.F. Assink e.a. (red.), Verbindend recht (liber amicorum K.F. Haak), Deventer: Kluwer 2012, p. 519 doet, verwijzend naar ‘een extensieve uitleg van art. 2: 129, lid 1 BW’. [56] HR 21 januari 1955, NJ 1959/43 (Van Toorn/Schouten). [57] Hetzelfde geldt trouwens voor, wat A-G Timmerman in nr. 3.9 van ECLI:NL:PHR:2018:578 noemt, de ‘rol van de rechter (...) in het Nederlandse systeem van vennootschapsrecht om bij de bevoegdheidsvraag na te gaan of de in wet en statuten vastgelegde bevoegdheidsverdeling is nageleefd’; de voorvraag betreft die verdeling zelf. [58] Al verwijst Boek 2 BW er wel naar. Zie o.a. art. 2:141 lid 2 BW over ‘het strategisch beleid’, art. 2:129 lid 4 BW over ‘de algemene lijnen van het te voeren beleid’ en art. 2:345 lid 1 BW over ‘het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon’. Over die begrippen – en dan met name ‘strategie’ – wordt in de juridische literatuur ook wel geschreven (dikwijls onder verwijzing naar bedrijfseconomische literatuur), zie o.a. M. Holtzer, De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2014, p. 21-51 (die erop wijst dat er geen overeenstemming bestaat over de invulling van ‘begrippen als strategie en strategisch beleid’) en L. Timmerman, De rol van vennootschappelijk belang en strategie bij het beschermen van beursvennootschappen, TvOB 2018, p. 15. Zie verder o.a. principe 1.1 van de Nederlandse Corporate Governance Code en de toelichting daarop, waaruit de Hoge Raad – de lijn volgende van HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro), r.o. 4.4 en HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.2.iii – inspiratie zou kunnen putten. [59] Zie o.a. B.F. Assink | W.J. Slagter, Compendium ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, par. 51.1, p. 912-916. Zie voor een rechtsvergelijkende ‘tour d’ horizon’ o.a. A-G Timmerman in nrs. 3.4.3-3.4.8 voor HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI). [60] Zie voor een voorbeeld A-G Timmerman in nr. 3.11 (slot) van ECLI:NL:PHR:2018:578. [61] Zie o.a. Willems 2017, p. 658: ‘Wie maakt trouwens uit wat onder de strategie valt en valt iets onder strategie als het bestuur dat enigszins gemotiveerd uiteenzet?’ [62] Zie o.a. HR 12 juli 2013, NJ 2013/461 (VEB/KLM), r.o. 3.4.3 over de ‘terughoudendheid’ die de rechter past bij ‘de beoordeling of een orgaan van een rechtspersoon bij het nemen van een besluit alle in aanmerking komende belangen naar

redelijkheid en billijkheid heeft afgewogen en daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht heeft genomen'. [63] Zie o.a. HR 18 mei 2018, RvdW 2018/623 (Holland Casino), r.o. 3.4.2 over 'marginale toetsing' in het kader van art. 26 lid 4 WOR, waarbij geldt dat (1) de ondernemer gehouden is om bij zijn besluitvormingsproces alle kenbare bij de onderneming betrokken gerechtvaardigde belangen te betrekken en (2) de Ondernemingskamer slechts nagaat of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, waarbij zij aan de ondernemer beleidsvrijheid laat. [64] Boek 2 BW kent de nodige bepalingen die betrokkenheid van de algemene vergadering voorschrijven. Zie o.a. A.G.H. Klaassen, *Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007. [65] A.F.J.A. Leijten rept in nr. 3 bij JOR 2018/142 van 'behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen (vandaar de steeds terugkerende frase 'in beginsel')'. Dit omvat m.i. ook art. 2:8 lid 1 BW, ook al is dit een generieke bepaling. Onder zo'n scenario zou kunnen vallen een geval als bedoeld door A.F.J.A. Leijten in nrs. 20-21 bij JOR 2018/142, waarin art. 2:8 lid 1 BW dus dient als basis voor 'een recht voor aandeelhouders om een standpuntbepaling als stempunt te agenderen'. Zie ook noot 14 hiervoor. [66] Kamerstukken II 2008/09, 32014, 3, p. 11, waarin wordt uitgegaan van het bestuur als actor en als 'gangbare horizon voor strategische beslissingen in het bedrijfsleven' een periode van vijf tot tien jaar wordt genoemd. Principe 1.1 van de Nederlandse Corporate Governance Code gaat ervan uit dat het bestuur 'een visie op lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming' ontwikkelt en 'een daarbij passende strategie' formuleert, met de aantekening dat '[a]fhankelijk van de marktdynamiek' kortetermijnaanpassingen van de strategie nodig kunnen zijn. In de toelichting (p. 43) valt o.a. te lezen: 'Er zijn situaties denkbaar waarin de focus op de lange termijn niet langer aan de orde is voor een vennootschap, bijvoorbeeld in geval van faillissement of bij een overname, en het bestaansrecht van de vennootschap eindig is. De vennootschap leeft de Code dan na door uitleg te geven waarom lange termijn waardecreatie niet (langer) aan de orde is'. [67] Andere voorbeelden zijn denkbaar, ook met open verhoudingen; ik noem een beursvennootschap met een controlerende aandeelhouder. Ik denk niet meteen aan een beursvennootschap met verspreide aandeelhouders die primair – op de korte termijn gerichte – beleggers zijn. [68] Zie ook o.a. HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro), r.o. 4.4 over 'de slagvaardigheid waarmee het bestuur moet kunnen handelen bij het bepalen en uitvoeren van de strategie van de aan de vennootschap verbonden onderneming', waaruit eveneens een onderscheid blijkt tussen 'bepalen' en 'uitvoeren'. In HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro), r.o. 4.3, HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1 en r.o. 3.3.6-3.3.7 van het onderhavige arrest heeft de Hoge Raad het steeds over 'bepalen', niet (ook) over 'uitvoeren'. Die r.o. 3.3.6-3.3.7 laten wel open dat ook de 'bepaling' van 'beleid' (te onderscheiden van 'strategie') aan een ander orgaan dan het bestuur kan toevallen op grond van de wet of de statuten, wat tot op zekere hoogte kan raken

aan de uitvoering van de strategie. Dit laat ik verder daar. Wel nog een vraag: zou bepaling van 'strategie en beleid' niet logischer zijn dan het omgekeerde? [69] HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun), r.o. 4.2.1-4.3. [70] Wat A.F.J.A. Leijten in nr. 5 bij JOR 2018/142 leest in de verwijzing in r.o. 3.3.6 naar r.o. 4.3 van de Cancun-beschikking is denkbaar, maar het staat er niet; noch in r.o. 3.3.6, noch in r.o. 4.3 van de Cancun-beschikking. [71] HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1. Ook in een ander perspectief komt dan te staan de in o.a. HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.5.3 bedoelde bevoegdheid van de algemene vergadering 'het bestuur en de RvC aan te spreken op het gevoerde beleid en de gevolgde strategie'; de nadruk ligt dan logischerwijs veeleer op het eerste. Timmerman (2012, p. 515) wijst erop, onder verwijzing naar HR 18 april 2003, NJ 2003/286 (RNA), r.o. 3.7, dat het bestuur 'een beschermingsmaatregel [mag] inzetten, als de continuïteit van het beleid van de vennootschap (m.i. in het bijzonder de uitgezette strategie) wordt bedreigd. Het bestuur mag dus in beginsel het eigen beleid beschermen' [zonder voetnoot in het origineel]. M.i. liggen de zaken niet per se anders als het primaat met betrekking tot de strategiebepaling bij de algemene vergadering ligt in plaats van bij het bestuur. [72] Aldus OK 12 oktober 2016, ARO 2016/140 (DeltaLloyd), r.o. 3.5, waarin de Ondernemingskamer dit als 'vanzelfsprekend' aanmerkt. Zie verder o.a. Kamerstukken II 2008/09, 31083, 29, p. 6: 'Zij [aandeelhouders, BFA] zijn, anders dan het bestuur en commissarissen, niet gebonden aan het brede richtsnoer van het belang van de vennootschap, maar mogen in beginsel hun eigen (rendements)belang nastreven. Wel dienen zij zich te houden aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid'. [73] HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun), r.o. 4.2.1, waarover ook o.a. Assink 2017, p. 32-45, Timmerman 2012, p. 522-523 en Timmerman 2018, p. 15, die mede opmerkt: 'Tussen het vennootschappelijk belang en strategie bestaat verband' [zonder voetnoot in het origineel]. [74] Een variant daarop is het introduceren in de statuten van een aanwijzingsbevoegdheid van de algemene vergadering in de zin van art. 2:129 lid 4 BW. Onder 'de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen' kan mede de strategie worden verstaan. In deze variant kan de algemene vergadering sturing geven aan de strategiebepaling via zo'n aanwijzing aan het bestuur (wederom behoudens de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur zich bij de vervulling van zijn taak te richten naar het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming als bedoeld in r.o. 3.3.6, vgl. ook art. 2:239 lid 4 BW), wat moet worden onderscheiden van een scenario waarin de strategiebepaling op grond van de statuten primair bij de algemene vergadering zou liggen over de band van de in art. 2:129 lid 1 BW bedoelde statutaire afwijkmogelijkheid. In die variant is art. 2:114a BW dus ook relevant. [75] HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.2.iv. [76] HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun), r.o. 4.3, waarin de Hoge Raad dit afleidt uit r.o. 4.2.1-4.2.3 ('Uit hetgeen hiervoor in 4.2.1-4.2.3 is overwogen, volgt immers (...)'). [77] In HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI) zag dit, gelet op o.a. r.o. 4.5.3, kennelijk mede op de benoeming van bepaalde personen tot adviseur van het

bestuur en de raad van commissarissen, wat betrekking heeft op de organisatie van ASMI als vennootschap. [78] Het hof memoreert in r.o. 18 dat de door Boskalis voorgestane ‘aanbeveling tot ontmanteling van de Antilliaanse Beschermingsconstructie’ volgens Boskalis ‘de governance van de onderneming betreft en niet de strategie in eigenlijke zin; markten, productie, contracten, business model’. Willems 2017, p. 658 acht het ‘moeilijk vol te houden’ dat het willen handhaven van een beschermingsconstructie, zoals hier, ‘nu echt iets [is] van de strategie van de vennootschap’: ‘Dat is toch in wezen niet meer dan een institutionele regeling van vennootschappelijke verhoudingen’. De Hoge Raad plaatst in r.o. 3.3.6 de daar bedoelde inrichtingsvrijheid, waaronder hier ook het lot van de Antilliaanse beschermingsconstructie valt, dus in het kader van ‘het beleid en de strategie van de vennootschap’. Zie ook A.F.J.A. Leijten in nrs. 4-5 bij JOR 2018/142, volgens wie ‘het handhaven van een beschermingsconstructie meer “beleid” [is] dan “strategie (in eigenlijke zin)”’. [79] Ook als de stemming geen rechtsgevolg heeft, is nog steeds sprake van een stempunt en niet van een bespreekpunt, zo redeneert de Hoge Raad klaarblijkelijk. Kennelijk anders R.G.J. Nowak in zijn noot bij JOR 2016/181. Het ligt, gelet op r.o. 3.3.7, m.i. in de rede dat ook als ter algemene vergadering (dus los van art. 2:114a BW) wordt verzocht om een informele stemming, het in stemming brengen van een aanbeveling of motie, dan wel een peiling, en het desbetreffende onderwerp niet onder de bevoegdheid van de algemene vergadering valt, de voorzitter het verzoek mag weigeren. Zie nader A-G Timmerman in nrs. 4.55-4.76 van zijn conclusie en A.F.J.A. Leijten in nrs. 16-17 bij JOR 2018/142. [80] Dit laatste benadrukt de Hoge Raad in HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.6, onder verwijzing naar de Aandeelhoudersrichtlijn, maar herhaalt hij niet in het onderhavige arrest. HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.6 bevat overigens ook een beperking: ‘Daarbuiten hebben aandeelhouders geen recht op het verstrekken van door hen afzonderlijk verlangde informatie. Het recht op nadere inlichtingen is een recht van de AvA als orgaan van de vennootschap, verleend met het oog op vennootschappelijke rekening en verantwoording’. [81] Zie het middel in nr. 2.3.ii, alsmede het hof in r.o. 3.18 (waarover ook de Hoge Raad in r.o. 3.2.2). [82] Gelet ook op hetgeen A-G Timmerman uiteenzet in nrs. 4.69-4.70 van zijn conclusie, valt die uitkomst m.i. wel te begrijpen. Zie verder A-G Timmerman in nr. 4.47 van zijn conclusie over ‘de kern van de omgang tussen bestuur en aandeelhouders’, te weten (1) het luisteren door het bestuur naar de opvattingen van aandeelhouders door uitoefening van hun recht om het woord te voeren op de aandeelhoudersvergadering en (2) het voeren van een continue en constructieve dialoog met aandeelhouders, waarbij (3) geldt dat informatie-uitwisseling een ‘voorwaarde [is] voor het kunnen plaatsvinden van een gemotiveerde uitwisseling van gedachten, ofwel van een zinvolle discussie’. [83] Zie o.a. A-G Timmerman in nrs. 4.28-4.31 van zijn conclusie. [84] Welbeschouwd schuilt in de laatste twee zinnen van r.o. 3.3.4 ook een beperking, zij het ééntje met een hoog uitzonderingskarakter. [85] Ik ga dus uit van een bijeengeroepen algemene

vergadering. De problematiek van art. 2:110-111 BW of aanwending van het enquêterecht (met name art. 2:349a BW) om via de Ondernemingskamer tot afgedwongen bijeenroeping te komen, laat ik rusten. Dit laatste speelde in o.a. Vzr. Rb. Amsterdam 10 augustus 2017, JOR 2017/260 (Elliott International/AkzoNobel), met een kritische noot van R.G.J. Nowak, respectievelijk OK 29 mei 2017, JOR 2017/261 (AkzoNobel) (in beide gevallen zonder succes voor de aandeelhouders die bijeenroeping wensten). Zie daarover o.a. Timmerman 2018, p. 14. [86] OK 29 mei 2017, JOR 2017/261 (AkzoNobel). [87] Timmerman 2018, p. 16 schrijft dat z.i. 'de Ondernemingskamer het voorstel van een aantal aandeelhouders tot ontslag van de president-commissaris naar mijn mening op een wat hybride wijze bespreekt'. C.D.J. Bulten schrijft in nr. 13 van haar noot bij JOR 2017/261: 'De OK vindt dat Akzo het verzoek van Elliott kon opvatten als 'gericht op het verwerven van zeggenschap van de aandeelhouders over de opstelling van Akzo in reactie op de voorstellen van PPG' en daarmee over de strategie van Akzo. En die aandeelhouders hebben geen zeggenschap over de strategie'. [88] Timmerman 2018, p. 16. [89] Kennelijk anders A.F.J.A. Leijten in nr. 15 bij JOR 2018/142. [90] Zie o.a. OK 12 januari 2010, ARO 2010/24 (AHAM), r.o. 3.2-3.7, mede bevattend de meer toegespitste overweging dat 'het bepalen van de koers van de vennootschap weliswaar aan het bestuur is, maar dat aan de (...) algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid toekomt om –| [indien die koers haar onwelgevallig is – bestuurders te ontslaan en andere bestuurders te benoemen, uiteraard zolang zij daarmee niet in strijd handelt met hetgeen de redelijkheid en billijkheid vordert'. [91] De uitoefening van deze ontslagbevoegdheid dient uiteraard wel te geschieden met inachtneming van in het bijzonder art. 2:8 lid 1 BW. Ik laat dat hier rusten. Zie o.a. Assink 2017, p. 44. [92] Dat de Ondernemingskamer op de voet van art. 2:349a BW onder omstandigheden kan afwijken van dwingend recht, zoals al is uitgemaakt, is daarbij een relevant gegeven. Zie o.a. HR 14 september 2007, NJ 2007/611 (Versatel), r.o. 4.2 en HR 25 februari 2011, NJ 2011/335 (Inter Access Groep), r.o. 3.9. [93] De zaak zal in beginsel anders liggen als het bestuur niet weigert als hier bedoeld, maar vervolgens (preferente) aandelen worden uitgegeven aan een beschermingsstichting waardoor de stemverhoudingen in de algemene vergadering wijzigen. In dat geval kan de verzoekende aandeelhouder de gang naar de rechter maken, mogelijk de Ondernemingskamer, waarbij echter het toetsingskader veeleer gezocht moet worden in HR 18 april 2003, NJ 2003/286 (RNA), r.o. 3.7; dat is een andere discussie. Zie o.a. Assink | Slagter 2013, par. 76.5, p. 1389-1398. [94] In OK 6 september 2013, JOR 2013/272 (Cryo-Save), r.o. 3.9 baseert de Ondernemingskamer de werking van de responstijd kennelijk op de redelijkheid en billijkheid ex art. 2:8 lid 1 BW. Mij gaat dat te ver, indachtig ook de kritiek daarop van M.W. Josephus Jitta in nrs. 4-6 van zijn noot bij JOR 2013/272 die m.i. hout snijdt. Kennelijk anders A.F.J.A. Leijten in nr. 13 bij JOR 2018/142. Een statutaire bepaling als bedoeld door Timmerman 2018, p. 16 (hij neemt aan dat het succesvol inroepen van de responstijd in ieder geval mogelijk is wanneer 'de aandeelhouders zelf in de

statuten akkoord zijn gegaan met de responstijd') kan daarbij natuurlijk wel van belang zijn. Zie verder o.a. F.G.K. Overkleef, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 414-417. [95] Zie o.a. A-G Timmerman in nr. 4.104 van zijn conclusie, waarin hij erop wijst dat de Aandeelhoudersrichtlijn 'ziet op de *uitoefening* van de in de lidstaten bestaande aandeelhoudersrechten' en dat de doelstelling ervan is 'aandeelhouders van beursvennootschappen de mogelijkheid te bieden hun bestaande rechten overal in de EU *effectief* uit te oefenen' [tweede cursivering BFA]. Past daarbij dat de responstijd, gelet op het effect van inroeping ervan, buiten het bereik van de Aandeelhoudersrichtlijn valt? Ik vind dat moeilijk voorstelbaar. [96] Ik noem het kabinetsvoornemen een wettelijke bedenktijd van maximaal 250 dagen te introduceren, waarover o.a. Kamerstukken II 2016/17, 29826, 70, waarin wordt onderkend dat dan 'rekening gehouden [dient] te worden met het EU-regelgevend kader, waaronder de Europese richtlijnen betreffende de uitoefening van rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde ondernemingen (richtlijn 2007/26/EG), betreffende het openbare overnamebod (richtlijn 2004/25/EG) en de herziene tweede vennoot-schapsrichtlijn (richtlijn 2012/30/EU)'. Voornoemd probleem onderkende het kabinet trouwens eerder in Kamerstukken II 2008/09, 31083, 29, p. 11-12. [97] Er zijn ook wel relevante verschillen tussen art. 2:114a BW en art. 2:224a BW. Zo kent art. 2:224a lid 1 BW een drempel van 1% (niet 3%) en de eigenstandige weigeringsgrond van het 'zwaarwichtig belang van de vennootschap' (strikt genomen te onderscheiden van art. 2:8 lid 2 BW en art. 3:13 lid 1 BW, al lijkt de overgang een vloeiende). En zo zijn de Aandeelhoudersrichtlijn (die de Nederlandse wetgever niet ook vrijwillig heeft willen implementeren in art. 2:224a BW) en de Nederlandse Corporate Governance Code niet geschreven voor niet-beursvennootschappen. [98] Zie www.internetconsultatie.nl/langetermijnbetrokkenheidaandeelhouders. [99] Zie vanuit het perspectief van een familievennootschap in de vorm van een bv o.a. Assink 2017, p. 32-47. [100] Zie o.a. noten 51-53 en 69 hiervoor.

ANNOTATIE

De tegenstrijdigbelangregeling(en) in het enquêterecht. De Intergamma- en Staphorst-beschikkingen nader bekeken

M.C. Hoeba

De Ondernemingskamer heeft het afgelopen jaar meerdere noemenswaardige beschikkingen gewezen waarbij het tegenstrijdig belang centraal stond. In het enquêterecht lijkt de Ondernemingskamer nu naast de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling ook de norm van artikel 2:8 BW mee te pakken. Dit zorgt voor de nodige onduidelijkheid in de (rechts)praktijk. De auteur onderzoekt het concept van het tegenstrijdig belang in het enquêterecht aan de hand van de laatste ontwikkelingen.

‘L’intérêt, qui aveugle les uns, fait la lumière des autres.’[1]

1 Inleiding

De Ondernemingskamer (hierna: OK) heeft in 2017 twee noemenswaardige beschikkingen gewezen, waarbij het tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in kapitaalvennootschappen centraal stond. Deze beschikkingen lijken gebaseerd te zijn op de Linders/Hofstee-beschikking uit 1983, waarin het vereiste handelen bij een tegenstrijdig belang voorzien is van een gedragslijn (hierna: enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling).[2] Deze regeling leunt op de redelijkheid-en-billijkheidsnorm van art. 2:8 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (aangezien de wettelijke regeling van art. 2:146/256 BW (oud) een te beperkte strekking had) en dient het handelen van bestuurders naar het vennootschappelijk belang te waarborgen. In 2007 kwam de Hoge Raad met de Bruijtspraak, waarin het vereiste handelen bij een tegenstrijdig belang werd uiteengezet.[3] Vanaf dat moment was het voor de praktijk duidelijk waar een bestuurder en ook andere organen van de vennootschap al dan niet aan moesten voldoen om correct te handelen. In 2013 is de wettelijke regeling herzien met de invoering van de Wet bestuur en toezicht (opgenomen in art. 2:129/239 lid 6 BW[4] (hierna: wettelijke tegenstrijdigbelangregeling)). De laatste ontwikkelingen laten zien dat de OK in haar beschikkingen een breder tegenstrijdigbelangbegrip lijkt te (her)introduceren. Dit zorgt voor de nodige onduidelijkheid

in de (rechts)praktijk, aangezien de vraag nu rijst of de OK boven op de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling de bredere enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling zal gebruiken in haar ex-posttoetsing of er zorgvuldig gehandeld is. Eerst zal worden ingegaan op de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling en vervolgens zal de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling de revue passeren. Daarna zullen achtereenvolgens de beschikking inzake Intergamma en de beschikking inzake Staphorst geduid worden om de recente ontwikkelingen binnen het enquêterecht te laten zien. Als laatste wordt een aantal aanwijzingen gegeven hoe de (rechts)praktijk zou kunnen handelen indien er sprake is van een (mogelijk) tegenstrijdig belang.[5]

2 De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling

2.1 Wettelijke gedragsnorm

De wet bevat een gedragsnorm die een bestuurder dient na te leven indien hij een persoonlijk belang heeft bij een (uitvoering van een) bepaald besluit, en waarbij een risico bestaat dat zijn handelen wordt beïnvloed door zijn persoonlijke belangen.[6] De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is voor de NV en de BV opgenomen in artikel 2:129/239 lid 6 BW.[7] Indien een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft en dus kwalificeert als besmette bestuurder, is de onthoudingsregel van toepassing. Deze regel houdt in dat de besmette bestuurder zich dient te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming van het desbetreffende agendapunt waar hij een tegenstrijdig belang bij heeft.[8] Voor de herziening van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling in 2013 verloor het (gehele) bestuur zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid,[9] indien een bestuurder een persoonlijk tegenstrijdig belang had ten opzichte van de vennootschap. De huidige wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is voor bestuurders en commissarissen van dwingend recht. Indien zowel het bestuur als de raad van commissarissen (hierna: RvC) geconflieerd is, vindt beraadslaging en besluitvorming plaats door de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: algemene vergadering); dit kan overigens statutair anders geregeld worden.[10] De parlementaire geschiedenis verwijst voor de inkleuring en toepassing van het tegenstrijdigbelangbegrip naar de Bruil-uitspraak.[11]

2.2 Hoge Raaduitspraak Bruil en de materiële toets

De Hoge Raad heeft in de Bruil-uitspraak een materiële toets aangelegd voor het vaststellen van een tegenstrijdig belang.[12] Dit houdt in dat ook feitelijk, gelet op alle relevante omstandigheden van het concrete geval,[13] sprake moet zijn van een tegenstrijdig belang en niet enkel op formele basis.[14] Als de bestuurder een *direct of indirect persoonlijk belang* heeft dat strijdig is en niet parallel loopt met het *belang van de vennootschap*, en waardoor de

bestuurder niet geacht wordt het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te dienen met de vereiste *integriteit* en *objectiviteit*, heeft hij een tegenstrijdig belang en dient hij zich te *onthouden van beraadslaging en besluitvorming*.^[15]

Uit de Bruil-uitspraak valt allereerst op te maken dat een belang strijdig aan het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (hierna: vennootschappelijk belang) in beginsel kan kwalificeren als een tegenstrijdig belang. Wat houdt het vennootschappelijk belang in? Bij de vervulling van zijn taak dient de bestuurder^[16] – en heeft hij een verantwoordelijkheid^[17] – zich te richten naar het vennootschappelijk belang.^[18] De Hoge Raad heeft zich hierover in de Cancun-uitspraak uitgelaten en een binaire benadering gegeven aan de interpretatie voor het vennootschappelijk belang.^[19] Het vennootschappelijk belang wordt enerzijds bepaald door de bevordering van het bestendige succes van de onderneming,^[20] en anderzijds door het betrachten van zorgvuldigheid omtrent de belangen van de betrokkenen van de vennootschap.^[21] Indien een onderneming onderdeel is van de vennootschap, wordt het vennootschappelijk belang in de regel ‘vooral’ bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming.^[22] Het ‘bestendige succes van de onderneming’ wordt in de literatuur ook wel de continuïteit van de onderneming genoemd.^[23] De zorgvuldigheidsverplichting *kan* volgens de Hoge Raad voorts meebrengen dat het vennootschappelijk belang inhoudt dat de belangen van de betrokkenen niet onnodig of onevenredig worden geschaad.^[24]

De onthoudingsregel omvat enkel de plicht voor de bestuurder zich te onthouden van de beraadslaging en besluitvorming in het bestuur. Het spreken in een ander orgaan valt niet onder de wettelijke onthoudingsregel, bijvoorbeeld indien een besmette commissaris wordt uitgenodigd door het bestuur om mee te praten.^[25] Indien het gehele bestuur en de gehele RvC besmet zijn, komt het aan op de algemene vergadering, die zich dient te buigen over de beraadslaging en besluitvorming. De algemene vergadering handelt dan in de hoedanigheid van het bestuur.^[26]

Van belang is dat de bestuurder zich bij zijn handelen en zijn taakuitoefening uitsluitend laat leiden door het vennootschappelijk belang,^[27] en dit belang dient te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder verwacht mag worden.^[28] De bestuurder dient een zuivere afweging te kunnen maken en niet belemmerd te worden door persoonlijke belangen.^[29] De bestuurder dient de belangen van de vennootschap met de vereiste objectiviteit en integriteit te bewaken. Wat houdt deze integriteit in? Voor een bestuurder is het relevant dat ingeval zijn (persoonlijke) belangen niet parallel lopen aan het vennootschappelijk belang, hij ervoor moet zorgen en voorkomen dat deze belangen zodanig gaan schuren, dat dit tot een situatie leidt waardoor objectief gezien twijfel kan ontstaan en het vertrouwen kan ontbreken dat uitsluitend het vennootschappelijk belang de overhand zal

hebben.[30] De objectiviteit houdt tevens in dat schijn van een tegenstrijdig belang niet meer voldoende is.[31] Ondanks dat schijn niet voldoende is voor het aannemen van een tegenstrijdig belang,[32] ligt het op de weg van een bestuurder om elke schijn van belangenverstrengeling uit de weg te gaan.[33]

Er kunnen thans twee soorten tegenstrijdigbelangsituaties worden onderscheiden.[34] De eerste situatie betreft het direct tegenstrijdig belang, waarbij de bestuurder de wederpartij is van de vennootschap in een transactie. De tweede situatie betreft het indirect tegenstrijdig belang, waarbij de bestuurder in een bijzondere verhouding staat tot de wederpartij van de vennootschap[35] en/of een belang heeft bij de transactie.[36] In de praktijk komt het veelvuldig voor dat aandeelhouders en andere stakeholders commissarissen 'leveren'. [37] Deze 'afhankelijke' commissarissen vervullen de taak naar het belang van de vennootschap. Niet ontkend kan worden dat deze commissarissen er ook zitten om in ieder geval het belang van hun initiële opdrachtgever in de vennootschap niet te laten verwaarlozen.[38] Er kan dan niet meteen worden gezegd dat er sprake is van een indirect tegenstrijdig belang bij deze afhankelijke commissarissen.[39] Van hen wordt verwacht dat ze met de vereiste integriteit en objectiviteit het vennootschappelijk belang laten prevaleren boven de belangen van hun 'benoemer'. [40]

3 De enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling

3.1 Vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid

De hierna te bespreken beschikkingen lijken hun wortels te hebben in de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling. Het is dan ook van belang om voor een goed begrip van deze beschikkingen de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling nader te bestuderen. Deze regeling is om twee redenen in het leven geroepen door de OK met de Linders/Hofstee-beschikking in 1983. Allereerst omdat er volgens de OK weinig aandacht in Nederland was besteed aan de materie van het tegenstrijdig belang en er voor betrokkenen geen gedragslijn was waar zij zich naar konden richten.[41] Daarnaast was de toentertijd geldende wettelijke regeling (art. 2:146/256 BW (oud)) volgens de OK te beperkt, aangezien deze slechts gold voor bestuurders en alleen van toepassing was bij vertegenwoordigingshandelingen.[42] De OK concretiseerde het tegenstrijdig belang dan ook door middel van artikel 2:7 BW (oud), vergelijkbaar met de huidige redelijkheid-en-billijkheidsnorm van artikel 2:8 BW.[43] De enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling is ruimer dan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling, onder meer omdat in het enquêterecht het belang van de vennootschap centraal staat en in mindere mate het belang van het relevante vennootschappelijke orgaan of de betrokkene bij de vennootschap.[44]

3.2 Gedraglijn

De OK creëerde in de Linders/Hofstee-beschikking de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling. Deze bestaat uit drie elementen: (1) het betrachten van zorgvuldigheid, (2) het betrachten van transparantie en (3) het overwegen deskundige derden in te schakelen. In het geval er een tegenstrijdig belang aanwezig zou kunnen zijn, dienen de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze te worden gescheiden. Voor wat betreft de besluitvorming dient naast de zorgvuldigheid ook een zo groot mogelijke transparante houding te worden aangenomen. Hierbij staat vast dat de schijn dat de besluitvorming is beïnvloed door de tegenstrijdige belangen, vermeden dient te worden. Verder acht de OK dat inschakeling van deskundige derden gewenst en onder omstandigheden geboden kan zijn. Het hanteren van zorgvuldigheid en transparantie bij de procedure ingeval er een tegenstrijdig belang speelt, is van essentieel belang.[45]

3.3 Relevante jurisprudentie na Linders/Hofstee

De OK heeft – behalve de bovenstaande gedraglijn – niet nader omschreven hoe de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling kan worden gekenmerkt, hoe zij gedefinieerd moet worden en wat er precies onder kan worden verstaan.[46] De OK oordeelde in de beschikking inzake OGEM dat bepaalde besluiten naar hun aard niet onaanvaardbaar waren, maar dat er na toetsing aan de regels uit Linders/Hofstee sprake was van wanbeleid bij de gang van zaken rondom de voorbereiding en het nemen van de betreffende besluiten waarbij een functionaris met een tegenstrijdig belang was betrokken.[47] De OK verwoordde dat er gehandeld was in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.[48] De OK bevestigde het belang van zorgvuldigheid ook nog eens in de Butôt-beschikking. Daar eiste de OK een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering bij het sluiten van – in vergelijking met overigens in het maatschappelijk verkeer voorkomende transacties – overeenkomsten waar belangenverstrengelingen kunnen spelen.[49] Volgens Maeijer dient de openheid in bepaalde gevallen ertoe te leiden dat bestuurder zich onthoudt van het bijwonen van en deelname aan de besluitvorming over het betreffende punt waarbij de besmette bestuurder een persoonlijk belang heeft.[50] Opmerking verdient dat de OK zich niet heeft uitgesproken over een eventuele onthouding.[51] Niet helder is of onthouding vereist is op basis van artikel 2:8 BW. In *Xeikon II* lijkt de OK overigens wel te oordelen dat de onthoudingsregel in artikel 2:8 BW besloten ligt.[52] De OK overwoog recent dat inschakeling van onafhankelijke derden een bijzondere waarborg is in het kader van transparantie.[53] De transparante houding kenmerkt zich verder door het verstrekken van alle relevante informatie aan de relevante betrokkenen en hier nauwgezet overleg over te voeren.[54] Indien goedkeuring vereist is van een orgaan, eist de redelijkheid en billijkheid dat dit orgaan ook tijdig (schriftelijk) wordt geïnformeerd over het

relevante tegenstrijdig belang. De enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling werd met de Linders/Hofstee-gedraglijn geïntroduceerd. De hierboven genoemde uitspraken van de OK lijken te hinten op een vernieuwing van deze gedraglijn. Wellicht een enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling 2.0, waarbij (unieke) elementen van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling zoals onthouding ook opgenomen zijn in de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling?

4 De Intergamma-beschikking

4.1 Project Guinness

In de Intergamma-procedure staat Project Guinness centraal. Dit project betreft de voorgenomen overname van alle activiteiten en aandelen Intergamma gehouden door Van Neerbos Groep (hierna: VNG) door Intergamma B.V. (hierna: Intergamma). CRH (zijnde de moeder van VNG) gaat over tot overleg met zowel Bricorama B.V. (een aandeelhouder van Intergamma; hierna: Bricorama) als Intergamma, waarbij overdracht van haar aandelen in Intergamma centraal staat. Intergamma troeft Bricorama af en bereikt overeenstemming met CRH voor overname van de aandelen gehouden door VNG. De RvC van Intergamma heeft op 4 april 2017 zijn (vereiste) goedkeuring unaniem verleend voor het voorgenomen besluit tot overname van de Intergamma-aandelen die in bezit zijn van VNG. Drie van de commissarissen in de RvC zijn benoemd door VNG (hierna: VNG-commissarissen),^[55] en deze commissarissen hebben ook meegedaan aan de beraadslaging en besluitvorming van de voorgenomen aandelenoverdracht. Bricorama meent dat de RvC zich geen rekenschap heeft gegeven van het tegenstrijdig belang van enig bestuurder Stoter, die een bonus ontvangt indien Project Guinness zal slagen, en de drie afhankelijke VNG-commissarissen.

4.2 Tegenstrijdig belang bestuurder

Bricorama meent dat Stoter, enig bestuurder van Intergamma, een tegenstrijdig belang heeft. Stoter zou namelijk een financiële vergoeding ontvangen indien Project Guinness doorgang vindt. Deze vergoeding is gelijk aan een jaarsalaris, aldus Intergamma. Deze bonus is niet afhankelijk van een bepaalde vorm waarmee de overname van de aandelen en certificaten van VNG tot stand komt. Hieruit volgt volgens de OK niet dat Stoter een zodanig tegenstrijdig belang heeft bij Project Guinness dat Stoter niet geacht kan worden zich te laten leiden door het belang van Intergamma.^[56] Mijns inziens is Bricorama's standpunt niet geheel onterecht. Stoter heeft als enig bestuurder in ieder geval de schijn van een tegenstrijdig belang tegen, aangezien hij financieel verrijkt wordt indien Project Guinness wordt afgerond.^[57] Hierdoor kan worden getwijfeld of Stoter uitsluitend de belangen van de vennootschap zal laten prevaleren.^[58] Oplettendheid is in ieder geval geboden.^[59] Mijns inziens kan een

(afhankelijke) bonuscomponent zorgen voor een verstoring van een zorgvuldige en evenwichtige besluitvorming,[60] zeker als het bestuur bestaat uit een enkele bestuurder.[61]

4.3 Tegenstrijdig belang afhankelijke commissarissen

Voordat de RvC overging tot beraadslaging en besluitvorming over Project Guinness, heeft hij intern besproken of de VNG-commissarissen zouden kunnen deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Tevens is om een notitie over de reikwijdte van artikel 2:250 lid 5 BW van externe juridische adviseurs verzocht. Hierna is door de RvC geconcludeerd dat de VNG-commissarissen geen persoonlijk tegenstrijdig belang hebben dat hun belet om het belang van Intergamma met de vereiste objectiviteit en integriteit te behartigen,[62] mede omdat de VNG-commissarissen niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst tussen Intergamma en CRH.[63]

De OK kan zich niet vinden in de gedachtewijze van de RvC. De OK overweegt allereerst dat de RvC daarmee blijk heeft gegeven van een te beperkte opvatting van de ingevolge artikel 2:8 BW in acht te nemen zorgvuldigheid met betrekking tot de besluitvorming. De OK onderstreept dat het in casu gaat om een complexe transactie tussen Intergamma en de enig aandeelhouder van VNG, waarmee een belang van meer dan een half miljard euro gemoeid is, resulterend in navenante risico's en lasten voor Intergamma, tezamen met een verstrekkende wijziging van de structuur en *governance* van de vennootschappelijke organisatie en diepgaande consequenties voor de franchisenemers.[64] De OK concludeert dat zowel VNG als CRH en Intergamma een tegenstrijdig belang hebben bij de voorwaarden van de koopovereenkomst tussen CRH en Intergamma. Onduidelijk is waarom in dit verband het tegenstrijdig belang van CRH genoemd wordt. De OK benoemt vervolgens dat uit de besluitvormingsnotitie blijkt dat in maart 2016 de VNG-commissarissen enkele malen met de voorzitter van de RvC hebben gecommuniceerd, waarbij de vraag aan de orde kwam of het vertrek van VNG als aandeelhouder/franchisenemer niet tot een voor beide partijen betere situatie zou kunnen leiden. Het feit dat VNG haar aandelen en certificaten in Intergamma verkoopt aan Intergamma en dat de VNG-commissarissen hebben gesproken over een vertrek door VNG uit Intergamma met de voorzitter van de RvC doet volgens de OK wezenlijk afbreuk aan de mate waarin de VNG-commissarissen in staat zijn om op onbevooroordeelde wijze het vennootschappelijk belang van Intergamma te dienen bij de beraadslaging en besluitvorming binnen de RvC over de goedkeuring van Project Guinness.

Het leidt volgens de OK niet tot een ander onderdeel dat (1) externe juridische adviseurs zijn ingeschakeld door de RvC; (2) de VNG-commissarissen geen privébelang hebben bij het al dan niet slagen van Project Guinness; (3) de VNG-commissarissen niet persoonlijk betrokken zijn geweest bij de uiteindelijke onderhandelingen tussen CRH en Intergamma; en (4) de RvC

tot een unaniem oordeel is gekomen. Voor een tegenstrijdig belang doet het er niet toe of er juridisch advies is verzocht. Het geeft hoogstens aan dat er met het mogelijk tegenstrijdig belang zorgvuldig is omgesprongen. Dat er geen privébelang aanwezig is, is niet noodzakelijk, aangezien het hier lijkt te gaan om een indirect tegenstrijdig belang. Hetzelfde geldt mijns inziens voor het aanwezig zijn van een unaniem genomen besluit. Een besmette functionaris kan namelijk de rest van het orgaan beïnvloeden tijdens de beraadslaging, zodat er daarna sprake is van unanieme besluitvorming. Het is helder dat de OK alle relevante omstandigheden van het concrete geval meeweegt in het oordeel of er sprake is van een tegenstrijdig belang. De OK wijst op het gewicht dat aandeelhouders/franchisenemers kunnen hechten aan de besluitvorming van de RvC tot goedkeuring. De OK begrijpt dan ook niet goed waarom de RvC niet heeft besloten de VNG-commissarissen te laten onthouden van de beraadslaging en besluitvorming over de goedkeuring, zelfs indien verdedigbaar is dat dit niet reeds volgt uit artikel 2:250 lid 5 BW. Deze overweging suggereert dat een potentieel besmette commissaris zich in bepaalde gevallen dient te onthouden van beraadslaging en besluitvorming, ook indien de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling niet van toepassing zou zijn. Hierdoor is onduidelijk of de omstandigheden van het concrete geval enkel getoetst zouden moeten worden aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling, of dat eveneens een toetsing aan de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling geboden is. Daarnaast kan de vraag gesteld worden of dit enkel speelt bij complexe, omvangrijke transacties, of bij gevallen waarin er een verwevenheid van functies aan belangen aanwezig is,[65] of dat dit zelfs geldt voor alle gevallen in het enquêterecht waarbij een tegenstrijdig belang speelt.

5 De Staphorst-beschikking

5.1 Vertegenwoordigingsbevoegdheid Dons en Welles

In deze procedure staan de handelingen van Staphorst Ontwikkeling B.V. (hierna: Staphorst), waar bestuurder Welles persoonlijke tegenstrijdige belangen bij heeft, centraal. Exploitatie Maatschappij Staphorst V.O.F. (hierna: EMS) (vertegenwoordigd door bestuurder Dons) en MEGA Projecten B.V. (hierna: MEGA) (vertegenwoordigd door Welles) hebben een overeenkomst gesloten waarbij de gezamenlijke ontwikkeling van gronden behorende tot de woningbouwlocatie Staphorst Zuid centraal staat.[66] Om deze gezamenlijke ontwikkeling vorm te geven richten EMS en MEGA samen een vennootschap op, zijnde Staphorst. Dons en Welles zijn gezamenlijk bevoegd om Staphorst te vertegenwoordigen. Welles heeft zich, wellicht om de gezamenlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid te ontduiken, buiten wetenschap van Dons als gevolmachtigde met een beperkte volmacht in het handelsregister laten inschrijven.

5.2 Welles' solistische handelingen

NEBO heeft alle projectontwikkelingen (indirect) toebehorend aan MEGA overgenomen. Staphorst (vertegenwoordigd door Welles) gaat geldleningsovereenkomsten aan met NEBO (vertegenwoordigd door Schüssler).[67] Welles heeft onder meer twee stichtingen, zijnde Stichting NMTwo en Stichting NMThree, opgericht die kort gezegd het doel hebben om het familiekapitaal van de familie Welles in stand te houden. De aandelen NEBO van Welles zijn overgedragen aan NMTwo en de aandelen MEGA van Welles zijn overgedragen aan NMThree.[68] De aandelen NEBO en MEGA vallen respectievelijk in het vermogen van NMTwo en NMThree. Welles is van zowel NMTwo als NMThree bestuurder en is bij beide vennootschappen zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd. NEBO heeft meerdere malen (aanzienlijke) kosten voor interne uren en onderhoud in rekening gebracht bij Staphorst, waarbij een administratieve onderbouwing en verantwoording niet aanwezig waren.[69] De OK is helder. Aangezien Welles met Dons gezamenlijk vertegenwoordigingsbevoegd was, had Welles zijn collega-bestuurder Dons moeten informeren en dienen te betrekken bij (de besluitvorming over) de vergaande rechtshandelingen waarbij onder andere Staphorst verplichtingen jegens in het bijzonder NEBO is aangegaan.[70] Een passieve werkwijze van Dons,[71] waarbij hij een aantal facturen voor gezien tekende, is niet voldoende.[72]

5.3 Indirect persoonlijk belang Welles

Het feit dat Welles (1) een beslissende stem in het bestuur van NMTwo heeft en deze vennootschap zelfstandig kan vertegenwoordigen,[73] en (2) de aandelen NEBO in het vermogen van NMTwo vallen, maakt dat hij hierdoor een indirect persoonlijk belang in NEBO heeft. De OK oordeelt hierom dat Welles handelde met een persoonlijk tegenstrijdig belang door onder meer voor Staphorst rechtshandelingen aan te gaan met NEBO waaruit (mogelijk onredelijke) verplichtingen voor Staphorst jegens NEBO voortvloeiden. De OK gaat voorbij aan het feit dat de persoonlijke belangen strijdig moeten zijn en niet parallel moeten lopen aan het vennootschappelijk belang. In deze casus is het mijns inziens evident dat Welles (indirecte) persoonlijke belangen had in de vennootschappen waarmee Staphorst zaken deed. Deze persoonlijke belangen van Welles liepen niet parallel met het belang van Staphorst om onder meer rechtmatige vorderingen te voldoen en zo het bestendige succes van de onderneming te waarborgen. Betoogd zou kunnen worden dat de betreffende vorderingen een onzakelijk karakter hebben. Deze vorderingen hebben mijns inziens in ieder geval een schijn van onzakelijkheid, waar Staphorst niet (optimaal) van profiteert. De OK vervolgt dat hieraan niet afdoet dat de rechtshandelingen *at arm's length* waren.[74] Het is bekend dat (geleden) nadeel voor de vennootschap geen vereiste is voor een tegenstrijdig belang.[75] Desalniettemin zijn er juristen die menen dat een *at arm's length*-verweer wel zou kunnen slagen.[76] Zie bijvoorbeeld Stokkermans, die meent dat een tegenstrijdig belang in veel gevallen 'in concreto' ongedaan kan worden gemaakt. Als er bijvoorbeeld een onredelijke

tegenprestatie wordt overeengekomen, kan het effect van het tegenstrijdig belang worden verwijderd door tegen een marktconform tarief te voldoen.[77] Volgens Leijten had de OK ook kunnen oordelen dat het verweer van Welles niet opging omdat hij geen deskundige had ingeschakeld die dit *at arm's length*-karakter had kunnen verifiëren.[78] De OK overweegt verder dat er geen enkele noodzaak of verplichting was voor Staphorst om de leningsovereenkomsten aan te gaan met NEBO.[79] Hiermee, en tezamen met de onherroepelijke volmacht,[80] heeft Welles Staphorst in een zeer kwetsbare positie gebracht, waarbij het gehele vermogen voor verhaal vatbaar was door NEBO. Welles heeft hiermee de continuïteit van Staphorst in gevaar gebracht.[81] Alles overziend heeft Welles alleen zijn persoonlijk belang, tegenstrijdig aan het belang van Staphorst, behartigd. Welles heeft overigens mijns inziens niet eens gedeeltelijk het vennootschappelijk belang van Staphorst behartigd, doordat hij de continuïteit van de onderneming in gevaar heeft gebracht.[82]

5.4 Het voorbereiden en uitvoeren van rechtshandelingen

De OK maakt bovendien een opmerkelijke overweging, waarin zij de wettelijke en enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling lijkt samen te voegen of door elkaar te halen:

‘Voor zover al niet moet worden geoordeeld dat Welles zich op grond van artikel 2:239 lid 6 BW van die rechtshandelingen had dienen te onthouden, had hij die rechtshandelingen in ieder geval niet buiten zijn medebestuurder om mogen voorbereiden en uitvoeren.’ (cursivering MCH)

De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling weerhoudt de besmette bestuurder er niet van de betreffende rechtshandeling (tezamen met het bestuur) aan te gaan, indien de overige bestuurders het besluit hebben genomen in te stemmen.[83] De (huidige) wettelijke tegenstrijdigbelangregeling ziet namelijk op de besluitvorming en heeft het over een bestuursbesluit. Zij ziet niet meer op vertegenwoordiging of rechtshandelingen.[84] De tweede volzin, namelijk dat de rechtshandelingen in ieder geval niet buiten zijn medebestuurder om hadden moeten worden voorbereid en uitgevoerd, lijkt dan ook meer te slaan op de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 2:8 BW, die (ook) in acht dient te worden genomen jegens de collega-bestuurder.[85] De OK kan ook inspiratie hebben geput uit de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling, waarbij zij mogelijk de Butôt-beschikking in gedachten had.[86]

6 Wettelijke en enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling, een tweeluik?

6.1 De overwegingen van de OK nader bekeken

Uit de Intergamma- en Staphorst-beschikking kan worden afgeleid dat de OK de normen van zowel de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling als de enquêterechtelijke

tegenstrijdigbelangregeling gebruikt.[87] Wie op twee hazen jaagt, vangt er geen. Uit beide beschikkingen kan niet duidelijk worden afgeleid wanneer bestuurders zich al dan niet dienen te onthouden van beraadslaging en besluitvorming, of wanneer zij slechts met maximale openheid en zorgvuldigheid jegens de andere betrokkenen van de vennootschap redelijk en billijk handelen. In Intergamma oordeelde de OK dat ook indien verdedigbaar is dat er geen sprake is van een wettelijk tegenstrijdig belang, het kan volgen dat de potentieel besmette bestuurder zich toch dient te onthouden van beraadslaging en besluitvorming op grond van de redelijkheid en billijkheid. In Staphorst oordeelde de OK dat mogelijk de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is overtreden, maar dat in ieder geval de potentieel besmette bestuurder de rechtshandelingen niet had mogen voorbereiden en uitvoeren buiten de collega-bestuurder om. De OK lijkt hier terug te grijpen op de vertegenwoordigingsregel,[88] zoals die gold in artikel 2:146/256 BW (oud), en lijkt de vertegenwoordiging van besmette bestuurders nu in te perken via ofwel de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 2:8 BW, ofwel de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling. De OK heeft overigens zeer recent expliciet overwogen dat bij een tegenstrijdig belang ofwel (een schijn van) belangenverstrengeling art. 2:239 lid 6, 2:250 lid 5 en 2:8 BW van belang zijn.[89]

Leijten geeft aan dat uit de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling enkel onthouding van de beraadslaging en besluitvorming voortvloeit en niet onthouding van de voorbereiding van die rechtshandeling. Hier zou ik graag een nuancering bij willen plaatsen. Als dit zo restrictief dient te worden geïnterpreteerd, dan betekent dit dat de onthoudingsregel pas gaat gelden op het moment dat er formeel met een hamerslag wordt gesproken over het betreffende punt. Ik meen dat dit niet zo eng dient te worden geïnterpreteerd en dat voorbereidingshandelingen en voorbereidingsbesprekingen ook onder de noemer beraadslaging[90] dienen te worden geschaard.[91] Mijns inziens geldt de onthoudingsregel dus ook voor voorbereidingshandelingen en voorbereidingsbesprekingen. In Intergamma waren wat mij betreft vier commissarissen al bezig met de (informele) beraadslaging, doordat de VNG-commissarissen voor de eigenlijke bespreking van het agendapunt meermaals spraken met de RvC-voorzitter. De RvC bestond uit zeven personen, van wie er drie VNG-commissarissen waren. Betoogd zou kunnen worden dat de VNG-commissarissen een beslissende invloed hebben gehad tijdens de beraadslaging en besluitvorming, doordat zij mogelijk de onafhankelijke RvC-voorzitter hebben overtuigd van hun standpunt. Dit lijkt niet aan bod te komen in Intergamma, maar het concept van beslissende invloed komt in een andere beschikking van de OK wel aan bod. In de Xeikon II-beschikking oordeelt de OK dat het al dan niet hebben van beslissende invloed niet belangrijk is bij de vraag of er sprake is van deelname aan beraadslaging en besluitvorming. In Xeikon II heeft de besmette commissaris zes van de zeven vergaderingen bijgewoond,[92] waar de RvC zorg had moeten dragen voor onthouding, aangezien het tegenstrijdig belang bekend was bij de RvC.[93] Voorts lijkt de OK

te oordelen in de DeSeizoenen-beschikking dat ingeval er diverse belangen spelen, er bij uitstek een taak voor de onafhankelijke leden van de RvC aanwezig is.[94] Leijten trekt bovendien op basis van de Intergamma-beschikking de conclusie dat een bestuurder zich onder omstandigheden, op basis van artikel 2:8 BW, dient te onthouden van de beraadslaging en besluitvorming. Ook indien formeel de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling niet van toepassing is. Hij geeft aan dat onthouding, op basis van artikel 2:8 BW, ook vereist kan zijn zonder dat vaststaat dat er sprake is van een persoonlijk tegenstrijdig belang.[95] De OK lijkt echter aan te geven dat onthouding een optie is, ook indien verdedigbaar is dat dit niet reeds volgt uit artikel 2:250 lid 5 BW. De OK verwijst hiervoor naar het oordeel van de RvC, dat een dusdanig gewicht heeft, waaraan bepaalde aandeelhouders waarde kunnen hechten. De OK laat in het midden of de VNG-commissarissen een persoonlijk tegenstrijdig belang hebben. De OK laat met de hierboven besproken beschikkingen onzekerheid achter. Betekent dit dat ingeval onzeker is of er sprake is van een persoonlijk tegenstrijdig belang ook aan de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling getoetst dient te worden?[96] De OK lijkt eveneens in Intergamma te oordelen dat indien er sprake is van een *potentieel* persoonlijk tegenstrijdig belang, de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling gevolgd dient te worden, waarbij zorgvuldigheid door de OK expliciet genoemd is. Hier valt niet meteen mee te rijmen dat de onthoudingsregel dan overwogen dient te worden, wat bij uitstek gelieerd is aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling.

6.2 Tips voor de praktijk

In de literatuur is eerder gepleit voor het betrachten van zo veel mogelijk openheid en zorgvuldigheid bij situaties waar een tegenstrijdig belang zou kunnen spelen, aangezien de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling niet voldoende toereikend zou zijn.[97] Betoogd zou kunnen worden dat de overwegingen van de OK dus niet verrassend zijn. Daarentegen valt veel te zeggen voor het feit dat de normen uit de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling tot nu toe leidend zijn geweest en de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling wel erg lang afwezig lijkt te zijn geweest in de rechtspraak van de OK. Enfin, als er een tegenstrijdig belang speelt bij een bestuurder, is het aanbevelenswaardig voor zowel de besmette bestuurder als de overige organen van de vennootschap waakzaam te zijn.[98] Het lijkt verder van belang om de relevante omstandigheden van het concrete geval te (laten) toetsen (door externe juridische adviseurs)[99] aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling én de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling.[100] Hierdoor is mijns inziens mogelijk voldaan aan de inspanningsverplichting,[101] waarmee voorkomen zou kunnen worden dat de rechter oordeelt dat er sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling.[102] Een volgende stap is om nauwgezet overleg over het tegenstrijdig belang te voeren. Tevens dienen externe (niet-juridische) deskundigen te worden ingeschakeld om de schijn van belangenverstrengeling

tegen te gaan, indien er wel voor wordt gekozen om de besmette bestuurder te laten deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming.[103] *Last but not least* dient een besmette bestuurder te worden weerhouden van het meewerken aan de uitvoering van het besluit waarmee hij geconfronteerd is.[104] Al met al geven deze voorzorgsmaatregelen geen garantie. De rechter toetst *ex post*, [105] en kan oordelen dat alle genomen maatregelen nog steeds niet voldoende waren om niet te kiezen voor onthouding.

7 Conclusie

In dit artikel is stilgestaan bij het concept van tegenstrijdig belang en de laatste ontwikkelingen in het enquêterecht. Het vennootschappelijk belang dient vooral te zijn gericht op bestendig succes en de continuïteit ingeval er een onderneming aanwezig is. Er is sprake van een tegenstrijdig belang indien – kort gezegd – een persoonlijk belang in strijd is en niet parallel loopt met het vennootschappelijk belang. Om te bezien welke gedragsnorm geldend was bij een tegenstrijdig belang was tot voor kort helder dat de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling leidend was na de Hoge Raaduitspraak inzake Bruil. Voordat Bruil gewezen was, gold ook de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling, die is gebaseerd op art. 2:8 BW. Deze beide regelingen hebben allebei eenzelfde doel, namelijk zorgen voor zuivere belangenbehartiging door de bestuurder. De inhoud van beide gedragsnormen is daarentegen anders. Bij de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling geldt een onthoudingsregel voor de besmette bestuurder en bij de bredere enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling staan kort gezegd de zorgvuldigheid en transparantie (naar de overige betrokkenen toe) centraal. De laatste ontwikkelingen binnen het enquêterecht tonen dat de OK voor het tegenstrijdig belang deze beide regelingen gebruikt in haar beoordeling of er afdoende is gehandeld door de besmette bestuurder en de relevante organen van de vennootschap. Overigens is het betrachten van zorgvuldigheid, maximale openheid en het voeren van overleg over het tegenstrijdig belang niet nieuw; te zien is dat dit de laatste jaren steeds meer aan bod is gekomen in de literatuur. Wel lijkt nieuw te zijn dat de OK de onthoudingsregel ook onder de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling schaarde. Deze ontwikkelingen scheppen helaas geen duidelijkheid en zorgen dan ook voor onzekerheid bij bestuurders en (rechts)praktijk. Voor nu lijkt het raadzaam de relevante omstandigheden van het concrete geval te toetsen aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling én de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling, waarbij voor de laatste regeling ook onthouding bij de beraadslaging en besluitvorming door de besmette bestuurder overwogen dient te worden.

Noten

[1] François duc de La Rochefoucauld (1613-1680), *Maximes et réflexions morales du duc de La Rochefoucauld*, Parijs: Ménard et Desenne fils 1817, p. 10 (nr. 40).

[2] Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Maeijer (Linders/Hofstee).

[3] HR 29 juni 2007, NJ 2007/420 m.nt. Maeijer (Bruil).

[4] Voor commissarissen geldt art. 2:140/250 lid 5 BW.

[5] Indien in dit artikel gesproken wordt van een tegenstrijdig belang, kan ook een mogelijk tegenstrijdig belang daaronder worden begrepen, voor zover van toepassing. Zie voor een *mogelijk* tegenstrijdig belang Chr.M. Stokkermans, Tegenstrijdig belang bij de rechtspersoon? Realistisch aanpakken, WPNR 2017/7173, p. 945.

[6] G.T.M.J. Raaijmakers, Tegenstrijdig belang na de invoering van de Wet Bestuur & Toezicht, in: G.C. Makking e.a. (red.), Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 359.

[7] 'Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.'

[8] A.F.J.A. Leijten, Een tegenstrijdigbelangregeling ontwerpen, WPNR 2017/7173, p. 953-954; vgl. Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:930, JOR 2017/229 m.nt. Sinninghe Damsté (TMG), r.o. 3.15, 3.16 en 3.19.

[9] Art. 2:156/246 BW (oud); zie o.m. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/400 en 410; H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra & K. van Veen, Evaluatie Wet bestuur en toezicht (IVOR nr. 110), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 30-31; A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang: statuten en reglementen van beursvennootschappen onderzocht, O&F (22) 2014, afl. 4, p. 24; R.G.J. Nowak & A.F.J.A. Leijten, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling, Ondernemingsrecht 2012/92, p. 501.

[10] P. van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 100), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 230 en I. Wassenaar, Tegenstrijdig belang: de nieuwe regels, TOP 2012, afl. 4, p. 149.

[11] Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 12.

[12] A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang: het paard achter de wagen, WPNR 2010/6836, p. 225.

[13] Zie voor een overzicht van een aantal relevante factoren en kenmerken die hierbij kunnen helpen: G.T.M.J. Raaijmakers & A.H. Stoffels, De aandeelhouders-commissaris en tegenstrijdig belang, WPNR 2017/7173, p. 965-966.

[14] Waarmee afscheid is genomen van de formeel-abstrakte benadering, die inhoudt dat elk belang van de bestuurder die mogelijk nadelig kan zijn voor de vennootschap voldoende is om het wettelijk gezien over een tegenstrijdig belang te hebben: S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, Van het concern, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 237.

[15] HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007/420 m.nt. J.M.M. Maeijer (Bruil), r.o. 3.4 en 3.7.

[16] Indien in dit artikel gesproken wordt over een bestuurder of een bestuur, kan ook een commissaris of RvC daaronder begrepen worden, voor zover van toepassing.

[17] HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:652 (Boskalis/Fugro), r.o. 3.3.6.

[18] Art. 2:129/239 lid 5 BW.

[19] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.1 en 4.2.2.

[20] Aangezien de Hoge Raad het voor wat betreft het eerste element heeft over 'vooral' bepaald worden door het bestendige succes van de onderneming, betekent dit ook dat andere factoren meegenomen dienen te worden, zie ook W.J.M. van Veen, Het belang van de rechtspersoon en zijn 'raison d'être', WPNR 2017/7162, p. 643.

[21] L. Timmerman, De rol van het vennootschappelijk belang en strategie bij het beschermen van beursvennootschappen, TvOB 2018, afl. 1, p. 15; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.1 en 4.2.2.

[22] M.M. Mendel & W.J. Oostwouder, Lange termijn waardecreatie van de beursvennootschap en de daaraan verbonden onderneming, het bestendige succes van de (dochter)onderneming en het begrip 'vennootschappelijk belang': harmonie of disharmonie?, O&F (25) 2017, afl. 3, p. 9-10.

[23] Zie o.m. annotatie punt 5 ad (2): HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun) en S. Renssen, De turboliquidatie van de besloten vennootschap (diss. Maastricht; VDHI nr. 131), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 74-76.

[24] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.2; Annotatie punt 5 ad (3): HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P.

van Schilfgaarde (Cancun); Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 m.nt. C.D.J. Bulten, r.o. 3.12; vgl. Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5049, JOR 2018/9 m.nt. Josephus Jitta (ZED+), r.o. 4.15; Van Veen 2017, p. 651.

[25] Nowak & Leijten 2012, p. 504-505.

[26] M.C.P. van Dongen, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling nader beschouwd, TvOB 2013, afl. 2, p. 51.

[27] HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394, NJ 2004/519 m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.5.2; zie ook Van Ginneken en Timmerman, die het waarschijnlijk achten dat indien het bestuur buiten zijn bevoegdheid handelt, de rechter zal oordelen dat het bestuur disproportioneel handelt: M.J. van Ginneken & L. Timmerman, De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht 2011/123, p. 603.

[28] Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/402.

[29] Stokkermans 2017, p. 943.

[30] Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 963.

[31] J.B. Wezeman, Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels, in: L. Timmerman e.a., Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 81; Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 962; Leijten 2017, p. 956.

[32] Vgl. de OK die oordeelde in de TMG-beschikking dat het denkbaar zou zijn geweest en mogelijk de voorkeur zou hebben verdiend ter voorkoming van elke schijn van belangenverstrengeling om de besmette commissaris niet te laten deelnemen aan de RvC-vergaderingen. De OK geeft hier een ruime betekenis aan de onthoudingsregel. Niet enkel onthouding bij het relevante agendapunt om schijn te voorkomen, maar onthouding bij de gehele RvC-vergadering lijkt in bepaalde gevallen geboden te zijn: Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:930, JOR 2017/229 m.nt. Sinninghe Damsté (TMG), r.o. 3.15, 3.16 en 3.19.

[33] Stokkermans 2017, p. 946.

[34] Het kwalitatief tegenstrijdig belang valt hier niet meer onder: Van Dongen 2013, p. 44-45 en 47; Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 964-965; Stokkermans 2017, p. 945; Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.31.

[35] HR 14 november 1940, ECLI:NL:HR:1940:AG1920, NJ 1941/321 (Maas/Amazone); HR 3

mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618, NJ 2002/393 (Brandao/Joral), r.o. 3.5.2.

[36] Zie o.m. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/403; HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2022, NJ 1996/568 (Mediasafe I), r.o. 3.4; W. Bosse, Tegenstrijdig belang revisited, WPNR 2002/6506, p. 721.

[37] Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 961.

[38] Vgl. best practice bepaling 2.1.8 onderdeel vi en vii Nederlandse Corporate Governance Code 2016.

[39] In de literatuur wordt onderkend dat geen enkele bestuurder voldoet aan het irreële ideaalbeeld dat een bestuurder geen persoonlijke belangen heeft en louter geïnteresseerd is in het vennootschappelijk belang (*structural bias*): Raaijmakers 2015, p. 363; B.F. Assink, Samenwerking in het bestuur, in: L. Timmerman e.a., Samenwerken in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 80), Deventer: Kluwer 2011, p. 14-15; B.F. Assink & W.J. Slagter, Compendium Ondernemingsrecht (Deel 1), Deventer: Kluwer 2013, par. 51, p. 988-991.

[40] Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.3.

[41] Annotatie punt 2: Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Maeijer (Linders/Hofstee).

[42] Annotatie punt 1: Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Maeijer (Linders/Hofstee).

[43] Raaijmakers 2015, p. 361.

[44] Assink 2011, p. 17.

[45] Dit is ook later door de Hoge Raad erkend in o.a. HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618 m.nt. P. van Schilfgaarde (Brandao/Joral), r.o. 3.5.2; A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang, O&F 2002/54, p. 40-41.

[46] Leijten 2017, p. 953.

[47] A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 62-63.

[48] Hof Amsterdam (OK) 3 december 1987, De NV 1988/66, p. 79-80; zie ook annotatie punt 5 ad (5): HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun).

[49] Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018, JOR 2009/129 m.nt. G. van Solinge (Butôt), r.o. 3.14.

[50] Annotatie punt 1: Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Maeijer (Linders/Hofstee).

[51] Dit is verklaarbaar volgens Leijten, aangezien de gedragslijn is overgewaaid uit Anglo-Amerikaans tegenstrijdigbelangrecht, waar onthouding in beginsel geen onderdeel van is; annotatie punt 12: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst); zie ook UK Companies Act 2006, section 175.

[52] Annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II).

[53] Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.32.

[54] Volgens de OK vereist de redelijkheid en billijkheid dat serieus inhoudelijk overleg in acht dient te worden genomen in bepaalde gevallen; zie annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:616, JOR 2018/120 m.nt. H.J. ter Meulen, r.o. 3.24.

[55] Art. 20 lid 3 sub a statuten Intergamma B.V. d.d. 17 maart 2005.

[56] Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (Intergamma), r.o. 3.33.

[57] Vgl. de Duitse Mannesmann-uitspraak, waar het Bundesgerichtshof feitelijk oordeelde – volgens Assink – dat, aangezien de bonussen die werden toegekend aan onder meer de bestuurders van Mannesmann het belang op geen enkele wijze konden dienen, er sprake was van een verkwanseling van vennootschappelijke middelen: B.F. Assink, De Mannesmann-zaak. Een verhaal over irrationeel gedrag, hoogmoed en de bijbehorende val, Ondernemingsrecht 2006/50, p. 165; zie ook F.G.K. Overkleeft, De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen (IVOR nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 445-446.

[58] Zie ook G.N.H. Kemperink, Vennootschappelijk toezicht op de doelvennootschap bij openbare biedingen (IVOR nr. 92), Deventer: Kluwer 2013, p. 148-149, 155 en 160-162.

[59] C.J.C. de Brauw, Overnames van beursvennootschappen. Beschouwingen over de vennootschapsrechtelijke, financieeltoezichtrechtelijke, contractuele en praktische aspecten van beursovernames (VDHI nr. 143), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 183.

[60] Ook als er sprake is van een ander voordeel, zoals een bestuurszetel in bijv. de overnemende vennootschap: Kemperink 2013, p. 164.

[61] Anders wanneer het bestuur slechts een marginale toets dient uit te voeren, zoals de uitkeringstest van art. 2:216 BW. In dit geval heeft het bestuur een beperkte opdracht gekregen om te toetsen of na uitkering de vennootschap kan blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden en al dan niet goedkeuring voor de uitkering te verlenen. Het bestuur kan alleen blokkerend optreden en heeft hiervoor een noodrem in handen gekregen: R.E.H. Canisius & M.B.F. Canisius, De verhouding tussen de uitkeringstest en de tegenstrijdigbelangregeling opnieuw belicht, TvOB 2015, afl. 4, p. 147 en 149 en B.C. Cornelisse, Tegenstrijdig belang en de uitkeringstest van art. 2:216 BW, TvOB 2013, afl. 6, p. 212-215 en 217-218; zie ook S.C.E.F. Moulen Janssen, Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders bij winstuitkeringen van een BV: terechte onrust?, in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 378-379.

[62] Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (Intergamma), r.o. 3.4 en 3.33.

[63] Vgl. Hof Amsterdam (OK) 22 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4666, JOR 2015/98 m.nt. M. Holtzer, r.o. 3.21 (Xeikon); en bevestigd in Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta, r.o. 5.34 (Xeikon II).

[64] Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (Intergamma), r.o. 3.35.

[65] Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.27.

[66] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 2.2-2.4.

[67] Hierbij is ook een onherroepelijke volmacht aan NEBO verleend voor vestiging van het recht van eerste hypotheek op alle in haar bezit zijnde en nog te verkrijgen gronden: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 2.15.

[68] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 2.18-2.20.

[69] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.10.

[70] Aangezien Welles tezamen met Dons vertegenwoordigingsbevoegd was, heeft Welles niet rechtens gehandeld. Deze rechtshandelingen hadden kunnen worden bekrachtigd door Dons toen hij nog bestuurder was, of de wederpartijen van Staphorst hadden de nietigheid van deze alleen door Welles gedane rechtshandelingen kunnen inroepen; zie ook noot Leijten, waarin hij opmerkt dat de OK in r.o. 4.14 overweegt dat Welles deze rechtshandelingen niet had mogen doen zonder Dons en niet dat hij dat niet heeft kunnen doen; annotatie Leijten, punt 3: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 (Staphorst).

[71] Vgl. Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5049, JOR 2018/9 m.nt. Josephus Jitta (ZED+), r.o. 4.15.

[72] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.13.

[73] Zie voor de kennelijke verschrijving van de OK annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst).

[74] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.14; vgl. Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.30 en 3.34.

[75] M. Das, Tegenstrijdig belang, O&F 2005/68, p. 34; HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394, JOR 2004/266 m.nt. F.J.P. van den Ingh (Duplicado), r.o. 3.5.2; A.J.P. Schild, Het begrip tegenstrijdig belang, Mediasafe revisited, MvV 2007, afl. 9, p. 180.

[76] Leijten is nieuwsgierig naar de vraag waarom een *at arm's length*-verweer niet voldoet; annotatie punt 7: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst); Leijten 2017, p. 953.

[77] Stokkermans 2017, p. 944.

[78] Annotatie punt 7: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst).

[79] Dit hoeft geen tegenstrijdig belang met het vennootschappelijk belang op te leveren indien het concernbelang erbij gebaat is: Van Veen 2017, p. 652-653.

[80] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.19.

[81] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.15.

[82] De OK concludeert onder meer dat er in de onderzoeksperiode sprake was van wanbeleid bij onder meer Staphorst, waarbij dit hoofdzakelijk is te wijten aan Welles: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten, r.o. 4.25 en 4.27.

[83] Een verbod volgt in ieder geval niet uit de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling, zie ook annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II).

[84] Art. 2:146/256 BW (oud).

[85] Zie ook annotatie punten 9 en 10: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst).

[86] Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018, JOR 2009/129 m.nt. Van Solinge (Butôt), r.o. 3.14.

[87] Vgl. Raaijmakers en Stoffels, die zich afvragen of de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling en de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling geheel overeenkomen; Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 962; Assink en Slagter menen dat er geen goede reden bestaat om tegenstrijdig belang in het enquêterecht anders in te vullen; Assink & Slagter 2013, par. 51, p. 969.

[88] De OK gaat in de Staphorst-beschikking overigens voorbij aan de vraag of er sprake is van rechtsgeldige vertegenwoordiging door Welles.

[89] Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.21.

[90] Een beraadslaging kan worden gezien als 'een proces van een bespreking, van een gedachtewisseling' volgens de Taalunie, zie taaladvies.net/taal/advies/vraag/101/beraadslaging/. Zie anders: Dikke Van Dale Online 2015 t/m 2017, die beraadslaging definieert als 'iets met elkaar ernstig overwegen en overleggen'. Zelfs als aangehaakt zou moeten worden bij de laatste definitie, kan betoogd worden dat er bij de bespreking tussen de VNG-commissarissen en de RvC-voorzitter sprake was van ernstige overwegingen en overleggen, aangezien het ging om het al dan niet uittreden van een grootaandeelhouder.

[91] Vgl. Stokkermans, die verwijst naar Linders/Hofstee, voor de volgende overweging: 'Waar tegenstrijdige belangen spelen is een hogere mate van zorgvuldigheid vereist in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering (...) aldus reeds OK 26 mei 1983, NJ 1984/481 (Linders Hofstee)'; Stokkermans 2017, p. 945. Mijns inziens volgt dit niet uit Linders/Hofstee, maar uit de Butôt-beschikking van de OK, waarbij dit ook nog eens van toepassing lijkt te zijn

bij bijzondere gevallen en geen algemene norm lijkt te zijn: Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018, JOR 2009/129 m.nt. Van Solinge (Butôt), r.o. 3.14.

[92] Cok was zowel commissaris van Xeikon als commissaris van target Accentis.

[93] De RvC zelf heeft commissaris Cok uitgenodigd: Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II), r.o. 4.1 en 5.38.

[94] Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.32.

[95] Annotatie punt 14: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst).

[96] ‘(...) bij tegenstrijdig belang werpt de rechter een extra kritische blik op de wijze waarop het besluit tot stand is gekomen’; A.F.M. Dorresteyn, Rechtsvorderingen bij tegenstrijdig belang, TVVS (90) 1990, afl. 4, p. 81-82.

[97] Zie o.m. Van Schilfgaarde 2016, p. 228-232.

[98] G.J.C. Rensen, Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk, WPNR 2013/6979, p. 459.

[99] Advocaten dienen mijns inziens waakzaam te zijn indien zij ingeschakeld worden door een vennootschap waarbij de bestuurder met een tegenstrijdig belang, die tevens (groot)aandeelhouder is, de opdracht uitzet. Bij de advisering omtrent het tegenstrijdig belang dient met het vennootschappelijk belang en de belangen van de andere aandeelhouders rekening te worden gehouden; vgl. HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444, JOR 2017/285 m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 3.5.5 en 3.7.5 en annotatie punt 9.

[100] Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.21.

[101] Dit kan ook door zorg te dragen voor adequate governance, waarmee schijn van belangenverstrengeling wordt voorkomen; vgl. Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.24.

[102] Art. 2:9 lid 5 BW (wetsvoorstel).

[103] Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.24, Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta, r.o. 5.44 (Xeikon II); P.L. Hezer, Het special committee naar Amerikaans model bij openbare biedingen, MvO 2017, afl. 10-11, par. 3.2.

[104] Annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II).

[105] Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 966; Bartman e.a. 2016, p. 237; Dorresteyn 2014, p. 27; Rensen 2013, p. 463; E. Zwerus & S.R. Brand, Tegenstrijdig belang – recente ontwikkelingen sinds de wetwijziging in 2013, MvV 2016, afl. 9, p. 250-251; Boschma e.a. 2017, p. 119; Nowak & Leijten 2012, p. 502.

ANNOTATIE

Kanttekeningen bij Boskalis/Fugro[*]

B.F. Assink

Deze kanttekeningen bij Boskalis/Fugro omvatten de reikwijdte van artikel 2:114a BW (art. 2:224a BW), de doorwerking van Europees recht in dat verband, verdeling van bevoegdheden tussen bestuur en algemene vergadering ook aangaande beleid en strategie, en de relevantie van artikel 2:129 BW en artikel 2:107 BW ter zake.

‘Het gaat in deze zaak om de vraag of een aandeelhouder/certificaathouder agendering kan afdwingen van een peiling van standpunten van de ter algemene vergadering aanwezige of vertegenwoordigde aandeelhouders/certificaathouders over een door die aandeelhouder/certificaathouder opgestelde conceptaanbeveling aan het bestuur. In deze zaak ziet het onderwerp van de conceptaanbeveling op een aangelegenheid die tot de bevoegdheid van het bestuur behoort.’[1]

1 Inleiding

In HR 20 april 2018,

4 Arrest

Deze rechtsklachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.3.1, die deze vervolgens in r.o. 3.3.2-3.3.9 als volgt behandelt:[5]

‘3.3.2 Art. 2:109 BW bepaalt dat het bestuur en de raad van commissarissen bevoegd zijn tot het bijeenroepen van een algemene vergadering. Art. 2:114 lid 1, aanhef en onder a, BW bepaalt dat bij de oproeping de te behandelen onderwerpen worden vermeld. Uit de bevoegdheid van het bestuur en de raad van commissarissen tot bijeenroeping volgt de bevoegdheid van deze organen tot vaststelling van de agenda en dus tot vaststelling van de te behandelen onderwerpen.

3.3.3 Art. 2:114a BW maakt op het hiervoor overwogene in zoverre een uitzondering dat een onderwerp waarvan de behandeling tijdig schriftelijk is verzocht door een of meer aandeelhouders die alleen of gezamenlijk ten minste drie procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen,

wordt opgenomen in de oproeping. Deze bepaling geldt ook voor houders van certificaten van aandelen die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven.

3.3.4 Uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:114a BW (zie de citaten daaruit in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.17 en 4.24-4.26) volgt dat de in deze bepaling geregelde bevoegdheid beoogt bij te dragen aan de uitoefening van de eigen wettelijke bevoegdheden van de algemene vergadering en aan verbetering van het functioneren van de algemene vergadering als orgaan waaraan het bestuur en de raad van commissarissen verantwoording afleggen over het gevoerde beleid. Tevens volgt daaruit dat een onderwerp waarvan de behandeling is verzocht, een onderwerp kan zijn waarvoor aan de algemene vergadering geen wettelijke of statutaire bevoegdheid tot besluitvorming toekomt. Een verzoek op grond van art. 2:114a BW kan slechts in uitzonderlijke gevallen worden geweigerd. Een grondslag voor zo'n weigering kan gelegen zijn in art. 2:8 lid 2 BW of art. 3:13 lid 1 BW.

3.3.5 Het middel stelt de vraag aan de orde of art. 2:114a BW de daarin bedoelde aandeelhouders en certificaathouders ook het recht geeft de vennootschap te verplichten een onderwerp ter stemming (en dus niet alleen ter bespreking) op de agenda van de algemene vergadering te (doen) plaatsen als de algemene vergadering niet de bevoegdheid toekomt een besluit over dat onderwerp te nemen.

3.3.6 Voor het antwoord op die vraag is het volgende van belang.

Het bepalen van het beleid en de strategie van een vennootschap en de met haar verbonden onderneming is in beginsel een aangelegenheid van het bestuur van de vennootschap. De raad van commissarissen houdt daarop toezicht. De algemene vergadering kan haar opvattingen terzake tot uitdrukking brengen door uitoefening van de haar in de wet en de statuten toegekende rechten. Dit laatste betekent in het algemeen dat het bestuur van een vennootschap aan de algemene vergadering verantwoording heeft af te leggen van zijn beleid, maar dat het, behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen, niet verplicht is de algemene vergadering vooraf in zijn besluitvorming te betrekken als het gaat om handelingen waartoe het bestuur bevoegd is. Ook is het bestuur niet verplicht de algemene vergadering in zo'n geval te consulteren. (Vgl. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, NJ 2007/434 (ABN Amro), rov. 4.3-4.4 en HR 9 juli 2010, [37] A-G Timmerman in nrs. 4.94-4.137 van zijn conclusie. Zie eerder in vergelijkbare richting F.G.K. Overkleef, Het agenderingsrecht voor aandeelhouders in beursvennootschappen: een aanzet tot (her)bezinning, Ondernemingsrecht 2009/167, waartegen o.a. J.H.M. Willems, Mogen aandeelhouders strategische onderwerpen agenderen?, Ondernemingsrecht 2017/116. [38] Zie ook Willems 2017, p. 656. [39] HR 17 februari 2017, NJ 2017/215 (K./Le Roux Fruit Exporters (Pty)), r.o. 3.4.2. [40] Een ander voorbeeld van doorwrochte rechtsvergelijkende beschouwingen is de conclusie van A-G Timmerman voor HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro). Zie recent A-G

*Timmerman in nrs. 3.7, 3.12-3.13 van ECLI:NL:PHR:2018:578. [41] Zie daarover A-G Timmerman in nrs. 4.23-4.26 van zijn conclusie. [42] Ik begrijp dit laatste zo dat art. 2:8 lid 2 BW en art. 3:13 lid 1 BW nevens geschikt worden genoemd ('of'). Ik neem aan dat de in art. 2:8 lid 1 BW bedoelde gedragsnorm een rol kan spelen bij toepassing van art. 2:8 lid 2 BW of art. 3:13 lid 1 BW in een concreet geval. [43] Dat de Aandeelhoudersrichtlijn gericht is op 'de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen' [cursivering BFA] laat onverlet dat de Nederlandse wetgever ervoor gekozen heeft art. 6 ervan te implementeren in art. 2:114a BW dat ook van toepassing is op de niet-beursgenoteerde nv. Ik acht het goed voorstelbaar dat dan gezegd kan en moet worden dat de Aandeelhoudersrichtlijn, in zoverre, vrijwillig ook is toegepast op zo'n niet-beursvennootschap. [44] Art. 6 Aandeelhoudersrichtlijn bevat geen uitdrukkelijke weigeringsgrond. Zo staat daarin niet dat een aandeelhouder het agenderingsrecht slechts uitoefent nadat hij daaromtrent in overleg is getreden met het bestuur, bij gebreke waarvan het bestuur een agenderingsverzoek ex art. 2:114a BW mag weigeren, e.e.a. zoals bedoeld in best practice 4.1.6 van de Nederlandse Corporate Governance Code. [45] Zie Asser/A.S. Hartkamp, Europees recht en Nederlands vermogensrecht (3-I), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 118. [46] Zie o.a. Asser/Hartkamp 2015, nr. 138. [47] Zie o.a. Asser/Hartkamp 2015, nr. 140. [48] Asser/Hartkamp 2015, nr. 140. [49] Zie, naast noten 45-48 hiervoor, o.a. W. Snijders, Good faith as a Dutch and as a European concept, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann & M. Wissink (red.), *The influence of EU law on national private law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 551: '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 principal 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' en F.M. Peters & F. Eikelboom, De strijd over het agenderingsrecht tussen Elliot en Akzo, WPNR 2017, p. 501. A.F.J.A. Leijten gaat hieraan kennelijk voorbij in nrs. 13 en 15 bij JOR 2018/142. [50] OK 3 mei 2007, ARO 2007/79 (ABN Amro), r.o. 3.17. Waarschijnlijk heeft de Ondernemingskamer daarbij (1) ook gekeken naar de destijds geldende Nederlandse Corporate Governance Code en (2) willen voortbouwen op OK 17 januari 2007, ARO 2007/21 (Stork), r.o. 3.14. [51] HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro), r.o. 4.3 ('De ondernemingskamer heeft in r.o. 3.17 terecht en in cassatie onbestreden vooropgesteld (...)'). [52] HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1 (hier herhaalt de Hoge Raad zichzelf instemmend). [53] Men zou verder terug kunnen gaan naar met name HR 18 april 2003, NJ 2003/286 (RNA), r.o. 3.7 (waarin de Hoge Raad ook verwijst naar 'beleid', maar nog wat minder strak geformuleerd en gepolijst, getuige verwijzingen naar 'de continuïteit van (het beleid van) de vennootschap', 'het tot dan toe gevoerde beleid van de onderneming' en*

‘het beleid dat het bestuur (...) heeft gevoerd’) en HR 21 februari 2003, NJ 2003/182 (HBG), r.o. 6.2 (waarin de Hoge Raad rept van ‘het profiel van de gebruikelijke en normale ondernemingsactiviteiten van de vennootschap’). Overigens meandert de Hoge Raad in r.o. 3.3.6 van het onderhavige arrest wat: waar eerst wordt verwezen naar het beleid van het bestuur (‘zijn beleid’), gaat het even verderop over ‘het beleid en de strategie van de vennootschap’. [54] Los van de enkele koppeling die de Hoge Raad terloops aanbrengt in HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1 tussen het vennootschappelijk belang als normatief richtsnoer en het primaat met betrekking tot strategiebepaling via het woordje ‘derhalve’, welk verband door P. van Schilfgaarde in nr. 7 van zijn noot bij NJ 2010/544 ‘[v]erwarrend en weinig logisch’ wordt genoemd. [55] Zoals L. Timmerman, Verbindend vennootschapsrecht, variatie op een thema, in: B.F. Assink e.a. (red.), Verbindend recht (liber amicorum K.F. Haak), Deventer: Kluwer 2012, p. 519 doet, verwijzend naar ‘een extensieve uitleg van art. 2: 129, lid 1 BW’. [56] HR 21 januari 1955, NJ 1959/43 (Van Toorn/Schouten). [57] Hetzelfde geldt trouwens voor, wat A-G Timmerman in nr. 3.9 van ECLI:NL:PHR:2018:578 noemt, de ‘rol van de rechter (...) in het Nederlandse systeem van vennootschapsrecht om bij de bevoegdheidsvraag na te gaan of de in wet en statuten vastgelegde bevoegdheidsverdeling is nageleefd’; de voorvraag betreft die verdeling zelf. [58] Al verwijst Boek 2 BW er wel naar. Zie o.a. art. 2:141 lid 2 BW over ‘het strategisch beleid’, art. 2:129 lid 4 BW over ‘de algemene lijnen van het te voeren beleid’ en art. 2:345 lid 1 BW over ‘het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon’. Over die begrippen – en dan met name ‘strategie’ – wordt in de juridische literatuur ook wel geschreven (dikwijls onder verwijzing naar bedrijfseconomische literatuur), zie o.a. M. Holtzer, De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2014, p. 21-51 (die erop wijst dat er geen overeenstemming bestaat over de invulling van ‘begrippen als strategie en strategisch beleid’) en L. Timmerman, De rol van vennootschappelijk belang en strategie bij het beschermen van beursvennootschappen, TvOB 2018, p. 15. Zie verder o.a. principe 1.1 van de Nederlandse Corporate Governance Code en de toelichting daarop, waaruit de Hoge Raad – de lijn volgende van HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro), r.o. 4.4 en HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.2.iii – inspiratie zou kunnen putten. [59] Zie o.a. B.F. Assink | W.J. Slagter, Compendium ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, par. 51.1, p. 912-916. Zie voor een rechtsvergelijkende ‘tour d’ horizon’ o.a. A-G Timmerman in nrs. 3.4.3-3.4.8 voor HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI). [60] Zie voor een voorbeeld A-G Timmerman in nr. 3.11 (slot) van ECLI:NL:PHR:2018:578. [61] Zie o.a. Willems 2017, p. 658: ‘Wie maakt trouwens uit wat onder de strategie valt en valt iets onder strategie als het bestuur dat enigszins gemotiveerd uiteenzet?’ [62] Zie o.a. HR 12 juli 2013, NJ 2013/461 (VEB/KLM), r.o. 3.4.3 over de ‘terughoudendheid’ die de rechter past bij ‘de beoordeling of een orgaan van een rechtspersoon bij het nemen van een besluit alle in aanmerking komende belangen naar

redelijkheid en billijkheid heeft afgewogen en daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht heeft genomen'. [63] Zie o.a. HR 18 mei 2018, RvdW 2018/623 (Holland Casino), r.o. 3.4.2 over 'marginale toetsing' in het kader van art. 26 lid 4 WOR, waarbij geldt dat (1) de ondernemer gehouden is om bij zijn besluitvormingsproces alle kenbare bij de onderneming betrokken gerechtvaardigde belangen te betrekken en (2) de Ondernemingskamer slechts nagaat of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, waarbij zij aan de ondernemer beleidsvrijheid laat. [64] Boek 2 BW kent de nodige bepalingen die betrokkenheid van de algemene vergadering voorschrijven. Zie o.a. A.G.H. Klaassen, *Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007. [65] A.F.J.A. Leijten rept in nr. 3 bij JOR 2018/142 van 'behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen (vandaar de steeds terugkerende frase 'in beginsel')'. Dit omvat m.i. ook art. 2:8 lid 1 BW, ook al is dit een generieke bepaling. Onder zo'n scenario zou kunnen vallen een geval als bedoeld door A.F.J.A. Leijten in nrs. 20-21 bij JOR 2018/142, waarin art. 2:8 lid 1 BW dus dient als basis voor 'een recht voor aandeelhouders om een standpuntbepaling als stempunt te agenderen'. Zie ook noot 14 hiervoor. [66] Kamerstukken II 2008/09, 32014, 3, p. 11, waarin wordt uitgegaan van het bestuur als actor en als 'gangbare horizon voor strategische beslissingen in het bedrijfsleven' een periode van vijf tot tien jaar wordt genoemd. Principe 1.1 van de Nederlandse Corporate Governance Code gaat ervan uit dat het bestuur 'een visie op lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming' ontwikkelt en 'een daarbij passende strategie' formuleert, met de aantekening dat '[a]fhankelijk van de marktdynamiek' kortetermijnaanpassingen van de strategie nodig kunnen zijn. In de toelichting (p. 43) valt o.a. te lezen: 'Er zijn situaties denkbaar waarin de focus op de lange termijn niet langer aan de orde is voor een vennootschap, bijvoorbeeld in geval van faillissement of bij een overname, en het bestaansrecht van de vennootschap eindig is. De vennootschap leeft de Code dan na door uitleg te geven waarom lange termijn waardecreatie niet (langer) aan de orde is'. [67] Andere voorbeelden zijn denkbaar, ook met open verhoudingen; ik noem een beursvennootschap met een controlerende aandeelhouder. Ik denk niet meteen aan een beursvennootschap met verspreide aandeelhouders die primair – op de korte termijn gerichte – beleggers zijn. [68] Zie ook o.a. HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro), r.o. 4.4 over 'de slagvaardigheid waarmee het bestuur moet kunnen handelen bij het bepalen en uitvoeren van de strategie van de aan de vennootschap verbonden onderneming', waaruit eveneens een onderscheid blijkt tussen 'bepalen' en 'uitvoeren'. In HR 18 juli 2007, NJ 2007/434 (ABN Amro), r.o. 4.3, HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1 en r.o. 3.3.6-3.3.7 van het onderhavige arrest heeft de Hoge Raad het steeds over 'bepalen', niet (ook) over 'uitvoeren'. Die r.o. 3.3.6-3.3.7 laten wel open dat ook de 'bepaling' van 'beleid' (te onderscheiden van 'strategie') aan een ander orgaan dan het bestuur kan toevallen op grond van de wet of de statuten, wat tot op zekere hoogte kan raken

aan de uitvoering van de strategie. Dit laat ik verder daar. Wel nog een vraag: zou bepaling van 'strategie en beleid' niet logischer zijn dan het omgekeerde? [69] HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun), r.o. 4.2.1-4.3. [70] Wat A.F.J.A. Leijten in nr. 5 bij JOR 2018/142 leest in de verwijzing in r.o. 3.3.6 naar r.o. 4.3 van de Cancun-beschikking is denkbaar, maar het staat er niet; noch in r.o. 3.3.6, noch in r.o. 4.3 van de Cancun-beschikking. [71] HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1. Ook in een ander perspectief komt dan te staan de in o.a. HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.5.3 bedoelde bevoegdheid van de algemene vergadering 'het bestuur en de RvC aan te spreken op het gevoerde beleid en de gevolgde strategie'; de nadruk ligt dan logischerwijs veeleer op het eerste. Timmerman (2012, p. 515) wijst erop, onder verwijzing naar HR 18 april 2003, NJ 2003/286 (RNA), r.o. 3.7, dat het bestuur 'een beschermingsmaatregel [mag] inzetten, als de continuïteit van het beleid van de vennootschap (m.i. in het bijzonder de uitgezette strategie) wordt bedreigd. Het bestuur mag dus in beginsel het eigen beleid beschermen' [zonder voetnoot in het origineel]. M.i. liggen de zaken niet per se anders als het primaat met betrekking tot de strategiebepaling bij de algemene vergadering ligt in plaats van bij het bestuur. [72] Aldus OK 12 oktober 2016, ARO 2016/140 (DeltaLloyd), r.o. 3.5, waarin de Ondernemingskamer dit als 'vanzelfsprekend' aanmerkt. Zie verder o.a. Kamerstukken II 2008/09, 31083, 29, p. 6: 'Zij [aandeelhouders, BFA] zijn, anders dan het bestuur en commissarissen, niet gebonden aan het brede richtsnoer van het belang van de vennootschap, maar mogen in beginsel hun eigen (rendements)belang nastreven. Wel dienen zij zich te houden aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid'. [73] HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun), r.o. 4.2.1, waarover ook o.a. Assink 2017, p. 32-45, Timmerman 2012, p. 522-523 en Timmerman 2018, p. 15, die mede opmerkt: 'Tussen het vennootschappelijk belang en strategie bestaat verband' [zonder voetnoot in het origineel]. [74] Een variant daarop is het introduceren in de statuten van een aanwijzingsbevoegdheid van de algemene vergadering in de zin van art. 2:129 lid 4 BW. Onder 'de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen' kan mede de strategie worden verstaan. In deze variant kan de algemene vergadering sturing geven aan de strategiebepaling via zo'n aanwijzing aan het bestuur (wederom behoudens de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur zich bij de vervulling van zijn taak te richten naar het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming als bedoeld in r.o. 3.3.6, vgl. ook art. 2:239 lid 4 BW), wat moet worden onderscheiden van een scenario waarin de strategiebepaling op grond van de statuten primair bij de algemene vergadering zou liggen over de band van de in art. 2:129 lid 1 BW bedoelde statutaire afwijkmogelijkheid. In die variant is art. 2:114a BW dus ook relevant. [75] HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.2.iv. [76] HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun), r.o. 4.3, waarin de Hoge Raad dit afleidt uit r.o. 4.2.1-4.2.3 ('Uit hetgeen hiervoor in 4.2.1-4.2.3 is overwogen, volgt immers (...)'). [77] In HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI) zag dit, gelet op o.a. r.o. 4.5.3, kennelijk mede op de benoeming van bepaalde personen tot adviseur van het

bestuur en de raad van commissarissen, wat betrekking heeft op de organisatie van ASMI als vennootschap. [78] Het hof memoreert in r.o. 18 dat de door Boskalis voorgestane ‘aanbeveling tot ontmanteling van de Antilliaanse Beschermingsconstructie’ volgens Boskalis ‘de governance van de onderneming betreft en niet de strategie in eigenlijke zin; markten, productie, contracten, business model’. Willems 2017, p. 658 acht het ‘moeilijk vol te houden’ dat het willen handhaven van een beschermingsconstructie, zoals hier, ‘nu echt iets [is] van de strategie van de vennootschap’: ‘Dat is toch in wezen niet meer dan een institutionele regeling van vennootschappelijke verhoudingen’. De Hoge Raad plaatst in r.o. 3.3.6 de daar bedoelde inrichtingsvrijheid, waaronder hier ook het lot van de Antilliaanse beschermingsconstructie valt, dus in het kader van ‘het beleid en de strategie van de vennootschap’. Zie ook A.F.J.A. Leijten in nrs. 4-5 bij JOR 2018/142, volgens wie ‘het handhaven van een beschermingsconstructie meer “beleid” [is] dan “strategie (in eigenlijke zin)”’. [79] Ook als de stemming geen rechtsgevolg heeft, is nog steeds sprake van een stempunt en niet van een bespreekpunt, zo redeneert de Hoge Raad klaarblijkelijk. Kennelijk anders R.G.J. Nowak in zijn noot bij JOR 2016/181. Het ligt, gelet op r.o. 3.3.7, m.i. in de rede dat ook als ter algemene vergadering (dus los van art. 2:114a BW) wordt verzocht om een informele stemming, het in stemming brengen van een aanbeveling of motie, dan wel een peiling, en het desbetreffende onderwerp niet onder de bevoegdheid van de algemene vergadering valt, de voorzitter het verzoek mag weigeren. Zie nader A-G Timmerman in nrs. 4.55-4.76 van zijn conclusie en A.F.J.A. Leijten in nrs. 16-17 bij JOR 2018/142. [80] Dit laatste benadrukt de Hoge Raad in HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.6, onder verwijzing naar de Aandeelhoudersrichtlijn, maar herhaalt hij niet in het onderhavige arrest. HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.6 bevat overigens ook een beperking: ‘Daarbuiten hebben aandeelhouders geen recht op het verstrekken van door hen afzonderlijk verlangde informatie. Het recht op nadere inlichtingen is een recht van de AvA als orgaan van de vennootschap, verleend met het oog op vennootschappelijke rekening en verantwoording’. [81] Zie het middel in nr. 2.3.ii, alsmede het hof in r.o. 3.18 (waarover ook de Hoge Raad in r.o. 3.2.2). [82] Gelet ook op hetgeen A-G Timmerman uiteenzet in nrs. 4.69-4.70 van zijn conclusie, valt die uitkomst m.i. wel te begrijpen. Zie verder A-G Timmerman in nr. 4.47 van zijn conclusie over ‘de kern van de omgang tussen bestuur en aandeelhouders’, te weten (1) het luisteren door het bestuur naar de opvattingen van aandeelhouders door uitoefening van hun recht om het woord te voeren op de aandeelhoudersvergadering en (2) het voeren van een continue en constructieve dialoog met aandeelhouders, waarbij (3) geldt dat informatie-uitwisseling een ‘voorwaarde [is] voor het kunnen plaatsvinden van een gemotiveerde uitwisseling van gedachten, ofwel van een zinvolle discussie’. [83] Zie o.a. A-G Timmerman in nrs. 4.28-4.31 van zijn conclusie. [84] Welbeschouwd schuilt in de laatste twee zinnen van r.o. 3.3.4 ook een beperking, zij het ééntje met een hoog uitzonderingskarakter. [85] Ik ga dus uit van een bijeengeroepen algemene

vergadering. De problematiek van art. 2:110-111 BW of aanwending van het enquêterecht (met name art. 2:349a BW) om via de Ondernemingskamer tot afgedwongen bijeenroeping te komen, laat ik rusten. Dit laatste speelde in o.a. Vzr. Rb. Amsterdam 10 augustus 2017, JOR 2017/260 (Elliott International/AkzoNobel), met een kritische noot van R.G.J. Nowak, respectievelijk OK 29 mei 2017, JOR 2017/261 (AkzoNobel) (in beide gevallen zonder succes voor de aandeelhouders die bijeenroeping wensten). Zie daarover o.a. Timmerman 2018, p. 14. [86] OK 29 mei 2017, JOR 2017/261 (AkzoNobel). [87] Timmerman 2018, p. 16 schrijft dat z.i. 'de Ondernemingskamer het voorstel van een aantal aandeelhouders tot ontslag van de president-commissaris naar mijn mening op een wat hybride wijze bespreekt'. C.D.J. Bulten schrijft in nr. 13 van haar noot bij JOR 2017/261: 'De OK vindt dat Akzo het verzoek van Elliott kon opvatten als 'gericht op het verwerven van zeggenschap van de aandeelhouders over de opstelling van Akzo in reactie op de voorstellen van PPG' en daarmee over de strategie van Akzo. En die aandeelhouders hebben geen zeggenschap over de strategie'. [88] Timmerman 2018, p. 16. [89] Kennelijk anders A.F.J.A. Leijten in nr. 15 bij JOR 2018/142. [90] Zie o.a. OK 12 januari 2010, ARO 2010/24 (AHAM), r.o. 3.2-3.7, mede bevattend de meer toegespitste overweging dat 'het bepalen van de koers van de vennootschap weliswaar aan het bestuur is, maar dat aan de (...) algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid toekomt om –| indien die koers haar onwelgevallig is – bestuurders te ontslaan en andere bestuurders te benoemen, uiteraard zolang zij daarmee niet in strijd handelt met hetgeen de redelijkheid en billijkheid vordert'. [91] De uitoefening van deze ontslagbevoegdheid dient uiteraard wel te geschieden met inachtneming van in het bijzonder art. 2:8 lid 1 BW. Ik laat dat hier rusten. Zie o.a. Assink 2017, p. 44. [92] Dat de Ondernemingskamer op de voet van art. 2:349a BW onder omstandigheden kan afwijken van dwingend recht, zoals al is uitgemaakt, is daarbij een relevant gegeven. Zie o.a. HR 14 september 2007, NJ 2007/611 (Versatel), r.o. 4.2 en HR 25 februari 2011, NJ 2011/335 (Inter Access Groep), r.o. 3.9. [93] De zaak zal in beginsel anders liggen als het bestuur niet weigert als hier bedoeld, maar vervolgens (preferente) aandelen worden uitgegeven aan een beschermingsstichting waardoor de stemverhoudingen in de algemene vergadering wijzigen. In dat geval kan de verzoekende aandeelhouder de gang naar de rechter maken, mogelijk de Ondernemingskamer, waarbij echter het toetsingskader veeleer gezocht moet worden in HR 18 april 2003, NJ 2003/286 (RNA), r.o. 3.7; dat is een andere discussie. Zie o.a. Assink | Slagter 2013, par. 76.5, p. 1389-1398. [94] In OK 6 september 2013, JOR 2013/272 (Cryo-Save), r.o. 3.9 baseert de Ondernemingskamer de werking van de responstijd kennelijk op de redelijkheid en billijkheid ex art. 2:8 lid 1 BW. Mij gaat dat te ver, indachtig ook de kritiek daarop van M.W. Josephus Jitta in nrs. 4-6 van zijn noot bij JOR 2013/272 die m.i. hout snijdt. Kennelijk anders A.F.J.A. Leijten in nr. 13 bij JOR 2018/142. Een statutaire bepaling als bedoeld door Timmerman 2018, p. 16 (hij neemt aan dat het succesvol inroepen van de responstijd in ieder geval mogelijk is wanneer 'de aandeelhouders zelf in de

statuten akkoord zijn gegaan met de responstijd') kan daarbij natuurlijk wel van belang zijn. Zie verder o.a. F.G.K. Overkleef, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 414-417. [95] Zie o.a. A-G Timmerman in nr. 4.104 van zijn conclusie, waarin hij erop wijst dat de Aandeelhoudersrichtlijn 'ziet op de *uitoefening* van de in de lidstaten bestaande aandeelhoudersrechten' en dat de doelstelling ervan is 'aandeelhouders van beursvennootschappen de mogelijkheid te bieden hun bestaande rechten overal in de EU *effectief* uit te oefenen' [tweede cursivering BFA]. Past daarbij dat de responstijd, gelet op het effect van inroeping ervan, buiten het bereik van de Aandeelhoudersrichtlijn valt? Ik vind dat moeilijk voorstelbaar. [96] Ik noem het kabinetsvoornemen een wettelijke bedenktijd van maximaal 250 dagen te introduceren, waarover o.a. Kamerstukken II 2016/17, 29826, 70, waarin wordt onderkend dat dan 'rekening gehouden [dient] te worden met het EU-regelgevend kader, waaronder de Europese richtlijnen betreffende de uitoefening van rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde ondernemingen (richtlijn 2007/26/EG), betreffende het openbare overnamebod (richtlijn 2004/25/EG) en de herziene tweede vennoot-schapsrichtlijn (richtlijn 2012/30/EU)'. Voornoemd probleem onderkende het kabinet trouwens eerder in Kamerstukken II 2008/09, 31083, 29, p. 11-12. [97] Er zijn ook wel relevante verschillen tussen art. 2:114a BW en art. 2:224a BW. Zo kent art. 2:224a lid 1 BW een drempel van 1% (niet 3%) en de eigenstandige weigeringsgrond van het 'zwaarwichtig belang van de vennootschap' (strikt genomen te onderscheiden van art. 2:8 lid 2 BW en art. 3:13 lid 1 BW, al lijkt de overgang een vloeiende). En zo zijn de Aandeelhoudersrichtlijn (die de Nederlandse wetgever niet ook vrijwillig heeft willen implementeren in art. 2:224a BW) en de Nederlandse Corporate Governance Code niet geschreven voor niet-beursvennootschappen. [98] Zie www.internetconsultatie.nl/langetermijnbetrokkenheidaandeelhouders. [99] Zie vanuit het perspectief van een familievennootschap in de vorm van een bv o.a. Assink 2017, p. 32-47. [100] Zie o.a. noten 51-53 en 69 hiervoor.

ANNOTATIE

Interne bestuurdersaansprakelijkheid en de klachtplicht: de uitzondering op de regel of de regel op de uitzondering?

S.A.L.L. Caris en D.J.M. Kulk

In de bijdrage wordt ingegaan op toepassing van de klachtplicht op bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. De auteurs komen tot de conclusie dat er geen goede dogmatische en praktische redenen zijn om de klachtplicht niet van toepassing te verklaren op bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW.

1 Inleiding

Sinds een aantal jaren wordt er door rechtszoekenden in toenemende mate een beroep gedaan op de klachtplicht.[1] Ook bestuurders die ex artikel 2:9 van het Burgerlijk Wetboek (BW) aansprakelijk zijn gesteld, doen met enige regelmaat een beroep op de klachtplicht.

Het toepassingsbereik van de klachtplicht is door de Hoge Raad in voorbijgaande jaren in een aantal richtinggevende arresten ingekaderd. Tot op heden heeft de Hoge Raad zich echter nog niet uitgelaten over de vraag of de klachtplicht van toepassing is op bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. De lagere rechtspraak en de literatuur zijn hierover verdeeld. De heersende leer in de literatuur is dat de klachtplicht niet van toepassing is.[2] Dit wordt in de lagere rechtspraak meestal gevolgd, maar er zijn uitzonderingen.[3] De argumenten die in de literatuur en de lagere rechtspraak tegen toepassing van de klachtplicht worden aangevoerd, overtuigen in onze optiek evenwel niet. In deze bijdrage zullen wij beargumenteren waarom de klachtplicht in onze ogen wél van toepassing is in geval van aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW.[4] Toepassing van de klachtplicht op interne bestuurdersaansprakelijkheid past in het systeem van de wet en er zijn geen (onoverkomelijke) bezwaren die zich tegen toepassing verzetten. De in de literatuur gegeven (praktische) bezwaren maken niet dat de klachtplicht geen toepassing vindt op interne bestuurdersaansprakelijkheid. Op voorhand merken wij reeds op dat ook in onze optiek de klachtplicht niet snel geschonden zal zijn in geval van interne bestuurdersaansprakelijkheid. Echter, het categorisch uitsluiten van de klachtplicht op interne bestuurdersaansprakelijkheid

is niet juist.

Wij beginnen in paragraaf 2 met een uiteenzetting van het leerstuk van de klachtplicht aan de hand van de wetsgeschiedenis en de door de Hoge Raad uiteengezette kaders. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de verbintenis als beslissend element voor toepassing van de klachtplicht. In paragraaf 3 wordt een kort (niet-limitatief) overzicht gegeven van de literatuur en de rechtspraak ten aanzien van de klachtplicht in relatie tot aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. In paragraaf 4 staat de rechtsbetrekking tussen een bestuurder en de vennootschap centraal. De kwalificatie van deze rechtsbetrekking is naar onze mening relevant voor de vraag of de klachtplicht van toepassing is op interne bestuurdersaansprakelijkheid. Wij eindigen met een praktische invulling van de klachtplicht in geval van interne bestuurdersaansprakelijkheid (par. 5).

2 De klachtplicht

2.1 De klachtplicht van artikel 6:89 BW

Krachtens artikel 6:89 BW kan een schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Artikel 6:89 BW valt uiteen in de verplichting van de schuldeiser om te onderzoeken of de prestatie aan de verbintenis voldoet (de ‘onderzoeksplicht’) en de verplichting van de schuldeiser om de schuldenaar hieromtrent met spoed te informeren (de ‘meldingsplicht’). De klachtplicht heeft een ‘alles of niets’-karakter en resulteert in rechtsverlies: indien de schuldeiser te laat klaagt, verliest hij al zijn rechten.[5]

2.2 Ratio achter de klachtplicht

De ratio achter de klachtplicht is bescherming van een schuldenaar tegen (te) late en daardoor moeilijk betwistbare klachten.[6] Met andere woorden: een schuldenaar dient te worden beschermd tegen een schuldeiser die talmt met de (op hem rustende) onderzoeks- en meldingsplicht. De klachtplicht gaat terug tot het Pekingendeenden-arrest,[7] welk arrest is gewezen onder het oude BW. Onder het oude BW voorzag de wet niet in de klachtplicht. In het Pekingendeenden-arrest stond de periodieke verkoop van pekingeenden centraal. Indien de kwaliteit van een partij eenden ondermaats bleek te zijn, kon de koper aanspraak maken op verlaging van de koopprijs. Nadat de koper een aantal maal eigenhandig een verlaging van de koopprijs had doorgevoerd, verzocht de verkoper om volledige betaling van de koopprijs. In de tussenliggende periode was de partij eenden al door de koper verwerkt. Daardoor was de koper niet langer in staat aan te tonen dat de door hem afgenomen partij eenden inderdaad ondermaats was. De Hoge Raad overwoog dat de redelijkheid en billijkheid zich ertegen verzet

dat de verkoper alsnog aanspraak kon maken op volledige betaling van de koopprijs, aangezien de bewijspositie van de koper door het 'stilzitten' van de verkoper was geschaad. De verkoper had eerder zijn klachten tegen het eenzijdig aanpassen van de koopprijs door de koper kenbaar dienen te maken. Het Pekingende-arrest illustreert dat de klachtplicht beoogt te voorkomen dat een schuldenaar in een moeilijke(re) bewijspositie komt door het late tijdstip van de klacht (de bewijspositie).[8] Daarnaast dient de klachtplicht twee andere belangen:

1. het belang van de schuldenaar om de gevolgen van zijn tekortkoming te beheersen en te beperken (de schadebeperking); en
2. het belang van de schuldenaar om zijn rechtspositie in een vroeg stadium te bepalen (de rechtszekerheid).[9]

2.3 De reikwijdte van de klachtplicht

Van de Steeg/Rabobank is op dit moment het standaardarrest ten aanzien van de klachtplicht. In dit arrest heeft de Hoge Raad allereerst overwogen dat artikel 6:89 BW van toepassing is op *alle verbintenissen*.^[10] Daarnaast heeft de Hoge Raad overwogen dat de vraag of een schuldeiser binnen bekwame tijd heeft geklaagd over gebreken in de prestatie, niet in algemene zin kan worden beantwoord. Ter beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd, dient de schuldeiser (1) het onderzoek te verrichten dat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem mag worden verwacht (de onderzoeksplicht), en (2) binnen bekwame tijd nadat hij heeft ontdekt of bij een dergelijk onderzoek had behoren te ontdekken dat de prestatie niet aan de overeenkomst beantwoordt, de schuldenaar hiervan in kennis te stellen (de meldingsplicht). De lengte van de termijn die beschikbaar is voor het onder (1) bedoelde onderzoek is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hierbij dient acht te worden geslagen op de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie.^[11] Voorts is van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd (het nadeelsvereiste).^[12]

2.4 De verbintenis als beslissend element voor de toepassing van de klachtplicht

Zoals gezegd, heeft de Hoge Raad in Van de Steeg/Rabobank overwogen dat de klachtplicht van toepassing is op *alle verbintenissen*. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt in onze optiek niet dat hij de klachtplicht wenst te beperken tot bepaalde rechtsrelaties. De aanwezigheid van een verbintenis lijkt bepalend te zijn voor de vraag of de klachtplicht van toepassing is. Dit roept de vraag op wat onder een verbintenis moet worden verstaan, en meer in het bijzonder, of de rechtsbetrekking tussen een bestuurder en de vennootschap

gekwalficeerd dient te worden als een verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is.

De term verbintenis laat zich doorgaans omschrijven als een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee of meer personen krachtens welke de een verplicht is tot een bepaalde prestatie, waartoe één of meer andere personen gerechtigd zijn.[13] Het betreft een rechtsplicht waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert.[14] Verbintenissen die vallen onder de reikwijdte van afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW, zijn slechts die rechtsbetrekkingen met een vermogensrechtelijk karakter.[15] In artikel 3:6 BW is een niet-limitatieve opsomming van vermogensrechten opgenomen.[16] In dit artikel worden die rechten als vermogensrecht aangeduid die (1) overdraagbaar zijn, (2) de rechthebbende stoffelijk voordeel verschaffen of (3) verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel.[17] De zogeheten ‘kale’ rechtsplicht, die doorgaans een verplichting tot een niet-doen inhoudt (lees: het onthouden van het begaan van een onrechtmatige daad), strekt zich niet uit tot één of meer *bepaalde* personen en is daarmee geen verbintenis.[18]

3 Interne bestuurdersaansprakelijkheid en de klachtplicht

3.1 De klachtplicht in relatie tot aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW

Zoals opgemerkt, heeft de Hoge Raad zich tot op heden nog niet uitgelaten over de toepasselijkheid van de klachtplicht bij aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Deze vraag heeft wel op aandacht in de literatuur mogen rekenen.

De overgrote meerderheid van de auteurs is van mening dat de klachtplicht niet van toepassing is op vorderingen gestoeld op artikel 2:9 BW. Daarbij worden zowel dogmatische als praktische argumenten naar voren gebracht. Veelal wordt gewezen op de plaats die het vennootschapsrecht inneemt ten opzichte van het vermogensrecht (waartoe de klachtplicht behoort). Anders dan het vermogensrecht (dat zijn basis zou vinden in contractuele verhoudingen), zou het vennootschapsrecht worden gekenmerkt door zogeheten ‘lidmaatschapsverhoudingen’.[19] Ook wordt gesteld dat de klachtplicht alleen van toepassing is bij een *gebrekkige prestatie*. Daarvan zou bij een verbintenis uit de wet – zoals artikel 2:9 BW in dat verband wordt gezien – geen sprake zijn.[20] Ook is gewezen op andersoortige bezwaren.[21] Zo zou een bestuurder bij toepassing van de klachtplicht (in beginsel) worden geacht over zichzelf te klagen. Het principe van collectief bestuur, waarbij het gehele bestuur hoofdelijk aansprakelijk is voor de tekortkoming, zou daarmee als een boemerang voor de klagende bestuurder kunnen terugkomen.[22] Daarnaast zou veelal een complexe evaluatie van het bestuurlijk handelen nodig zijn, alvorens een gebrek in de prestatie zou kunnen worden vastgesteld. Dit zou ertoe (kunnen) leiden dat moeilijk zou zijn te bepalen *wanneer* de

vennootschap het gebrek in de prestatie had behoren te ontdekken. Voorts zouden psychologische factoren een rol spelen. 'Klager' en 'schuldenaar' zijn in werkelijkheid collega's die intensief samenwerken. Het vereiste van 'terstond klagen' kan in de optiek van tegenstanders van toepassing van de klachtplicht meebrengen dat het klagen moet geschieden als de bestuurder nog in functie is.[23]

Een minderheid van de auteurs meent daarentegen dat het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt, inhoudende dat de klachtplicht van toepassing is op *alle verbintenissen*, leidend moet zijn.[24] Gelet hierop zou de klachtplicht ook van toepassing zijn op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Zo wijst Schennick erop dat het onderscheid tussen de contractuele en de vennootschapsrechtelijke rechtsverhouding niet bepalend moet zijn. Hij meent dat het (dogmatisch) juister is om de klachtplicht wel van toepassing te achten op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW.[25]

3.2 De rechtspraak ten aanzien van toepasselijkheid van de klachtplicht op interne bestuurdersaansprakelijkheid

De lagere rechtspraak geeft ook een gemengd beeld. De Rechtbank Zeeland-West-Brabant overwoog dat de klachtplicht zich niet voor toepassing leent in geval van interne bestuurdersaansprakelijkheid.[26] Ter onderbouwing wees de rechtbank op de rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de vennootschap. Deze rechtsbetrekking ontstaat door aanvaarding van de benoeming van de bestuurder door de algemene vergadering van aandeelhouders, krachtens welke rechtsbetrekking de bestuurder verplicht is tot behoorlijk bestuur en de vennootschap gerechtigd is tot deze prestatie. Deze verplichting van de bestuurder tot behoorlijk bestuur zou geen 'subjectief vermogensrecht' zijn waar afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW op van toepassing is. Artikel 2:9 BW zou slechts een norm inhouden voor het handelen van de bestuurder bij de vervulling van de hem opgedragen taak. Pas na schending van deze norm zou een verbintenis ontstaan. Meer recentelijk oordeelde ook het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat een bestuurder in een vennootschapsrechtelijke verhouding tot de vennootschap staat en dat hier geen verbintenis uit voortkomt waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is.[27] Met de verplichting van de bestuurder zou geen subjectief vermogensrecht van de vennootschap corresponderen.[28]

De Rechtbank Midden-Nederland nam daarentegen aan dat de klachtplicht wel van toepassing is op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW.[29] De rechtbank achtte van doorslaggevend belang dat artikel 6:89 BW van toepassing is op *alle verbintenissen*. In een andere uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland werd eenzelfde 'denklijn' gevolgd.[30] De rechtbank overwoog dat de vordering uit hoofde van artikel 2:9 BW is gegrond op de verbintenis tussen de bestuurder en de vennootschap. Uit die verbintenis vloeit voort dat het

bestuur van de vennootschap aan de bestuurder is opgedragen en tevens dat hij gehouden is deze taak behoorlijk te vervullen. Dit impliceert dat artikel 6:89 BW ook van toepassing zou zijn op vorderingen ex artikel 2:9 BW.

4 De rechtsrelatie

4.1 De rechtsrelatie tussen de vennootschap en de bestuurder

De te leveren prestatie op grond van de overeenkomst tussen de vennootschap en haar bestuurder is behoorlijk bestuur. Immers, de bestuurder is gehouden tot behoorlijk bestuur, en de vennootschap is gerechtigd tot behoorlijk bestuur. De verplichting tot behoorlijk bestuur is daarmee de passieve zijde en het daarmee corresponderende recht van de vennootschap de actieve zijde. Het betreft daarmee een onstoffelijke prestatie die geen resultaat belooft.[31]

In het verlengde hiervan ligt de kwalificatie van de verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap. De kwalificatie van deze verhouding is in onze optiek van cruciaal belang voor de vraag of de klachtplicht van toepassing is op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. De rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap wordt beheerst door zowel het vennootschapsrecht van Boek 2 BW (de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking) als het verbintenissenrecht van Boek 6 en 7 BW (de verbintenissenrechtelijke rechtsbetrekking). Deze rechtsbetrekking bestaat uit twee – al dan niet afzonderlijke – relaties. In de literatuur wordt deze rechtsbetrekking (en de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen) verschillend uitgelegd.[32] Zo wordt verdedigd dat sprake is van een gemengde rechtsbetrekking.[33] In die visie wordt betoogd dat de vennootschapsrechtelijke en (eventueel) de verbintenissenrechtelijke rechtsbetrekking weliswaar van elkaar te onderscheiden zijn, maar desondanks dermate met elkaar verweven zijn dat sprake is van één rechtsbetrekking waarop in beginsel zowel de bepalingen van Boek 2 BW als die van Boek 6 en 7 BW van toepassing zijn. Daarentegen is door anderen betoogd dat sprake is van een dubbele rechtsbetrekking waarbij twee te onderscheiden rechtsbetrekkingen van toepassing zijn. Boek 2 BW is van toepassing op de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking, terwijl Boek 6 en 7 BW van toepassing zijn op de verbintenissenrechtelijke rechtsbetrekking.[34]

Dubbele rechtsbetrekking

Indien men uitgaat van een dubbele rechtsbetrekking, waarbij dus sprake is van twee afzonderlijke rechtsbetrekkingen, is het van belang om te bezien of aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW voortvloeit uit de verbintenissenrechtelijke of uit de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking. Wordt de conclusie getrokken dat aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW voortvloeit uit de verbintenissenrechtelijke rechtsbetrekking,[35] dan zien wij geen reden om de klachtplicht niet van toepassing te verklaren. Dit omdat de klachtplicht van toepassing is op de

verbintenisrechtelijke rechtsrelatie. Daarentegen wordt ook wel verdedigd dat aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW gekwalificeerd moet worden als een aansprakelijkheid die voortvloeit uit de vennootschapsrechtelijke verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap.[36] In het geval dat sprake is van een dubbele rechtsbetrekking – waarbij aansprakelijkheid voortvloeit uit de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking – dient te worden gezien of deze vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking gekwalificeerd kan worden als een verbintenis zoals beschreven in paragraaf 2.4. Wij zouden deze vraag bevestigend willen beantwoorden. Dat wil zeggen dat de klachtplicht ook in dat geval van toepassing is. Wij komen tot deze conclusie gelet op het gegeven dat behoorlijk bestuur (de verplichting) strekt tot stoffelijk voordeel (in de zin van art. 3:6 BW) van de vennootschap.

Gemengde rechtsbetrekking

In het geval men uitgaat van één gemengde rechtsbetrekking – hetgeen suggereert dat sprake is van een gemengde overeenkomst,[37] en dus toepasselijkheid van artikel 6:215 BW – zijn op deze (gemengde) rechtsbetrekking in beginsel zowel de bepalingen van Boek 2 BW als die van Boek 6 en 7 BW van toepassing, en daarmee dus ook (in beginsel) de klachtplicht ex artikel 6:89 BW. Zoals gezegd, wordt aangenomen dat de klachtplicht van toepassing is op een arbeidsovereenkomst en op een overeenkomst van opdracht (welke overeenkomsten worden beheerst door Boek 6 en 7 BW).[38] Opmerking verdient dat dit doorgaans het geval zal zijn, aangezien het leerstuk van samenloop cumulatief als uitgangspunt kent. Dit is slechts anders indien de desbetreffende regels niet naast elkaar van toepassing zijn omdat de desbetreffende wettelijke bepalingen niet met elkaar verenigbaar zijn. Dit betekent ook dat dan aan de hand van de door de Hoge Raad geformuleerde regels van samenloop moet worden gezien of deze ‘uitzondering’ van de samenloopregel zich verzet tegen toepassing van de klachtplicht op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Het voorgaande doet de vraag rijzen of de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking (en dus het vennootschapsrecht) zich verzet tegen cumulatief en daarmee tegen toepassing van de klachtplicht.

Het vennootschapsrecht maakt onderdeel uit van het (algemeen) privaatrecht en verzet zich niet tegen toepassing van de klachtplicht op bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW

In de literatuur is verdedigd dat lidmaatschapsverhoudingen (Boek 2) en contractuele verhoudingen (Boek 6) zich van elkaar onderscheiden.[39] Zij worden gepresenteerd als tegenstellingen. In Boek 2 BW staan de lidmaatschapsverhoudingen centraal. Op basis van deze lidmaatschapsverhoudingen wordt aangenomen dat wordt besloten bij meerderheidsbesluit. De benoeming van een bestuurder vindt weliswaar plaats bij meerderheidsbesluit, maar hiermee komt alleen een aanbod tot stand. Dit aanbod moet immers nog door de bestuurder worden aanvaard. Na aanvaarding treedt de bestuurder toe tot

de interne rechtsorde van de vennootschap en is hij op basis van artikel 2:9 BW gehouden tot behoorlijk bestuur. Deze verplichting tot behoorlijk bestuur dient tot stoffelijk voordeel van de vennootschap en is een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW. Wordt de conclusie getrokken dat dit gekwalificeerd dient te worden als een lidmaatschapsverhouding, dan dient deze verhouding ook te worden aangemerkt als een verbintenis in de zin van afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW.[40] Door Rijsterborgh en Veldhoen wordt evenwel verdedigd dat aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW voortvloeit uit deze lidmaatschapsverhouding en dat dit niet gekwalificeerd kan worden als een verbintenis als bedoeld in afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW.[41] Zij betogen dat artikel 2:9 BW onderdeel uitmaakt van het vennootschapsrecht en – begrijpen wij hen goed, dan lijken zij hiermee te willen betogen – dat de klachtplicht hierdoor niet zou kunnen ‘doorwerken’ in het vennootschapsrecht.

Wij zien dit anders. Het vennootschapsrecht maakt deel uit van het BW en dus is het algemeen vermogensrecht ook van toepassing op het vennootschapsrecht. Dit was reeds zo voor de invoering van Boek 2 BW, toen het vennootschapsrecht was opgenomen in het Wetboek van Koophandel (WvK). In artikel 1 WvK is opgenomen:

‘Het Burgerlijk Wetboek is, voor zoo verre daarvan bij dit Wetboek niet bijzonderlijk is afgeweken, ook op de in dit Wetboek behandelde onderwerpen toepasselijk.’

Met het verplaatsen van de naamloze vennootschap naar het BW is dit niet anders geworden. Zie in gelijke zin Eykman, die ten aanzien van het huidige artikel 2:9 BW terecht opmerkt dat dit artikel is geschreven vanuit de op de bestuurder rustende verantwoordelijkheidsplicht en dat aansprakelijkheid van de bestuurder ‘niet louter en niet in de eerste plaats’ beoordeeld moet worden aan de hand van de bepalingen in Boek 2 BW.[42] Ook in gelijke zin Van Schilfgaarde, die stelt dat de vennootschapsrechtjurist ervoor dient te waken dat hij niet uit het oog verliest dat het vennootschapsrecht alleen bestaat ‘krachtens de inbedding van dat gebied in het algemene privaatrecht’.[43] Van Schilfgaarde noemt het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid een uitwerking van de privaatrechtelijke leerstukken van onrechtmatige daad en wanprestatie. Ook Verdam lijkt hetzelfde voor te staan en spreekt over doorwerking van algemene bepalingen in de deelrechtsorde van het vennootschapsrecht. In zijn optiek kan het vennootschapsrecht zich niet afsluiten van het algemene privaatrecht.[44]

4.2 Kwalificatie van aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW

De uit artikel 2:9 BW voortkomende verbintenissen vertonen veel gelijkenissen met de verbintenissen die voortkomen uit wettelijke bepalingen die onderhevig zijn aan de klachtplicht. Wij beschouwen artikel 2:9 BW als een verbijzondering van de ‘normale’ tekortkoming, in die zin dat aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW wordt beperkt om (in de

woorden van Kroeze) ‘bange bestuurders’ te voorkomen.[45] Omdat artikel 2:9 BW een uitwerking dan wel een verbijzondering is van aansprakelijkheid, die haar oorsprong vindt in de (arbeids)overeenkomst – en dus in een verbintenis –, heeft in onze optiek te gelden dat de klachtplicht hierop (overeenkomstig) van toepassing is.[46] Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden overwoog dat de bestuurder in een vennootschapsrechtelijke verhouding tot de vennootschap staat en dat de rechten en plichten van een bestuurder in de wet zijn geregeld. Aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW is gebaseerd op deze verplichting van een bestuurder jegens de vennootschap tot behoorlijke taakvervulling.[47] Vervolgens overwoog het gerechtshof: ‘Met deze verplichting van de bestuurder *correspondeert immers geen subjectief vermogensrecht van de vennootschap*’ (cursivering SC & DK). Afgezet tegen de hiervoor omschreven inbedding van het vennootschapsrecht in het BW, in samenhang met paragraaf 2.4, is de hiervoor omschreven conclusie van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden onjuist. De verplichting van de bestuurder dient wel te worden aangemerkt als een verbintenis en is wel degelijk een subjectief vermogensrecht. Ook de door de Hoge Raad gebruikte terminologie lijkt dit te ondersteunen. Zo spreekt de Hoge Raad in relatie tot bestuurdersaansprakelijkheid over ‘tekortgeschoten’[48] en een ‘tekortkoming’ van de bestuurder.[49] Dit duidt op een tekortkoming in de verplichtingen uit een overeenkomst, hetgeen weer op een verbintenis duidt.

5 De klachtplicht in de praktijk

Tot slot een aantal opmerkingen over de praktische uitwerking indien – in de lijn met onze visie – wordt aangenomen dat de klachtplicht van toepassing is op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Het gegeven dat de relatie tussen een bestuurder en een vennootschap dient te worden beschouwd als een duurrelatie, staat niet aan de toepasselijkheid van de klachtplicht in de weg.[50] Zo heeft de Hoge Raad overwogen dat de klachtplicht ook van toepassing is op duurrelaties.[51] Met Verboom menen wij dat de bestuursplicht evenzeer een specifieke norm is, die niet wezenlijk verschilt van de zorgplicht die geldt in beleggingsadvies-, aanneming-van-werk- en arbeidsrechtrelaties.[52]

Het praktische argument dat het vreemd is dat een bestuurder bij toepassing van de klachtplicht over zichzelf moet klagen, maakt het voorgaande in onze ogen niet anders. Naast het bestuur kunnen namelijk ook andere vennootschapsrechtelijke organen klagen.[53] Nadat de vennootschap heeft voldaan aan de klachtplicht, kan op een later moment een vordering tegen een (voormalig) bestuurder worden ingesteld. Ook het argument dat de ratio achter artikel 6:89 BW zich tegen toepassing zou verzetten, aangezien in de toelichtende stukken uitsluitend wordt verwezen naar (stoffelijke) prestaties (zoals bij koop), waarbij een concreet moment kan worden geïdentificeerd waarop de zaak (deugdelijk) moet worden geleverd, overtuigt ons inziens niet.[54] De Hoge Raad heeft eerder toepassing van de klachtplicht

aangenomen op de bancaire zorgplicht. Ook hier is sprake van een onstoffelijke inspanningsverplichting.

Daarbij komt dat de Hoge Raad streeft naar rechtseenheid.[55] De Hoge Raad spreekt over alle verbintenissen. Een uitzondering is dan ook niet goed denkbaar, tenzij hier goede rechtvaardigingsgronden voor zijn.[56] Het is zuiverder de klachtplicht wel van toepassing te verklaren, maar vervolgens aan te nemen dat de klachtplicht niet snel geschonden zal zijn.[57]

Bij beantwoording van de vraag of de vennootschap (of haar curator) binnen bekwame tijd heeft geklaagd, zijn alle omstandigheden van het geval van belang. De aard van de rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de vennootschap maakt in onze optiek dat de klachtplicht niet snel is geschonden. Hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij artikel 3:321 lid 1 onder d BW. Dit artikel bepaalt dat zolang een persoon bestuurder van een rechtspersoon is, vorderingen van die rechtspersoon op de bestuurder niet verjaren zolang hij bestuurder is. Gelet hierop heeft de wetgever het niet wenselijk geacht dat vorderingen op bestuurders verjaren gedurende de periode (en zes maanden na afloop) dat zij bestuurder zijn. Ook kan worden betoogd dat indien een bestuurder had behoren te klagen – en dit heeft nagelaten –, dit ook als onbehoorlijk bestuur kan worden aangemerkt dat heeft voortgeduurd tot aan zijn defungeren als bestuurder.[58]

De periode waarin de vennootschap dient te klagen, is in onze visie in sterke mate afhankelijk van het specifieke verwijt dat de bestuurder valt te maken. In gevallen waarin het onbehoorlijk bestuur moeilijk kenbaar is[59] voor de vennootschap, of zelfs wordt verhuld door de bestuurder, zal in de regel een lange(re) termijn aan de vennootschap dienen te worden gegund.[60] Dat geldt in onze optiek evenzeer voor een complex aan verwijten die elk individueel van kleine(re) aard lijken, waarbij elke afzonderlijke handeling weinig opvalt en niet tot direct ingrijpen uitnodigt, maar die desalniettemin resulteren in aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW.[61] Daarentegen zal in onze optiek mededeling van de bestuurder aan de algemene vergadering van aandeelhouders omtrent zijn handelen (ten aanzien waarvan de algemene vergadering van aandeelhouders – om haar moverende redenen – geen decharge verleent) kunnen bijdragen aan schending van de klachtplicht indien een ruim tijdsverloop zit tussen de mededeling en het klagen. Ook de algemene vergadering van aandeelhouders mag niet stilzitten indien zij weet heeft van onbehoorlijk bestuur.

Een van de argumenten tegen toepasselijkheid van de klachtplicht is dat de bestuurder over zichzelf (of zijn medebestuurders) zou moeten klagen. Wij zouden willen aannemen dat de vennootschap vormvrij kan klagen. Het klagen zou besloten kunnen liggen in wilsuitingen, zoals geuit tijdens een algemene vergadering van aandeelhouders.[62]

De klachtplicht kan tevens uitkomst bieden in het geval een bestuurder handelt in opdracht van de vennootschap.

Een bestuurder die handelt in opdracht van de algemene vergadering van aandeelhouders (bijvoorbeeld in geval van een instructie ex art. 2:239 lid 4 BW) zal zich met een beroep op de klachtplicht kunnen verweren tegen een aansprakelijkstelling door de vennootschap. Immers, in genoemd geval is er aanstonds kennis bij de vennootschap van het onbehoorlijk bestuur. Deze kennis maakt dat de onderzoekstermijn direct zal aanvangen. De vennootschap zal als gevolg hiervan in actie dienen te komen. Indien zij dit niet binnen een redelijke termijn doet, zou dit een omstandigheid kunnen zijn die het aannemen van schending van de klachtplicht rechtvaardigt.

Ook zal gewicht toekomen aan benadeling aan de zijde van de bestuurder. Dit *nadeelsvereiste* is volgens de Hoge Raad een van de bepalende gezichtspunten (van 'groot gewicht') voor de vraag of de klachtplicht is geschonden. In het geval dat de belangen van de bestuurder niet zijn geschonden, zal niet snel reden zijn om schending van de klachtplicht aan te nemen.[63] Voorbeelden waarin sprake is van benadeling laten zich gemakkelijk indenken. Gedacht zou kunnen worden aan de situatie waarin de vennootschap (of haar curator in faillissement) wacht met het kenbaar maken van haar klacht(en), en de bestuurder de eerder door hem afgesloten bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering niet verlengt en hij ook niet hoeft te verwachten dat hij alsnog aansprakelijk zal worden gesteld.[64] Indien de vennootschap wacht met klagen tot het moment dat de bestuurder geen dekking meer heeft, is er evident sprake van benadeling. Dit zou in onze optiek een omstandigheid kunnen zijn die het aannemen van schending van de klachtplicht zou kunnen rechtvaardigen.

Het is gewenst dat de Hoge Raad op korte termijn de mogelijkheid krijgt duidelijkheid te geven over de vraag of de klachtplicht van toepassing is op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Hier dient men zich bij te bedenken dat het recht een sociaal bedenkfel is en geen natuurlijk fenomeen, maar wel een bedenkfel dat behoefte heeft aan duidelijkheid.

6 Conclusie

In dit artikel stond de verhouding tussen de klachtplicht en interne bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW centraal. Wij concluderen dat de verhouding tussen een bestuurder en de vennootschap een verbintenis is waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is. Wij komen tot deze conclusie gezien het feit dat behoorlijk bestuur (ongeacht de kwalificatie van de rechtsbetrekking) dient tot stoffelijk voordeel (in de zin van art. 3:6 BW) van de vennootschap. In artikel 3:6 BW is een opsomming van vermogensrechten opgenomen. Verbintenissen die vallen onder de reikwijdte van afdeling 9

van titel 1 van Boek 6 BW, zijn slechts die rechtsbetrekkingen met een vermogensrechtelijk karakter.

Als gevolg hiervan dient interne bestuurdersaansprakelijkheid niet te worden aangemerkt als een uitzondering op de regel, deze aansprakelijkheid valt ook onder het toepassingsbereik van de klachtplicht. Wij komen tot deze gevolgtrekking op basis van een analyse van de 'verbintenis' en de rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de vennootschap. Daarnaast is een uitzondering niet noodzakelijk en tevens niet wenselijk in het kader van de rechtseenheid. Wij komen dan ook tot de slotsom dat er geen goede redenen zijn om de klachtplicht niet van toepassing te verklaren op artikel 2:9 BW. Daarentegen zijn er juist overtuigende argumenten om de klachtplicht wel van toepassing te verklaren. Toepassing van de klachtplicht op artikel 2:9 BW zal geen grote (praktische) complicaties tot gevolg hebben; de klachtplicht is weliswaar van toepassing, maar zal niet snel geschonden zijn. Slechts in uitzonderingsgevallen zal hiervan sprake zijn. Juist voor die uitzonderlijke gevallen is de klachtplicht geschreven. Ook verzet het vennootschapsrecht zich niet tegen toepassing. Voorts komt toepassing de rechtseenheid ten goede. Het is nu wachten op ons hoogste rechtscollege.

Noten

[1] Zie onder meer HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank). In de literatuur is al lange tijd kritiek op de verstrekkende consequenties van de klachtplichtregeling. Zie o.a. V. van den Brink, Een beetje te laat, NTBR 2011, afl. 3, p. 113-114 en J. Hijma, De klachtplicht beteugeld, in: W.H. van Boom, C. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M. de Deugd-Dijkman & J. Hijma (red.), Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 167-182.

[2] Zie onder meer M.J. Kroeze, Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid, *RMThemis* 2015, afl. 5, p. 186 en J.B. Huizink, Klachtplicht. Art. 6:89 BW, *TvI* 2013/37.

[3] Zie onder meer Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, JOR 2013/237 (Landis) en Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198.

[4] Daarbij verdient opmerking dat een vordering op grond van art. 2:9 BW kan afstuiten op decharge die veelal aan bestuurders wordt verleend (uiteraard uitsluitend ingeval de decharge zich uitstrekt over gegevens die uit de jaarrekening blijken of anderszins aan de algemene vergadering van aandeelhouders bekend zijn gemaakt voorafgaand aan het verlenen van de decharge).

[5] Zie voor kritiek op dit 'alles of niets'-karakter C. Bollen & T. Hartlief, De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld, *NJB* 2009/2192.

[6] Parl. Gesch. Boek 7, p. 146 en MvA II, Parl. Gesch. Boek 7, p. 152. Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 316-317 en HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (Ploum/Smeets).

[7] HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996, NJ 1968/25 (Pekingenden).

[8] J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 333a; R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b), Deventer: Kluwer 2013, par. 31; Peter, in: GS Onrechtmatige daad, VI.1.11. Zie ook HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, NJ 2008/605 (Amsing/Dijkstra-Post).

[9] In de meeste gevallen zal dit het individuele belang (het rechtszekerheidsbeginsel) van de schuldenaar betreffen, maar in bepaalde omstandigheden is het (meer abstracte) verkeersbelang ook gediend bij een tijdige klacht. Zie ook A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 21 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1529, NJ 2002/540 (Van Est/Kimberly).

[10] HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank).

[11] HR 8 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615, NJ 2010/545 (Tan e.a./Chipshol en Forward).

[12] In dit verband dient de rechter – aldus de Hoge Raad – rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren, zoals in art. 6:89 BW is vermeld, en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop is geprotesteerd, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken.

[13] J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen* (Mon. BW A2), Deventer: Kluwer 2003, p. 7; Asser/Sieburgh 6-I 2016/6; Hijma & Olthof 2017, par. 299.

[14] Parl. Gesch. Boek 6, p. 38.

[15] Asser/Sieburgh 6-I 2016/6.

[16] Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/1.0.

[17] R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 38.

[18] Smits 2003, p. 6. Zie ook HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, in welk arrest de Hoge Raad overwoog dat de klachtplicht niet van toepassing is op een vordering uit onrechtmatige daad. Zie anders E.A.L. van Emden & M. de Haan, Klachtplicht ook bij (zuivere) onrechtmatige

daad?, AV&S 2013, afl. 11, p. 91-95, die betogen dat de klachtplicht ex art. 6:89 BW ook toegepast kan worden op een kale rechtsplicht en daarmee op een vordering uit onrechtmatige daad.

[19] Zo zoekt Schild het argument voor uitsluiting van de klachtplicht bij aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW in de 'oorsprong' van de op de bestuurder rustende 'prestatie'. Deze prestatie zou haar oorsprong niet vinden in een verbintenis, maar in het vennootschapsrecht (de vennootschapsrechtelijke rechtsverhouding). Gelet hierop zou de klachtplicht per definitie niet van toepassing zijn op aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. A.J.P. Schild, De klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid, *bien étonnés de se trouver ensemble?*, in: E.B. Rank-Berenschot, L. Strikwerda, L. Timmerman, & P. Vlas (red.), *Alles afgewogen: privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense ter gelegenheid van haar afscheid als Plaatsvervangend Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 59-66. Zie ook A.J. Rijsterborgh & Z.D. Veldhoen, De onwenselijkheid van de toepassing van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en praktisch perspectief, MvV 2015, p. 101-103.

[20] Tjittes zoekt de dogmatische rechtvaardiging voor het niet van toepassing zijn van de klachtplicht op aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW in art. 6:89 BW zelf. Art. 6:89 BW beperkt zijn toepassingsbereik tot een *gebrekkige prestatie*. Daarvan is bij een verbintenis uit de wet, zoals art. 2:9 BW in zijn optiek wordt gezien, geen sprake. Het oordeel van de Hoge Raad uit Van de Steeg/Rabobank, dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen, dient in zijn optiek te worden gelezen in de context van die betreffende rechtsoverweging, waarbij het toepassingsbereik van art. 6:89 BW wordt afgezet tegen het toepassingsbereik van art. 7:23 BW (koop). De Hoge Raad heeft daarmee naar de mening van Tjittes niet willen zeggen dat de klachtplicht ook van toepassing is op alle verbintenissen uit de wet. R.P.J.L. Tjittes, Een klachtplicht bij interne bestuurdersaansprakelijkheid?, in: G. van Solinge, J. van Bekkum, N. Kreileman & B.A. Schuijling (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 473-488.

[21] Zo menen Kroeze en Wezeman dat het efficiënter zou zijn om aanstonds duidelijk te maken dat de klachtplicht niet van toepassing is op art. 2:9 BW. In hun optiek zou er voor uitzonderlijke gevallen een beroep op het leerstuk van rechtsverwerking mogelijk zijn via de band van art. 2:8 BW. In dat verband wijzen zij erop dat het van toepassing verklaren van de klachtplicht tot onwenselijke gevolgen zou leiden, hetgeen onder meer het gevolg zou zijn in de verhouding tussen de klachtplicht en decharge en kwijting. M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, De curator en interne bestuurdersaansprakelijkheid, in: P.H.W. Schreurs, J.J. Reiziger, E.A.H. ten Berge, F.F.A. Smetsers, E.J.R. Verwey & A.M.T. Weersink (red.), *De gereedschapskist van de curator: Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 12.

[22] Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 103.

[23] Kroeze 2015, p. 186.

[24] Zie onder meer de noot van U.B. Verboom bij Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523, JOR 2017/122, die opmerkt dat er geen goede dogmatische argumenten zijn om de klachtplicht wel van toepassing te verklaren op schending van de zorgplicht in beleggingsadvies-, aanneming-van-werk- en arbeidsrechtrelaties, maar niet bij schending van de plicht om behoorlijk te besturen.

[25] Wenk van A. Schennick bij Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5790, RO 2016/68.

[26] Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, JOR 2015/94 (Vilenzo).

[27] Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523, JOR 2017/122.

[28] Zie ook Rb. Gelderland 21 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1153. Ook hier werd aangenomen dat de klachtplicht niet van toepassing is op aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, omdat deze aansprakelijkheid volgens de rechtbank niet gebaseerd zou zijn op een overeenkomst maar op onrechtmatig handelen. Het zou gaan om een op de bestuurder rustende algemene rechtsplicht, waarop de klachtplicht niet van toepassing zou zijn.

[29] Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, JOR 2013/237 (Landis).

[30] Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198.

[31] De op de bestuurder rustende verbintenis laat zich kwalificeren als een inspanningsverbintenis.

[32] Voor uitgebreide literatuurverwijzing, zie J.H. Bennaars, De rechtspositie van de bestuurder, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 1.4.

[33] P. van Schilfgaarde, J. Winter, J.B. Wezeman & J. Schoonbrood, Van de BV en de NV, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 45.

[34] Zie onder meer Huizink, in: GS Rechtspersonen 2017, art. 2:132 BW, aant. 11.3.3.

[35] Zo spreken Van Solinge en Nieuwe Weme ook over een toerekenbare tekortkoming in geval van onbehoorlijk bestuur. Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*

2009/445 en 451.

[36] B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 877.

[37] J.B. Huizink, *De positie van de directeur en de commissaris: tijd voor een nieuwe visie?*, *O&F* 2001/48, p. 6.

[38] Zie onder meer I.L. Gerrits & M. Opdam, *De klachtplicht in het arbeidsrecht*, *ArbeidsRecht* 2017/32.

[39] W.J. Slagter, *De lidmaatschapsverhouding als grondslag van het rechtspersonenrecht*, *Ondernemingsrecht* 2004, afl. 11, p. 424-428.

[40] R.C.J. Galle, *De flexibele vereniging*, *WPNR* 2005/6621.

[41] Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 101.

[42] L.G. Eykman, *De aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen tegenover de vennootschap, gezien vanuit algemene civielrechtelijke beginselen*, *TVVS* 1986, afl. 4, p. 89.

[43] P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 255-256.

[44] A.H.F. Verdam *Schending van art. 2:8 BW en onrechtmatige daad*, *WPNR* 2017/7163. Hierbij dient te worden opgemerkt dat Verdam de gedachte voorstaat dat het handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid door een bestuurder in de uitoefening van zijn bestuurderstaak niet dient te worden gezien vanuit de overeenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap, maar juist vanuit de 'rechtspersoonlijke constellatie'. Deze rechtspersoonlijke constellatie is in onze optiek echter ook een verbintenis die – als men hiervan uit zou gaan – tot de conclusie noopt dat de klachtplicht van toepassing is.

[45] M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, *Ondernemingsrecht* 2006, afl. 3, p. 4-14. Aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW wordt in die zin beperkt dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De vraag of sprake is van een ernstig verwijt moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden. Zie voor de discussie omtrent de stelplicht en bewijslast aangaande het ernstig verwijt Huizink, in: *GS Rechtspersonen* 2018, art. 2:9 BW, aant. 14.4.3 en de daar genoemde literatuur. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om de in de literatuur gevoerde discussie omtrent de stelplicht en bewijslast aangaande het ernstig verwijt te behandelen. Wanneer wij in dit artikel schrijven over onbehoorlijk bestuur veronderstellen

wij dat onbehoorlijk bestuur aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW tot gevolg heeft, tenzij de bestuurder geen ernstig verwijt gemaakt kan worden.

[46] H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid (R&P nr. ONR2), Deventer: Kluwer 2011, p. 24-30.

[47] Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523.

[48] HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007/256 (Tuin Beheer), r.o. 3.3, waarin de Hoge Raad spreekt over: 'tekortgeschoten in de nakoming van de uit zijn aanstelling/opdracht voortvloeiende verplichtingen tegenover die vennootschap'.

[49] HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, NJ 2007/240 (Nutsbedrijf Westland), r.o. 3.4.4, waarin de Hoge Raad spreekt over: 'De reikwijdte van die bepalingen is evenwel niet beperkt tot vorderingen die zijn gebaseerd op een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voor de bestuurder respectievelijk werknemer voortvloeit uit zijn (arbeids)overeenkomst.'

[50] Kroeze is daarentegen van mening dat vanwege het feit dat niet duidelijk is op welk moment 'de prestatie' is geleverd, de klachtplicht niet geschikt is voor toepassing op interne bestuurdersaansprakelijkheid. Zie Kroeze 2015, p. 186. De onbepaaldheid van het moment van de prestatie is evenwel inherent aan een duurrelatie en maakt niet dat de klachtplicht in die relatie geen toepassing zou moeten vinden. Zie ook HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank), waar een beleggingsadviesrelatie centraal stond. Zie ook HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344.

[51] HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297, NJ 2010/331 (Kortenhorst/Van Lanschot Bankiers). Zie ook Tjittes 2013, par. 30.

[52] De noot van U.B. Verboom bij Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523, JOR 2017/122 onder 6.

[53] M.A. Verbrugh, Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid, in B.F. Assink, L. Timmerman & J.B. Wezeman (red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'. Opstellen voor prof. mr. M.J. Kroeze, vanwege zijn toetreden als raadsheer tot de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden per 1 september 2016, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 444. Zie ook HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297, NJ 2010/331 (Kortenhorst/Van Lanschot Bankiers) en J. Hijma in zijn noot onder NJ 2013/139 onder 10.

[54] Zie voor dit argument onder meer Tjittes 2017 en Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 99-

105.

[55] F.B. Bakels, Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad, AA 2015, afl. 11, p. 929.

[56] Hierbij kan worden gedacht aan het 'ernstig verwijt'-criterium bij bestuurdersaansprakelijkheid, zie onder meer HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, r.o. 3.3.2.

[57] In gelijke zin: Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9983, r.o. 5.12.

[58] Zie ook Verbrugh 2017, p. 435-446, die schrijft dat: '(...) voor zover de bestuurder door niet te klagen zijn aansprakelijkheid zou kunnen ontlopen, zou het niet klagen zelfstandig kunnen worden beschouwd als een ernstig verwijt in de zin van art 2:9 BW.'

[59] Ook wij zien dat het onderhavige dogmatisch niet geheel juist is, nu kennis van de bestuurder wordt geacht kennis van de vennootschap te zijn, maar in dit geval zouden wij willen aannemen dat hiervan pas sprake is als de vergadering van aandeelhouders met het onbehoorlijk bestuur bekend is.

[60] Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij art. 3:321 lid 1 onder f BW.

[61] Zie in gelijke zin: Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198.

[62] Zie noot 53.

[63] Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank). Zie ook Hijma 2016, p. 173-174.

[64] Het niet kenbaar maken van de klacht(en) kan verschillende redenen hebben; denk hierbij aan een bestuurder die uit rancune jegens zijn voormalig bestuurder nalaat om een klacht kenbaar te maken om hem zo te treffen, ofwel eenvoudigweg de situatie dat een bestuurder of curator in geval van faillissement (al dan niet bewust) stilzit.

ANNOTATIE

De tegenstrijdigbelangregeling(en) in het enquêterecht. De Intergamma- en Staphorst-beschikkingen nader bekeken

M.C. Hoeba

De Ondernemingskamer heeft het afgelopen jaar meerdere noemenswaardige beschikkingen gewezen waarbij het tegenstrijdig belang centraal stond. In het enquêterecht lijkt de Ondernemingskamer nu naast de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling ook de norm van artikel 2:8 BW mee te pakken. Dit zorgt voor de nodige onduidelijkheid in de (rechts)praktijk. De auteur onderzoekt het concept van het tegenstrijdig belang in het enquêterecht aan de hand van de laatste ontwikkelingen.

‘L’intérêt, qui aveugle les uns, fait la lumière des autres.’[1]

1 Inleiding

De Ondernemingskamer (hierna: OK) heeft in 2017 twee noemenswaardige beschikkingen gewezen, waarbij het tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in kapitaalvennootschappen centraal stond. Deze beschikkingen lijken gebaseerd te zijn op de Linders/Hofstee-beschikking uit 1983, waarin het vereiste handelen bij een tegenstrijdig belang voorzien is van een gedragslijn (hierna: enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling).[2] Deze regeling leunt op de redelijkheid-en-billijkheidsnorm van art. 2:8 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (aangezien de wettelijke regeling van art. 2:146/256 BW (oud) een te beperkte strekking had) en dient het handelen van bestuurders naar het vennootschappelijk belang te waarborgen. In 2007 kwam de Hoge Raad met de Bruijtspraak, waarin het vereiste handelen bij een tegenstrijdig belang werd uiteengezet.[3] Vanaf dat moment was het voor de praktijk duidelijk waar een bestuurder en ook andere organen van de vennootschap al dan niet aan moesten voldoen om correct te handelen. In 2013 is de wettelijke regeling herzien met de invoering van de Wet bestuur en toezicht (opgenomen in art. 2:129/239 lid 6 BW[4] (hierna: wettelijke tegenstrijdigbelangregeling)). De laatste ontwikkelingen laten zien dat de OK in haar beschikkingen een breder tegenstrijdigbelangbegrip lijkt te (her)introduceren. Dit zorgt voor de nodige onduidelijkheid

in de (rechts)praktijk, aangezien de vraag nu rijst of de OK boven op de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling de bredere enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling zal gebruiken in haar ex-posttoetsing of er zorgvuldig gehandeld is. Eerst zal worden ingegaan op de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling en vervolgens zal de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling de revue passeren. Daarna zullen achtereenvolgens de beschikking inzake Intergamma en de beschikking inzake Staphorst geduid worden om de recente ontwikkelingen binnen het enquêterecht te laten zien. Als laatste wordt een aantal aanwijzingen gegeven hoe de (rechts)praktijk zou kunnen handelen indien er sprake is van een (mogelijk) tegenstrijdig belang.[5]

2 De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling

2.1 Wettelijke gedragsnorm

De wet bevat een gedragsnorm die een bestuurder dient na te leven indien hij een persoonlijk belang heeft bij een (uitvoering van een) bepaald besluit, en waarbij een risico bestaat dat zijn handelen wordt beïnvloed door zijn persoonlijke belangen.[6] De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is voor de NV en de BV opgenomen in artikel 2:129/239 lid 6 BW.[7] Indien een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft en dus kwalificeert als besmette bestuurder, is de onthoudingsregel van toepassing. Deze regel houdt in dat de besmette bestuurder zich dient te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming van het desbetreffende agendapunt waar hij een tegenstrijdig belang bij heeft.[8] Voor de herziening van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling in 2013 verloor het (gehele) bestuur zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid,[9] indien een bestuurder een persoonlijk tegenstrijdig belang had ten opzichte van de vennootschap. De huidige wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is voor bestuurders en commissarissen van dwingend recht. Indien zowel het bestuur als de raad van commissarissen (hierna: RvC) geconflieerd is, vindt beraadslaging en besluitvorming plaats door de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: algemene vergadering); dit kan overigens statutair anders geregeld worden.[10] De parlementaire geschiedenis verwijst voor de inkleuring en toepassing van het tegenstrijdigbelangbegrip naar de Bruil-uitspraak.[11]

2.2 Hoge Raaduitspraak Bruil en de materiële toets

De Hoge Raad heeft in de Bruil-uitspraak een materiële toets aangelegd voor het vaststellen van een tegenstrijdig belang.[12] Dit houdt in dat ook feitelijk, gelet op alle relevante omstandigheden van het concrete geval,[13] sprake moet zijn van een tegenstrijdig belang en niet enkel op formele basis.[14] Als de bestuurder een *direct of indirect persoonlijk belang* heeft dat strijdig is en niet parallel loopt met het *belang van de vennootschap*, en waardoor de

bestuurder niet geacht wordt het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te dienen met de vereiste *integriteit* en *objectiviteit*, heeft hij een tegenstrijdig belang en dient hij zich te *onthouden van beraadslaging en besluitvorming*.^[15]

Uit de Bruil-uitspraak valt allereerst op te maken dat een belang strijdig aan het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (hierna: vennootschappelijk belang) in beginsel kan kwalificeren als een tegenstrijdig belang. Wat houdt het vennootschappelijk belang in? Bij de vervulling van zijn taak dient de bestuurder^[16] – en heeft hij een verantwoordelijkheid^[17] – zich te richten naar het vennootschappelijk belang.^[18] De Hoge Raad heeft zich hierover in de Cancun-uitspraak uitgelaten en een binaire benadering gegeven aan de interpretatie voor het vennootschappelijk belang.^[19] Het vennootschappelijk belang wordt enerzijds bepaald door de bevordering van het bestendige succes van de onderneming,^[20] en anderzijds door het betrachten van zorgvuldigheid omtrent de belangen van de betrokkenen van de vennootschap.^[21] Indien een onderneming onderdeel is van de vennootschap, wordt het vennootschappelijk belang in de regel ‘vooral’ bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming.^[22] Het ‘bestendige succes van de onderneming’ wordt in de literatuur ook wel de continuïteit van de onderneming genoemd.^[23] De zorgvuldigheidsverplichting *kan* volgens de Hoge Raad voorts meebrengen dat het vennootschappelijk belang inhoudt dat de belangen van de betrokkenen niet onnodig of onevenredig worden geschaad.^[24]

De onthoudingsregel omvat enkel de plicht voor de bestuurder zich te onthouden van de beraadslaging en besluitvorming in het bestuur. Het spreken in een ander orgaan valt niet onder de wettelijke onthoudingsregel, bijvoorbeeld indien een besmette commissaris wordt uitgenodigd door het bestuur om mee te praten.^[25] Indien het gehele bestuur en de gehele RvC besmet zijn, komt het aan op de algemene vergadering, die zich dient te buigen over de beraadslaging en besluitvorming. De algemene vergadering handelt dan in de hoedanigheid van het bestuur.^[26]

Van belang is dat de bestuurder zich bij zijn handelen en zijn taakuitoefening uitsluitend laat leiden door het vennootschappelijk belang,^[27] en dit belang dient te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder verwacht mag worden.^[28] De bestuurder dient een zuivere afweging te kunnen maken en niet belemmerd te worden door persoonlijke belangen.^[29] De bestuurder dient de belangen van de vennootschap met de vereiste objectiviteit en integriteit te bewaken. Wat houdt deze integriteit in? Voor een bestuurder is het relevant dat ingeval zijn (persoonlijke) belangen niet parallel lopen aan het vennootschappelijk belang, hij ervoor moet zorgen en voorkomen dat deze belangen zodanig gaan schuren, dat dit tot een situatie leidt waardoor objectief gezien twijfel kan ontstaan en het vertrouwen kan ontbreken dat uitsluitend het vennootschappelijk belang de overhand zal

hebben.[30] De objectiviteit houdt tevens in dat schijn van een tegenstrijdig belang niet meer voldoende is.[31] Ondanks dat schijn niet voldoende is voor het aannemen van een tegenstrijdig belang,[32] ligt het op de weg van een bestuurder om elke schijn van belangenverstrengeling uit de weg te gaan.[33]

Er kunnen thans twee soorten tegenstrijdigbelangsituaties worden onderscheiden.[34] De eerste situatie betreft het direct tegenstrijdig belang, waarbij de bestuurder de wederpartij is van de vennootschap in een transactie. De tweede situatie betreft het indirect tegenstrijdig belang, waarbij de bestuurder in een bijzondere verhouding staat tot de wederpartij van de vennootschap[35] en/of een belang heeft bij de transactie.[36] In de praktijk komt het veelvuldig voor dat aandeelhouders en andere stakeholders commissarissen 'leveren'. [37] Deze 'afhankelijke' commissarissen vervullen de taak naar het belang van de vennootschap. Niet ontkend kan worden dat deze commissarissen er ook zitten om in ieder geval het belang van hun initiële opdrachtgever in de vennootschap niet te laten verwaarlozen.[38] Er kan dan niet meteen worden gezegd dat er sprake is van een indirect tegenstrijdig belang bij deze afhankelijke commissarissen.[39] Van hen wordt verwacht dat ze met de vereiste integriteit en objectiviteit het vennootschappelijk belang laten prevaleren boven de belangen van hun 'benoemer'. [40]

3 De enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling

3.1 Vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid

De hierna te bespreken beschikkingen lijken hun wortels te hebben in de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling. Het is dan ook van belang om voor een goed begrip van deze beschikkingen de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling nader te bestuderen. Deze regeling is om twee redenen in het leven geroepen door de OK met de Linders/Hofstee-beschikking in 1983. Allereerst omdat er volgens de OK weinig aandacht in Nederland was besteed aan de materie van het tegenstrijdig belang en er voor betrokkenen geen gedragslijn was waar zij zich naar konden richten.[41] Daarnaast was de toentertijd geldende wettelijke regeling (art. 2:146/256 BW (oud)) volgens de OK te beperkt, aangezien deze slechts gold voor bestuurders en alleen van toepassing was bij vertegenwoordigingshandelingen.[42] De OK concretiseerde het tegenstrijdig belang dan ook door middel van artikel 2:7 BW (oud), vergelijkbaar met de huidige redelijkheid-en-billijkheidsnorm van artikel 2:8 BW.[43] De enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling is ruimer dan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling, onder meer omdat in het enquêterecht het belang van de vennootschap centraal staat en in mindere mate het belang van het relevante vennootschappelijke orgaan of de betrokkene bij de vennootschap.[44]

3.2 Gedraglijn

De OK creëerde in de Linders/Hofstee-beschikking de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling. Deze bestaat uit drie elementen: (1) het betrachten van zorgvuldigheid, (2) het betrachten van transparantie en (3) het overwegen deskundige derden in te schakelen. In het geval er een tegenstrijdig belang aanwezig zou kunnen zijn, dienen de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze te worden gescheiden. Voor wat betreft de besluitvorming dient naast de zorgvuldigheid ook een zo groot mogelijke transparante houding te worden aangenomen. Hierbij staat vast dat de schijn dat de besluitvorming is beïnvloed door de tegenstrijdige belangen, vermeden dient te worden. Verder acht de OK dat inschakeling van deskundige derden gewenst en onder omstandigheden geboden kan zijn. Het hanteren van zorgvuldigheid en transparantie bij de procedure ingeval er een tegenstrijdig belang speelt, is van essentieel belang.[45]

3.3 Relevante jurisprudentie na Linders/Hofstee

De OK heeft – behalve de bovenstaande gedraglijn – niet nader omschreven hoe de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling kan worden gekenmerkt, hoe zij gedefinieerd moet worden en wat er precies onder kan worden verstaan.[46] De OK oordeelde in de beschikking inzake OGEM dat bepaalde besluiten naar hun aard niet onaanvaardbaar waren, maar dat er na toetsing aan de regels uit Linders/Hofstee sprake was van wanbeleid bij de gang van zaken rondom de voorbereiding en het nemen van de betreffende besluiten waarbij een functionaris met een tegenstrijdig belang was betrokken.[47] De OK verwoordde dat er gehandeld was in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.[48] De OK bevestigde het belang van zorgvuldigheid ook nog eens in de Butôt-beschikking. Daar eiste de OK een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering bij het sluiten van – in vergelijking met overigens in het maatschappelijk verkeer voorkomende transacties – overeenkomsten waar belangenverstrengelingen kunnen spelen.[49] Volgens Maeijer dient de openheid in bepaalde gevallen ertoe te leiden dat bestuurder zich onthoudt van het bijwonen van en deelname aan de besluitvorming over het betreffende punt waarbij de besmette bestuurder een persoonlijk belang heeft.[50] Opmerking verdient dat de OK zich niet heeft uitgesproken over een eventuele onthouding.[51] Niet helder is of onthouding vereist is op basis van artikel 2:8 BW. In *Xeikon II* lijkt de OK overigens wel te oordelen dat de onthoudingsregel in artikel 2:8 BW besloten ligt.[52] De OK overwoog recent dat inschakeling van onafhankelijke derden een bijzondere waarborg is in het kader van transparantie.[53] De transparante houding kenmerkt zich verder door het verstrekken van alle relevante informatie aan de relevante betrokkenen en hier nauwgezet overleg over te voeren.[54] Indien goedkeuring vereist is van een orgaan, eist de redelijkheid en billijkheid dat dit orgaan ook tijdig (schriftelijk) wordt geïnformeerd over het

relevante tegenstrijdig belang. De enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling werd met de Linders/Hofstee-gedraglijn geïntroduceerd. De hierboven genoemde uitspraken van de OK lijken te hinten op een vernieuwing van deze gedraglijn. Wellicht een enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling 2.0, waarbij (unieke) elementen van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling zoals onthouding ook opgenomen zijn in de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling?

4 De Intergamma-beschikking

4.1 Project Guinness

In de Intergamma-procedure staat Project Guinness centraal. Dit project betreft de voorgenomen overname van alle activiteiten en aandelen Intergamma gehouden door Van Neerbos Groep (hierna: VNG) door Intergamma B.V. (hierna: Intergamma). CRH (zijnde de moeder van VNG) gaat over tot overleg met zowel Bricorama B.V. (een aandeelhouder van Intergamma; hierna: Bricorama) als Intergamma, waarbij overdracht van haar aandelen in Intergamma centraal staat. Intergamma troeft Bricorama af en bereikt overeenstemming met CRH voor overname van de aandelen gehouden door VNG. De RvC van Intergamma heeft op 4 april 2017 zijn (vereiste) goedkeuring unaniem verleend voor het voorgenomen besluit tot overname van de Intergamma-aandelen die in bezit zijn van VNG. Drie van de commissarissen in de RvC zijn benoemd door VNG (hierna: VNG-commissarissen),^[55] en deze commissarissen hebben ook meegedaan aan de beraadslaging en besluitvorming van de voorgenomen aandelenoverdracht. Bricorama meent dat de RvC zich geen rekenschap heeft gegeven van het tegenstrijdig belang van enig bestuurder Stoter, die een bonus ontvangt indien Project Guinness zal slagen, en de drie afhankelijke VNG-commissarissen.

4.2 Tegenstrijdig belang bestuurder

Bricorama meent dat Stoter, enig bestuurder van Intergamma, een tegenstrijdig belang heeft. Stoter zou namelijk een financiële vergoeding ontvangen indien Project Guinness doorgang vindt. Deze vergoeding is gelijk aan een jaarsalaris, aldus Intergamma. Deze bonus is niet afhankelijk van een bepaalde vorm waarmee de overname van de aandelen en certificaten van VNG tot stand komt. Hieruit volgt volgens de OK niet dat Stoter een zodanig tegenstrijdig belang heeft bij Project Guinness dat Stoter niet geacht kan worden zich te laten leiden door het belang van Intergamma.^[56] Mijns inziens is Bricorama's standpunt niet geheel onterecht. Stoter heeft als enig bestuurder in ieder geval de schijn van een tegenstrijdig belang tegen, aangezien hij financieel verrijkt wordt indien Project Guinness wordt afgerond.^[57] Hierdoor kan worden getwijfeld of Stoter uitsluitend de belangen van de vennootschap zal laten prevaleren.^[58] Oplettendheid is in ieder geval geboden.^[59] Mijns inziens kan een

(afhankelijke) bonuscomponent zorgen voor een verstoring van een zorgvuldige en evenwichtige besluitvorming,[60] zeker als het bestuur bestaat uit een enkele bestuurder.[61]

4.3 Tegenstrijdig belang afhankelijke commissarissen

Voordat de RvC overging tot beraadslaging en besluitvorming over Project Guinness, heeft hij intern besproken of de VNG-commissarissen zouden kunnen deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Tevens is om een notitie over de reikwijdte van artikel 2:250 lid 5 BW van externe juridische adviseurs verzocht. Hierna is door de RvC geconcludeerd dat de VNG-commissarissen geen persoonlijk tegenstrijdig belang hebben dat hun belet om het belang van Intergamma met de vereiste objectiviteit en integriteit te behartigen,[62] mede omdat de VNG-commissarissen niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst tussen Intergamma en CRH.[63]

De OK kan zich niet vinden in de gedachtewijze van de RvC. De OK overweegt allereerst dat de RvC daarmee blijk heeft gegeven van een te beperkte opvatting van de ingevolge artikel 2:8 BW in acht te nemen zorgvuldigheid met betrekking tot de besluitvorming. De OK onderstreept dat het in casu gaat om een complexe transactie tussen Intergamma en de enig aandeelhouder van VNG, waarmee een belang van meer dan een half miljard euro gemoeid is, resulterend in navenante risico's en lasten voor Intergamma, tezamen met een verstrekkende wijziging van de structuur en *governance* van de vennootschappelijke organisatie en diepgaande consequenties voor de franchisenemers.[64] De OK concludeert dat zowel VNG als CRH en Intergamma een tegenstrijdig belang hebben bij de voorwaarden van de koopovereenkomst tussen CRH en Intergamma. Onduidelijk is waarom in dit verband het tegenstrijdig belang van CRH genoemd wordt. De OK benoemt vervolgens dat uit de besluitvormingsnotitie blijkt dat in maart 2016 de VNG-commissarissen enkele malen met de voorzitter van de RvC hebben gecommuniceerd, waarbij de vraag aan de orde kwam of het vertrek van VNG als aandeelhouder/franchisenemer niet tot een voor beide partijen betere situatie zou kunnen leiden. Het feit dat VNG haar aandelen en certificaten in Intergamma verkoopt aan Intergamma en dat de VNG-commissarissen hebben gesproken over een vertrek door VNG uit Intergamma met de voorzitter van de RvC doet volgens de OK wezenlijk afbreuk aan de mate waarin de VNG-commissarissen in staat zijn om op onbevooroordeelde wijze het vennootschappelijk belang van Intergamma te dienen bij de beraadslaging en besluitvorming binnen de RvC over de goedkeuring van Project Guinness.

Het leidt volgens de OK niet tot een ander onderdeel dat (1) externe juridische adviseurs zijn ingeschakeld door de RvC; (2) de VNG-commissarissen geen privébelang hebben bij het al dan niet slagen van Project Guinness; (3) de VNG-commissarissen niet persoonlijk betrokken zijn geweest bij de uiteindelijke onderhandelingen tussen CRH en Intergamma; en (4) de RvC

tot een unaniem oordeel is gekomen. Voor een tegenstrijdig belang doet het er niet toe of er juridisch advies is verzocht. Het geeft hoogstens aan dat er met het mogelijk tegenstrijdig belang zorgvuldig is omgesprongen. Dat er geen privébelang aanwezig is, is niet noodzakelijk, aangezien het hier lijkt te gaan om een indirect tegenstrijdig belang. Hetzelfde geldt mijns inziens voor het aanwezig zijn van een unaniem genomen besluit. Een besmette functionaris kan namelijk de rest van het orgaan beïnvloeden tijdens de beraadslaging, zodat er daarna sprake is van unanieme besluitvorming. Het is helder dat de OK alle relevante omstandigheden van het concrete geval meeweegt in het oordeel of er sprake is van een tegenstrijdig belang. De OK wijst op het gewicht dat aandeelhouders/franchisenemers kunnen hechten aan de besluitvorming van de RvC tot goedkeuring. De OK begrijpt dan ook niet goed waarom de RvC niet heeft besloten de VNG-commissarissen te laten onthouden van de beraadslaging en besluitvorming over de goedkeuring, zelfs indien verdedigbaar is dat dit niet reeds volgt uit artikel 2:250 lid 5 BW. Deze overweging suggereert dat een potentieel besmette commissaris zich in bepaalde gevallen dient te onthouden van beraadslaging en besluitvorming, ook indien de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling niet van toepassing zou zijn. Hierdoor is onduidelijk of de omstandigheden van het concrete geval enkel getoetst zouden moeten worden aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling, of dat eveneens een toetsing aan de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling geboden is. Daarnaast kan de vraag gesteld worden of dit enkel speelt bij complexe, omvangrijke transacties, of bij gevallen waarin er een verwevenheid van functies aan belangen aanwezig is,[65] of dat dit zelfs geldt voor alle gevallen in het enquêterecht waarbij een tegenstrijdig belang speelt.

5 De Staphorst-beschikking

5.1 Vertegenwoordigingsbevoegdheid Dons en Welles

In deze procedure staan de handelingen van Staphorst Ontwikkeling B.V. (hierna: Staphorst), waar bestuurder Welles persoonlijke tegenstrijdige belangen bij heeft, centraal. Exploitatie Maatschappij Staphorst V.O.F. (hierna: EMS) (vertegenwoordigd door bestuurder Dons) en MEGA Projecten B.V. (hierna: MEGA) (vertegenwoordigd door Welles) hebben een overeenkomst gesloten waarbij de gezamenlijke ontwikkeling van gronden behorende tot de woningbouwlocatie Staphorst Zuid centraal staat.[66] Om deze gezamenlijke ontwikkeling vorm te geven richten EMS en MEGA samen een vennootschap op, zijnde Staphorst. Dons en Welles zijn gezamenlijk bevoegd om Staphorst te vertegenwoordigen. Welles heeft zich, wellicht om de gezamenlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid te ontduiken, buiten wetenschap van Dons als gevolmachtigde met een beperkte volmacht in het handelsregister laten inschrijven.

5.2 Welles' solistische handelingen

NEBO heeft alle projectontwikkelingen (indirect) toebehorend aan MEGA overgenomen. Staphorst (vertegenwoordigd door Welles) gaat geldleningsovereenkomsten aan met NEBO (vertegenwoordigd door Schüssler).[67] Welles heeft onder meer twee stichtingen, zijnde Stichting NMTwo en Stichting NMThree, opgericht die kort gezegd het doel hebben om het familiekapitaal van de familie Welles in stand te houden. De aandelen NEBO van Welles zijn overgedragen aan NMTwo en de aandelen MEGA van Welles zijn overgedragen aan NMThree.[68] De aandelen NEBO en MEGA vallen respectievelijk in het vermogen van NMTwo en NMThree. Welles is van zowel NMTwo als NMThree bestuurder en is bij beide vennootschappen zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd. NEBO heeft meerdere malen (aanzienlijke) kosten voor interne uren en onderhoud in rekening gebracht bij Staphorst, waarbij een administratieve onderbouwing en verantwoording niet aanwezig waren.[69] De OK is helder. Aangezien Welles met Dons gezamenlijk vertegenwoordigingsbevoegd was, had Welles zijn collega-bestuurder Dons moeten informeren en dienen te betrekken bij (de besluitvorming over) de vergaande rechtshandelingen waarbij onder andere Staphorst verplichtingen jegens in het bijzonder NEBO is aangegaan.[70] Een passieve werkwijze van Dons,[71] waarbij hij een aantal facturen voor gezien tekende, is niet voldoende.[72]

5.3 Indirect persoonlijk belang Welles

Het feit dat Welles (1) een beslissende stem in het bestuur van NMTwo heeft en deze vennootschap zelfstandig kan vertegenwoordigen,[73] en (2) de aandelen NEBO in het vermogen van NMTwo vallen, maakt dat hij hierdoor een indirect persoonlijk belang in NEBO heeft. De OK oordeelt hierom dat Welles handelde met een persoonlijk tegenstrijdig belang door onder meer voor Staphorst rechtshandelingen aan te gaan met NEBO waaruit (mogelijk onredelijke) verplichtingen voor Staphorst jegens NEBO voortvloeiden. De OK gaat voorbij aan het feit dat de persoonlijke belangen strijdig moeten zijn en niet parallel moeten lopen aan het vennootschappelijk belang. In deze casus is het mijns inziens evident dat Welles (indirecte) persoonlijke belangen had in de vennootschappen waarmee Staphorst zaken deed. Deze persoonlijke belangen van Welles liepen niet parallel met het belang van Staphorst om onder meer rechtmatige vorderingen te voldoen en zo het bestendige succes van de onderneming te waarborgen. Betoogd zou kunnen worden dat de betreffende vorderingen een onzakelijk karakter hebben. Deze vorderingen hebben mijns inziens in ieder geval een schijn van onzakelijkheid, waar Staphorst niet (optimaal) van profiteert. De OK vervolgt dat hieraan niet afdoet dat de rechtshandelingen *at arm's length* waren.[74] Het is bekend dat (geleden) nadeel voor de vennootschap geen vereiste is voor een tegenstrijdig belang.[75] Desalniettemin zijn er juristen die menen dat een *at arm's length*-verweer wel zou kunnen slagen.[76] Zie bijvoorbeeld Stokkermans, die meent dat een tegenstrijdig belang in veel gevallen 'in concreto' ongedaan kan worden gemaakt. Als er bijvoorbeeld een onredelijke

tegenprestatie wordt overeengekomen, kan het effect van het tegenstrijdig belang worden verwijderd door tegen een marktconform tarief te voldoen.[77] Volgens Leijten had de OK ook kunnen oordelen dat het verweer van Welles niet opging omdat hij geen deskundige had ingeschakeld die dit *at arm's length*-karakter had kunnen verifiëren.[78] De OK overweegt verder dat er geen enkele noodzaak of verplichting was voor Staphorst om de leningsovereenkomsten aan te gaan met NEBO.[79] Hiermee, en tezamen met de onherroepelijke volmacht,[80] heeft Welles Staphorst in een zeer kwetsbare positie gebracht, waarbij het gehele vermogen voor verhaal vatbaar was door NEBO. Welles heeft hiermee de continuïteit van Staphorst in gevaar gebracht.[81] Alles overziend heeft Welles alleen zijn persoonlijk belang, tegenstrijdig aan het belang van Staphorst, behartigd. Welles heeft overigens mijns inziens niet eens gedeeltelijk het vennootschappelijk belang van Staphorst behartigd, doordat hij de continuïteit van de onderneming in gevaar heeft gebracht.[82]

5.4 Het voorbereiden en uitvoeren van rechtshandelingen

De OK maakt bovendien een opmerkelijke overweging, waarin zij de wettelijke en enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling lijkt samen te voegen of door elkaar te halen:

‘Voor zover al niet moet worden geoordeeld dat Welles zich op grond van artikel 2:239 lid 6 BW van die rechtshandelingen had dienen te onthouden, had hij die rechtshandelingen in ieder geval niet buiten zijn medebestuurder om mogen voorbereiden en uitvoeren.’ (cursivering MCH)

De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling weerhoudt de besmette bestuurder er niet van de betreffende rechtshandeling (tezamen met het bestuur) aan te gaan, indien de overige bestuurders het besluit hebben genomen in te stemmen.[83] De (huidige) wettelijke tegenstrijdigbelangregeling ziet namelijk op de besluitvorming en heeft het over een bestuursbesluit. Zij ziet niet meer op vertegenwoordiging of rechtshandelingen.[84] De tweede volzin, namelijk dat de rechtshandelingen in ieder geval niet buiten zijn medebestuurder om hadden moeten worden voorbereid en uitgevoerd, lijkt dan ook meer te slaan op de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 2:8 BW, die (ook) in acht dient te worden genomen jegens de collega-bestuurder.[85] De OK kan ook inspiratie hebben geput uit de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling, waarbij zij mogelijk de Butôt-beschikking in gedachten had.[86]

6 Wettelijke en enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling, een tweeluik?

6.1 De overwegingen van de OK nader bekeken

Uit de Intergamma- en Staphorst-beschikking kan worden afgeleid dat de OK de normen van zowel de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling als de enquêterechtelijke

tegenstrijdigbelangregeling gebruikt.[87] Wie op twee hazen jaagt, vangt er geen. Uit beide beschikkingen kan niet duidelijk worden afgeleid wanneer bestuurders zich al dan niet dienen te onthouden van beraadslaging en besluitvorming, of wanneer zij slechts met maximale openheid en zorgvuldigheid jegens de andere betrokkenen van de vennootschap redelijk en billijk handelen. In Intergamma oordeelde de OK dat ook indien verdedigbaar is dat er geen sprake is van een wettelijk tegenstrijdig belang, het kan volgen dat de potentieel besmette bestuurder zich toch dient te onthouden van beraadslaging en besluitvorming op grond van de redelijkheid en billijkheid. In Staphorst oordeelde de OK dat mogelijk de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is overtreden, maar dat in ieder geval de potentieel besmette bestuurder de rechtshandelingen niet had mogen voorbereiden en uitvoeren buiten de collega-bestuurder om. De OK lijkt hier terug te grijpen op de vertegenwoordigingsregel,[88] zoals die gold in artikel 2:146/256 BW (oud), en lijkt de vertegenwoordiging van besmette bestuurders nu in te perken via ofwel de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 2:8 BW, ofwel de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling. De OK heeft overigens zeer recent expliciet overwogen dat bij een tegenstrijdig belang ofwel (een schijn van) belangenverstrengeling art. 2:239 lid 6, 2:250 lid 5 en 2:8 BW van belang zijn.[89]

Leijten geeft aan dat uit de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling enkel onthouding van de beraadslaging en besluitvorming voortvloeit en niet onthouding van de voorbereiding van die rechtshandeling. Hier zou ik graag een nuancering bij willen plaatsen. Als dit zo restrictief dient te worden geïnterpreteerd, dan betekent dit dat de onthoudingsregel pas gaat gelden op het moment dat er formeel met een hamerslag wordt gesproken over het betreffende punt. Ik meen dat dit niet zo eng dient te worden geïnterpreteerd en dat voorbereidingshandelingen en voorbereidingsbesprekingen ook onder de noemer beraadslaging[90] dienen te worden geschaard.[91] Mijns inziens geldt de onthoudingsregel dus ook voor voorbereidingshandelingen en voorbereidingsbesprekingen. In Intergamma waren wat mij betreft vier commissarissen al bezig met de (informele) beraadslaging, doordat de VNG-commissarissen voor de eigenlijke bespreking van het agendapunt meermaals spraken met de RvC-voorzitter. De RvC bestond uit zeven personen, van wie er drie VNG-commissarissen waren. Betoogd zou kunnen worden dat de VNG-commissarissen een beslissende invloed hebben gehad tijdens de beraadslaging en besluitvorming, doordat zij mogelijk de onafhankelijke RvC-voorzitter hebben overtuigd van hun standpunt. Dit lijkt niet aan bod te komen in Intergamma, maar het concept van beslissende invloed komt in een andere beschikking van de OK wel aan bod. In de Xeikon II-beschikking oordeelt de OK dat het al dan niet hebben van beslissende invloed niet belangrijk is bij de vraag of er sprake is van deelname aan beraadslaging en besluitvorming. In Xeikon II heeft de besmette commissaris zes van de zeven vergaderingen bijgewoond,[92] waar de RvC zorg had moeten dragen voor onthouding, aangezien het tegenstrijdig belang bekend was bij de RvC.[93] Voorts lijkt de OK

te oordelen in de DeSeizoenen-beschikking dat ingeval er diverse belangen spelen, er bij uitstek een taak voor de onafhankelijke leden van de RvC aanwezig is.[94] Leijten trekt bovendien op basis van de Intergamma-beschikking de conclusie dat een bestuurder zich onder omstandigheden, op basis van artikel 2:8 BW, dient te onthouden van de beraadslaging en besluitvorming. Ook indien formeel de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling niet van toepassing is. Hij geeft aan dat onthouding, op basis van artikel 2:8 BW, ook vereist kan zijn zonder dat vaststaat dat er sprake is van een persoonlijk tegenstrijdig belang.[95] De OK lijkt echter aan te geven dat onthouding een optie is, ook indien verdedigbaar is dat dit niet reeds volgt uit artikel 2:250 lid 5 BW. De OK verwijst hiervoor naar het oordeel van de RvC, dat een dusdanig gewicht heeft, waaraan bepaalde aandeelhouders waarde kunnen hechten. De OK laat in het midden of de VNG-commissarissen een persoonlijk tegenstrijdig belang hebben. De OK laat met de hierboven besproken beschikkingen onzekerheid achter. Betekent dit dat ingeval onzeker is of er sprake is van een persoonlijk tegenstrijdig belang ook aan de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling getoetst dient te worden?[96] De OK lijkt eveneens in Intergamma te oordelen dat indien er sprake is van een *potentieel* persoonlijk tegenstrijdig belang, de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling gevolgd dient te worden, waarbij zorgvuldigheid door de OK expliciet genoemd is. Hier valt niet meteen mee te rijmen dat de onthoudingsregel dan overwogen dient te worden, wat bij uitstek gelieerd is aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling.

6.2 Tips voor de praktijk

In de literatuur is eerder gepleit voor het betrachten van zo veel mogelijk openheid en zorgvuldigheid bij situaties waar een tegenstrijdig belang zou kunnen spelen, aangezien de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling niet voldoende toereikend zou zijn.[97] Betoogd zou kunnen worden dat de overwegingen van de OK dus niet verrassend zijn. Daarentegen valt veel te zeggen voor het feit dat de normen uit de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling tot nu toe leidend zijn geweest en de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling wel erg lang afwezig lijkt te zijn geweest in de rechtspraak van de OK. Enfin, als er een tegenstrijdig belang speelt bij een bestuurder, is het aanbevelenswaardig voor zowel de besmette bestuurder als de overige organen van de vennootschap waakzaam te zijn.[98] Het lijkt verder van belang om de relevante omstandigheden van het concrete geval te (laten) toetsen (door externe juridische adviseurs)[99] aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling én de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling.[100] Hierdoor is mijns inziens mogelijk voldaan aan de inspanningsverplichting,[101] waarmee voorkomen zou kunnen worden dat de rechter oordeelt dat er sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling.[102] Een volgende stap is om nauwgezet overleg over het tegenstrijdig belang te voeren. Tevens dienen externe (niet-juridische) deskundigen te worden ingeschakeld om de schijn van belangenverstrengeling

tegen te gaan, indien er wel voor wordt gekozen om de besmette bestuurder te laten deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming.[103] *Last but not least* dient een besmette bestuurder te worden weerhouden van het meewerken aan de uitvoering van het besluit waarmee hij geconfronteerd is.[104] Al met al geven deze voorzorgsmaatregelen geen garantie. De rechter toetst *ex post*, [105] en kan oordelen dat alle genomen maatregelen nog steeds niet voldoende waren om niet te kiezen voor onthouding.

7 Conclusie

In dit artikel is stilgestaan bij het concept van tegenstrijdig belang en de laatste ontwikkelingen in het enquêterecht. Het vennootschappelijk belang dient vooral te zijn gericht op bestendig succes en de continuïteit ingeval er een onderneming aanwezig is. Er is sprake van een tegenstrijdig belang indien – kort gezegd – een persoonlijk belang in strijd is en niet parallel loopt met het vennootschappelijk belang. Om te bezien welke gedragsnorm geldend was bij een tegenstrijdig belang was tot voor kort helder dat de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling leidend was na de Hoge Raaduitspraak inzake Bruil. Voordat Bruil gewezen was, gold ook de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling, die is gebaseerd op art. 2:8 BW. Deze beide regelingen hebben allebei eenzelfde doel, namelijk zorgen voor zuivere belangenbehartiging door de bestuurder. De inhoud van beide gedragsnormen is daarentegen anders. Bij de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling geldt een onthoudingsregel voor de besmette bestuurder en bij de bredere enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling staan kort gezegd de zorgvuldigheid en transparantie (naar de overige betrokkenen toe) centraal. De laatste ontwikkelingen binnen het enquêterecht tonen dat de OK voor het tegenstrijdig belang deze beide regelingen gebruikt in haar beoordeling of er afdoende is gehandeld door de besmette bestuurder en de relevante organen van de vennootschap. Overigens is het betrachten van zorgvuldigheid, maximale openheid en het voeren van overleg over het tegenstrijdig belang niet nieuw; te zien is dat dit de laatste jaren steeds meer aan bod is gekomen in de literatuur. Wel lijkt nieuw te zijn dat de OK de onthoudingsregel ook onder de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling schaarde. Deze ontwikkelingen scheppen helaas geen duidelijkheid en zorgen dan ook voor onzekerheid bij bestuurders en (rechts)praktijk. Voor nu lijkt het raadzaam de relevante omstandigheden van het concrete geval te toetsen aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling én de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling, waarbij voor de laatste regeling ook onthouding bij de beraadslaging en besluitvorming door de besmette bestuurder overwogen dient te worden.

Noten

[1] François duc de La Rochefoucauld (1613-1680), *Maximes et réflexions morales du duc de La Rochefoucauld*, Parijs: Ménard et Desenne fils 1817, p. 10 (nr. 40).

[2] Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Maeijer (Linders/Hofstee).

[3] HR 29 juni 2007, NJ 2007/420 m.nt. Maeijer (Bruil).

[4] Voor commissarissen geldt art. 2:140/250 lid 5 BW.

[5] Indien in dit artikel gesproken wordt van een tegenstrijdig belang, kan ook een mogelijk tegenstrijdig belang daaronder worden begrepen, voor zover van toepassing. Zie voor een *mogelijk* tegenstrijdig belang Chr.M. Stokkermans, Tegenstrijdig belang bij de rechtspersoon? Realistisch aanpakken, WPNR 2017/7173, p. 945.

[6] G.T.M.J. Raaijmakers, Tegenstrijdig belang na de invoering van de Wet Bestuur & Toezicht, in: G.C. Makking e.a. (red.), Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 359.

[7] 'Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.'

[8] A.F.J.A. Leijten, Een tegenstrijdigbelangregeling ontwerpen, WPNR 2017/7173, p. 953-954; vgl. Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:930, JOR 2017/229 m.nt. Sinnighe Damsté (TMG), r.o. 3.15, 3.16 en 3.19.

[9] Art. 2:156/246 BW (oud); zie o.m. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/400 en 410; H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra & K. van Veen, Evaluatie Wet bestuur en toezicht (IVOR nr. 110), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 30-31; A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang: statuten en reglementen van beursvennootschappen onderzocht, O&F (22) 2014, afl. 4, p. 24; R.G.J. Nowak & A.F.J.A. Leijten, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling, Ondernemingsrecht 2012/92, p. 501.

[10] P. van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 100), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 230 en I. Wassenaar, Tegenstrijdig belang: de nieuwe regels, TOP 2012, afl. 4, p. 149.

[11] Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 12.

[12] A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang: het paard achter de wagen, WPNR 2010/6836, p. 225.

[13] Zie voor een overzicht van een aantal relevante factoren en kenmerken die hierbij kunnen helpen: G.T.M.J. Raaijmakers & A.H. Stoffels, De aandeelhouders-commissaris en tegenstrijdig belang, WPNR 2017/7173, p. 965-966.

[14] Waarmee afscheid is genomen van de formeel-abstrakte benadering, die inhoudt dat elk belang van de bestuurder die mogelijk nadelig kan zijn voor de vennootschap voldoende is om het wettelijk gezien over een tegenstrijdig belang te hebben: S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, Van het concern, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 237.

[15] HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007/420 m.nt. J.M.M. Maeijer (Bruil), r.o. 3.4 en 3.7.

[16] Indien in dit artikel gesproken wordt over een bestuurder of een bestuur, kan ook een commissaris of RvC daaronder begrepen worden, voor zover van toepassing.

[17] HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:652 (Boskalis/Fugro), r.o. 3.3.6.

[18] Art. 2:129/239 lid 5 BW.

[19] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.1 en 4.2.2.

[20] Aangezien de Hoge Raad het voor wat betreft het eerste element heeft over 'vooral' bepaald worden door het bestendige succes van de onderneming, betekent dit ook dat andere factoren meegenomen dienen te worden, zie ook W.J.M. van Veen, Het belang van de rechtspersoon en zijn 'raison d'être', WPNR 2017/7162, p. 643.

[21] L. Timmerman, De rol van het vennootschappelijk belang en strategie bij het beschermen van beursvennootschappen, TvOB 2018, afl. 1, p. 15; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.1 en 4.2.2.

[22] M.M. Mendel & W.J. Oostwouder, Lange termijn waardecreatie van de beursvennootschap en de daaraan verbonden onderneming, het bestendige succes van de (dochter)onderneming en het begrip 'vennootschappelijk belang': harmonie of disharmonie?, O&F (25) 2017, afl. 3, p. 9-10.

[23] Zie o.m. annotatie punt 5 ad (2): HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun) en S. Renssen, De turboliquidatie van de besloten vennootschap (diss. Maastricht; VDHI nr. 131), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 74-76.

[24] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.2; Annotatie punt 5 ad (3): HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P.

van Schilfgaarde (Cancun); Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 m.nt. C.D.J. Bulten, r.o. 3.12; vgl. Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5049, JOR 2018/9 m.nt. Josephus Jitta (ZED+), r.o. 4.15; Van Veen 2017, p. 651.

[25] Nowak & Leijten 2012, p. 504-505.

[26] M.C.P. van Dongen, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling nader beschouwd, TvOB 2013, afl. 2, p. 51.

[27] HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394, NJ 2004/519 m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.5.2; zie ook Van Ginneken en Timmerman, die het waarschijnlijk achten dat indien het bestuur buiten zijn bevoegdheid handelt, de rechter zal oordelen dat het bestuur disproportioneel handelt: M.J. van Ginneken & L. Timmerman, De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht 2011/123, p. 603.

[28] Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/402.

[29] Stokkermans 2017, p. 943.

[30] Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 963.

[31] J.B. Wezeman, Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels, in: L. Timmerman e.a., Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 81; Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 962; Leijten 2017, p. 956.

[32] Vgl. de OK die oordeelde in de TMG-beschikking dat het denkbaar zou zijn geweest en mogelijk de voorkeur zou hebben verdiend ter voorkoming van elke schijn van belangenverstrengeling om de besmette commissaris niet te laten deelnemen aan de RvC-vergaderingen. De OK geeft hier een ruime betekenis aan de onthoudingsregel. Niet enkel onthouding bij het relevante agendapunt om schijn te voorkomen, maar onthouding bij de gehele RvC-vergadering lijkt in bepaalde gevallen geboden te zijn: Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:930, JOR 2017/229 m.nt. Sinninghe Damsté (TMG), r.o. 3.15, 3.16 en 3.19.

[33] Stokkermans 2017, p. 946.

[34] Het kwalitatief tegenstrijdig belang valt hier niet meer onder: Van Dongen 2013, p. 44-45 en 47; Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 964-965; Stokkermans 2017, p. 945; Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.31.

[35] HR 14 november 1940, ECLI:NL:HR:1940:AG1920, NJ 1941/321 (Maas/Amazone); HR 3

mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618, NJ 2002/393 (Brandao/Joral), r.o. 3.5.2.

[36] Zie o.m. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/403; HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2022, NJ 1996/568 (Mediasafe I), r.o. 3.4; W. Bosse, Tegenstrijdig belang revisited, WPNR 2002/6506, p. 721.

[37] Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 961.

[38] Vgl. best practice bepaling 2.1.8 onderdeel vi en vii Nederlandse Corporate Governance Code 2016.

[39] In de literatuur wordt onderkend dat geen enkele bestuurder voldoet aan het irreële ideaalbeeld dat een bestuurder geen persoonlijke belangen heeft en louter geïnteresseerd is in het vennootschappelijk belang (*structural bias*): Raaijmakers 2015, p. 363; B.F. Assink, Samenwerking in het bestuur, in: L. Timmerman e.a., Samenwerken in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 80), Deventer: Kluwer 2011, p. 14-15; B.F. Assink & W.J. Slagter, Compendium Ondernemingsrecht (Deel 1), Deventer: Kluwer 2013, par. 51, p. 988-991.

[40] Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.3.

[41] Annotatie punt 2: Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Maeijer (Linders/Hofstee).

[42] Annotatie punt 1: Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Maeijer (Linders/Hofstee).

[43] Raaijmakers 2015, p. 361.

[44] Assink 2011, p. 17.

[45] Dit is ook later door de Hoge Raad erkend in o.a. HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618 m.nt. P. van Schilfgaarde (Brandao/Joral), r.o. 3.5.2; A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang, O&F 2002/54, p. 40-41.

[46] Leijten 2017, p. 953.

[47] A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 62-63.

[48] Hof Amsterdam (OK) 3 december 1987, De NV 1988/66, p. 79-80; zie ook annotatie punt 5 ad (5): HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun).

[49] Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018, JOR 2009/129 m.nt. G. van Solinge (Butôt), r.o. 3.14.

[50] Annotatie punt 1: Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Maeijer (Linders/Hofstee).

[51] Dit is verklaarbaar volgens Leijten, aangezien de gedragslijn is overgewaaid uit Anglo-Amerikaans tegenstrijdigbelangrecht, waar onthouding in beginsel geen onderdeel van is; annotatie punt 12: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst); zie ook UK Companies Act 2006, section 175.

[52] Annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II).

[53] Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.32.

[54] Volgens de OK vereist de redelijkheid en billijkheid dat serieus inhoudelijk overleg in acht dient te worden genomen in bepaalde gevallen; zie annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:616, JOR 2018/120 m.nt. H.J. ter Meulen, r.o. 3.24.

[55] Art. 20 lid 3 sub a statuten Intergamma B.V. d.d. 17 maart 2005.

[56] Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (Intergamma), r.o. 3.33.

[57] Vgl. de Duitse Mannesmann-uitspraak, waar het Bundesgerichtshof feitelijk oordeelde – volgens Assink – dat, aangezien de bonussen die werden toegekend aan onder meer de bestuurders van Mannesmann het belang op geen enkele wijze konden dienen, er sprake was van een verkwanseling van vennootschappelijke middelen: B.F. Assink, De Mannesmann-zaak. Een verhaal over irrationeel gedrag, hoogmoed en de bijbehorende val, Ondernemingsrecht 2006/50, p. 165; zie ook F.G.K. Overkleef, De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen (IVOR nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 445-446.

[58] Zie ook G.N.H. Kemperink, Vennootschappelijk toezicht op de doelvennootschap bij openbare biedingen (IVOR nr. 92), Deventer: Kluwer 2013, p. 148-149, 155 en 160-162.

[59] C.J.C. de Brauw, Overnames van beursvennootschappen. Beschouwingen over de vennootschapsrechtelijke, financieeltoezichtrechtelijke, contractuele en praktische aspecten van beursovernames (VDHI nr. 143), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 183.

[60] Ook als er sprake is van een ander voordeel, zoals een bestuurszetel in bijv. de overnemende vennootschap: Kemperink 2013, p. 164.

[61] Anders wanneer het bestuur slechts een marginale toets dient uit te voeren, zoals de uitkeringstest van art. 2:216 BW. In dit geval heeft het bestuur een beperkte opdracht gekregen om te toetsen of na uitkering de vennootschap kan blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden en al dan niet goedkeuring voor de uitkering te verlenen. Het bestuur kan alleen blokkerend optreden en heeft hiervoor een noodrem in handen gekregen: R.E.H. Canisius & M.B.F. Canisius, De verhouding tussen de uitkeringstest en de tegenstrijdigbelangregeling opnieuw belicht, TvOB 2015, afl. 4, p. 147 en 149 en B.C. Cornelisse, Tegenstrijdig belang en de uitkeringstest van art. 2:216 BW, TvOB 2013, afl. 6, p. 212-215 en 217-218; zie ook S.C.E.F. Moulen Janssen, Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders bij winstuitkeringen van een BV: terechte onrust?, in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 378-379.

[62] Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (Intergamma), r.o. 3.4 en 3.33.

[63] Vgl. Hof Amsterdam (OK) 22 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4666, JOR 2015/98 m.nt. M. Holtzer, r.o. 3.21 (Xeikon); en bevestigd in Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta, r.o. 5.34 (Xeikon II).

[64] Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (Intergamma), r.o. 3.35.

[65] Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.27.

[66] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 2.2-2.4.

[67] Hierbij is ook een onherroepelijke volmacht aan NEBO verleend voor vestiging van het recht van eerste hypotheek op alle in haar bezit zijnde en nog te verkrijgen gronden: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 2.15.

[68] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 2.18-2.20.

[69] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.10.

[70] Aangezien Welles tezamen met Dons vertegenwoordigingsbevoegd was, heeft Welles niet rechtens gehandeld. Deze rechtshandelingen hadden kunnen worden bekrachtigd door Dons toen hij nog bestuurder was, of de wederpartijen van Staphorst hadden de nietigheid van deze alleen door Welles gedane rechtshandelingen kunnen inroepen; zie ook noot Leijten, waarin hij opmerkt dat de OK in r.o. 4.14 overweegt dat Welles deze rechtshandelingen niet had mogen doen zonder Dons en niet dat hij dat niet heeft kunnen doen; annotatie Leijten, punt 3: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 (Staphorst).

[71] Vgl. Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5049, JOR 2018/9 m.nt. Josephus Jitta (ZED+), r.o. 4.15.

[72] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.13.

[73] Zie voor de kennelijke verschrijving van de OK annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst).

[74] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.14; vgl. Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.30 en 3.34.

[75] M. Das, Tegenstrijdig belang, O&F 2005/68, p. 34; HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394, JOR 2004/266 m.nt. F.J.P. van den Ingh (Duplicado), r.o. 3.5.2; A.J.P. Schild, Het begrip tegenstrijdig belang, Mediasafe revisited, MvV 2007, afl. 9, p. 180.

[76] Leijten is nieuwsgierig naar de vraag waarom een *at arm's length*-verweer niet voldoet; annotatie punt 7: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst); Leijten 2017, p. 953.

[77] Stokkermans 2017, p. 944.

[78] Annotatie punt 7: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst).

[79] Dit hoeft geen tegenstrijdig belang met het vennootschappelijk belang op te leveren indien het concernbelang erbij gebaat is: Van Veen 2017, p. 652-653.

[80] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.19.

[81] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.15.

[82] De OK concludeert onder meer dat er in de onderzoeksperiode sprake was van wanbeleid bij onder meer Staphorst, waarbij dit hoofdzakelijk is te wijten aan Welles: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten, r.o. 4.25 en 4.27.

[83] Een verbod volgt in ieder geval niet uit de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling, zie ook annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II).

[84] Art. 2:146/256 BW (oud).

[85] Zie ook annotatie punten 9 en 10: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst).

[86] Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018, JOR 2009/129 m.nt. Van Solinge (Butôt), r.o. 3.14.

[87] Vgl. Raaijmakers en Stoffels, die zich afvragen of de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling en de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling geheel overeenkomen; Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 962; Assink en Slagter menen dat er geen goede reden bestaat om tegenstrijdig belang in het enquêterecht anders in te vullen; Assink & Slagter 2013, par. 51, p. 969.

[88] De OK gaat in de Staphorst-beschikking overigens voorbij aan de vraag of er sprake is van rechtsgeldige vertegenwoordiging door Welles.

[89] Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.21.

[90] Een beraadslaging kan worden gezien als 'een proces van een bespreking, van een gedachtewisseling' volgens de Taalunie, zie taaladvies.net/taal/advies/vraag/101/beraadslaging/. Zie anders: Dikke Van Dale Online 2015 t/m 2017, die beraadslaging definieert als 'iets met elkaar ernstig overwegen en overleggen'. Zelfs als aangehaakt zou moeten worden bij de laatste definitie, kan betoogd worden dat er bij de bespreking tussen de VNG-commissarissen en de RvC-voorzitter sprake was van ernstige overwegingen en overleggen, aangezien het ging om het al dan niet uittreden van een grootaandeelhouder.

[91] Vgl. Stokkermans, die verwijst naar Linders/Hofstee, voor de volgende overweging: 'Waar tegenstrijdige belangen spelen is een hogere mate van zorgvuldigheid vereist in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering (...) aldus reeds OK 26 mei 1983, NJ 1984/481 (Linders Hofstee)'; Stokkermans 2017, p. 945. Mijns inziens volgt dit niet uit Linders/Hofstee, maar uit de Butôt-beschikking van de OK, waarbij dit ook nog eens van toepassing lijkt te zijn

bij bijzondere gevallen en geen algemene norm lijkt te zijn: Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018, JOR 2009/129 m.nt. Van Solinge (Butôt), r.o. 3.14.

[92] Cok was zowel commissaris van Xeikon als commissaris van target Accentis.

[93] De RvC zelf heeft commissaris Cok uitgenodigd: Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II), r.o. 4.1 en 5.38.

[94] Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.32.

[95] Annotatie punt 14: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst).

[96] ‘(...) bij tegenstrijdig belang werpt de rechter een extra kritische blik op de wijze waarop het besluit tot stand is gekomen’; A.F.M. Dorrestein, Rechtsvorderingen bij tegenstrijdig belang, TVVS (90) 1990, afl. 4, p. 81-82.

[97] Zie o.m. Van Schilfgaarde 2016, p. 228-232.

[98] G.J.C. Rensen, Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk, WPNR 2013/6979, p. 459.

[99] Advocaten dienen mijns inziens waakzaam te zijn indien zij ingeschakeld worden door een vennootschap waarbij de bestuurder met een tegenstrijdig belang, die tevens (groot)aandeelhouder is, de opdracht uitzet. Bij de advisering omtrent het tegenstrijdig belang dient met het vennootschappelijk belang en de belangen van de andere aandeelhouders rekening te worden gehouden; vgl. HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444, JOR 2017/285 m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 3.5.5 en 3.7.5 en annotatie punt 9.

[100] Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.21.

[101] Dit kan ook door zorg te dragen voor adequate governance, waarmee schijn van belangenverstrengeling wordt voorkomen; vgl. Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.24.

[102] Art. 2:9 lid 5 BW (wetsvoorstel).

[103] Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.24, Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta, r.o. 5.44 (Xeikon II); P.L. Hezer, Het special committee naar Amerikaans model bij openbare biedingen, MvO 2017, afl. 10-11, par. 3.2.

[104] Annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II).

[105] Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 966; Bartman e.a. 2016, p. 237; Dorresteyn 2014, p. 27; Rensen 2013, p. 463; E. Zwerus & S.R. Brand, Tegenstrijdig belang – recente ontwikkelingen sinds de wetwijziging in 2013, MvV 2016, afl. 9, p. 250-251; Boschma e.a. 2017, p. 119; Nowak & Leijten 2012, p. 502.

RECHTSPRAAK

Bestuurder detacheringsbureau/Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

Bestuurdersaansprakelijkheid na turboliquidatie. Ernstig verwijt indien werkzaamheden van een vennootschap louter zijn beëindigd om te ontkomen aan nabetaling.

De Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten ('de Stichting') is in rechte opgetreden tegen Detacheringsbureau Esthercom B.V. ('het Detacheringsbureau'). Dat optreden heeft geleid tot een vonnis van de kantonrechter van 21 augustus 2013. Het Detacheringsbureau is bij dat vonnis onder meer veroordeeld tot (i) nabetaling aan de bij haar in dienst geweest zijnde werknemers voor een bedrag van ongeveer € 500.000 en (ii) betaling van schadevergoeding aan de Stichting van € 100.000. Het Detacheringsbureau heeft niet aan dit vonnis voldaan en is begin januari 2015 uitgeschreven uit het handelsregister onder de vermelding: 'de ontbonden rechtspersoon is opgehouden te bestaan omdat geen bekende baten meer aanwezig zijn met ingang van 1-12-2014'. Opposant was enig bestuurder van zowel het Detacheringsbureau als van het per 3 juli 2012 opgerichte Estercom.

In dit geding heeft de Stichting in eerste aanleg gevorderd (a) dat Estercom wordt veroordeeld tot betaling van € 60.000 aan nabetaling en schadevergoeding en (b) Estercom en opposant hoofdelijk worden veroordeeld tot hetgeen waartoe het Detacheringsbureau in 2013 is veroordeeld. De kantonrechter heeft het onder (a) genoemde toegewezen maar het onder (b) genoemde afgewezen. Daartoe is overwogen dat onderdeel b niet toewijsbaar is op basis van de door de Stichting gestelde overgang van onderneming van het Detacheringsbureau naar Estercom. De vordering ten aanzien van opposant is voorts niet toewijsbaar omdat hij slechts is gedagvaard in zijn hoedanigheid als bestuurder van Estercom, terwijl hij de hem verweten handelingen heeft verricht in zijn hoedanigheid van bestuurder van het Detacheringsbureau.

De Stichting is van dit vonnis in hoger beroep gekomen voor zover haar vorderingen zijn afgewezen (onderdeel b). Tegen Estercom en opposant is daarbij verstek verleend. In het bij verstek gewezen arrest van 27 maart 2018 zijn de vorderingen van de Stichting toegewezen. Opposant is hiertegen in verzet gekomen.

De Stichting richt zich onder meer tegen het oordeel van de kantonrechter inzake de hoedanigheid waarin opposant is gedagvaard. Het hof overweegt dat blijkens pagina 1 van de inleidende dagvaarding opposant inderdaad in zijn hoedanigheid als bestuurder van Estercom is gedagvaard. Aan deze passage komt echter geen zelfstandige, de grondslag van de vorderingen beperkende, betekenis toe. De feitelijke onderbouwing die de Stichting geeft aan haar OD-vordering laten immers geen andere conclusie toe dan dat de Stichting het handelen van opposant als bestuurder van zowel het Detacheringsbureau als Estercom daaraan ten grondslag heeft gelegd, aldus het hof.

Het hof vervolgt dat nu de gestelde aansprakelijkheid van opposant (mede) gegrond is op onrechtmatig handelen van hem als bestuurder van het Detacheringsbureau, het hof eerst deze grondslag zal onderzoeken. Pas indien zou blijken dat deze de vordering niet kan dragen zal aandacht besteed worden aan de kwestie van de overgang van de onderneming. De Stichting heeft gemotiveerd gesteld dat opposant in het onderhavige geval een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt als bestuurder van het Detacheringsbureau. Dit blijkt onder meer uit het feit dat opposant (i) het Detacheringsbureau na het vonnis in 2013 niet op juiste wijze dan wel heimelijk heeft ontbonden, (ii) niet heeft willen meewerken aan executie van het vonnis van 21 augustus 2013, (iii) het Detacheringsbureau heeft uitgeschreven uit het handelsregister op de grond dat baten zouden ontbreken hoewel uit de jaarstukken 2009, 2011 en 2012 nog blijkt van een zeer gunstige financiële positie van het Detacheringsbureau en (iv) geen jaarstukken over 2013 en 2014 heeft gedeponneerd.

Het hof komt op basis van deze feiten, bij gebrek aan gemotiveerd verweer van opposant, tot de conclusie dat opposant de activiteiten van het Detacheringsbureau alleen heeft beëindigd om te ontkomen aan de nakoming van het vonnis van 21 augustus 2013.

Het hof verklaart het verzet ongegrond.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:8525

Zaaknummer: 200.183.489

Rechters: B.J. Engberts, D. Stoutjesdijk en A.S. Gratama

Advocaten: R. van Biezen en J. Goemans

Wetsartikelen: 3:37 BW, 3:7 BW en 3:82 BW

RECHTSPRAAK

WPIB GmbH/X

Verkoop van een showmodel op basis van een bemiddelingsovereenkomst. Bestuurdersaansprakelijkheid afgewezen.

WPIB GmbH ('WPIB') vordert dat X wordt veroordeeld tot betaling aan WPIB van schadevergoeding. WPIB verwijt X dat hij (I) het showmodel zonder voorafgaande goedkeuring van en zonder overleg met WPIB op naam van Rinc B.V. ('Rinc') aan een derde (The Welsh Pantry) heeft verkocht, (II) hiervoor op naam van Rinc een factuur heeft gestuurd en op naam van Rinc de koopsom heeft geïncasseerd, zonder dat Rinc (of X) hiertoe was gevolmachtigd, (III) het showmodel aan The Welsh Pantry heeft geleverd zonder voorafgaande goedkeuring van en overleg met WPIB en (IV) geen openheid van zaken aan WPIB heeft gegeven over de verkoop van het showmodel, opzettelijk misleidende informatie heeft gegeven en ook weigerachtig is gebleven de ontvangen gelden aan WPIB af te dragen.

Kort gezegd voert WPIB aan dat (a) X heeft gehandeld in strijd met de op Rinc rustende verplichtingen uit de bemiddelingsovereenkomst met WPIB, (b) X in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm (arrest *Spaanse Villa*) en (c) X als bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt treft van benadeling van WPIB als schuldeiser door Rinc (arrest *Beklamel en Ontvanger/Roelofsen*).

Verwijt I, II en III

Bij tussenarrest van het hof is WPIB toegelaten te bewijzen dat is afgesproken dat Rinc het showmodel uitsluitend na verkregen toestemming van WPIB mocht verkopen, en/of dat is afgesproken dat Rinc niet bevoegd was de koopprijs zelfstandig (al dan niet op eigen naam) te incasseren. Het hof is van oordeel dat uit diverse e-mails tussen WPIB en Rinc, de inleidende dagvaarding en de getuigenverklaringen volgt dat sprake was van een opdracht tot het verkopen van het showmodel en niet (slechts) van een bemiddelingsovereenkomst.

De omstandigheid dat WPIB niet heeft bewezen dat is afgesproken dat Rinc het showmodel uitsluitend na verkregen toestemming van WPIB mocht verkopen, brengt op zichzelf niet mee

dat tussen partijen vaststaat dat Rinc opdracht heeft gekregen het showmodel voor WPIB te verkopen voor de tussen partijen vastgestelde (minimum)prijs, aldus het hof. Nu geen feiten zijn gesteld of gebleken op grond waarvan Rinc gehouden zou zijn om te zorgen dat WPIB als verkopende partij zou optreden bij de door Rinc tot stand te brengen overeenkomst, gaat het hof ervan uit dat Rinc bevoegd was om het showmodel op eigen naam te verkopen en dat Rinc niet verplicht was voorafgaand aan een verkoop de voorafgaande instemming van WPIB te verkrijgen.

Bij gebreke van enige gebleken verplichting om te zorgen dat de koper van het showmodel rechtstreeks aan WPIB zou betalen, moet volgens het hof worden aangenomen dat Rinc als verkopende partij bevoegd was de koopsom ten behoeve van WPIB te innen. Ten slotte moet worden aangenomen dat Rinc als verkoper bevoegd was om de uit de koopovereenkomst jegens de koper voortvloeiende verplichtingen na te komen, te weten de verplichting om het showmodel af te leveren en de koper, in elk geval als deze de koopprijs zou hebben voldaan, tot eigenaar te maken, aldus het hof.

Het hof komt tot de conclusie dat de door WPIB aan het adres van RINC gemaakte verwijten I, II en III ongegrond zijn.

Verwijt IV

De kern van dit verwijt (IV) is erin gelegen dat X namens Rinc zou hebben geweigerd de ontvangen gelden af te dragen, en deze weigering heeft volgehouden tot het moment dat Rinc niet langer in staat was tot doorbetaling aan WPIB en uiteindelijk in staat van faillissement raakte.

Het hof is van oordeel dat X voldoende grond had om ervan uit te gaan dat WPIB zich jegens Rinc had verbonden tot betaling van een vergoeding voor het geval de in de overeenkomst vermelde omzetten niet zouden worden behaald. X mocht er dan ook van uitgaan dat Rinc zich tegenover WPIB kon beroepen op een opschortingsrecht dan wel op verrekening, aldus het hof.

De juridische grondslagen voor de vorderingen van WPIB

Het hof is van oordeel dat artikel 7:404 BW in de verhouding van WPIB tot X niet van toepassing is. In de eerste plaats is gesteld noch gebleken dat X met Rinc of in dienst van Rinc een beroep of bedrijf uitoefent, zoals vereist voor toepassing van artikel 7:404 BW. In de tweede plaats heeft WPIB, tegenover de betwisting door X, niet voldoende onderbouwd dat WPIB de opdracht tot reparatie en verkoop van het showmodel aan Rinc heeft verleend met het oog op (de persoonlijke kwaliteiten van) X.

Om voornoemde redenen is het hof van oordeel dat zich in de verhouding tussen WPIB en X evenmin een situatie voordoet waarbij gesteld kan worden dat X, door zijn handelwijze, een op hem persoonlijk – derhalve niet als bestuurder van Rinc – rustende zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden zoals aan de orde in het arrest *Spaanse Villa*.

De verwerping van de door WPIB aan X gemaakte verwijten brengt mee dat ook de derde grondslag (c) de vorderingen van WPIB niet kunnen dragen.

Beslissing

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vorderingen van WPIB af.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 04-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:2153

Zaaknummer: 200.176.056/01

Rechters: F.R. Salomons, M.J. van Cleef-Metsaars en L. Reurich

Advocaten: D.F. Spoormans en R.A. Oskamp

Wetsartikelen: 6:162 BW en 7:404 BW

RECHTSPRAAK

Telefoonmaatschappij/Directeur

De bestuurder van een vennootschap had beter moeten weten dan op de niet-realistische financieringstoezeggingen van derden te vertrouwen. Door toch lange tijd betalingstoezeggingen te doen die niet werden nagekomen, heeft hij als bestuurder onrechtmatig gehandeld jegens eiseres.

Eiseres is een telefoonmaatschappij die met Vennootschap A diverse overeenkomsten heeft gesloten op grond waarvan Vennootschap A aan Eiseres zogenoemde interconnectievergoedingen en huur moest betalen. Gedaagden sub a en sub b waren respectievelijk de statutair bestuurder ('Directeur') en procuratiehouder ('Procuratiehouder') van Vennootschap A. Vennootschap A had een betalingsachterstand bij Eiseres. De Directeur heeft namens Vennootschap A gedurende een lange periode telkens betalingstoezeggingen gedaan, op grond van financieringstoezeggingen van derden, die nooit zijn nagekomen. Nadat voorlopige surseance van betaling is verleend aan Vennootschap A, is op verzoek van de bewindvoerder Vennootschap A failliet verklaard. Uit het openbare faillissementsverslag blijkt dat de curator verwacht dat het faillissement wegens gebrek aan baten zal moeten worden opgeheven.

Eiseres houdt de Directeur als bestuurder en de Procuratiehouder als feitelijk beleidsbepaler aansprakelijk voor de schade die zij heeft geleden.

Ten aanzien van de Procuratiehouder is het Gerecht van oordeel dat zij niet kan worden gezien als feitelijk beleidsbepaler, te minder nu Eiseres in haar inleidende processtuk zelf ook stelt dat Vennootschap A wordt vertegenwoordigd door de Directeur die volledige zeggenschap heeft. Dat de Procuratiehouder is gehuwd met de Directeur en dat zij als procuratiehouder/manager in het handelsregister is geregistreerd, is in ieder geval niet voldoende.

Het Gerecht is met Eiseres evenwel van oordeel dat gestelde financieringstoezeggingen van derden om meerdere redenen ongeloofwaardig zijn. Omdat Vennootschap A kennelijk niet uit

de gewone bedrijfsexploitatie voldoende middelen kon putten om Eiseres te betalen, is de conclusie dat de Directeur, door te blijven vertrouwen op deze financieringstoezeggingen, wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat Vennootschap A niet aan haar betalingsverplichtingen kon voldoen. De Directeur kan daarvan een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt omdat hij als bestuurder beter had moeten weten dan op de financieringstoezeggingen van deze derden te vertrouwen.

Het Gerecht wijst de vordering ten aanzien van de Directeur toe.

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 27-08-2018

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2018:232

Zaaknummer: AR 2017/83306/CUR201701109

Rechters: A.J.J. van Rijen

Advocaten: Th. Aardenburg en M.O. Gomes

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Persoonlijke redenen voor bestuurdersaansprakelijkheid

Onrechtmatige daad. Bestuurdersaansprakelijkheid. Gefailleerde vennootschap niet aansprakelijk voor ingestelde vorderingen en dus ook bestuurder niet. Misbruik van procesrecht nu de eigenlijke reden voor de vorderingen in de relationele sfeer ligt en de vorderingen nauwelijks zijn onderbouwd.

Deze zaak betreft een geschil in eerste aanleg tussen eiseres ('Eiseres') en gedaagde ('Gedaagde') over bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement.

Gedaagde is een van de statutaire bestuurders geweest van een vennootschap gevestigd te Curaçao ('de Vennootschap'). Op 21 september 2016 is de Vennootschap in staat van faillissement verklaard. Het eindverslag van de curator van 10 februari 2017 beschrijft dat het faillissement een relationele achtergrond heeft. De heer V.P. ('V.P.'), gewezen levenspartner van Gedaagde, heeft vanuit zijn twee vennootschappen bestaande uit Eiseres en een andere vennootschap ('de Twee Vennootschappen') het faillissement aangevraagd van de Vennootschap. De Twee Vennootschappen pretenderen schuldeisers te zijn van de failliete Vennootschap uit hoofde van verstrekte leningen, maar iedere documentatie daaromtrent ontbreekt. Uit onderzoek blijkt dat op de achtergrond een kwestie speelt omtrent het gezag over een kind van beide partijen. V.P. wenst om persoonlijke redenen een veroordeling van Gedaagde op grond van bestuurdersaansprakelijkheid.

Eiseres vordert Gedaagde bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis te veroordelen tot betaling van een bedrag aan schadevergoeding. Gedaagde verzoekt het Gerecht om Eiseres in haar vordering niet-ontvankelijk te verklaren, dan wel deze af te wijzen, met veroordeling van Eiseres in de werkelijke kosten van het geding.

Eiseres vordert een drietal bedragen voor respectievelijk (i) een aandelenoverdracht, (ii) 'openstaande facturen tot juni' en (iii) bepaalde bankafschriften. Al deze vorderingen zijn niet of nauwelijks toegelicht en het Gerecht komt dus niet toe aan enig inhoudelijk oordeel over bestuurdersaansprakelijkheid.

Het Gerecht wijst de vorderingen af.

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 27-08-2018

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2018:230

Zaaknummer: CUR 201601437

Rechters: A.J.J. van Rijen

Advocaten: L.F. Herben en M.J. Eisdén

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:10 BW, 2:11 BW, 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Koopovereenkomst waarbij een kerk voor 1 euro is verkocht met het voornemen een Memorarium te realiseren. Geen bestuurdersaansprakelijkheid van de bestuurder, omdat er geen sprake is van dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden, noch van een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis uit hoofde van de overeenkomst.

Verweerster was eigenaar van een kerk. Eiser Y is voornemens een Memorarium te realiseren, gericht op het creëren van een bijzondere plaats om overledenen te gedenken. Via een dochtervennootschap exploiteert Eiser Y sinds medio 2013 een Memorarium in een kerk dat de mogelijkheid biedt om urnen bij te zetten, een gedenkplaquette te plaatsen of kaarsen aan te steken. Verweerster heeft de kerk voor een bedrag van € 280.000 te koop aangeboden aan Y. Dit aanbod is door Eiser Z, bestuurder van Eiser Y, afgewezen. Verweerster en Eiser Z hebben een koopovereenkomst ondertekend op 21 maart 2014, waarbij Verweerster de kerk voor € 1 heeft verkocht aan Eiser Z. In de koopovereenkomst zijn partijen overeengekomen dat ‘Koper voornemens is het verkochte te gebruiken als: Memorarium, een ruimte met verschillende mogelijkheden voor het bijzetten van een urn of om te gedenken door plaatsing van een gedenkplaquette of kinderornament, zie www.memorarium.nl’. Verweerster en Eiser Y hebben voorts een ontbindende voorwaarde bedongen, waarin is opgenomen dat de koopovereenkomst kan worden ontbonden indien niet voor 1 september 2014 een subsidiebeschikking is verkregen van minimaal € 150.000.

Eiser Z heeft een tweetal subsidies aangevraagd, één bij de Provincie Noord-Holland en een BRIM-aanvraag bij de Rijksdienst voor Cultureel Erfgoed. Beide aanvragen zijn afgewezen.

Eiser Z heeft op 20 september 2014 de kerk voor een koopprijs van € 100.000 doorverkocht aan Nieuwendammerdijk B.V. Op 1 oktober 2014 is de kerk aan Eiser Z geleverd, waarna de kerk bij akte van 3 oktober 2014 aan Nieuwendammerdijk B.V. is geleverd.

Nieuwendammerdijk B.V. heeft de kerk vervolgens op 31 december 2015 voor een bedrag van € 1 verkocht en geleverd aan Smidse Building B.V.

Verweerster vordert onder meer voor recht te verklaren dat Eiser Y onrechtmatig jegens Verweerster heeft gehandeld en gehouden is de hierdoor door Verweerster geleden schade te vergoeden.

De rechtbank is van oordeel dat er geen sprake is van dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden, en dat evenmin sprake is van een tekortkoming in de nakoming van haar verplichting om binnen een redelijke termijn na levering van de kerk een Memorarium te realiseren, en dat om deze redenen er geen grond bestaat voor het oordeel dat Eiser Y als bestuurder van Eiser Z onrechtmatig zou hebben gehandeld jegens Verweerster.

De rechtbank wijst de vorderingen af.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 04-07-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:4629

Zaaknummer: C/13/625027 / HA ZA 17-251

Rechters: M. Singeling

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en W.T. Broer

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bakkerij Fes VOF

Op grond van artikel 7A:1678 BW kan een derde niet zonder toestemming van een vennoot toetreden tot een vennootschap onder firma. Eiser heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat tussen partijen een samenwerking is overeengekomen en evenmin is duidelijk geworden wat de werkzaamheden van eiser inhielden.

Eiseres sub 2, Bakkerij Fes VOF ('VOF'), is een bakkerij (met winkel) in de bedrijfsruimte met op enig moment de vennoten gedaagde en X. In een door de verhuurder van de bedrijfsruimte, gedaagde en X ondertekende allonge zijn gedaagde en X beiden aangemerkt als huurders. Op enig moment heeft X zijn (feitelijke) betrokkenheid bij de VOF beëindigd en heeft X zich in het handelsregister doen uitschrijven als vennoot van de VOF. Per die datum is eiser sub 1 ('E') als vennoot in het handelsregister ingeschreven. Tegen deze inschrijving is namens gedaagde ruim een jaar later vergeefs bezwaar gemaakt. Gedaagde heeft vervolgens in het handelsregister zijn eenmanszaak met de naam 'Bakkerij Fes Overvecht' op hetzelfde adres als de VOF ingeschreven. Gedaagde heeft zich vervolgens in het handelsregister doen uitschrijven als vennoot van de VOF, de sloten van de bakkerij vervangen en E de toegang tot de bakkerij geweigerd.

Eisers vorderen in kort geding dat gedaagde wordt veroordeeld om zich in het handelsregister in te schrijven en ingeschreven te houden als vennoot van de VOF, om met E overleg te voeren over de ondernemingsactiviteiten van de VOF, alsmede om de blokkades van het huurgenoet voor E op te heffen.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat op grond van artikel 7A:1678 BW de door X aangezochte E niet zonder toestemming van gedaagde tot de VOF kan toetreden. Tegenover het verweer van gedaagde dat hij geen samenwerking is overeengekomen met E en dat hij ook niet met de toetreding van E heeft ingestemd, heeft E enkel aangevoerd dat partijen elkaar al jaren kennen en dat de toetreding mogelijk op grond van een mondelinge overeenkomst is geschied. Dit is naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van een voor het bestaan van een vennootschap onder firma vereiste

wilsovereenstemming. De voorzieningenrechter oordeelt voorts dat de door E geschetste papieren werkelijkheid onvoldoende is om de conclusie te rechtvaardigen dat sprake is van een op winst gericht samenwerking tussen E en gedaagde, te minder nu de geschetste omstandigheden ook zouden kunnen duiden op een overgangsperiode tussen de exploitatie door de VOF en die door de eenmanszaak. Daar komt bij dat er onduidelijkheid bestaat over de – voor een vennootschap onder firma vereiste – feitelijke inbreng van E in de door hem gestelde samenwerking. Partijen hebben op dit punt tegenstrijdige verklaringen in het geding gebracht. Wie van partijen op dit punt gelijk heeft, kan in het beperkte kader van dit kort geding niet worden vastgesteld, aldus de voorzieningenrechter.

Nu onvoldoende aannemelijk is geworden dat E vennoot is van de VOF, moet de VOF in haar vorderingen niet-ontvankelijk worden verklaard, aldus de voorzieningenrechter. Omdat de voorzieningenrechter van oordeel is dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de VOF de bakkerij exploiteert, moeten de vorderingen van E tot inschrijven als vennoot van de VOF en onderhandelen over voortzetting van de VOF worden afgewezen. De vordering tot het verlenen van toegang tot de bakkerij moet eveneens worden afgewezen op grond van de te maken belangenafweging, aldus de voorzieningenrechter. Uit niets blijkt immers dat E voor de exploitatie van de bakkerij onmisbaar is en niet valt in te zien wat E denkt te kunnen bereiken met een door zijn (gestelde) medevennoot ongewenste samenwerking.

De voorzieningenrechter wijst het gevorderde af.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:5533

Zaaknummer: C/10/551155 / KG ZA 18-549

Rechters: P. de Bruin

Advocaten: C.L. Berkel en E.J. Coxon

Wetsartikelen: 7A:1678 BW

RECHTSPRAAK

MKA-Chirurgen Noordrand Rotterdam B.V.

Enquête; OK. Toewijzing verzoek verhoging onderzoekskosten.

De OK heeft reeds eerder een onderzoek bevolen naar het beleid en gang van zaken van MKA-Chirurgen Noordrand Rotterdam B.V. en daarbij bepaald dat het onderzoek ten hoogste € 25.000 mag kosten. Bij een latere beschikking heeft de OK dit bedrag verhoogd tot € 70.000. Later hebben twee belanghebbenden een verzoek tot ontheffing van de onderzoeker uit zijn functie bij de OK ingediend. Daarnaast hebben dezelfde belanghebbenden een verzoek bij de raadsheer-commissaris ingediend om de onderzoeker een aanwijzing te geven.

Thans is aan de orde het verzoek van de onderzoeker tot verhoging van het onderzoeksbudget in verband met de door hem aan genoemde verzoeken bestede tijd. De onderzoeker heeft in deze bestede tijd door middel van een urenspecificatie inzicht gegeven. Geen van de partijen heeft naar aanleiding daarvan bezwaar gemaakt tegen genoemd verzoek van de onderzoeker. De OK wijst het verzoek toe en verhoogt het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten tot € 75.000.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4490

Zaaknummer: 200.222.537/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, H.J. Vetter, B.M. Prins en D.E.M. Aleman

Advocaten: W.J.M. van Andel, R.C. de Mol, Y.A. Wehrmeijer en J.P. Franx

Wetsartikelen: 2:350 BW