

ANTWOORDEN CASUS

ONDERNEMING EN GESCHILLEN

Cursus georganiseerd door de

Stichting Beroepsopleiding Advocatuur

Woensdag 3 juni 2009 / 16.30 – 19.30 uur

Mr K. Frielink

1. Aandelenuitgifte (verifiëren voor je gaat vechten)

Casus

Agio N.V. heeft drie aandeelhouders: Mercedes, Kyra en Mark. Aan iedere aandeelhouder is 1 aandeel uitgegeven. Het gaat om aandelen zonder nominale waarde. Mercedes heeft NAf 1 voor haar aandeel betaald aan Agio N.V.; Kyra NAf 10 en Mark NAf 100.

Mercedes is de oprichter van Agio N.V. en heeft haar aandeel ter gelegenheid van die oprichting verworven (art. 2:101 lid 1 BW). Kyra en Mark pas na de oprichting.

De statuten van Agio N.V. bepalen dat het bestuur bevoegd is tot uitgifte van aandelen (art. 2:104 lid 1 BW).

Aan Mercedes en Kyra is een aandeel op naam uitgegeven en aan Mark een toonderaandeel. Deze uitgifte aan Kyra en Mark heeft plaatsgevonden doordat het bestuur een besluit tot uitgifte heeft genomen dat (alleen) door alle bestuurders is getekend. Verder zijn er geen stukken getekend.

De statuten bevatten geen regeling over het aan een aandeel verbonden stemrecht en ook niet over het aan een aandeel toekomend winstrecht.

Vragen:

- a. Is aan Mercedes een aandeel uitgegeven?
- b. Zijn alle aandelen rechtsgeldig uitgegeven?
- c. Stel dat de aandelen rechtsgeldig zijn uitgegeven: hebben Mercedes, Kyra en Mark dan evenveel stemrecht?
- d. Stel dat de aandelen rechtsgeldig zijn uitgegeven: zijn Mercedes, Kyra en Mark gelijk of ongelijk gerechtigd tot de winst van Agio N.V.?

Ad vraag a

Bij de oprichting moet één aandeel met volledig stemrecht dat deelt in de winst worden geplaatst bij de oprichter of een derde dan wel twee aandelen waarvan één met volledig stemrecht en één dat deelt in de winst (art. 2:100 lid 2 BW). In beide aspecten van het aandeelhouderschap, stemrecht en winstrecht, moet dus vanaf den beginne zijn voorzien.

Het zal in de praktijk zo goed als nooit voorkomen dat in de akte van oprichting, waarin ook de statuten zijn opgenomen, niets over stemrechten en winstrechten is bepaald. Bij Agio N.V. is desondanks niets hierover opgenomen. Ik zou willen aannemen dat dan bedoeld is dat aan het aan Mercedes uitgegeven aandeel een volledig stemrecht is verbonden en dat dit aandeel deelt in de winst. Er is dus sprake van een aandeel. Voor de later uitgegeven aandelen geldt dan hetzelfde.

Ad vraag b

Mercedes heeft haar aandeel ter gelegenheid van de oprichting van Agio N.V. verworven. Die uitgifte is dus geregeld in de notariële akte van oprichting. Moet zij daarin compareren ook als zij niet de of een oprichter is? Het antwoord luidt 'ja' (art. 2:101 lid 4 BW). Als dat het geval is dan is het aandeel rechtsgeldig aan haar uitgegeven.

Als een NV eenmaal is opgericht, dan vindt uitgifte plaats door de algemene vergadering dan wel een ander daartoe door de statuten aangewezen orgaan. Bij Agio N.V. is het bestuur in de

statuten aangewezen als het tot uitgifte bevoegde orgaan. Het bestuur is dus tot uitgifte bevoegd.

Maar de wet bevat nog een belangrijke voorwaarde: na de oprichting kan de uitgifte van aandelen alleen maar plaatsvinden bij een door de NV en de nemer van het aandeel getekende akte (art. 2:104 lid 1 BW). Dat hoeft géén notariële akte te zijn. Een onderhandse akte is voldoende. Het mag zelfs een simpel velletje papier of de achterkant van een bierviltje zijn. Maar die akte moet wel door de NV en de nemer van het aandeel worden getekend. Anders gezegd: geen aldus getekende akte dan ook geen uitgifte. De aandelen aan Kyra en Mark zijn dus niet rechtsgeldig uitgegeven. Zij zullen dus alsnog hun handtekening moeten zetten, zodat blijkt dat zij hun aandeel hebben geaccepteerd, bijvoorbeeld door het bestuursbesluit mede te ondertekenen. Zij worden echter pas op dat moment aandeelhouder. Er is niet sprake van bekrachtiging en dus evenmin van terugwerkende kracht.

Maar bij Mark is er dan nog een probleem. De NV mag alleen aandelen op naam uitgeven (art. 2:104 leden 1 en 2 BW), terwijl aan Mark een toonderaandeel is uitgegeven. Die uitgifte is dus niet rechtsgeldig, want in strijd met de wet. Agio N.V. zal dus alsnog een aandeel op naam aan Mark moeten uitgeven en wel door middel van een akte die ook door hem wordt ondertekend.

Als de statuten dat toestaan kan in die akte van uitgifte worden bepaald dat op verzoek van Mark alsnog een toonderbewijs kan worden afgegeven (art. 2:104 lid 2 BW). Bij de BV is dit niet mogelijk. Een toonderbewijs mag overigens pas mag worden afgegeven wanneer voordien aan een eventuele *bijstortingsverplichting* van artikel 2:107 lid 4 BW is voldaan (art. 2:104 lid 3 BW).

Ad vraag c

Mercedes, Kyra en Mark hebben niet hetzelfde bedrag gestort op hun aandeel. Het gaat om respectievelijk NAf 1, NAf 10 en NAf 100. Heeft Mercedes nu 1 stem, Kyra 10 stemmen en Mark 100 stemmen? Nee, dat is niet het geval. Ze hebben allemaal 1 stem.

Voor zover de wet of de statuten niet anders bepalen zijn aan alle aandelen gelijke rechten en verplichtingen verbonden (art. 2:103 lid 1 BW). Bij Agio N.V. bevatten de statuten géén regeling inzake het stemrecht. Dat betekent dat aan alle aandelen hetzelfde stemrecht is verbonden. Dus ieder aandeel geeft het recht om in de algemene vergadering 1 stem uit te brengen.

Niet aan alle aandelen behoeft *stemrecht* te zijn verbonden. Is sprake van aandelen met een nominale waarde dan ligt het voor de hand het stemrecht daaraan te relateren. Bestaan er aandelen met verschillende nominale waarden naast elkaar, dan moeten de statuten een regeling inzake het stemrecht bevatten (art. 2:102 lid 4 BW). Deze regeling zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat aan elk van de aandelen, ondanks hun verschillende nominale waarde, één stem is verbonden. De wet bepaalt immers dat ieder aandeel recht geeft op het uitbrengen van één stem ten aanzien van alle onderwerpen, tenzij de statuten een andere regeling bevatten (art. 2:132 lid 1 BW).

Ad vraag d

Bij het winstrecht geldt hetzelfde als bij het stemrecht. Omdat de statuten van Agio N.V. geen regeling inzake het winstrecht bevatten, is aan ieder van de drie aandelen exact hetzelfde winstrecht verbonden. Ieder aandeel geeft dus recht op 1/3 van de winst.

In zijn algemeenheid geldt dus dat als aandelen geen nominale waarde hebben, deze aandelen gelijkelijk in de winst en in het liquidatiesaldo delen, en dat aan ieder aandeel evenveel stemrecht toekomt. De statuten kunnen een andere regeling bevatten: de mate waarin bijvoorbeeld in de winst wordt gedeeld zal dan op een andere wijze moeten worden vastgesteld, bijvoorbeeld in de vorm van een percentage.

De wet schrijft met betrekking tot de winstuitkering voor dat, in *onmiddellijke samenhang* met de goedkeuring van de jaarrekening, de algemene vergadering of een ander bij de statuten aangewezen orgaan beslist over de uitkering of inhouding van de uit die jaarrekening blijvende winst en over het doen van andere uitkeringen ten laste van het uit die jaarrekening blijvende eigen vermogen (art. 2:118 lid 1 BW). Een dergelijk besluit mag dus niet later worden genomen. Dit voorschrift bevordert dat de algemene vergadering zich daadwerkelijk over de goedkeuring van de jaarrekening buigt. Het doen van tussentijdse uitkeringen, ook wel interim-dividend genoemd, is geregeld in artikel 2:118 lid 2 BW.

2. De balansgarantie

Casus

X verkoopt al zijn aandelen in Magna NV aan Y. In de koopovereenkomst geeft X als verkoper diverse garanties aan Y als koper, waaronder een balansgarantie. De balansgarantie houdt in dat de overnamebalans en de winst- en verliesrekening getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte en samenstelling van het vermogen, het resultaat, de liquiditeit en solvabiliteit van Magna NV weergeven. Op de balans staat een kantoorpand voor ANG 1 miljoen. Enkele maanden na de overname komt Y er door middel van een taxatie achter dat het pand niet meer dan ANG 500.000,- waard is. Y sommeert X om het verschil te betalen.

Vragen:

- a. Is er schade geleden en door wie?
- b. Waaruit bestaat die schade? Zijn de aandelen van Y nu ANG 500.000,- minder waard geworden? Anders gezegd: heeft hij dit bedrag teveel betaald als koopprijs?

Ad vraag a

De vraag is of sprake is van een schending van de garantie.¹ M.a.w. is het gevolg van de geconstateerde lagere waarde van het kantoorpand dat de overnamebalans en de winst- en verliesrekening niet langer getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte en samenstelling van het vermogen, het resultaat, de liquiditeit en solvabiliteit van Magna NV weergeven?

De balans en de winst- en verliesrekening geven een bepaald beeld; ze verschaffen geen 100% getrouwheid. Of dat beeld in dit geval wezenlijk verandert hangt af van wat er verder op de balans staat. Misschien heeft Magna NV voor nog ANG 300 miljoen op de balans staan. Hoe dit ook zij, Magna NV heeft in ieder geval geen schade geleden. Als er schade is geleden dan is dat door Y als koper. Y zal in een procedure moeten aantonen dat zijn aandelen minder waard zijn geworden.

¹ Vgl. K. Frieling, *De balansgarantie bij aandelenoverdrachten*, De Accountant 11/1992, blz. 676-677.

Ad vraag b

Y kan in die procedure niet volstaan met de stelling dat het kantoorpand ANG 500.000,- minder waard blijkt te zijn, dat zijn aandelen derhalve met een gelijk bedrag minder waard blijken te zijn en dat dit bedrag dus de schade is die hij lijdt. Immers, de koopprijs die men bereid is voor een pakket aandelen te betalen is doorgaans afhankelijk van een veelheid van factoren: de koper wil de aandelen bijvoorbeeld verwerven om de onderneming van Magnus NV met zijn eigen bedrijf te integreren (hij ziet schaalvoordelen en is bereid wel wat meer te betalen), of de koopprijs is juist laag omdat de verkoper van zijn aandelen af wil of moet, of de koopprijs is afhankelijk gemaakt van de intrinsieke waarde van de onderneming en/of een rentabiliteitswaarde, enz. De koopprijs is dus in veel gevallen niet (zonder meer) te herleiden tot de op de balans voorkomende waarden.

Het kan dus een lastige procedure worden waarbij het aankomt op de uitleg van de koopovereenkomst² en waarbij waarschijnlijk accountants als deskundigen moeten worden ingeschakeld. Daarbij speelt dus ook een rol wat de betekenis is van het verschil van ANG 500.000,- op de totale balans: was dit het enige onroerend goed (en het meest substantiële vermogensbestanddeel) of slechts één van de vele onroerende goederen (met een relatief verwaarloosbare waarde)?

Het is dus van belang om bij het opmaken van een koopovereenkomst, zeker als je voor de koper optreedt, rekening te houden met dit soort problemen. Een mogelijkheid is bijvoorbeeld om met betrekking tot afzonderlijke posten op de balans garanties op te nemen, bijvoorbeeld met betrekking tot de post debiteuren (en hun gegoedheid), de toereikendheid van de post voorzieningen, de waarde van de onroerende goederen en noem maar op. Let er dan ook op dat precies wordt vastgelegd aan wie moet worden betaald, omdat, als gezegd, een lagere waarde van een activum op de balans niet (automatisch) betekent dat ook de aandelen met een gelijk bedrag lager zijn geworden. Je zou kunnen afspreken dat (negatieve) afwijkingen van een individueel gegarandeerde balanspost voor de verkoper de verplichting opleveren om een gelijk bedrag aan de koper of aan de vennootschap (het overnameobject) te betalen.

² Vgl. HR 19 januari 2007, JOR 2007, 166 m.nt. R.P.J.L. Tjittes inzake Meyer Europe vs Pontmeyer, waarin aan de taalkundige betekenis van de bewoordingen van de koopovereenkomst beslissende betekenis wordt toegekend.

3. De eigenwijze bestuurder

Casus

In de gecombineerde vergadering van bestuurders en commissarissen van Octavia NV wordt het besluit genomen om van de buurman, Real Blond NV, een stuk grond te kopen. Vervolgens begint Octavia NV daaromtrent onderhandelingen met de buurman. Nog voordat deze partijen het eens zijn geworden, wordt door de heer Bolleboos (een bestuurder van Octavia NV) namens Octavia BV een terrein van Tristan NV gehuurd.

Een van de commissarissen van Octavia NV is mevrouw Tractatus, die tevens enig aandeelhouder en enig bestuurder van Tristan NV is.

In de gecombineerde vergadering was echter uitdrukkelijk besloten om niet de grond van Tristan NV te huren, maar tot aankoop van de grond van Blond BV over te gaan. Tristan NV houdt Octavia NV echter aan de overeenkomst en vordert in kort geding nakoming van de huurovereenkomst.

Vragen:

- a. Heeft de vordering van Tristan NV kans van slagen?
- b. Stel dat de heer Bolleboos niet alleen bestuurder van Octavia NV is, maar ook 50% van de aandelen houdt. Welke mogelijkheden zijn er om Bolleboos als bestuurder te ontslaan? Zijn er nog andere mogelijkheden om het conflict op te lossen?

Ad vraag a

Octavia NV is in beginsel gebonden aan de huurovereenkomst, daar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurder Bolleboos onbepaald en onvoorwaardelijk is. De redelijkheid en billijkheid van artikel 2:7 lid 1 BW zouden echter kunnen meebrengen dat de vennootschap zich met succes zou kunnen beroepen op het in de gecombineerde vergadering van Octavia NV genomen uitdrukkelijke besluit om niet van Tristan NV te huren. De enig aandeelhouder en enig

bestuurder van Tristan NV was immers niet alleen op de hoogte van dit besluit, zij was ook, als commissaris van Octavia NV, betrokken bij de totstandkoming daarvan. Het lijkt redelijk om de kennis die zij als commissaris bij Octavia NV heeft aan Tristan NV toe te rekenen. In zijn algemeenheid geldt, voor zover hier relevant, dat kennis voor rekening van een rechtspersoon komt indien deze kennis in het maatschappelijk verkeer als kennis van de rechtspersoon heeft te gelden, dat wil zeggen, wanneer de functionaris die kennis in de uitoefening van zijn functie heeft verkregen (vgl. HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 inzake Kleuterschool Babel).

Terzijde, zie over de vraag of en in hoeverre een partij er op mag vertrouwen dat een werknemer bevoegd is een wederpartij (een vennootschap) te vertegenwoordigen: HR 26 september 2008, JOR 2008, 331 m.nt. P.J. van der Korst inzake Multiclimate International vs Hannover International Insurance.

Ad vraag b

Het is niet aanstonds mogelijk om Bolleboos als bestuurder te ontslaan nu hij de helft van de aandelen houdt. Een vordering van de andere aandeelhouders op grond waarvan Bolleboos hun aandelen moet overnemen ligt ook niet voor de hand (uittreding wegens belangenbeschadiging). De belangenbeschadiging moet immers van een zekere ernst en duurzaamheid zijn, wil gezegd kunnen worden dat het voor de andere aandeelhouders onaanvaardbaar is om hun aandeelhouderschap te laten voortduren. Als dit soort situaties zich vaker zouden voordoen, bijvoorbeeld in combinatie met een *deadlock*-situatie in het bestuur en de algemene vergadering, dan maken de andere aandeelhouders misschien een kans.

In Nederland zou je dan echter eerder denken aan een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer: een enquête is bij uitstek geschikt voor situaties waarin een impasse is ontstaan.

Zaken waarbij door de Ondernemingskamer wanbeleid werd geconstateerd betroffen onder meer:

- a. Wanbeleid van de rechtspersoon doet zich wat betreft zijn functioneren als rechtsdrager van de onderneming voor wanneer is gehandeld in ernstige strijd met wettelijke, statutaire en andere voorschriften.

- b. De rechtspersoon handelt in ernstige strijd met algemene en bijzondere voorschriften en procedures betreffende de interne beleids- en besluitvorming binnen de rechtspersoon en de door hem in stand gehouden onderneming(en).
- c. De rechtspersoon/onderneming handelt als 'ondernemer' ernstig onzorgvuldig bij de totstandkoming van transacties met derden.
- d. De rechtspersoon/onderneming verzuimt in ernstige mate om in de verhouding tot zijn dochteronderneming toe te zien op adequate informatieverstopping door die dochter.
- e. De rechtspersoon is in zijn interne besluitvorming en organisatie verlamd en kan daardoor niet meer functioneren (impasses).
- f. De rechtspersoon handelt in strijd met de gerechtvaardigde belangen van minderheidsaandeelhouders of van de meerderheidsaandeelhouder.
- g. De rechtspersoon c.q. diens bestuurders en commissarissen handelen met verstopping van belangen.
- h. In overnamegevechten handelen bieder en/of doelvennootschap in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Bij de Minister van Justitie van de Nederlandse Antillen is een voorstel tot wijziging van Boek 2 BW ingediend. Dat voorstel behelst onder meer de invoering van een enquêteprocedure. De procedure wordt aanhangig gemaakt bij het Hof van Justitie als in eerste instantie oordelende rechter. Dat betekent dat, net als in Nederland, hoger beroep niet mogelijk is. Voor de NV en de BV geldt als criterium voor de bevoegdheid om een enquêteverzoek aanhangig te maken, dat de betrokken aandeelhouders een tiende gedeelte van het eigen vermogen van de vennootschap vertegenwoordigen. Als tweede criterium geldt het kunnen uitbrengen van ten minste een tiende van het aantal stemmen ten aanzien van alle onderwerpen.