

# ONDERNEMING EN GESCHILLEN

Cursus georganiseerd door de

Stichting Beroepsopleiding Advocatuur

Woensdag 3 juni 2009 / 16.30 – 19.30 uur

Mr K. Frielink

## 1. Soorten geschillen

Onderneming en geschillen omvat een heel breed terrein. We gaan het in ieder geval niet hebben over strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en fiscale geschillen. Geschillen tussen een onderneming enerzijds en werknemers, afnemers, crediteuren e.d. anderzijds komen evenmin aan bod.

De aandacht richt zich op geschillen tussen organen van een Nederlands Antilliaanse NV of BV of personen die van een dergelijk orgaan deel uitmaken. Het gaat dus om bijvoorbeeld:

- Geschillen tussen aandeelhouders
- Geschillen tussen aandeelhouders en het bestuur
- Geschillen tussen bestuurders
- Geschillen tussen bestuur en commissarissen

Nu eerst een aantal meer concrete voorbeelden van het soort geschillen waarover het hier gaat:

- aandeelhouders vermoeden dat het bestuur zich schuldig maakt aan wanbeleid en willen daartegen actie ondernemen

- de onderneming is stuurloos als gevolg van een "deadlock" situatie (50/50 verhoudingen op aandeelhouders- en/of bestuursniveau)
- onenigheid tussen het bestuur en de aandeelhouders over de wijze waarop de onderneming is of moet worden gefinancierd
- de meerderheidsaandeelhouder maakt misbruik van zijn zeggenschap, bijvoorbeeld door geen dividend uit te keren, de statuten voor een oneigenlijk doel te willen wijzigen, aandelen onnodig te verwateren of een fusie door te drukken
- een aandeelhouder gedraagt zich zodanig onredelijk dat voor een andere aandeelhouder de situatie onhoudbaar wordt
- aandeelhouders houden zich niet aan de aandeelhoudersovereenkomst
- geschillen over de uitoefening van bevoegdheden binnen bestuur
- commissarissen blijken meer naar de aandeelhouder te luisteren op wiens voordracht ze zijn benoemd, dan onafhankelijk toezicht uit te oefenen<sup>1</sup>
- de moeder vennootschap oefent een grote macht over de dochter vennootschap uit door middel van een feitelijke instructiemacht en het bestuur (of de minderheidsaandeelhouders) van de dochter is (zijn) daar ongelukkig mee
- er zijn geschillen omtrent de jaarrekening (het niet-opmaken, niet ter inzage leggen of een onjuiste inhoud)

We zullen de soorten procedures bespreken, de procedurele aspecten die voortvloeien uit Boek 2 BW, het normenkader van Boek 2 BW, de wettelijke regelingen die zien op (minderheids)bescherming en de rol van de advocaat. Tenslotte komt alles samen in een aantal gezamenlijk te behandelen casus, waarbij één casus<sup>2</sup> een iets andere strekking heeft en gaat over balansgaranties, gezien het belang daarvan voor

---

<sup>1</sup> Tot op zekere hoogte mag dat ook (vgl. art. 2:19 lid 7 tweede volzin BW).

<sup>2</sup> In de oorspronkelijke taal, het Latijn, blijft *casus* ('geval' of 'naamval') in het meervoud onveranderd (uit te spreken: 'casuus'). In het Nederlands is bij dit leenwoord naast de meervoudsvorm *casus* ook de vernederlandste vorm *casussen* in gebruik gekomen.

de praktijk. Voorts komen tijdens de tweede cursusdag (onderdeel mr Alexa Gratama) nog enkele hier genoemde onderwerpen aan de orde.

## **2. Soorten procedures**

Alternatieve conflictbeslechting:

- Arbitrage (leidt tot een te executeren uitspraak)
- Bindend advies (heeft de status van een overeenkomst tussen partijen)
- Mediation (leidt tot een overeenkomst die partijen zelf sluiten)

Voorlopige voorzieningen / bewarende maatregelen:

- Kort geding (leidt tot een ordemaatregel)
- Conservatoir (derden)beslag (o.a. als drukmiddel)

Bodemprocedure

- Gewone bodemprocedure
- De verkorte bodemprocedure (geen re- en dupliek)
- Jaarrekeningprocedure bij de grote NV (art. 2:126 BW)

## **3. Procedurele aspecten op basis van Boek 2 BW**

In artikel 2:9 lid 1 BW is vastgelegd dat de rechter in eerste aanleg van het eilandgebied waar de NV of BV zijn statutaire zetel heeft of, bij gebreke daarvan, zijn centrum van activiteiten heeft, kennis neemt van alle rechtsvorderingen die op grond van Boek 2 BW of de statuten van de NV of BV tegen een bestuurder of de rechtspersoon worden ingesteld.

Dit is ook de bevoegde rechter als het gaat om rechtsvorderingen inzake de overeenkomst tussen een bestuurder en de NV of BV. Ook waar het betreft de overige in Boek 2 BW geregelde procedures is dit de bevoegde rechter. Denk in dit verband aan de geschillenregeling en de uitkoopprocedure.

De rechter van de statutaire zetel is ook bevoegd wanneer het procedures betreft die voortvloeien uit de aandeelhoudersovereenkomst als bedoeld in het tweede lid van de artikelen 2:127 en 2:227 BW en artikel 2:240 BW.

In artikel 2:9 lid 2 BW is bepaald dat in de statuten kan worden voorgeschreven dat alle of bepaalde geschillen tussen personen die deel uitmaken van de organen van de NV of BV (art. 2:7 lid 1 BW) worden beslist door arbitrage. Het moet dan wel gaan om geschillen die deze personen in die hoedanigheid hebben. Voor een geschil tussen twee aandeelhouders geldt dit dus wel, maar als deze twee aandeelhouders toevallig ook burens zijn van elkaar en een ordinaire burenruzie over overhangende palmbomen hebben niet. Aangenomen moet worden dat deze mogelijkheid van arbitrage ook niet ziet op de vernietiging van besluiten van de NV of BV (vgl. HR 24 november 2006, JOR 2007, 5 m.nt. P. Sanders). Voor vernietiging van een besluit, bijvoorbeeld een ontslag- of dividendbesluit, moet dus steeds de gang naar de burgerlijke rechter worden gemaakt.<sup>3</sup>

Bovendien kan een statutaire bepaling inzake arbitrage niet zodanig ruim worden geformuleerd, dat ook geschillen van bijvoorbeeld aandeelhouders met de adviseurs van de NV of BV, zoals advocaten, belastingadviseurs en accountants, daaronder vallen. Laatstgenoemden maken (als zodanig) immers geen deel uit van de organen van de NV of BV.

De arbitragebepaling in de statuten kan tenslotte ook niet zodanig worden opgerekt dat ook de uitkoopvordering, op grond waarvan de 95% aandeelhouder een minderheidsaandeelhouder kan uitkopen,

---

<sup>3</sup> Daarover is terecht kritisch P. van Schilfgaarde, *De Hoge Raad en de arbitrabiliteit van een vordering tot vaststelling van de nietigheid of vernietiging van een besluit*, Tijdschrift voor Arbitrage 1/2008, p. 7-14.

daaronder valt. De uitkoopregeling is namelijk in essentie géén geschillenregeling, omdat voor het instellen van de uitkoopvordering niet is vereist dat de uitkoper daarvoor motieven aandraagt. Een uitkoopvordering kan worden ingesteld, ongeacht of de relatie tussen de meerderheidsaandeelhouder en de minderheidsaandeelhouder nu goed of slecht is.

In artikel 2:11 lid 1 BW is vastgelegd dat bij (rechtshandelingen met of) rechtsgedingen tegen een bestuurder, de NV of BV wordt vertegenwoordigd door de raad van commissarissen (de regeling inzake tegenstrijdig belang). Ontbreekt een raad van commissarissen dan wordt de NV of BV vertegenwoordigd door de overige bestuurders tezamen of, als deze ontbreken, door een voor dat geval door de algemene vergadering aan te wijzen persoon.

Ga altijd in de statuten van de NV of BV na of daarin een afwijkende regeling is opgenomen: die regeling kan zowel een uitbreiding als inperking van de wettelijke regeling bevatten (art. 2:11 lid 2 BW). Zo kan een uitbreiding bijvoorbeeld inhouden dat bij rechtsgedingen tegen een commissaris, de NV of BV in die procedure wordt vertegenwoordigd door een door de algemene vergadering aan te wijzen persoon. Een inperking kan bijvoorbeeld inhouden dat bij een rechtsgeding tegen een bestuurder, de NV of BV wordt vertegenwoordigd door de overige leden van het bestuur.

Let er op dat de algemene vergadering steeds bevoegd is een of meer personen als bijzonder vertegenwoordiger van de rechtspersoon aan te wijzen, ongeacht de wettelijke of statutaire (of op de statuten gebaseerde reglementaire) regeling (art. 2:11 lid 4 BW). Bij de besluitvorming hierover in de algemene vergadering heeft degene wiens tegenstrijdig belang in het geding is geen stemrecht evenmin als een door de betrokkene beheerste rechtspersoon (art. 2:11 lid 5 BW).

Dit laatste kan gekke consequenties hebben. Stel nu dat u 90% van de aandelen in een BV bezit waarvan u ook de enig bestuurder bent. De BV speculeert in onroerend goed: het aankopen van panden en het met winst doorverkopen. U wilt nu een keer zelf een pand van de BV kopen om in te gaan wonen. U wilt dat voor een zakelijke prijs. Omdat het om een rechtshandeling tussen u en de RP gaat is sprake van een

tegenstrijdig belang, ook wanneer het zoals hier gaat om een zakelijke prijs (HR 29 februari 2008, JOR 2008, 93 m.nt. A.F.J.A. Leijten inzake Café Bar vs Licores Maduro: benadeling is voor toepasselijkheid van de regeling niet vereist). Er is geen RvC en er zijn geen medebestuurders, dus u brengt de algemene vergadering van uw voornemen netjes op de hoogte. Aha, zegt de 10% aandeelhouder: dan moet er een bijzonder vertegenwoordiger worden benoemd en ter zake daarvan mag de 90% aandeelhouder niet meestemmen. Met de 10% aandeelhouder leeft u al enige tijd in onmin, dus als verwacht benoemt hij iemand waarvan hij op voorhand weet dat deze persoon niet met de transactie zal instemmen. Is dat redelijk?

Terzijde nog het volgende. In het arrest van de HR van 29 juni 2007, JOR 2007, 169 m.nt. Leijten en Bartman inzake Bruil vs Kombex komt de vraag aan de orde wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang. Het betreft een Nederlandse zaak, maar de overwegingen zijn ook voor ons relevant.

De casus:

Bruil was directeur en grootaandeelhouder van Bruil Arnhem Beheer B.V. (Bruil Arnhem) en van Bruil-Kombex-Arnhem B.V. (Kombex). In 1984 verkoopt en levert Bruil Arnhem een perceel aan Kombex en verleent Bruil Arnhem een voorkeursrecht van koop aan Kombex ter zake een ander perceel. Op niet-nakoming door Bruil Arnhem van het voorkeursrecht wordt een boete van NLG 250.000,- gesteld. Beide partijen worden in deze transacties vertegenwoordigd door Bruil, ondanks dat de statuten van Bruil Arnhem bepalen dat de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang wordt vertegenwoordigd door 'iedere commissaris'.

De aandelen in Bruil Arnhem worden tien jaar later verkocht aan Ballast Nedam. In 1998 verkoopt Bruil Arnhem (waarvan Ballast Nedam nu de aandeelhouder is) het perceel dat is belast met het voorkeursrecht aan een derde, zonder het eerst aan Kombex aan te bieden. Een jaar later treedt Bruil af als bestuurder van Bruil Arnhem. Hierop vordert Kombex betaling van de boete, omdat zij niet in de gelegenheid is gesteld gebruik te maken van haar voorkeursrecht.

Bruil Arnhem verweert zich met een beroep op de niet-gebondenheid van Bruil Arnhem wegens een tegenstrijdig belang van bestuurder Bruil. Het Hof Arnhem honoreert het beroep van Bruil Arnhem en wijst (dus) de vordering van Kombex af. De HR denkt daar anders over.

De HR overweegt eerst, dat de strekking van de Nederlandse tegenstrijdig belangregeling is te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen. Niet is vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, maar voldoende is dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.

De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Meer specifiek overweegt de HR dat in de gevallen waarin een natuurlijke persoon handelt in de hoedanigheid van bestuurder tevens aandeelhouder van meerdere groepsvennootschappen, niet snel sprake zal zijn van een tegenstrijdig belang. Alsdan zijn immers het belang van de vennootschap en het belang van de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder onderling zo nauw verbonden dat slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn.

Er moet dus daadwerkelijk sprake zijn van een tegenstrijdig belang en wel zodanig dat de betrokken bestuurder zich niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling had moeten onthouden. Ik zou willen aannemen dat dit ook in de Nederlandse Antillen heeft te gelden, zodat het geval met 'gekke consequenties' waarover wij het eerder hadden een heel andere uitkomst zou kunnen hebben.

#### 4. Normenkader Boek 2 BW

Naast min of meer algemene leerstukken die van toepassing kunnen zijn, in het bijzonder wanprestatie (toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis), onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW), kent boek 2 BW ook een aantal eigen normen.

Artikel 2:7 lid 1 BW:

*“De rechtspersoon en degenen die krachtens de wet of de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.”*

Artikel 2:7 lid 2 BW:

*“Een tussen hen krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen, besluit of overeenkomst geldende regel of beslissing is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”*

Het gaat hier om de beperkende of corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Artikel 2:14 lid 1 BW:

*“Iedere bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de binnen zijn werkring gelegen taak.”*

In dit artikel is de interne aansprakelijkheid, dus van de bestuurder tegenover de NV of BV, nader uitgewerkt. In artikel 2:16 BW is de aansprakelijkheid van bestuurders ingeval van faillissement geregeld. Deze onderwerpen worden morgen door mr Alexa Gratama behandeld.



## 5. Wettelijke regelingen in Boek 2 BW inzake o.a. minderheidsbescherming<sup>4</sup>

- Vernietiging van besluiten, bijvoorbeeld een dividendbesluit dat is genomen op basis van een uithongeringspolitiek van de meerderheidsaandeelhouder (art. 2:21 lid 3 sub b BW). Grondslag: strijd met redelijkheid en billijkheid. Denk aan de vervaltermijn van zes maanden na het einde van de dag, waarop hetzij aan het besluit voldoende bekendheid is gegeven, hetzij de belanghebbende van het besluit kennis heeft genomen of daarvan is verwittigd (art. 2:21 lid 4 BW). Binnen deze termijn moet dus een procedure aanhangig zijn gemaakt. De rechter kan, op verzoek, bij vonnis een redelijk dividend toekennen en bepalen dat het vonnis in de plaats van het besluit treedt. De vordering moet tegen de NV of BV worden ingesteld; een beroep daarop bij wege van exceptief verweer is niet mogelijk, een eis in reconventie – mits binnen de vervaltermijn – wel. Een vordering tot vernietiging kan niet in kort geding worden toegewezen, omdat daarin slechts voorlopige voorzieningen kunnen worden getroffen.
- Ik wijs nog afzonderlijk op de mogelijkheid om besluiten te vernietigen die in strijd zijn met een aandeelhoudersovereenkomst waarbij alle aandeelhouders én de NV of BV partij zijn (art. 2:21 lid 3 sub d BW). Het gaat hier om de aandeelhoudersovereenkomsten met een ‘zakelijke werking’, die dus een met statuten vergelijkbare status hebben, waarvoor – als gezegd - vereist is dat alle aandeelhouders én de vennootschap daarbij partij zijn. Is een van deze betrokkenen géén partij bij de aandeelhoudersovereenkomst, dan staat deze mogelijkheid van vernietiging van een besluit dus niet open en zal uit hoofde van wanprestatie of eventueel onrechtmatige daad geageerd moeten worden. Het eventueel in strijd met de overeenkomst genomen besluit blijft dan bestaan, zodat doorgaans niet meer dan schadevergoeding kan worden gevorderd.
- Een bijzondere vernietigingsvorm is te vinden in artikel 2:134/234 lid 4 BW: de vernietiging van een statutenwijziging. Ook hier geldt dat de vordering tegen de NV of BV moet worden ingesteld

---

<sup>4</sup> Wat betreft minderheidsbescherming wijs ik hier op het vereiste van ‘uitdrukkelijke instemming’ dat is opgenomen in artikel 2:202 lid 5, slot BW en in artikel 2:239 lid 2, slot BW.

en ook hier geldt een vervaltermijn van zes maanden. De betrokkene (een lid van een orgaan van de NV of BV) moet een 'zwaarwegend' belang bij de vernietiging hebben, bijvoorbeeld wanneer hij prioriteitsaandeelhouder is en hem door de statutenwijziging bijzondere zeggenschapsrechten worden ontnomen. In zijn algemeenheid geldt immers dat een aandeelhouder door toe te treden hij aanvaardt dat de statuten volgens de gestelde regels kunnen worden gewijzigd, ook wanneer de wijziging voor hem nadelig is. Vgl. HR 17 mei 1991, NJ 1991, 645 inzake Tonnema. Er moet dus ten minste sprake zijn van bijzondere omstandigheden én van een onredelijke benadeling. Het enkele feit dat een statutaire aanbiedingsblokkade wordt gewijzigd in een statutaire goedkeuringsblokkade voor de overdracht van aandelen is dus onvoldoende om een vordering tot vernietiging te laten slagen.

- Bij de grote NV (art. 2:119 BW) bestaat de jaarrekeningprocedure (art. 2:126 BW). Iedere belanghebbende, bijvoorbeeld iedere aandeelhouder, kan via de rechter afdwingen dat een jaarrekening wordt opgesteld, dat die door een externe deskundige wordt gecontroleerd en ter inzage wordt gelegd voor iedere belanghebbende, alsmede dat een jaarrekening die niet aan de eisen van de wet voldoet overeenkomstig een bij rechterlijk bevel te geven aanwijzing wordt aangepast. Zie ook artikel 2:219 BW voor de BV die vrijwillig het regime voor de grote NV heeft gekozen: artikel 2:126 BW is dan ook van toepassing.
- Uittreding wegens belangenbeschadiging: De houder van *aandelen op naam*, die door gedragingen van de vennootschap dan wel van één of meer medeaandeelhouders zodanig in zijn belangen of rechten wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd, kan tegen de vennootschap een vordering tot uittreding instellen, inhoudende dat deze zijn aandelen tegen contante betaling overneemt (art. 2:251 BW). Hier gaat het dus om een aandeelhouder in een NV of BV die van zijn aandelen af wil, omdat zijn belangen op ernstige wijze worden geschaad. Naast gedragingen van de medeaandeelhouders kan het ook gaan om gedragingen van de vennootschap zelf. De vordering wordt ingesteld tegen de vennootschap.

Onenigheid over het te voeren beleid of dividendpolitiek zal op zichzelf geen geslaagde vordering opleveren. Indien de gevoerde dividendpolitiek het uithongeren van de aandeelhouder tot doel heeft en deze politiek de aandeelhouder dwingt om telkenmale het besluit aan te vechten, is er sprake van pogingen tot het wegpesten van de aandeelhouder. In dit geval zal een vordering tot uittreding wel slagen. Indien een aandeelhouder principieel pacifist is en wordt geconfronteerd met beleidswijzigingen waardoor plotseling de aandeelhouder wordt betrokken bij de productie of verspreiding van militair strategische goederen, zal de vordering ook slagen. Er hoeft dus niet per se sprake te zijn van schadelijke gedragingen.

- Het is ook mogelijk om de vordering tot uittreding wegens belangenbeschadiging mede tegen één of meer medeaandeelhouders in te stellen, indien zij zich alleen of tezamen met de NV of BV of andere medeaandeelhouders schuldig hebben gemaakt aan de gedragingen van artikel 2:251 lid 1 BW (art. 2:252 lid 7 BW). De vennootschap dient in alle gevallen mede in het geding te worden geroepen. Wordt de vennootschap niet in rechte betrokken, dan wordt de eiser niet-ontvankelijk verklaard. Indien de vordering tot uittreding als zodanig niet tegen de vennootschap is gericht, betekent het dat de vennootschap de overdracht moet toelaten.

Bij de genoemde vorderingen tot uittreding moet worden opgemerkt dat de rechter in iedere stand van het geding een voorlopige voorziening kan gelasten (art. 2:255 BW). De voorziening kan inhouden:

- a. schorsing van de werking van een besluit van een orgaan van de rechtspersoon, dan wel een bevel om een besluit geheel of ten dele in te trekken, de uitvoering daarvan geheel of ten dele op te schorten of de gevolgen daarvan geheel of ten dele ongedaan te maken;
- b. schorsing van een of meer bestuurders of commissarissen;
- c. tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen;
- d. tijdelijke afwijking van daarbij aangegeven bepalingen van de statuten;
- e. tijdelijke ontneming van stemrecht;
- f. tijdelijke overgang van aandelen ten titel van beheer;

g. een tot de rechtspersoon of andere persoon als bedoeld in artikel 7 lid 1 BW gericht bevel om bepaalde handelingen te verrichten of na te laten.

- Uittreding op grond van het in een minderheidspositie geraken: De regeling inzake uittreding kan, behalve in het geval van benardheid als hiervoor besproken, ook worden toegepast buiten een conflictsituatie. De wet voorziet in toepassing daarvan in het geval dat een houder van aandelen op naam zonder dat hij dat kon verhinderen in een minderheidspositie is geraakt (art. 2:253 lid 1 BW). Een voorwaarde is dat de uittreder het ontstaan van die positie redelijkerwijs niet heeft kunnen verhinderen. Daarvan is geen sprake (a) wanneer de aandeelhouder bewust een minderheidspositie heeft aanvaard of een relatieve minderheidspositie heeft aanvaard zonder zich te oriënteren op de eventuele verbanden tussen de overige aandeelhouders, (b) wanneer hij in een minderheidspositie is gekomen doordat hij geen gebruik heeft gemaakt van een voorkeursrecht bij overdracht of emissie van aandelen (aannemende dat hij daartoe financieel wel in staat was, zou ik daaraan willen toevoegen), en (c) wanneer hij niet is ingegaan op een ook tot hem gericht overnamebod waarvan de redelijkheid buiten twijfel is en in soortgelijke gevallen.
- Gedwongen overdracht (uitstoting): De statuten kunnen bepalen dat in gevallen, die nauwkeurig in de statuten moeten zijn omschreven, de aandeelhouder verplicht is zijn aandelen aan de vennootschap dan wel aan één of meer medeaandeelhouders over te dragen tegen voorwaarden, zoals deze bij de statuten zijn bepaald of krachtens de statuten door onafhankelijke deskundigen zullen worden vastgesteld (art. 2:257 lid 1 BW). Hier gaat het dus om een aandeelhouder die tegen zijn zin afstand van zijn aandelen en dus aandeelhouderschap moet doen. Hier gaat het niet om een geschillenregeling. Gedacht kan worden aan een (statutaire) aanbiedingsplicht van minderheidsaandeelhouders in geval een openbaar bod door de overgrote meerderheid wordt gesteund. Evenzeer kan worden gedacht aan gevallen als faillissement of surséance van betaling van een aandeelhouder, of een verplichte overdracht van aandelen ingeval de aandeelhouder overlijdt.

## 6. De rol van de advocaat

De eerste taak van een advocaat is om te kijken of conflictbemiddeling mogelijk is. Dit vloeit voort uit artikel 7 van de Gedragsregels voor Advocaten: dat artikel schrijft voor dat een advocaat steeds voor ogen behoort te houden dat een regeling in der minne in het algemeen de voorkeur verdient boven een proces. De voordelen van goede conflictbemiddeling zijn evident:

- Bespaart kosten
- Voorkomt langlopende procedures
- Voorkomt procedures waarvan de uitkomst onzeker is

De volgende casus doet zich regelmatig voor:

Twee aandeelhouders houden beiden (indirect) 50% van de aandelen in een vennootschap (een NV) en zijn ook beiden (zelfstandig bevoegd) bestuurder. Er ontstaat ruzie en dat leidt tot een *deadlock* en procedures, waarbij ook de vennootschap betrokken wordt; in Nederland een typisch Ondernemingskamer geval dus (zie JOR 2008/134 en JOR 2009/127). De vraag die voorlag in de uitspraak van de Raad van Discipline Amsterdam van 18 mei 2009 (08-291A en 292A) is hoe de advocaat van de vennootschap met een en ander moet omgaan met het oog op de Gedragsregels voor Advocaten. Ik zal deze casus, aangepast aan ons recht en met een aantal zelf aangebrachte feiten en variaties, bespreken.

Laten we de twee bestuurders/aandeelhouders van de NV aanduiden als A en B. Stel dat B een procedure tegen de vennootschap begint. A vraagt aan u om namens de vennootschap verweer te voeren en eventueel een eis in reconventie in te stellen. Behalve dat u direct om een voorschot vraagt, moet u zich eerst de vraag stellen of A daartoe bevoegd is. U kijkt daarvoor naar artikel 2:11 BW (de tegenstrijdig belangregeling). Aangezien er geen RvC is, wordt de vennootschap dus vertegenwoordigd door de overige bestuurders, in dit geval dus A. U heeft dan nog wel even bij A geverifieerd of er niet

een bijzonder vertegenwoordiger door de algemene vergadering is aangewezen (art. 2:11 lid 3 BW); als u hier 100% zekerheid zou willen zou u ook een verklaring van B dan wel een besluit ter zake van de algemene vergadering moeten vragen,<sup>5</sup> hetgeen in de praktijk meestal ondoenlijk zal zijn.

Nu passen we de casus enigszins aan. Er wordt nu door een derde een procedure tegen de vennootschap aangespannen en om te voorkomen dat de vennootschap die procedure verliest moet er verweer worden gevoerd. A en B zijn het hartgrondig oneens over het verweer dat moet worden gevoerd (*deadlock* op bestuursniveau). Zij schakelen allebei een advocaat in om namens de vennootschap verweer te voeren. A benadert u met dat verzoek. Wat doet u? Maakt het voor u verschil of u reeds langer als advocaat voor de vennootschap optrad? Is hier een rol weggelegd voor de rechter in kort geding die bij wege van orde maatregel bepaalt of A, B dan wel een derde de belangen van de vennootschap in die andere procedure zal behartigen?

We veranderen de casus weer. A wendt zich (als bestuurder van de NV) tot u met het verzoek om hem te assisteren bij het bijeenroepen van een algemene vergadering. Hij heeft met B over een dergelijke vergadering gesproken en B vindt die niet nodig, hij is het ook niet eens met de agendapunten en B zegt bovendien de eerste acht weken geen tijd te hebben om een vergadering bij te wonen vanwege een

---

<sup>5</sup> Blijkens HR 21 maart 2008, JOR 2008, 124 m.nt. R.G.J. Nowak inzake Nieuwe Steen Investments, (a) is het statutair 'weschrijven' van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling toegestaan, zij het dat op het bestuur van de vennootschap de plicht rust om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang dat deze in de gelegenheid is haar bevoegdheid tot het aanwijzen van een bijzonder vertegenwoordiger uit te oefenen en (b) is, als statutair is bepaald dat een bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd blijft ook ingeval van tegenstrijdig belang, voor de geldigheid van de uitoefening van die bevoegdheid niet een (uitdrukkelijk) besluit van de algemene vergadering tot aanwijzing van die bestuurder als vertegenwoordiger of van een besluit waarbij wordt afgezien van aanwijzing van een andere vertegenwoordiger dan die bestuurder vereist. Voorts is bepaald dat, indien een bestuurder namens de vennootschap een rechtshandeling heeft verricht maar vanwege een tegenstrijdig belang onbevoegd was de vennootschap daarbij te vertegenwoordigen, dit ertoe leidt dat de vennootschap in beginsel niet aan de rechtshandeling is gebonden. In zoverre is de rechtshandeling ten opzichte van de vennootschap als ongeldig, of anders uitgedrukt: nietig, te beschouwen. Zij is dus niet vernietigbaar. In een dergelijk geval is dan ook geen sprake van een rechtsvordering tot vernietiging welke ingevolge (analogische toepassing van) artikel 3:52 BW vatbaar is voor verjaring.

verblijf in het buitenland (B geeft aan per e-mail bereikbaar te zijn). U bespreekt uiteraard eerst de vraag of het bijeenroepen van een algemene vergadering wel zinvol is, nu zowel A als B elk 50% van de stemrechten uitoefenen. Volgens A heeft zo'n vergadering wel zin, omdat B – als hij verschijnt – gedwongen wordt op de voorstellen van A te reageren, hetgeen dan genotuleerd zal worden, dan wel wordt genotuleerd dat B niet inhoudelijk reageert. A wil die notulen dan op een later moment tegen B gebruiken. Bovendien, aldus A, bestaat de kans dat B niet ter vergadering verschijnt en zich evenmin laat vertegenwoordigen, zodat A rechtsgeldig besluiten kan nemen.

U besluit om A bij het bijeenroepen van een algemene vergadering te assisteren. De eerste vraag die u dan moet beantwoorden is of A tot zo'n bijeenroeping bevoegd is. Het bestuur, als college, is steeds tot bijeenroeping van een algemene vergadering bevoegd, maar dat helpt A in dit geval niet, omdat B daaraan niet wil meewerken. Maar ook iedere individuele bestuurder (en commissaris) is tot het bijeenroepen van een algemene vergadering bevoegd, tenzij de statuten anders bepalen (art. 2:129 lid 2 BW). Als in dit geval de statuten anders bepalen, bijvoorbeeld dat alleen het bestuur als college bevoegd is, dan kan A (als bestuurder) de vergadering niet bijeenroepen, maar hij kan dat wel als aandeelhouder, op voorwaarde dat hij eerst een verzoek daartoe aan het bestuur richt en het bestuur niet binnen veertien dagen een vergadering bijeengeroepen heeft (art. 2:129 BW). Enige twijfel bestaat over de vraag of A zijn verzoek tot het bestuur moet richten indien, zoals in dit geval, op voorhand vaststaat dat het bestuur (dat al op de hoogte is) niet tot bijeenroeping zal overgaan. Het lijkt verstandig dit wel te doen, namelijk om te voorkomen dat B zich op het niet in acht nemen van deze verplichting beroept en zich op het standpunt stelt dat geen rechtsgeldige vergadering heeft plaatsgevonden.

Laten we aannemen dat A als bestuurder tot het bijeenroepen van de vergadering bevoegd is. In de oproep staan de te behandelen onderwerpen, worden voorstellen gedaan waarover gestemd gaat worden en wordt aangegeven dat de vergadering bij u op kantoor plaatsvindt en alle correspondentie over de vergadering met u moet plaatsvinden. Laten we aannemen dat het gaat om aandelen op naam en niet om toonderaandelen (in het laatste geval moet de oproep met agenda ook in de Curaçaosche Courant worden geplaatst). U stuurt de oproep naar het in het aandeelhoudersregister van B genoemde

adres, het enige bij de NV bekende adres van B, hoewel B dus voor enkele maanden in het buitenland zit. Kunt u daarmee volstaan?

Civielrechtelijk: in beginsel wel, want artikel 2:130 lid 1 BW bepaalt dat de oproeping schriftelijk geschiedt aan het adres van de betrokkene voor zover dit aan de vennootschap bekend is. Maar twijfel is zeker mogelijk gezien de in acht te nemen eisen van redelijkheid en billijkheid. Onder omstandigheden kunnen die eisen meebrengen dat van besluitvorming wordt afgezien. Het is uiteraard moeilijk om in algemene zin aan te geven om wat voor omstandigheden het dan moet gaan. Vgl. HR 30 oktober 1964, NJ 1965, 107 inzake Mante: mevrouw Mante had een zodanig pakket toonderaandelen in *NV Internationale Automobiel Maatschappij*, dat besluiten die met een versterkte meerderheid (4/5 van het aantal stemmen) moesten worden genomen, niet zonder haar medewerking genomen konden worden (een vetorecht dus). Er werd een vergadering bijeengeroepen in overeenstemming met de statuten, namelijk door middel van een advertentie, echter zonder Mante daarvoor ook persoonlijk op te roepen. Mante had de advertentie niet gezien en hoorde eerst later van de vergadering. In die vergadering werd – onder meer - de versterkte meerderheid van 4/5 teruggebracht tot 2/3, zodat Mante niet langer een vetorecht had. De Hoge Raad oordeelde dat het in strijd is met de redelijkheid en billijkheid om in een vergadering over zo'n essentieel punt te beslissen, zonder Mante daarvoor persoonlijk (los van het toevallig lezen van de krant) op te roepen. Het besluit van de vergadering tot statutenwijziging werd op dit punt, partieel dus, vernietigd, zodat Mante haar vetorecht weer terugkreeg.

Gedragrechtelijk: waarschijnlijk niet, omdat u de gereede kans aanvaardt dat de oproep B niet bereikt, terwijl B per e-mail bereikbaar is. Een advocaat heeft ook de verplichting jegens de wederpartij van zijn cliënt een zekere mate van zorgvuldigheid in acht te nemen. Daarnaast speelt dat B niet alleen aandeelhouder maar ook zelfstandig bevoegd bestuurder is. De Raad van Discipline Amsterdam in de zaak die ik noemde, overwoog dat een dergelijke bestuurder het recht heeft om geïnformeerd te worden over datgene wat een advocaat namens een vennootschap doet in opdracht van de andere bestuurder. Het is uiteraard moeilijk om in algemene zin aan te geven tot hoever die verplichting strekt.



Als bestuurder heeft B, tenzij de statuten anders bepalen, als zodanig een raadgevende stem (art. 2:132 lid 4 BW). Wordt B niet opgeroepen dan is het besluit vernietigbaar. Immers: er is dan een bepaling niet nageleefd die ziet op de totstandkoming van besluiten (art. 2:21 lid 3 onder a BW). Onder omstandigheden kan, naar mijn idee, sprake zijn van een onbeduidend verzuim dat geen gevolgen voor de geldigheid van besluiten behoort te hebben. Daarvan is m.i. sprake als B wel als aandeelhouder is opgeroepen, maar daarbij niet is vermeld dat hij ook als bestuurder wordt opgeroepen. Maar het is beter om op dit punt geen onnodige risico's te nemen.

Stel nu dat niet B ter vergadering verschijnt, maar wel een advocaat die verklaart mondeling door B te zijn gemachtigd om te stemmen. A vraagt aan u wat te doen. De wet bepaalt dat iedere aandeelhouder bevoegd is in persoon of bij schriftelijk gevolmachtigde de algemene vergadering bij te wonen, daarin het woord te voeren en, voor zover hem dat toekomt, het stemrecht uit te oefenen (art. 2:131 lid 1 BW). Ik zou willen aannemen dat onder schriftelijke volmachtverlening ook volmachtverlening door middel van een e-mail valt (art. 2:36 lid 1 BW), maar de echtheid daarvan is doorgaans moeilijk(er) vast te stellen. U adviseert A dus om die andere advocaat niet toe te laten, ook niet als toehoorder, omdat de wet daarvoor geen basis verschaft.

Die andere advocaat antwoordt dat hij ook door B is gemachtigd, wederom mondeling, om hem als bestuurder te vertegenwoordigen en dus om namens B gebruik te maken van de raadgevende stem. A vraagt u wederom wat te doen. In artikel 2:8 lid 2 BW is vastgelegd dat, behoudens wettelijke of statutaire beperkingen, het bestuur belast is met het besturen van de rechtspersoon. 'Belast' met besturen betekent dat deze taak niet aan anderen kan worden gedelegeerd. Een bestuurder kan zich derhalve uitsluitend door een medebestuurder laten vertegenwoordigen, en dat mag ook mondeling. De conclusie is dat die andere advocaat de vergadering dus niet mag bijwonen.

Terzijde: om *deadlock*-situaties in de algemene vergadering het hoofd te bieden, kunnen de statuten bepalen dat bij staken van stemmen de beslissing wordt opgedragen aan een derde (art. 2:133 lid 2 BW). Soms zie je ook wel andere constructies, bijvoorbeeld dat er twee aandeelhouders zijn die elk 49%

van de stemmen hebben en een derde, in wie beide aandeelhouders vertrouwen hebben, die 2% van de stemmen heeft.

Stel nu dat B niet ter vergadering verschijnt. A stemt voor alle voorstellen die op de agenda stonden vermeld. Maar nu B er toch niet is voegt hij daar ter vergadering enkele voorstellen aan toe en stemt wederom voor. Kan dat? Er zijn twee situaties te onderscheiden:

- A heeft de vergadering als bestuurder bijeengeroepen: Voor dat geval - dus stemmen over een onderwerp dat niet of niet tijdig is aangekondigd - bepaalt artikel 2:130 lid 5 BW, dat slechts geldige besluiten kunnen worden genomen in een vergadering waarin alle met betrekking tot dat onderwerp stemgerechtigde aandeelhouders aanwezig of vertegenwoordigd zijn. In dat geval kan over een onderwerp waarvan de behandeling niet met inachtneming van de statutaire oproepingstermijn is aangekondigd slechts rechtsgeldig worden besloten met algemene stemmen (ofwel: unanimiteit). Wat A doet kan dus niet.
- A heeft de vergadering als aandeelhouder bijeengeroepen: Voor dat geval bepaalt de wet in artikel 2:129 lid 3 BW, dat bij de oproeping geen andere dan de aanvankelijk aangegeven onderwerpen als te behandelen worden vermeld. Wat A doet kan dus niet.

Wat kan B doen tegen de aangenomen voorstellen (besluiten) van de algemene vergadering, zowel de voorstellen die op de agenda stonden als de door A daaraan eerst ter vergadering toegevoegde voorstellen?

Geagendeerde voorstellen: De mogelijkheden van B zijn beperkt. Als statutair een quorum zou zijn voorgeschreven (bijv. dat een besluit alleen genomen kan worden ingeval het gehele kapitaal ter vergadering is vertegenwoordigd), dan kan B de nietigheid van het betreffende besluit inroepen (art. 2:21 lid 2 BW). Voor het overige zal hij het van de redelijkheid en billijkheid moeten hebben, waarbij hij dan wel tijdig, dat wil zeggen binnen zes maanden (art. 2:21 lid 4 BW), een vordering tot vernietiging moet instellen.

Niet-geagendeerde voorstellen: ik zou menen dat sprake is van nietige (in de zin van non-existente) besluiten, en dat B kan volstaan met zich op die nietigheid te beroepen. De meest gereede partij kan desgewenst een verklaring voor recht vragen.

## **7. Korte checklist**

- Als het geschil draait om een besluit kijk dan altijd naar artikel 2:21BW dat de nietigheid en vernietigbaarheid regelt.
- Zijn de aandelen rechtsgeldig uitgegeven? Sinds 1 maart 2004 is een akte vereist, die ook door de aandeelhouder moet zijn getekend (art. 2:104/204 lid 1 BW).
- Zijn de oproepingsformaliteiten strikt in acht genomen (termijnen, advertentie indien nodig, bestuurders om te worden gehoord etc.).
- Moet bij een procedure tegen een aandeelhouder ook de vennootschap daarin worden betrokken (let op dan op het forum)?
- Kijk naar de regeling van het tegenstrijdig belang in de wet en in de statuten.
- Is de aandeelhoudersovereenkomst door alle aandeelhouders en de vennootschap getekend?