

I

PAO-Cursus

Radboud Universiteit Nijmegen &

The University of Curaçao

ACTUALITEITEN ONDERNEMINGSRECHT

“Het familiebedrijf”

Vrijdag 14 maart 2014 – WTC, Curaçao

Mr. K. Frielink

08.30 – 10.45 uur

Hieronder volgt de toelichting bij de diverse sheets die onderdeel uitmaken van het cursusmateriaal. Op *Karel's Legal Blog* (<http://www.curacao-law.com>) wordt uitvoerig verhaald over het recht van de Nederlandse Cariben. Voor vragen en opmerkingen: Karel.Frielink@SpigtDC.com.

II

Het oudste beroep is dat van ondernemer.

Familiebedrijven zijn economisch een factor van betekenis.¹ In Nederland is ongeveer 70% van alle bedrijven een familiebedrijf (de ZZP-ers niet meegerekend); hun gezamenlijke bijdrage aan het bruto nationaal product is ruim 50% en zij zijn goed voor 49% van de werkgelegenheid (4,3 miljoen mensen).² In

¹ Zie onder andere deze Nederlandse websites specifiek gericht op familiebedrijven: <https://www.ncfb.nl/> en <http://www.fbned.nl/>.

² In Nederland zijn er ongeveer 260.000 familiebedrijven. Van de grote bedrijven in Nederland, dat wil zeggen met minimaal 100 werknemers, is 38% een familiebedrijf. Bron: Center for Entrepreneurship, Nyenrode Business Universiteit, *Familiebedrijven en bedrijfsoverdracht*, quick-scan 2013, p. 8 en 14.

landen als Italië en de Verenigde Staten ligt het percentage familiebedrijven ten opzichte van alle bedrijven zelfs boven de 90%.

Een familiebedrijf is een bedrijf waarvan eigendom en/of leiding in handen van één familie zijn. Het hoeft wat betreft de eigendom niet te gaan om 100% van de aandelen. Ook hoeft de leiding van het bedrijf niet volledig in handen van één familie te zijn. Waar het om gaat is dat één familie (of één lid van de familie of enkele familieleden) een beslissende invloed op de bedrijfsstrategie en op de opvolgingsbeslissingen heeft.³

Waar het beursvennootschappen betreft, waarover we het vandaag niet gaan hebben, wordt er doorgaans van uitgegaan dat ten minste 25% van de zeggenschap in handen van één familie moet zijn om van een familiebedrijf te kunnen spreken. Omdat bij beursvennootschappen aandeelhoudersabsenteïsme vaak voorkomt kan een belang van 25% al gauw een controlerend belang betekenen.

We gaan vandaag uit van een min of meer 'traditioneel' familiebedrijf.⁴ Een bedrijf in de vorm van een NV of BV, dat wordt geleid door één persoon. De directeur houdt alle aandelen, maar de aandelen kunnen ook zijn verdeeld over meerdere familieleden, die deels wel en deels niet werkzaam zijn in het bedrijf. De directeur kan de oprichter zijn, maar ook degene die het bedrijf van zijn vader heeft overgenomen. Wellicht is het familiebedrijf al meerdere generaties van vader op zoon overgegaan. Er zijn kinderen van de directeur-eigenaar die wel en

³ Voor onder andere statistische doeleinden wordt van andere omschrijvingen van het familiebedrijf uitgegaan. Volgens de omschrijving van de *London Business School* bijvoorbeeld moet het familiebedrijf voldoen aan minstens één van de volgende kenmerken:

- meer dan 50% van de aandelen is in eigendom van één familie, of
- minstens 50% van het management is afkomstig van één familie, of
- een significant aantal van de leden van de raad van commissarissen is afkomstig van één en dezelfde familie.

Ook zijn er onderzoekers die de omschrijving uitbreiden met een additioneel criterium, namelijk dat ten minste twee leden van dezelfde familie in het bedrijf werkzaam zijn als werknemer of als manager.

⁴ We spreken gemakshalve over 'vader', 'zijn' en 'hem', hetgeen uiteraard niet uitsluit dat een familiebedrijf door een vrouw wordt geleid.

die niet in het bedrijf werken. Daarnaast werken ook enkele neven en nichten in het bedrijf.

We gaan het vandaag over het familiebedrijf hebben vanuit het perspectief van het ondernemingsrecht. Hoewel zeker niet onbelangrijk komen onderwerpen als echtscheiding, huwelijksvermogensrecht, erfrecht, internationale aspecten en belastingrecht niet aan bod. Wat het ondernemingsrecht betreft kijken we naar Curaçao (en verwijzen dan naar het “BW”) en naar Nederland (en verwijzen dan naar “BW-NL”).

III

Wat kenmerkt familiebedrijven? Een belangrijk kenmerk is de verwevenheid of verstrengeling van zakelijke belangen en (vaak tamelijk diverse) familiebelangen.

Bij de zakelijke belangen gaat het om zaken als de continuïteit van het bedrijf, de productiviteit en de winstgevendheid.

Bij de familiebelangen gaat het niet noodzakelijk om gebundelde, gelijkgerichte belangen van ‘de’ familie, maar om de belangen van de diverse direct of indirect bij het familiebedrijf betrokken leden van de familie. Hier kan aan een grote verscheidenheid aan (niet zelden tegenstrijdige) belangen worden gedacht, zoals harmonie binnen de familie, het uitkeren van dividend, het geven van prioriteit aan de zakelijke belangen, de voorkeur voor gezinsleden of juist derden in een management- en/of opvolggingstraject, gelijke of ongelijke behandeling van familieleden en buitenstaanders,

Voor zover de continuïteit ook op de opvolging in leiding en eigendom ziet, zou deze tegelijkertijd tot de categorie zakelijke én de categorie familiebelangen kunnen worden gerekend. Zelfs zonder daar al inhoudelijk op te zijn ingegaan, is de spanning nu al voelbaar.

Een ander kenmerk is de emotionele betrokkenheid van de familie bij het eigen bedrijf. Dan heeft uiteraard positieve én negatieve kanten.

IV

Met welke problemen en vraagstukken worden familiebedrijven geconfronteerd? Het vraagstuk van de bedrijfsopvolging spreekt waarschijnlijk wel het meest tot de verbeelding.

Maar denk ook aan belangentegenstellingen tussen familieleden: bijvoorbeeld aandeelhouders die wel en die niet in het bedrijf werkzaam zijn. Denk aan de beloning en het carrièretraject van familieleden die in het bedrijf werken, zowel onderling als ten opzichte van niet-familieleden.

Hoe worden zeggenschap en toezicht verdeeld in het bestuur, in de Raad van Commissarissen (RvC) en in de eventueel aanwezige familieraad? Op welke wijze worden conflicten opgelost?

Vanuit juridisch perspectief komen enkele onderwerpen aan de orde. Om te beginnen wordt kort stilgestaan bij de wijzigingen in Nederland die in 2012 en 2013 zijn ingevoerd. Daarna staan we stil bij het monistisch bestuursmodel en in het verlengde daarvan bij het toezicht op en de advisering van familiebedrijven. Vervolgens komen enkele juridische instrumenten in het kader van geschillenbeslechting aan bod. We sluiten af met het onderwerp bedrijfsopvolging.

V

In Nederland is met ingang van 1 oktober 2012 de wetgeving met betrekking tot besloten vennootschappen gewijzigd. Nederland kent sindsdien de flex-BV; in Curaçao is de flex-BV op 1 januari 2000 ingevoerd. Ik wijs ook op de op 1 januari 2013 in Nederland werking getreden wet bestuur & toezicht. Ik stip hier enkele punten van de nieuwe Nederlandse regelingen aan:⁵

- Er is niet langer een minimumkapitaal voor de oprichting voorgeschreven (zie de artt. 2:191 t/m 2:191b BW-NL en de artt. 2:204 t/m 2:204b BW-NL voor de storting op aandelen).
- Aandelen moeten nog steeds een nominale waarde hebben (in Euro of een vreemde valuta),⁶ maar het maatschappelijke kapitaal is afgeschaft, al kunnen de statuten daarin wel voorzien (art. 2:178 BW-NL).
- Statutair kan de blokkeringsregeling geheel worden uitgesloten (art. 2:195 BW-NL).⁷
- Aandelen zonder of met een beperkt recht in de winst en reserves zijn mogelijk (art. 2:216 lid 7 BW-NL).⁸
- Aandelen zonder stemrecht zijn mogelijk⁹ (art. 2:228 lid 5 BW-NL).¹⁰

⁵ Zie voor de ontwikkelingen in Curaçao J.B. Wezeman en K. Frielink, *Caribisch rechtspersonenrecht*, WPNR 6898 (2011), p. 705-708 en K. Frielink, *Herziening rechtspersonenrecht*, TAR-Justicia 3/4 (2010), p. 189-196.

⁶ In Curaçao kan worden gekozen tussen aandelen met en zonder nominale waarde, alsmede verschillende nominale waarden al dan niet uitgedrukt in verschillende valuta.

⁷ De goedkeuringsblokkade wordt niet meer in de wet genoemd. De wet schrijft in artikel 2:195 lid 1 BW-NL nog wel de aanbiedingsblokkade voor, maar daar kan statutair van worden afgeweken, zowel door deze niet toe te passen, of juist met strengere voorwaarden. De overdraagbaarheid van aandelen kan bij de statuten onder voorwaarden ook op andere wijze worden beperkt (art. 2:195 lid 4 BW-NL). De overdraagbaarheid van aandelen mag statutair niet in alle gevallen geheel worden uitgesloten, tenzij de statuten de overdraagbaarheid hebben uitgesloten voor een bepaalde termijn (art. 2:195 lid 5 BW-NL). Zie ook K. Frielink, *Onmogelijke of uiterst bezwaarlijke overdraagbaarheid van aandelen en certificaten*, TVVS 7 (1991), blz. 179-182.

⁸ Artikel 2:201 lid 1 BW-NL bepaalt dat, voor zover bij de statuten niet anders is bepaald, aan alle aandelen in verhouding tot hun bedrag gelijke rechten en verplichtingen verbonden. Afwijkingen zijn dus mogelijk, maar alleen voor een bepaalde groep of categorie aandelen, waarbij het gelijkheidsbeginsel binnen die groep of categorie weer wél geldt. In artikel 2:201 lid 2 BW-NL is namelijk vastgelegd: “*De vennootschap moet de aandeelhouders onderscheidenlijk certificaathouders die zich in gelijke omstandigheden bevinden, op de zelfde wijze behandelen.*”

- Er is een regeling die voorziet in de aansprakelijkheid van bestuurders bij voorzienbaar bovenmatige uitkeringen aan aandeelhouders en een vergoedingsplicht (*claw-back*) voor degenen die - voor hen voorzienbaar - teveel hebben ontvangen (art. 2:116 leden 2 en 3 BW-NL). Deze regeling geldt ook bij inkoop en kapitaalvermindering met terugbetaling (zie resp. art. 2:207 leden 2 en 3 BW-NL en art. 2:208 lid 6 BW-NL).
- Er kan worden gekozen uit een dualistisch bestuursmodel en een monistisch bestuursmodel¹¹ (art. 2:129a/239a BW-NL).¹²
- Bij de grote BV¹³ moet er een onafhankelijke Raad van Commissarissen zijn (art. 2:262 e.v. BW-NL).^{14 15}

⁹ In Curaçao kan worden gekozen tussen aandelen met, zonder of beperkt stemrecht. Wat betreft bijzondere zeggenschapsrechten (denk aan prioriteitsaandelen) is in Nederland bepaald dat de statuten kunnen bepalen dat aan aandelen van een bepaalde soort of aanduiding bijzondere rechten als in de statuten omschreven inzake de zeggenschap in de vennootschap zijn verbonden (art. 2:201 lid 3 BW-NL). Die mogelijkheid biedt de wet in Curaçao ook.

¹⁰ Zie ook artikel 2:190 BW-NL: “*Rechten die stemrecht noch aanspraak op uitkering van winst of reserves omvatten, worden niet als aandeel aangemerkt.*” Om een recht als een aandeel aan te kunnen merken, moet daaraan dus stem- en/of (een beperkt) winstrecht (of recht op – een deel van de – reserves) zijn verbonden. Stemrechtloze aandelen zonder winstrecht of recht op (een deel van) de reserves kunnen dus niet bestaan. Ook geldt de eis dat ten minste één aandeel met stemrecht wordt gehouden door een ander dan en anders dan voor rekening van de vennootschap of een van haar dochtermaatschappijen (art. 2:175 lid 1 BW-NL).

¹¹ In een monistisch bestuursmodel zijn de bestuurstaken verdeeld over één of meer niet uitvoerende bestuurders (de *non-executives*) en één of meer uitvoerende bestuurders (de *executives*). Alleen ingeval van een dualistisch bestuursmodel kan er een Raad van Commissarissen zijn (art. 2:250 lid 1 BW-NL). In Curaçao kan er ook een Raad van Commissarissen zijn als voor het monistische bestuursmodel is gekozen.

¹² De monistische structuur is expliciet geregeld in artikel 2:129a BW-NL voor de NV en in artikel 2:239a BW-NL voor de BV. De dualistische structuur is niet duidelijk apart in de wet geregeld. De artikelen 2:129 BW-NL en 2:239 BW-NL, waarin de bestuurstaak bij de NV respectievelijk de BV nader is ingevuld, gelden voor elk bestuur, zowel *one tier* als *two tier*.

¹³ Een BV is een grote BV als aan enkele criteria is voldaan: a. het geplaatste kapitaal van de BV te zamen met de reserves volgens de balans met toelichting belopen ten minste een bij koninklijk besluit vastgesteld grensbedrag; b. de BV of een afhankelijke maatschappij heeft krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad heeft, en c. bij de BV en haar afhankelijke maatschappijen, zijn tezamen in de regel ten minste honderd werknemers in Nederland werkzaam (art. 2:263 lid 2 BW-NL).

¹⁴ De wet geeft bij structuurvennootschappen, die vandaag niet worden besproken, een limitering voor het aantal functies dat een bestuurder of een commissaris mag bekleden (art. 2:142a/252a juncto art. 2:397 BW-NL).

¹⁵ De wet kent voor de structuurvennootschap een (tijdelijke) regeling inzake de evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de RvC over mannen en vrouwen (artt. 2:166/276 e.v. BW-NL juncto art. 2:397 BW-NL). Bij een evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de RvC bij een structuurvennootschap moet ten minste 30% van de zetels worden bezet door vrouwen en ten minste 30% door mannen, voor zover deze zetels worden verdeeld over natuurlijke personen. Bij de ‘gewone’ NV en BV moet zoveel mogelijk rekening worden gehouden met een evenwichtige verdeling. De regeling, die bij amendement is ingediend en niets met de flexibilisering van het BV-recht heeft te maken, vervalt per 1 januari 2016 weer.

- De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de concrete aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap (art. 2:239 lid 4 BW-NL).
- De statuten kunnen verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard opleggen aan aandeelhouders (art. 2:192 lid 1 BW-NL).
- De regeling inzake tegenstrijdig belang is nu beperkt tot de besluitvorming (intern) en ziet niet langer op de vertegenwoordigingsbevoegdheid (art. 2:239 lid 6 BW-NL).¹⁶

VI

Instructiebevoegdheid

Instructie*macht* is de feitelijke macht die iemand heeft, een aandeelhouder bijvoorbeeld, om de nakoming van zijn wensen af te dwingen. Denk aan de situatie dat een bestuurder de wens van de aandeelhouder niet wil uitvoeren en zich vervolgens met zijn ontslag geconfronteerd ziet, of met de dreiging dat hij zal worden ontslagen als hij dwars blijft liggen.

Wat betreft de aanwijzingsbevoegdheid van artikel 2:239 lid 4 BW-NL staat de wet nu dus toe dat de statuten bepalen dat een orgaan (RvC of algemene vergadering) ook concrete aanwijzingen aan het bestuur mag geven. Dit betreft een instructie*recht*.¹⁷ Onder de oude wet ging het om aanwijzingen (van de algemene vergadering) van meer algemene aard in het kader van het te voeren beleid. De wettelijke regeling is nu dus verruimd en sluit daarmee aan bij de praktijk en de gangbare opvatting over dit onderwerp.

¹⁶ Zie voor tegenstrijdige belangen bij commissarissen de regeling in artikel 2:140/250 lid 5 BW-NL.

¹⁷ Zie ook E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten & P.J. Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 231, p. 481-483.

Reeds ten tijde van het Wetboek van Koophandel van de (toen nog bestaande) Nederlandse Antillen, maar ook na de introductie per 1 maart 2004 van Boek 2 BW alhier, werd (door mij) verdedigd dat het toelaatbaar is om in de statuten een bepaling op te nemen waarbij aan de vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid wordt gegeven om met betrekking tot daarin genoemde onderwerpen concrete instructies te geven, waarbij het bestuur tot het opvolgen daarvan verplicht is, op voorwaarde dat die instructies naar het oordeel van het bestuur in het belang van de vennootschap zijn.¹⁸ Naarmate de instructies concreter worden loopt degene die de instructies geeft een groter risico als medebeleidsbepaler te worden aangemerkt en dus met het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid te worden geconfronteerd, waarbij de frequentie van het geven van instructies en de mate van dwingendheid mede een rol kunnen spelen. Ook doorbraak van aansprakelijkheid kan een rol gaan spelen. Dat geldt naar Nederlands recht natuurlijk ook allemaal.

Naar het recht van Curaçao en naar dat van Nederland kunnen dus ook concrete instructies worden gegeven, zoals een instructie tot het aangaan van een bepaalde rechtshandeling (bijvoorbeeld de aankoop of verkoop van een bepaalde onroerende zaak, het verwerven of afstoten van een deelneming, en noem maar op). Het bestuur is gehouden de instructies op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur houdt dus een eigen verantwoordelijkheid.

Die eigen verantwoordelijkheid van het bestuur kan meebrengen dat het bestuur een gegeven instructie niet uitvoert. Maar wat als het orgaan dat de instructie heeft gegeven (RvC of algemene vergadering) het met de afweging van het bestuur niet eens is? Is dat dan een geval van jammer? Dat hangt er vanaf. Een algemene vergadering zou het bestuur kunnen ontslaan en een meer welwillend

¹⁸ Zie K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 22 en K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 30-31. In dat verband moet ook worden verwezen naar F.K. Buijn, *De inrichting van statuten van vennootschappen*, *Ondernemingsrecht* 9 (2002), p. 265. Zie ook nog HR 21 december 2001, *JOR* 2002, 38 m.nt. Bartman inzake *Sobi/Hurks*.

bestuur kunnen benoemen. Een RvC zou het bestuur kunnen schorsen, tenzij de statuten anders bepalen (artt. 2:147/257 lid 1 BW-NL). Stel dat de statuten bepalen dat de RvC in het bestuur voorziet bij belet¹⁹ van alle bestuurders (art. 2:134/244 lid 4 BW-NL), dan zou de RvC als tijdelijk bestuurder de instructie alsnog kunnen uitvoeren om daarna de schorsing van het bestuur op te heffen.

Bij familiebedrijven kan een statutaire instructiebevoegdheid een manier zijn voor aandeelhouders die niet in het bestuur zitten (of voor een RvC) om ten aanzien van bepaalde terreinen invloed op de bestuursbesluitvorming te kunnen uitoefenen. Het maakt immers toch verschil of bepaalde bestuursbesluiten eerst ter goedkeuring aan de RvC of de algemene vergadering moeten worden voorgelegd, waardoor ook invloed kan worden uitgeoefend natuurlijk, of dat de je als aandeelhouder (of als meerderheidsaandeelhouders, of als RvC) simpelweg het bestuur kunt opdragen een bepaalde gedragslijn te volgen of een bepaalde rechtshandeling aan te gaan. Of een dergelijke statutaire instructiebevoegdheid wenselijk is zal van familiebedrijf tot familiebedrijf verschillen.

VII

Monistisch bestuursmodel

Over een dualistisch of *two tier*-bestuursmodel wordt gesproken wanneer een vennootschap een bestuur heeft en het toezicht door een ander orgaan wordt uitgeoefend (denk aan de RvC).

Bij een monistisch of *one tier*-bestuursmodel is er één orgaan waarvan bestuurders met een uitvoerende taak (de *executives*) en bestuurders met een toezichthoudende taak (de *non-executives*) deel uitmaken. Ook degenen die tot taak hebben toezicht uit te oefenen worden dus als bestuurders aangemerkt.

¹⁹ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 437.

In Nederland is het monistische bestuursmodel met ingang van 1 januari 2013 wettelijk geïntroduceerd voor de NV en de BV; er bestonden al vennootschappen met een *one tier board*.²⁰ In Curaçao is in het monistische bestuursmodel bij de BV wettelijk al voorzien sinds 1 januari 2000.²¹ Bij de Curaçaose NV is in een wettelijke basis voorzien sinds 1 maart 2004.²²

Er zijn enkele verschillen tussen de regeling in Nederland en die in Curaçao, waarvan hier worden genoemd:

- In Nederland heb je uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders (art. 2:129a/239a lid 1 BW-NL), in Curaçao een uitvoerend bestuur (soms ook dagelijks bestuur genoemd) en een algemeen bestuur (niet-uitvoerend), waarbij een of meer leden van het algemeen bestuur tevens lid kunnen zijn van het uitvoerend bestuur op voorwaarde dat zij een minderheid vormen (art. 2:18 lid 6 BW).²³
- In Nederland bepaalt de algemene vergadering van de (gewone) NV of BV of een bestuurder wordt benoemd tot uitvoerende bestuurder dan wel niet-uitvoerende bestuurder (art. 2:132/242 lid 1 BW-NL); in Curaçao is het algemeen bestuur bevoegd tot het als zodanig benoemen van de uitvoerend bestuurders (art. 2:18 lid 4 sub a BW).

²⁰ Zie nader S.H.M.A. Dumoulin, *Het monistische bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – observaties vanuit de praktijk*, Ondernemingsrecht 12 (2012), p. 488-495.

²¹ In november 2008 vond het congres “Bestuur en toezicht” te Groningen plaats, waar door de sprekers uitvoerige rechtsvergelijkende beschouwingen over het monistische (*one-tier*) bestuursmodel ten beste werden gegeven. Maar met geen enkel woord werd gerept over het feit dat in de (toen nog bestaande) Nederlands Antillen de one-tier board al vele jaren tot de wettelijke mogelijkheden behoorde.

²² In het kader van de invoering op 1 maart 2004 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (Rechtspersonen) in de Nederlandse Antillen. In Curaçao is voor alle rechtspersonen in een wettelijke basis voorzien; in Nederland alleen voor de NV en BV. Wat voor Curaçao geldt, geldt ook voor Sint Maarten en de BES-eilanden (Bonaire, St. Eustatius en Saba). Op 1 januari 2009 is in Aruba de Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (VBA) geïntroduceerd. Bij de VBA kan ook voor het one-tier bestuursmodel worden gekozen. De Arubaanse wet bepaalt dat één of meer leden van het bestuur - de uitvoerend bestuurders - met uitsluiting van de overige leden zijn belast met de dagelijkse leiding van de VBA en de andere bij het bestuur behorende uitvoerende taken. In de statuten van een VBA mag worden bepaald dat het bestuur zal bestaan uit een dagelijks bestuur en een algemeen bestuur, maar noodzakelijk is dit niet. Zowel uitvoerend als niet uitvoerend bestuurders maken steeds deel uit van het bestuursorgaan.

²³ Meer precies geldt als voorwaarde dat zij in het algemeen bestuur een minderheid vormen en tezamen in het algemeen bestuur minder stemmen kunnen uitbrengen dan de overige leden van het algemeen bestuur tezamen.

- In Nederland kan er géén RvC zijn als er voor een monistisch model is gekozen (art. 2:140/250 lid 1 BW-NL), in Curaçao is een dergelijke combinatie wel toegestaan.²⁴
- Niet uitvoerende bestuurders moeten in Nederland natuurlijke personen zijn, maar die eis wordt in Curaçao niet gesteld.²⁵
- In Nederland is vastgelegd dat bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat één of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren (art. 2:129a/239a lid 3 BW-NL); Curaçao kent niet een regeling waarbij besluiten van één of enkele bestuurders als besluiten van het bestuur hebben te gelden.

Welke keuze ten aanzien van de bestuursvorm wordt gemaakt zal afhangen van de aard van de rechtspersoon en de voorkeur van degenen die een dergelijke keuze maken. Dat is niet een kwestie van goed of fout, maar vooral van appreciatie. Een afweging kan zijn in welke mate men familieleden als toezichthouders bij het bestuur van de vennootschap wil betrekken. De non-executives in het one tier-model vervullen tot op zekere hoogte een rol vergelijkbaar met die van commissarissen in een two tier-structuur. Maar gevoelsmatig en juridisch zitten die leden dicht bij en op de uitvoerend bestuurders dan de leden van een afzonderlijke RvC bij een two tier structuur.

Een belangrijke taak van de niet-uitvoerende bestuurders is om toezicht te houden op de taakuitoefening door de uitvoerende bestuurders kan. Die taak kan niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet uitvoerende bestuurders (art. 2:129a/239a BW-NL). In Nederland is voorts vastgelegd dat het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van

²⁴ Ingaande 1 januari 2012 is in Curaçao het verbod om commissarissen aan te stellen naast een *one-tier board* geschrapt (art. 2:19 lid 1 BW). In Aruba geldt dat bij de VBA géén RvC kan worden ingesteld wanneer is gekozen voor het monistische bestuursmodel.

²⁵ In Curaçao is bepaald dat een RvC uit een of meer personen bestaat en dat een rechtspersoon geen lid van een RvC kan zijn wanneer het gaat om een rechtspersoon waaraan een onderneming in de zin van de Handelsregisterverordening toebehoort (NV, BV en de commerciële stichting en vereniging).

een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders niet aan een uitvoerende bestuurder kan worden toebedeeld.²⁶

Maar omdat de niet-uitvoerend bestuurders, zoals het woord al zegt, bestuurders zijn, is hun taak meer omvattend dan die van een commissaris. Zo zijn zij meer dan commissarissen betrokken bij de besluitvorming van het bestuur over de algemene beleidslijnen. In zijn algemeenheid zullen niet uitvoerende bestuurders in het bestuur meestemmen waar het bestuursbesluiten betreft. En meestemmen betekent ook collectieve verantwoordelijkheid voor het bestuursbeleid (art. 2:9 BW-NL).²⁷ Hoewel bestuurdersaansprakelijkheid vandaag niet op het programma staat, merk ik volledigheidshalve op dat aan het criterium “ernstig verwijt” moet zijn voldaan wil een uitvoerend of niet-uitvoerend bestuurder aansprakelijk kunnen worden gehouden.²⁸ Wat dat betreft verschillen Nederland en Curaçao niet van elkaar, en maakt het waarschijnlijk ook geen verschil of iemand lid is van de RvC of niet-uitvoerend bestuurder.

Als het om familiebedrijven gaat waarin de betrokkenheid van meerdere leden van de familie bij de gang van zaken en besluitvorming wenselijk is, of misschien wel noodzakelijk wordt gevonden, dan zou een monistisch bestuursmodel kunnen worden overwogen. Een RvC staat meer op afstand, is meer gericht op toezicht, en staat in de regel buiten de besluitvorming van het bestuur en het daaraan voorafgaande besluitvormingsproces. Als de familieverhoudingen minder goed zijn, of ronduit slecht, dan zou het op afstand houden van één of meer familieleden voor de hand kunnen liggen.

De vraag is ook hoeveel invloed de oprichter na zijn afscheid nog zou moeten hebben. Op dat moment heeft de nieuwe generatie immers de leiding. Als de

²⁶ M. van Olffen, *Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten*, Ondernemingsrecht 12 (2012), p. 486 spreekt in dit verband van corporate governance principes. Hij wijst er op dat uitvoerend bestuurders niet kunnen deelnemen aan besluitvorming over hun bezoldiging én dat op grond van artikel 2:9 lid 2 BW-NL de algemene gang van zaken niet aan één of meer bestuurders kan worden toebedeeld.

²⁷ M. van Olffen, *Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten*, Ondernemingsrecht 12 (2012), p. 481.

²⁸ Zie D.A.M.H.W. Strik, *One tier board en aansprakelijkheid*, Ondernemingsrecht 12 (2012), p. 496-500.

oprichter betrokken wil en kan blijven, maar dat meer op afstand zou moeten zijn, al was het maar om te (trachten te) voorkomen dat hij de nieuwe bestuurders steeds voor de voeten loopt, ligt een plaats in de RvC voor de hand. Als de oprichter meer of intensiever bij het dagelijkse of strategische beleid betrokken zal worden, en het bijvoorbeeld nuttig is dat hij zoveel mogelijk van de operationele aangelegenheden op de hoogte blijft, ligt de rol van niet-uitvoerend bestuurder meer voor de hand. De uitkomst van gedachtenwisselingen hierover zal doorgaans worden bepaald door de onderlinge machtsverhoudingen.

VIII

Toezicht op het familiebedrijf (dualistisch model) en advisering

Toezicht wordt uitgeoefend door de algemene vergadering. Als de directeur ook de grootste aandeelhouder is, oefent hij toezicht uit op zichzelf. Zijn er ook nog andere aandeelhouders dan kunnen die mede toezicht uitoefenen en zonodig kritische vragen stellen.

Zijn de aandelen ondergebracht in een stichting-administratiekantoor (STAK) dan oefent het bestuur van de STAK de aan de aandelen verbonden (stem)rechten uit. Het zal dan van de samenstelling van het bestuur afhangen of op kritische of juist niet-kritische wijze toezicht via de algemene vergadering wordt uitgeoefend. Van de statuten van de STAK en de administratievoorwaarden hangt af of en in hoeverre aan certificaathouders zelf invloed op het vergader- en stemgedrag van het bestuur van de STAK kunnen uitoefenen.

Bij familiebedrijven met één directeur die tevens de enig aandeelhouder is, oefent hij in feite de alleenheerschappij uit.²⁹ Daar is op zich ook niets mis mee.

²⁹ Aan de rol van vakbonden en (in Nederland) de rol van ondernemingsraden ga ik hier voorbij.

Waarom zou je immers pottenkijkers in je eigen toko toelaten? En zo lang je zelf in de financiering van je bedrijf kunt voorzien loop je ook niet de kans dat de bank of dat investeerders eisen dat er enige vorm van toezicht komt, hetzij in de vorm van een RvC, hetzij doordat je verplicht periodiek allerlei informatie moet verschaffen. Het is overigens eerder regel dan uitzondering dat banken en investeerders eisen in de sfeer van corporate governance stellen.

Als de aandelen in handen zijn van meerdere familieleden dan liggen de kaarten doorgaans anders. In dat geval zijn verschillende situaties te onderscheiden. Een geval is dat waarin de enig directeur een controlerend belang in het familiebedrijf heeft. Hij maakt dan in feite de dienst uit, maar heeft wel te maken met één of meer familielieden die minderheidsaandeelhouder zijn. Dat kan discussies opleveren over bijvoorbeeld de vraag of en hoeveel dividend moet worden uitgekeerd: de directeur wil de dividenduitkering waarschijnlijk zo laag mogelijk houden om winsten te kunnen gebruiken voor (her)investeringen, terwijl familieleden mogelijk, vanuit een geldelijke behoefte, een zo hoog mogelijk dividend willen ontvangen.

En als er meerdere aandeelhouders zijn dan moet de directeur er rekening mee houden dat er vanuit de algemene vergadering allerlei vragen worden gesteld, dat hij informatie moet verschaffen en nog 'erger', dat hij verantwoording moet afleggen over bepaalde beslissingen. In een dergelijke situatie liggen conflicten op de loer.

Als er bij het familiebedrijf ook een RvC is dan ligt de frequentie waarmee de directeur informatie moet verschaffen en verantwoording moet afleggen in veel gevallen hoger dan één à twee keer per jaar. Bovendien kunnen bepaalde besluiten aan de voorafgaande goedkeuring van de RvC zijn onderworpen. Het antwoord op de vraag of dit allemaal wenselijk en goed is hangt ongetwijfeld (mede) af van de rol die iemand bij het familiebedrijf vervult. Bij de inrichting of herziening van de structuur van een familiebedrijf is het vanzelfsprekend van

groot belang dat naar de rol en het (kapitaal)belang van de diverse leden van de familie wordt gekeken, niet alleen voor wat betreft de korte termijn, maar zeker ook voor wat betreft de lange(re) termijn, bijvoorbeeld voor het geval dat leden van de familie door erfgenamen worden opgevolgd.

En dat brengt mij op een ander punt. Bij familiebedrijven die al decennia of mogelijk langer bestaan, wordt de rol die iemand speelt of juist niet speelt niet zelden bepaald door beslissingen die in het verleden zijn genomen. Als de huidige directeur en enig aandeelhouder twintig jaar geleden zijn vader is opgevolgd als bestuurder én als aandeelhouder, en andere kinderen niet, dan heeft hij het in zijn macht om de inrichting en de toekomst van het familiebedrijf te bepalen.

Maar het kan ook zijn dat hij wel zijn vader is opgevolgd als directeur, maar niet of voor slechts een deel als aandeelhouder. In dat geval heeft hij het juist niet in zijn macht om de inrichting en de toekomst van het familiebedrijf te bepalen. En behalve met (andere) aandeelhouders heeft hij misschien ook wel met een of andere, contractueel geregelde familieraad te maken, waarin bepaalde, belangrijke beslissingen worden genomen. Om van de beslissingen die de familie tijdens het wekelijkse familiediner op zondag 'informeel' neemt nog maar te zwijgen...

Het is dus niet zo dat bij alle familiebedrijven sprake is van éénzelfde soort machtsstructuur: dat kan van bedrijf tot bedrijf verschillen. Bij onderwerpen als bedrijfsopvolging, maar ook het bij de tijd brengen van bijvoorbeeld de structuur en (statutaire) inrichting van een bedrijf zijn deze verschillen van groot belang. Dat er verschillende visies, emoties en belangen zijn is tot daaraan toe, maar als die ook in de machtsverhoudingen doorwerken kan dat soms best lastig zijn, ook voor adviseurs.

De vraag is bovendien, als het gaat om het betrekken van familieleden bij het bedrijf, of die betrokkenheid gewenst is in het kader van toezicht, of (meer) in het kader van zinvol geachte advisering. Bij familiebedrijven zal veelal meer behoefte aan (goede) advisering dan aan toezicht bestaan. Gedacht kan worden aan de mogelijkheid een Raad van Advies te creëren, zonder dat daaraan de bevoegdheden toekomen die doorgaans aan een RvC worden toegekend (bevoegdheden zoals het schorsen van een bestuurder, of het recht van goed- of afkeuring van voorgenomen bestuursbesluiten).

IX

Nuancering aansprakelijkheid familiecommissaris?

Professor Schwarz³⁰ heeft gedachten ontvouwd over een geënuanceerde benadering van het vraagstuk commissarissen aansprakelijkheid als het om familiebedrijven gaat.

In de kern stelt Schwarz dat commissarissen bij familiebedrijven, of het nu leden van de familie betreft of derden, hun rol niet volwaardig kunnen uitoefenen. Als het er op aankomt worden ze door de aandeelhouder(s) ontslagen of stappen ze zelf op. Hij spreekt over hen als schijnboksers, denktank en slijpsteen voor het bestuur. Alleen in een extreem geval, zoals bij mogelijk wanbeleid, zouden zij bijvoorbeeld van het recht van enquête gebruik kunnen maken; een mogelijkheid die per 1 januari 2013 in Nederland is ingevoerd (art. 2:346 lid 2 BW-NL). In zo goed als alle andere gevallen acht hij reëel toezicht illusoir, en bepleit daarom een nuancering van hun aansprakelijkheid. Hij vindt het belangrijk dat een commissaris niet te snel aftreedt vanwege het aansprakelijkheidsrisico dat hij loopt, maar juist doorgaat met bemiddelen en tracht het bestuur op andere gedachten te brengen.

³⁰ C.A. Schwarz, *Het commissariaat in het familiebedrijf, gedachten over nuancering van aansprakelijkheid*, Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 6 (2013), p. 186-191.

De nuancering die Schwarz bepleit is dat de interne aansprakelijkheid, dus van de commissaris jegens de rechtspersoon, volledig komt te vervallen, ook ingeval van faillissement. Bij externe aansprakelijkheid ingeval van faillissement zou de eis moeten worden gesteld dat de commissaris alleen kan worden aangesproken voor door derden geleden schade die in causaal verband staat met kennelijk onbehoorlijk toezicht, en dus niet langer voor het tekort van de boedel.

Daarnaast (be)houden we dan nog de zelfstandige onrechtmatige daad van de commissaris jegens een derde, waarvoor, anders dan bij het leerstuk bestuurders- en commissarissen aansprakelijkheid het geval is, niet geldt dat aansprakelijkheid pas intreedt als de betrokkene een ernstig verwijt kan worden gemaakt.³¹ Het grensgebied tussen die twee is niet altijd even helder, en de vraag is of het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2012³² het er nu allemaal veel duidelijker op heeft gemaakt.

Het is op zichzelf een sympathieke gedachte van Schwarz. Natuurlijk is het zo dat de rol van een commissaris bij een beursvennootschap verschilt van die bij een familiebedrijf, en dat er bij een beursvennootschap andere mechanismen werken en daar een andere dynamiek is. Maar de enigszins ideaaltypische rol die Schwarz de commissaris bij familiebedrijven toedicht, is ook relevant voor een grote groep niet-beursgenoteerde niet-familiebedrijven. Waar leg je dan precies de grens? Daarnaast is het de vraag of de beschrijving die Schwarz geeft wel in alle gevallen, of op zijn minst bij een ruime meerderheid, opgeld doet.

Van meer principiële aard is dat wanneer sprake is van toezicht dat kwalitatief zwaar onder de maat is, dat niets anders betekent dan dat sprake is van een slechte taakuitoefening. Daar heeft iedere schuldeiser last van. Dat geldt bij

³¹ Notaris mr. Ruud van Helden noemde tijdens de cursus nog het geval van een bestuurder die buiten zijn boekje was gegaan (dus geacht moet worden buiten zijn hoedanigheid van bestuurder te hebben gehandeld) en een schuldenaar in een koelcel had opgesloten: HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 33 m.nt. P.A. Stein.

³² HR 23 november 2012, *JOR* 2013, 40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten inzake Van de Riet/Hoffman).

familiebedrijven en niet-familiebedrijven. De nuancering die Schwarz wil aanbrengen is mijns inziens dan ook niet houdbaar

Bovendien ligt de lat voor persoonlijke aansprakelijkheid van een commissaris reeds nu hoog: er moet sprake zijn van falend toezicht. Dat betekent dat de commissaris een ernstig persoonlijk verwijt gemaakt moet kunnen worden. Het maken van fouten, zelfs die van een zekere ernst, bij het uitoefenen van aan een commissaris opgedragen taken betekent niet dat hij dus persoonlijk aansprakelijk is. Anders (zij het niet helemaal nauwkeurig) gezegd: voor het aannemen van aansprakelijkheid is vereist dat geen redelijk denkend commissaris zou hebben gehandeld of nagelaten zoals de aangesproken commissaris heeft gedaan.³³

De taak van een commissaris is niet van vrijblijvende aard. Een goede commissaris stapt niet lichtvaardig op en mag soms misschien ook niet eens opstappen (denk aan een 'spannend' moment in een overnamesituatie waarin een RvC een cruciale rol speelt). Opstappen kan in een enquêteprocedure een gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid opleveren, en kan zelfs tot aansprakelijkheid leiden. Van Solinge heeft in dit verband, weliswaar in relatie tot beursvennootschappen, een mooie column over *Vaandelvlucht* geschreven.³⁴ Een goede commissaris grijpt gewoon in wanneer dat nodig is, bijvoorbeeld door een bestuurder of bestuur te schorsen.

Wat mij betreft blijft de wettelijke regeling inzake aansprakelijkheid dus zoals die is. En daar waar bemiddeling, slijpstenen, adviezen en wat dies meer zij nuttig of noodzakelijk zijn, kan een Raad van Advies uitkomst bieden, eventueel gecombineerd met enkele afspraken of regels over bijvoorbeeld de verplichte inschakeling daarvan.

³³ In de Nederlandse jurisprudentie is er een licht verschil tussen enerzijds aansprakelijkheid via artikel 2:9 BW-NL en artikel 2:149/259 BW-NL, en anderzijds de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:138/248 BW-NL in faillissement. De maatman-commissaris is intern dus niet precies dezelfde als extern. Een ernstig verwijt is dus net wat anders dan de redelijk denkende etc. commissaris.

³⁴ G. van Solinge, *Vaandelvlucht*, Ondernemingsrecht 76 (2006), p. 255-256.

X

Geschillen

Net als bij andere vennootschappen kunnen er bij familiebedrijven onoplosbare ruzies ontstaan. Wanneer die de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming raken, en mogelijk zelfs ernstige schade toebrengen, is de vraag welk juridisch instrumentarium ter beschikking staat om tot een oplossing te komen.

Een ingrijpend en kostbaar, maar niet zelden effectief instrument, is het recht van enquête. We gaan dat vandaag niet uitvoerig bespreken. Van belang is op te merken dat de mogelijkheid die de wet biedt tot het door de Ondernemingskamer (OK), in Curaçao het Gemeenschappelijk Hof, treffen van voorlopige voorzieningen een veel gebruikt middel is. Het recht van enquête is bij familiebedrijven vaak de enige manier om, tijdelijk of wellicht zelfs definitief, van een niet-functionerende bestuurder af te komen.

Bij het soort situaties waarvoor het enquêterecht uitkomst kan bieden kan wat betreft familiebedrijven in het bijzonder worden gedacht aan:

- een patstelling of ernstige ruzie binnen het bestuur of in de algemene vergadering waardoor de NV of BV onbestuurbaar is of dreigt te worden;³⁵
- wanneer sprake is van ontoelaatbare belangenverstrengeling (waardoor onvoldoende recht is gedaan aan het vennootschappelijk belang en aan bijvoorbeeld het belang van een minderheidsaandeelhouder);

³⁵ Het enkele feit dat er ruzie is binnen een orgaan of tussen leden van verschillende organen, of tussen familielieden die bij de NV of BV zijn betrokken, is onvoldoende om een enquête te rechtvaardigen.

- wanneer de belangen minderheidsaandeelhouders ernstig of stelselmatig worden genegeerd (een stelselmatig onredelijke dividendpolitiek bijvoorbeeld); en
- wanneer er ernstige gebreken zijn in de informatieverstrekking aan de aandeelhouders, commissarissen of andere belanghebbenden.

Ik sta ook nog even kort stil bij de vraag wie bij familiebedrijven een enquêteverzoek kunnen indienen. Alleen in Nederland en in Curaçao bestaat het recht van enquête. Niet op de BES-eilanden, (nog) niet in Sint Maarten en (nog) niet in Aruba.

XI

Nederland

Voor zover hier relevant zijn tot het indienen van een enquêteverzoek in Nederland bevoegd (art. 2:346 BW-NL):

- De NV of BV zelf;
- bij de ‘gewone’ NV en BV: een of meer houders van aandelen of van certificaten van aandelen, die alleen of gezamenlijk minimaal 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, of rechthebbenden zijn op een bedrag van aandelen of certificaten daarvan tot een nominale waarde van € 225 000 of zoveel minder als de statuten bepalen;³⁶ en

³⁶ Een ‘gewone’ NV of BV heft een geplaatst kapitaal van maximaal € 22,5 miljoen. Gaat het om een NV of BV met een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen, dan komt de bevoegdheid toe aan één of meer houders van aandelen of van certificaten van aandelen, die alleen of gezamenlijk minimaal 1% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of, indien de aandelen of certificaten zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit, als bedoeld in artikel 1:1 van de (Nederlandse) *Wet op het financieel toezicht* of een met een gereglementeerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is, minimaal een waarde vertegenwoordigen van € 20 miljoen volgens de slotkoers op de laatste handelsdag voor indiening van het verzoek, of zoveel minder als de statuten bepalen.

- degenen, aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is toegekend.

XII

Voor zover hier relevant zijn tot het indienen van een enquêteverzoek in Curaçao bevoegd (art. 2:272 BW):

- bij de NV en BV: een of meer aandeelhouders die alleen of gezamenlijk 10% van het eigen vermogen vertegenwoordigen^{37 38} of ten minste 10% van het aantal stemmen ten aanzien van alle onderwerpen kunnen uitbrengen;³⁹ en
- degenen aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is gegeven

Er zijn drie verschillen die opvallen: (i) in de Nederlandse tekst worden houders van certificaten genoemd en in Curaçao niet; (ii) in Nederland gaat het om 10% van het geplaatste kapitaal en in Curaçao om 10% van het (bedrijfseconomische)

³⁷ De omvang van het eigen vermogen moet worden vastgesteld aan de hand van de verslaggevingsregels die op de jaarrekening van toepassing zijn (US GAAP, Dutch GAAP, IFRS). Het gaat bij het begrip 'eigen vermogen' in Boek 2 BW (van Curaçao) immers om het bedrijfseconomische eigen vermogen zoals dat uit de jaarrekening blijkt. Denk er in dat verband aan dat bijvoorbeeld bepaalde preferente aandelen onder het ene stelsel als 'eigen vermogen' gelden (GAAP) en onder het andere stelsel als 'vreemd vermogen' (IFRS). In dat laatste geval tellen deze aandelen dus niet mee bij het bepalen of de grens van 10% wordt gehaald.

³⁸ In de MvT van het ontwerp staat inzake de minimumgrens van 10% van het eigen vermogen: “*In gevallen waarin alle aandelen een nominale waarde hebben komt dit op het zelfde neer als een berekening die uitgaat van het geplaatste kapitaal*”. Dat zal meestal ook zo zijn, maar men zij bedacht op het bijzondere geval dat hiervoor werd genoemd, namelijk dat sommige preferente aandelen (met een nominale waarde) onder de IFRS als vreemd vermogen worden aangemerkt.

³⁹ Het gaat daarbij om aandelen zonder enige beperking wat betreft zeggenschap. Houders van (alleen) stemrechtloze aandelen, of van aandelen waaraan alleen zeggenschap ten aanzien van bepaalde onderwerpen is verboden, kunnen een dergelijk verzoek dus niet indienen. Datzelfde geldt voor pandhouders en vruchtgebruikers aan wie stemrecht is toegekend, omdat zij geen aandeelhouder zijn. In Nederland komt pandhouders en vruchtgebruikers wel de bevoegdheid toe een enquêteverzoek in te dienen, indien aan het getalscriterium is voldaan. De pandhouder en vruchtgebruiker moeten dan wel het stemrecht hebben (zie de artt. 2:88/197 en 2:89/198 lid 4 BW-NL).

eigen vermogen, en (iii) in Nederland kan de NV of BV zelf een enquêteverzoek indienen en in Curaçao niet.

Ad (i)

De houders van certificaten van aandelen - die al dan niet met medewerking van de NV of BV zijn uitgegeven - worden in Curaçao dus niet genoemd. Het administratiekantoor (doorgaans een stichting) houdt de aandelen in de NV of BV ten titel van beheer (ook wel administratie genoemd). De kapitaalverschaffers zijn de certificaathouders. In de huidige tekst worden zij buitengesloten, omdat ze geen aandeelhouders zijn (en dat is vereist om aan de grens van 10% eigen vermogen of zeggenschap te voldoen).⁴⁰ In Nederland wordt al sinds enige tijd in de rechtspraak het criterium gehanteerd of iemand (voor minimaal 10%) economisch gerechtigde is. Verdedigd zou kunnen (en mijns inziens ook moeten) worden dat de regeling hier overeenkomstig geïnterpreteerd moet worden. Daartegenover kan worden gesteld dat de wetgever, die bekend is met het Nederlandse recht, kennelijk (maar impliciet) kiest voor een andere benadering.

XIII

Prijsbepaling bij gedwongen overdracht aandelen

Naast het enquêterecht kan ook de geschillenregeling een rol spelen. In Nederland kan daarvan gebruik worden gemaakt wanneer het gaat om een BV. Wat betreft de NV kan ook van deze regeling gebruik worden gemaakt als de statuten a. uitsluitend aandelen op naam kennen; b. een blokkeringsregeling bevatten, en c. niet toelaten dat met medewerking van de vennootschap certificaten aan toonder worden uitgegeven (art. 2:335 BW-NL). Aangezien bij de

⁴⁰ In Nederland worden de certificaathouders genoemd in artikel 2:346 onder b. BW-NL. Zie daarover ook HR 10 september 2010, *NJ* 2010, 665 inzake *Butôt m.nt. Van Schilfgaarde en Perrick*.

BV de blokkeringsregeling statutair geheel kan worden uitgesloten is de vraag waarom bij de NV deze eis wordt gesteld.

Een of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk minimaal 1/3 van het geplaatste kapitaal verschaffen, kunnen van een aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de NV of BV zodanig schaadt of heeft geschaad, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, in rechte vorderen dat hij zijn aandelen overdraagt (art. 2 :336 lid 1 BW-NL). De aandeelhouder wordt dus uitgestoten; het omgekeerde is ook mogelijk, namelijk dat de aandeelhouder die last heeft van onredelijke medeaandeelhouders vordert dat laatstgenoemden (of de vennootschap) zijn aandelen overnemen (uittreding).⁴¹ In beide gevallen kan discussie over de prijs ontstaan. Ook het verlies van een bepaalde kwaliteit kan tot een gedwongen uittreding leiden en dus tot discussie over de prijs.

Inhoudelijk lijken de regelingen in Nederland en Curaçao op elkaar, behalve wat betreft de vandaag te bespreken onderwerpen, in het bijzonder wat betreft de waardebeoordeling door deskundigen en de aansluiting die moet worden gezocht bij de werkelijke waarde.⁴² De regeling in Nederland is op deze punten iets meer flexibel dan die in Curaçao. Ik bespreek verder alleen de (relatief nieuwe punten van de) regeling in Nederland.⁴³

⁴¹ Meer precies: De aandeelhouder die door gedragingen van één of meer medeaandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd, kan tegen die medeaandeelhouders een vordering tot uittreding instellen, inhoudende dat zijn aandelen overeenkomstig de leden 1, 2 en 3 van artikel 343a BW-NL worden overgenomen. Een vordering tot uittreding kan ook worden ingesteld tegen de vennootschap op grond van gedragingen van één of meer medeaandeelhouders of van de vennootschap zelf (art. 2:343 lid 1 BW-NL). De artikelen 336 leden 3 en 5, 337, 338 leden 1 en 3, 339 en 340, leden 1, 2 en 3 BW-NL zijn van toepassing of van overeenkomstige toepassing (art. 2:343 lid 3 BW-NL). Bij het bepalen van de prijs van de aandelen kan de rechter in deze variant desgevorderd een billijke verhoging toepassen in verband met gedragingen van de gedaagde, of van anderen dan de gedaagde, indien aannemelijk is dat die gedragingen hebben geleid tot een vermindering van de waarde van de over te dragen aandelen en deze vermindering niet, of niet volledig, voor rekening van eiser behoort te blijven (art. 2:343 lid 4 BW-NL).

⁴² Zie verder P.P. de Vries, *Prijsbepalingsregels voor aandelen in een BV naar huidig en komend recht*, Ondernemingsrecht 3 (2012), p. 101-108. Bij de 'werkelijke waarde' wordt ervan uitgegaan dat er een willige koper is, een willige verkoper en een competitieve markt. Hof Amsterdam 16 februari 2010, *JOR* 2010, 38 m.nt. C.D.J. Bulten inzake Hooymans.

⁴³ De regeling in Curaçao zou meer in lijn met de huidige regeling in Nederland moeten worden gebracht.

In de statuten of een overeenkomst kan worden bepaald dat geschillen als hier bedoeld, dadelijk ter kennis worden gebracht van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam of aan arbitrage worden onderworpen (art. 2:337 lid 2 BW-NL).

De statuten of een overeenkomst kunnen meer in het algemeen een regeling bevatten voor de oplossing van dit soort geschillen. Van de bepalingen van de wet kan niet worden afgeweken voor zover de overdracht van de aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt (art. 2:337 lid 1 BW-NL).

De waardebepaling wordt overgelaten aan door de rechter benoemde deskundigen, maar als tussen partijen op grond van de statuten of een overeenkomst in de zin van artikel 2:337 lid 1 BW-NL bepalingen omtrent de vaststelling van de waarde van de aandelen gelden, stellen de deskundigen hun bericht op met inachtneming daarvan (art. 2:339 lid 2 BW-NL).⁴⁴

De rechter kan de benoeming van deskundigen achterwege laten indien tussen partijen overeenstemming bestaat over de waardering van de aandelen, of wanneer de statuten of een overeenkomst in de zin van artikel 337 lid 1 BW-NL een duidelijke maatstaf voor de bepaling van de waarde van de aandelen

⁴⁴ De rechter bepaalt de prijs van de aandelen (art. 2:340 leden 1 en 2 BW-NL). Met bepalingen in de statuten of een overeenkomst omtrent de vaststelling van de waarde van de aandelen houdt de rechter geen rekening voor zover dat tot een kennelijk onredelijke prijs zou leiden (art. 2:340 lid 3 BW-NL). De prijs is niet noodzakelijk gelijk aan de door de deskundigen bepaalde waarde. Prijsbepaling van aandelen is naar mijn mening niet slechts een vraagstuk voor accountants, maar in de eerste plaats een juridisch vraagstuk. Afgezien van het feit dat de rechter de prijs vaststelt (op basis van een bepaalde waardering), gaat het immers om de keuze van de waarderingmethode en de factoren die bij het vaststellen van de prijs een rol moeten spelen. Er is ook een verkorte verzoekschriftprocedure in Nederland geïntroduceerd. Bestaat tussen een aandeelhouder en een of meer van zijn mede-aandeelhouders of de vennootschap overeenstemming dat de aandeelhouder zijn aandelen zal overdragen tegen gelijktijdige betaling van een nader vast te stellen prijs, dan kunnen zij zich bij gezamenlijk verzoekschrift wenden tot de rechter, bedoeld in artikel 2:336 lid 3 BW-NL, teneinde de prijs van de aandelen te doen vaststellen. Het verzoek kan ook worden gedaan door één der partijen, op voorwaarde dat de andere partij in zijn verweerschrift verklaart zich daartegen niet te verzetten (art. 2:343c lid 1 BW-NL). Zie reeds HR 21 januari 2005, *JOR* 2005, 57 inzake Hoffmann Beheer en verder C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde*, Deventer: Kluwer 2011, p. 215-217. In Curaçao bestaat ook een kortere procedure ingeval een voldoende serieus aanbod is gedaan (art. 2:251 lid 4 BW).

bevatten en de rechter aan de hand daarvan de prijs zonder meer kan vaststellen (art. 2:339 lid 3 BW-NL).

In artikel 2:195 lid 4 BW-NL⁴⁵ is vastgelegd dat de statuten kunnen voorzien in een prijsbepalingsregeling. Statutair kan de inschakeling van deskundigen dus worden uitgesloten of kunnen regels omtrent hun taakopdracht worden gesteld. Er kan ook een formule worden opgenomen op basis waarvan de prijs moet worden berekend. Een dergelijke, van de wettelijke regeling afwijkende, regeling kan aan een aandeelhouder niet tegen zijn wil worden opgelegd.⁴⁶ Wordt iemand aandeelhouder op een moment dat de statuten al een afwijkende regeling bevatten dan is hij daaraan natuurlijk gebonden (die regeling is dan namelijk verdisconteerd in zijn aankoopbeslissing of bindt hem omdat hij een aandeelhouder onder algemene titel is opgevolgd, als die tenminste zelf ook aan de regeling was gebonden), maar betreft het een latere statutenwijziging dan is de aandeelhouder alleen gebonden als hij vóór het voorstel heeft gestemd.

Als regels omtrent de prijsbepaling in een overeenkomst zijn vastgelegd, dan geldt niet alleen de eis dat daardoor de overdracht van de aandelen niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk mag worden gemaakt (art. 2:337 lid 1 BW-NL), maar daarenboven dat een (bijvoorbeeld uit te stoten) aandeelhouder die géén partij is bij deze overeenkomst, daaraan niet is gebonden. Voor de in de statuten of een overeenkomst vastgelegde regeling inzake de waardebepaling geldt dan ook nog eens dat de rechter daarmee geen rekening houdt voor zover dat tot een kennelijk onredelijke prijs zou leiden (art. 2:340 lid 3 BW-NL).

⁴⁵ Artikel 2:195 lid 4 BW-NL luidt: “De overdraagbaarheid van aandelen kan bij de statuten ook op andere wijze dan overeenkomstig lid 1 of lid 3 worden beperkt. Een overdracht in strijd met een statutaire beperking is ongeldig. Een dergelijke statutaire regeling dient zodanig te zijn dat een aandeelhouder die zijn aandelen wil overdragen, indien hij dit verlangt, een prijs ontvangt, gelijk aan de waarde van zijn aandeel of aandelen, vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen. De statuten kunnen voorzien in een van de vorige zin afwijkende prijsbepalingsregeling. Een dergelijke afwijkende regeling kan aan een aandeelhouder niet tegen zijn wil worden opgelegd.”

⁴⁶ Zie ook artikel 2:192 lid 3 BW-NL.

De wet heeft het over “dat de rechter geen rekening houdt” en niet over “hoeft te houden”. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de rechter geen rekening mag houden met een regeling in de statuten of een overeenkomst als hij zelf van oordeel is dat sprake is van een onredelijke prijs. Ik zou, met professor Bulten,⁴⁷ menen dat de rechter zich hier terughoudend zou behoren op te stellen. Alleen ingeval een aandeelhouder zich er op beroept dat sprake is van een onredelijke prijs zou de rechter moeten onderzoeken of daarvan sprake is. Bovendien zou in dat geval een rol behoren te spelen of de partijen bij de overeenkomst, dan wel de aandeelhouders die met de statutaire bepaling hebben ingestemd, de ‘onredelijke’ prijs (die zowel erg hoog als erg laag kan zijn) redelijkerwijs hebben kunnen voorzien en geacht kunnen worden die te hebben verdisconteerd, althans het risico daarvan te hebben geaccepteerd. Met andere woorden: alleen als de prijs als een verrassing komt voor één of meer betrokken partijen, zou sprake kunnen zijn van rechterlijk ingrijpen. Dat een regeling waaraan een aandeelhouder is gebonden, en waarmee hij mogelijk zelf heeft ingestemd, achteraf minder gunstig voor hem uitpakt, is op zichzelf genomen onvoldoende reden voor rechterlijk ingrijpen.⁴⁸

Die terughoudendheid is van belang, omdat er juist bij familiebedrijven aanleiding kan bestaan voor een regeling die met bijzondere omstandigheden rekening houdt en kan leiden tot een hoge dan wel juist lage prijs. Net zoals dat bij huwelijkse voorwaarden het geval is, komen prijs- en waarderingsregelingen (in de statuten of in een overeenkomst) doorgaans tot stand als de verhouding tussen alle betrokken partijen (nog) goed is. Verwacht mag worden dat onder die omstandigheden een evenwichtige regeling tot stand komt, die voldoende rekening houdt met de verschillende betrokken belangen.

⁴⁷ C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde*, Deventer: Kluwer 2011, p. 190.

⁴⁸ Denk in dit verband aan de hoge drempel van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid: een regel werkt niet indien dit *onaanvaardbaar* zou zijn gezien de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Die drempel moet de rechter over om een contractuele afspraak te kunnen negeren. Voor een statutaire ‘afpraak’ geldt mijns inziens hetzelfde.

Niet alleen kunnen die verhoudingen op termijn verstoord raken, maar als een aandeelhouder overlijdt en hij door zijn kinderen wordt ‘opgevolgd’ dan kunnen die hele andere opvattingen hebben dan de erfgenaam had. In dat soort situaties kan het handig zijn als er, ingeval van geschillen die zich lenen voor de geschillenregeling, reeds een regeling voorhanden is die voorziet in een waarde- en prijsvaststelling. Dat de fiscaliteit hierbij ook een rol speelt spreekt voor zich, maar als gezegd valt dat buiten mijn terrein.

Bij factoren die bij een waardebeoordeling kunnen worden betrokken moet onder meer worden gedacht aan de tijd dat iemand aandeelhouder is geweest en heeft bijgedragen aan de groei van de onderneming (kort of juist lang). De reden waarom iemand aandeelhouder werd/wordt kan van belang zijn: als belegging of omdat iemand voor het familiebedrijf gaat werken. Ook de vraag of en op welke wijze rekening wordt gehouden met het aanbieden van een minderheidsbelang kan een factor zijn waarover iets wordt vastgelegd.⁴⁹ De reden waarom iemand afstand moet doen van zijn aandelenbezit zou ook een rol kunnen spelen, bijvoorbeeld wanneer aandeelhouderschap aan het zijn van bestuurder is gekoppeld, en een bestuurder besluit te stoppen om voor zichzelf te beginnen en al dan niet een concurrent wordt.

Denkbaar is ook een regeling waarbij een aandeelhouder aangeeft tegen welke prijs hij bereid is te verkopen én te kopen, waarbij de andere aandeelhouder binnen een bepaalde termijn moet aangeven of hij koopt of verkoopt.⁵⁰

⁴⁹ Als hierover niets is vastgelegd stelt de rechter de prijs vast op basis van de ‘werkelijke waarde’ en dan pro rata parte. Een minderheidspakket leidt dan niet tot een *discount*.

⁵⁰ Zie P.P. de Vries, *Prijsbepalingsregels voor aandelen in een BV naar huidig en komend recht*, Ondernemingsrecht 3 (2012), p. 106.

XIV

Bedrijfsopvolging

Bij bedrijfsopvolging kom je in de praktijk totaal uiteenlopende situaties tegen. Het ene uiterste is het familiebedrijf waar niets is geregeld en de enig directeur en enig aandeelhouder op enig moment overlijdt, en pas op dat moment beslissingen worden genomen. Het andere uiterste is het familiebedrijf waarbij al jarenlang overeenkomstig een vooropgesteld plan wordt gewerkt aan zowel de opvolging in de leiding (carrièreplan voor één of meer kinderen) als in de opvolging in het aandeelhouderschap.

De bedrijfsopvolging bij familiebedrijven kent veel aspecten die ook bij niet-familiebedrijven spelen, of spelen bij familiebedrijven die aan derden worden verkocht omdat opvolging (in leiding en eigendom binnen de familie) niet mogelijk, of misschien zelfs niet wenselijk is.

Een lastig aspect voor adviseurs begint al meteen bij de vraag door wie ze worden ingeschakeld (en betaald) als het gaat om advisering over de opvolging: het bedrijf, één of meer leden van de familie etc. Met andere woorden: wordt de adviseur geacht één of meer persoonlijk/zakelijke belangen te behartigen, of wordt hij ingeschakeld om een min of meer objectief gezien goed eindresultaat te bereiken, waarbij de continuïteit van het bedrijf gewaarborgd blijft (voor zover dat op dat moment is in te schatten), en de aandeelhouders (overwegend) tevreden zijn. Op voorhand moet daarover duidelijkheid bestaan, omdat de adviseur in het ene geval het individuele belang behartigt, en in het andere geval het 'collectieve' belang, ook al is er mogelijk maar één partij die hem betaalt. Als een adviseur het 'collectieve' belang moet behartigen kan hij dus in een situatie terechtkomen waarbij hij in een bepaalde kwestie tegenover de formele opdrachtgever komt te staan.

Juridisch gezien is bedrijfsopvolging een kwestie van techniek en op zichzelf genomen niet lastig. Wie de moeite neemt even op Google te zoeken op de term 'bedrijfsopvolging' krijgt zo'n 25.000 hits, en bij de eerste honderd (verder ben ik niet gegaan) zie je veel dezelfde termen terugkomen, gelardeerd met opmerkingen over het bijzondere karakter van familiebedrijven (de emotionele band, de leider die maar geen afscheid wil/kan nemen e.d.) en het belang dat al die adviseurs hechten aan de persoonlijke benadering die zij voorstaan.

Voor de juridische adviseur is het zaak grondig te inventariseren welke wensen er leven, hoe de diverse betrokkenen de bedrijfsopvolging graag zouden zien, vast te stellen van hoofd- en bijzaken zijn, of en in hoeverre de directeur (en aandeelhouder) zich na zijn afscheid met het bedrijf zal (willen) blijven bemoeien en hoe zijn opvolger daarover denkt, om vervolgens aan de hand daarvan te kijken welke juridische instrumenten in dat verband geschikt lijken. In het ene geval kan de uitkomst zijn dat een monistisch bestuur de voorkeur verdient zodat de directeur weliswaar wordt opgevolgd maar als niet-uitvoerend bestuurder nauw bij de bedrijfsvoering betokken kan blijven, terwijl in een ander geval voor hem beter een (voorzitters)plek in een RvC kan worden gecreëerd, of hij misschien wel helemaal buiten de deur moet worden gehouden.

* * * * *