

SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

ONDERNEMINGSRECHT

AAK20209053

Mr. K.J. Bakker (promovendus en docent Van der Heijden
 Instituut, OO&R, Radboud Universiteit)

1 Regelgeving

1.1 Richtlijn Grensoverschrijdende herstructureringen

Op 18 november hebben het Europees Parlement en de Raad Richtlijn (EU) 2019/2121 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (de ‘Richtlijn Kapitaalvennootschappen’) met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, grensoverschrijdende fusies en grensoverschrijdende splitsingen aangenomen. Deze nieuwe richtlijn vereist dat lidstaten het mogelijk maken voor vennootschappen om zich grensoverschrijdend te splitsen en om te zetten.

De grensoverschrijdende-omzettingsregeling is opgenomen in artikel 86a-86t en de grensoverschrijdende-splitsingsregeling in artikel 160a-160u. De regelingen zijn gebaseerd en bouwen voort op de al bestaande regeling over grensoverschrijdende fusies, geregeld in artikel 118-134 van de Richtlijn Kapitaalvennootschappen. De regeling voor grensoverschrijdende fusies is eveneens aangepast om ervoor te zorgen dat deze regeling gelijkloopt met de nieuwe regelingen voor grensoverschrijdende omzetting en splitsing. Zo wijzigen in de Richtlijn Kapitaalvennootschappen de artikelen over openbaarmaking van fusiedocumentatie, over het bestuursverslag ter zake van de fusie en over het attest, en bevat de richtlijn nieuwe artikelen over de bescherming van aandeelhouders en schuldeisers en over de positie van werknemers.

Artikel 5 van de wijzigingsrichtlijn bepaalt dat deze in werking zal treden op de twintigste dag na bekendmaking in het *Publicatieblad van de EU*. De lidstaten moeten de richtlijn binnen 36 maanden van die dag implementeren. Zie de aankondiging, te vinden op www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2019/11/18/eu-makes-it-easier-for-companies-to-restructure-within-the-single-market/.

1.2 Implementatie Richtlijn Bevorderen langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders

Op 17 mei 2017 werd Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft (hierna: de Aandeelhoudersrichtlijn 2017) een feit. Deze richtlijn heeft als doel de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders te bevorderen en wijzigt daartoe Richtlijn 2007/36/EG. Zie voor commentaren B.F. Assink & L. Timmerman, *Ondernemingsrecht* 2019/157 en B. Elion, *MvO* 2018, afl. 1-2. Op 6 november nam de Eerste Kamer de wet

tot implementatie van de Aandeelhoudersrichtlijn 2017 (hierna: de Implementatiewet Aandeelhoudersrichtlijn 2017; zie *Kamerstukken* 35058 en *Stb.* 2019, 423) aan. De wet trad in werking op 1 december 2019 (zie *Stb.* 2019, 436). De Implementatiewet Aandeelhoudersrichtlijn 2017 kwam overigens te laat; de Aandeelhoudersrichtlijn 2017 moest op 10 juni 2019 al zijn geïmplementeerd op grond van artikel 2 van deze richtlijn.

Ten eerste brengt de Implementatiewet Aandeelhoudersrichtlijn 2017 wijzigingen aan in Boek 2 BW. Zo krijgen aandeelhouders van beursgenoteerde nv’s meer invloed op het bezoldigingsbeleid van de vennootschap (art. 2:135-2:135b (nieuw) BW). Daarnaast moeten beursgenoteerde nv’s bepaalde transacties met ‘verbonden partijen’ openbaar maken en laten goedkeuren door de raad van commissarissen (art. 2:167-2:170 (nieuw) BW). De definitie van ‘verbonden partij’ verwijst naar de standaarden van de International Accounting Standards Board (art. 2:167 lid 3 (nieuw) BW). Deze standaarden verstaan onder ‘verbonden partij’ een persoon of nauw familielid van die persoon die (mede) de controle heeft over of belangrijke invloed heeft op de vennootschap, of deel uitmaakt van het ‘key management personnel’. Zie www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ias-24-related-party-disclosures/. De Implementatiewet Aandeelhoudersrichtlijn 2017 bevat ook voor de Wft een nieuw hoofdstuk 5.6A. Dit hoofdstuk bevat transparantieregels voor institutionele beleggers, vermogensbeheerders en stemadviseurs. Het doel hiervan is de bevordering van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders bij de vennootschappen. Ten slotte bevat de Implementatiewet Aandeelhoudersrichtlijn 2017 aanpassingen van Hoofdstuk 3a Wge. Deze moeten identificatie van aandeelhouders, doorgifte van informatie en betere uitoefening van aandeelhoudersrechten mogelijk maken.

1.3 Implementatie UBO-register

De vierde Europese Anti-witwasrichtlijn ((EU) 2015/849) verplicht elke lidstaat ertoe een UBO-register in te stellen. In dit register moeten de personen worden opgenomen die uiteindelijk de eigenaren zijn van de entiteit – bijvoorbeeld een bv – of daarin de zeggenschap hebben. De Nederlandse wetgever geeft met de Implementatiewet registratie uiteindelijk-belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten (hierna: de Implementatiewet UBO-register; zie *Kamerstukken* 35179) uitvoering aan deze richtlijn. De Implementatiewet UBO-register wijzigt de Handelsregisterwet 2007 en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: de Wwft). Op 10 januari 2020 trad de Implementatiewet UBO-register in werking.

Concreet is een UBO een natuurlijk persoon die in een entiteit (1) meer dan 25% van de aandelen of de stemrechten in handen heeft, (2) meer dan 25% van het economische belang houdt of (3) de feitelijke zeggenschap heeft. Een entiteit heeft een of meerdere UBO’s. Kan op basis van geen van deze drie categorieën een UBO worden aangewezen, dan wordt een (aantal) van de statutair

bestuurders of (beherend) vennoten aangewezen als pseudo-UBO. Zie artikel 3 Uitvoeringsbesluit Wwft, en artikel 1 lid 1 en artikel 10a Wwft.

Op grond van de Implementatiewet UBO-register moet een aantal juridische entiteiten hun (pseudo-)UBO('s) registreren in het UBO-register. Dit register zal deel uitmaken van het handelsregister dat wordt aangehouden door de Kamer van Koophandel (zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35179, 3, p. 8-9). De registratieplicht bestaat voor de rechtspersonen die zijn geregeld in Boek 2 BW, de Europese rechtspersonen, de personenvennootschappen en de rederij. Uitgezonderd van deze registratieplicht zijn beursgenoteerde vennootschappen, kerkgenootschappen, informele verenigingen die geen onderneming drijven, verenigingen van eigenaars, en 'historische rechtspersonen' als hofjes, boermarken, fundaties en gilden. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35179, 3, p. 11-12 en voetnoot 22 aldaar. De registratieplicht staat volgens de Implementatiewet UBO-register vanaf 10 januari 2020. De Eerste Kamer moet nog instemmen met het wetsvoorstel en zal dat naar verwachting in het voorjaar doen. Zie voor de voortgang www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/35179_implementatiewet_registratie. De entiteiten die registratieplichtig worden bij invoering van de wet moeten hun UBO's uiterlijk hebben geregistreerd op uiterlijk 30 juni 2021.

Toezicht op UBO's ligt niet bij de overheid, maar op verschillende 'Wwft-instellingen' waaronder banken, advocaten en notarissen. Deze Wwft-instellingen moeten bij het handelsregister melding maken als zij van mening zijn dat de UBO-informatie in het handelsregister niet overeenkomt met de informatie die de Wwft-instelling zelf heeft. Zie artikel 10c jo. artikel 3 lid 15 Wwft. Advocaten en notarissen kunnen hieraan niet ontkomen met een beroep op hun geheimhoudingsplicht, aldus artikel 10c lid 4 Wwft. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35179, nr. 17, p. 1.

Zie uitgebreid over het UBO-register B. Snijder-Kuipers, *Ondernemingsrecht* 2019/86 en B. Snijder-Kuipers, *UBO in Europe* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 159), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

1.4 Bescherming schuldeisers bij turboliquidatie

De minister voor Rechtsbescherming is bezig met een wetsvoorstel om de positie van schuldeisers bij turboliquidatie te verbeteren, aldus een Kamerbrief van zijn hand van 7 oktober 2019, te vinden op www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/10/07/brief-tweede-kamer-turboliquidatie-van-rechtspersonen.

Het begrip 'turboliquidatie' duidt op een ontbinding zonder vereffening van rechtspersonen die niet langer actief zijn (art. 2:19 lid 4 BW). Zie nader S. Renssen, *De turboliquidatie van de besloten vennootschap* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 131), Deventer: Wolters Kluwer 2016. Dergelijke 'lege' rechtspersonen moeten niet kunnen worden opgekocht om vervolgens voor malafide activiteiten te kunnen worden misbruikt. Hiermee hangt samen de recente wijziging van de Handelsregisterwet 2007 en Boek 2 BW (*Stb.* 2019, 280 en *Kamerstukken* 34687).

Hiermee is de positie van de Kamer van Koophandel bij het bestrijden van fraude en andere malafide praktijken versterkt. Zie hierover ook *KwartaalSignaal Ondernemingsrecht* 153 en 152 van respectievelijk E. Breukink en P.H.M. Broere. Voorts betreft 80% van de turboliquidaties gevallen waar baten noch fiscale schulden aanwezig zijn en vereffening dus inderdaad niet nodig is. De minister wil dan ook de turboliquidatie behouden, maar acht het wel nodig turboliquidaties waarbij schulden achterblijven nader te reguleren ter bescherming van de betrokken schuldeisers.

De voornaamste knelpunten zijn de drempel voor schuldeisers om de vereffening te laten heropenen en om bestuurders van de ontbonden rechtspersoon aansprakelijk te stellen, en het ontbreken van financiële verantwoording ten tijde van de turboliquidatie. De minister wil ervoor zorgen dat schuldeisers beter kunnen beoordelen of zij door een turboliquidatie worden benadeeld en of zij daartegen dienen op te treden. De minister wil daarom dat bestuurders bij turboliquidatie financiële verantwoording afleggen door opstelling van een slotbalans en een verklaring waarom baten ontbreken. Die verantwoording moet bovendien beter worden bekendgemaakt. Ten slotte moeten alle nog niet-gepubliceerde jaarrekeningen over eerdere boekjaren zijn openbaar gemaakt. Schuldeisers kunnen zich zo een beter beeld vormen van de financiële situatie van de ontbonden rechtspersoon.

De minister verwacht in de loop van 2020 een voorontwerp voor wetswijziging ter consultatie aan te bieden.

1.5 Wetsvoorstel verruiming mogelijkheden verbieden rechtspersonen

Op 18 december 2020 heeft de minister voor Rechtsbescherming een wetsvoorstel ingediend ter verruiming van de mogelijkheden tot het verbieden van rechtspersonen (zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35566). Het gaat in het bijzonder om het verbieden van rechtspersonen gebruikt door radicale of extremistische organisaties waarvan het doel of de activiteiten in strijd zijn met de openbare orde. Voorbeelden van rechtspersonen die zijn verboden vanwege hun activiteiten zijn pedofielenvereniging Martijn en motorclubs als Hells Angels, Satudarah en Bandidos. Zie HR 26 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI1124](https://eclis.nl/HR:2009:BI1124), *JOR* 2009/222 (*Hells Angels*); HR 18 april 2014, [ECLI:NL:HR:2014:948](https://eclis.nl/HR:2014:948), *JOR* 2014/227 (*Vereniging Martijn*); Rb. Midden-Nederland 17 januari 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:113](https://eclis.nl/RBMNE:2018:113), *JOR* 2018/67 (*Catervarius*); Rb. Midden-Nederland 20 december 2017, [ECLI:NL:RBMNE:2017:6241](https://eclis.nl/RBMNE:2017:6241), *JOR* 2018/66 (*Bandidos*); Rb. Den Haag 18 juni 2018, [ECLI:NL:RBDHA:2018:7183](https://eclis.nl/RBDHA:2018:7183), *JOR* 2019/51 (*Satudarah*); hof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, [ECLI:NL:GHARL:2018:10865](https://eclis.nl/GHARL:2018:10865), *JOR* 2019/20 (*Bandidos*). Zie ook J. van der Weele, *WPNR* 2019, afl. 7234 en *WPNR* 2019, afl. 7235; J. Koornstra, B. Roorda & J.G. Brouwer, *NJB* 2019/1430.

Het wetsvoorstel concretiseert wanneer sprake is van strijd met de openbare orde (art. 2:20 lid 2 en lid 3 (nieuw) BW). Voorts kan de rechter aan de verboden verklaarde rechtspersoon en degenen die krachtens wet of statuten

bij die rechtspersoon zijn betrokken, bevelen om maatregelen te nemen of gedragingen na te laten. Schending van een dergelijk bevel wordt strafbaar gemaakt (art. 184 lid 2 (nieuw) Sr). Ook wordt een nieuw artikel 2:20a BW voorgesteld, dat inhoudt dat een drie jaar durend bestuursverbod geldt voor bestuurders of commissarissen van een verboden rechtspersoon, tenzij aan een betrokken bestuurder of commissaris geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (lid 1). De rechtbank kan de overige gevolgen van het bestuursverbod nader bepalen (lid 2). Ook wordt de strafmaat in artikel 140 lid 2 Sr (voortzetting een criminele organisatie die verboden is verklaard) verhoogd (van een naar twee jaar).

1.6 Wetsvoorstel *Wettelijke bedenktijd beursvennootschappen*

Op 19 december 2019 is het wetsvoorstel *Wettelijke bedenktijd voor beursvennootschappen* ingediend bij de Tweede Kamer (zie *Kamerstukken II 2019/20, 35367*). Tijdens de consultatieronde een jaar eerder (van december 2018 tot februari 2019) noemden meerdere respondenten het wetsontwerp onnodig en disproportioneel, maar een wetsvoorstel ligt er nu alsnog.

De bedenktijd moet het bestuur en de raad van commissarissen (RvC) in staat stellen om in alle rust tot een zorgvuldige belangenafweging en besluitvorming te komen. Het wetsvoorstel zou het bestuur van een Nederlandse beursvennootschap het recht geven om, na goedkeuring van de RvC, een bedenktijd van maximaal 250 dagen in te roepen als een (groep) aandeelhouder(s) een voorstel tot benoeming, ontslag of schorsing van bestuurders of commissarissen of een voorstel tot statutenwijziging met betrekking tot benoeming, ontslag of schorsing van bestuurders of commissarissen agendeert, of in geval van een vijandig openbaar bod. Bijkomende voorwaarde is dat het agenderingsverzoek of het openbaar bod in strijd met het vennootschappelijk belang is. Gedurende de bedenktijd is de bevoegdheid van de algemene vergadering tot benoeming, schorsing of ontslag van bestuurders of commissarissen en de bevoegdheid tot statutenwijziging met betrekking tot deze punten, opgeschort.

2 Rechtspraak

2.1 *Uitleg van statuten: Apotheek Eemnes*

Alweer in maart 2018 deed het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uitspraak over de uitleg van jointventurestatuten in de *Apotheek Eemnes*-uitspraak ([ECLI:NL:GHARL:2018:2640](#), *JOR* 2018/175, m.nt. R.A. Hagens). Op 28 juni volgde een conclusie van A-G Valk ([ECLI:NL:PHR:2019:768](#)) en op 1 november 2019 verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep met een beroep op artikel 81 RO (HR 1 november 2019, [ECLI:NL:HR:2019:1688](#)). De hofuitspraak blijft dus onverminderd van belang.

In deze zaak was sprake van een joint-venture-by, waarin de aandelen werden gehouden door twee bv's (X BV en Y BV). De aandelen van die bv's waren in

handen van natuurlijke personen (X en Y). X droeg op enig moment de aandelen in X BV over aan een stichting administratiekantoor waarvan X zelf enig bestuurder was. De aanbiedingsregeling in de statuten bepaalde echter dat als de aandeelhouder in een aandeelhouder-rechtspersoon wijzigt, de aandeelhouder-rechtspersoon zijn aandelen in de joint-venture-by moet aanbieden aan de andere aandeelhouders. Doet hij dat niet, dan zijn de aandeelhoudersrechten opgeschort. Zie r.o. 2.3-2.4 van de hofuitspraak. Y BV betoogde dat door de overdracht aan de stichting administratiekantoor, deze aanbiedingsregeling gold en X BV zijn aandelen moest aanbieden. X BV betoogde dat het niet de bedoeling was dat de aanbiedingsregeling hier zou gelden. De aandelen in X BV waren immers overgedragen aan een rechtspersoon die zelf wordt gecontroleerd door X en de zeggenschap over de aandelen wordt feitelijk nog door X uitgeoefend. De aanbiedingsregeling moest dus worden uitgelegd.

Het hof oordeelde hierover dat uitleg van statuten in beginsel naar objectieve maatstaven dient te geschieden. Als echter sprake is van samenwerking in een joint-venture-by tussen twee vennootschappen, beide oprichters betrokken waren bij de inrichting van die bv, inclusief de statuten, en het geschil ook tussen deze oprichters wordt uitgevochten, kan meer accent op de wederzijdse partijbedoeling komen te liggen. Het hof liet hier dus ruimte voor – de door X BV gewenste – uitleg naar de partijbedoelingen, maar oordeelde (r.o. 3.5) dat X BV onvoldoende had aangevoerd om de door hem gewenste uitleg aan te nemen. De aanbiedingsregeling gold daarom en X BV moest zijn aandelen in de joint-venture-by aanbieden.

De conclusie van de A-G is noemenswaardig omdat hij hierin een lans breekt voor een andere benadering voor uitleg van statuten. De A-G acht het namelijk niet wenselijk dat eenzelfde bepaling in de statuten verschillend wordt uitgelegd al naar gelang tussen welke belanghebbenden bij de vennootschap deze bepaling in het geding is (bijvoorbeeld aandeelhouders of derden), of dat eenzelfde bepaling anders kan worden uitgelegd als de aard van de samenwerking binnen een vennootschap door de tijd heen is veranderd. Statuten zijn immers een objectieve regeling van het rechtsregime dat geldt binnen de rechtspersoon (ov. 3.8). De A-G stelt als alternatief voor statuten te allen tijde objectief uit te leggen en eventuele vorderingen tussen aandeelhouders te baseren op verbintenissenrechtelijke verhoudingen, zoals (al dan niet impliciete) aandeelhoudersovereenkomsten. Hij betoogt dat die vordering zelfs kan inhouden dat de statuten worden gewijzigd, maar ageert dus tegen de opvatting dat die verbintenissenrechtelijke verhoudingen direct tot een andere uitleg van de statuten kunnen leiden (ov. 3.16-3.19). De A-G baseert deze aanpak op de jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst van levering van registergoederen en van huwelijkse voorwaarden (zie ov. 3.9-3.15). Zie nader over uitleg van statuten, waaronder ook voornoemde conclusie: R.G.J. Nowak, *MvO* 2019/8-9.

2.2 *Bewijsbeslag onder OK-bestuurder: Energie Concurrent*
 In de zaak die in Voorzieningenrechter rechtbank Zeeland-West-Brabant 4 oktober 2019, [ECLI:NL:RBZWB:2019:5227](#), *JOR* 2019/277, m.nt. P.H.M. Broere (*Energie Concurrent*) aan de orde was, komt de vraag aan de orde of een tijdelijke, door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder (hierna: OK-bestuurder) zijn gehele e-mailcorrespondentie moet overdragen aan de rechtspersoon waarvan hij bestuurder was, of dat een OK-bestuurder een selectie mag maken van deze correspondentie.

Uitgangspunt is dat de administratie van een rechtspersoon aan die rechtspersoon toebehoort. De vraag is echter of de e-mailcorrespondentie van een OK-bestuurder deel uitmaakt van die administratie (r.o. 3.4). Hier is dat niet het geval. Allereerst is een OK-bestuurder geen verantwoording schuldig aan de vennootschap of haar aandeelhouders over zijn handelen en nalaten in het kader van de door de Ondernemingskamer aangewezen taak, aldus de rechtbank in r.o. 3.5, onder verwijzing naar hof Amsterdam (OK) 19 april 2007, [ECLI:NL:GHAMS:2007:BA3359](#), *JOR* 2007/142, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Begemann*). *JOR*-annotator Broere wijst er overigens op dat een dergelijke verantwoordingsplicht wel degelijk bestaat op grond van hof Amsterdam (OK) 18 maart 2013, [ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9683](#), *JOR* 2013/136, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*De Orthopedische Schoenmakerij*). Ten tweede moet een OK-bestuurder zijn taken onder bijzondere omstandigheden verrichten. Hij wordt immers tot bestuurder benoemd in een situatie waarbij er volgens de Ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid binnen de vennootschap te twijfelen. Een OK-bestuurder moet bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden gesprekken kunnen voeren met derden die vertrouwelijk moeten blijven (r.o. 3.6).

E-mailcorrespondentie die betrekking heeft op deze vertrouwelijke gesprekken behoort daarom niet tot de administratie van de vennootschap. Gelet op zijn bijzondere positie mag de OK-bestuurder dan ook een selectie maken uit zijn correspondentie met derden en bepalen welke correspondentie wel en niet tot de administratie van de rechtspersoon behoort.

2.3 *Tegenstrijdig belang bij stichting: Bungalowpark Wighenerhorst*

Op 11 juni 2019 deed de voorzieningenrechter rechtbank Gelderland uitspraak in de *Bungalowpark Wighenerhorst*-zaak ([ECLI:NL:RBGEL:2019:3247](#), *JOR* 2019/248, m.nt. G.J.C. Rensen). In deze zaak had een oud-bestuurder van stichting Beheer Infra Bungalowpark Wighenerhorst (hierna: de Stichting) tegen de Stichting een vordering ingesteld. Twee van de vier overblijvende bestuurders wilden hiertegen verweer instellen, de twee andere niet. De voorzieningenrechter oordeelde dat aannemelijk was dat de bestuurders die geen verweer wilden instellen, belang hadden bij het niet-instellen van de vordering. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat verweer voeren wel in het belang was van de Stichting (r.o. 4.5). Aanknopen bij de tegenstrijdigbelangregeling uit de Wet Bestuur en

toezicht rechtspersonen oordeelt de voorzieningenrechter dat deze bestuurders een tegenstrijdig belang hebben dat hen ervan moet weerhouden om in het bestuur van de Stichting deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming ter zake van het instellen van verweer tegen de vordering. Hij verbiedt hun deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Hiermee anticipeert de voorzieningenrechter dus op nog niet ingevoerde wetgeving (r.o. 4.6).

Een bijkomende kwestie in deze zaak is de volgende. De statuten van de Stichting bevatten een quorum, inhoudende dat besluitvorming alleen geldig kan geschieden als 'de meerderheid van zijn in functie zijnde leden ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd is'. Nu twee bestuurders wegens hun tegenstrijdig belang niet kunnen meebesluiten, blijven er maar twee bestuurders over – geen meerderheid – waardoor geen geldige besluiten zouden kunnen worden genomen. Hierover oordeelt de voorzieningenrechter dat dit feit niet aan geldige besluitvorming in de weg kan staan. Ook bij een tegenstrijdig belang moet immers een besluit kunnen worden genomen (r.o. 4.7). *JOR*-annotator Rensen nuanceert die laatste stelling van de rechter en suggereert een alternatieve oplossing: de voorzieningenrechter had de bestuurders met een tegenstrijdig belang kunnen gebieden om in de bestuursvergadering te stemmen vóór het instellen van verweer. Via deze route zou het quorum wel gewoon worden gehaald en is het niet nodig de tegenstrijdigbelangregeling uit de (nog niet aangenomen) Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen anticiperend toe te passen. Zie over stemgeboden nader K.A.M. van Vught, *WPNR* 2019, afl. 7240, par. 4.

2.4 *Tegenstrijdig belang, vertegenwoordiging en Bibolini: Stichting Vitaal Wonen*

Het hof Den Bosch oordeelde op 3 september 2019 over een zaak waarin de vraag speelde of een statutaire tegenstrijdigbelangregeling bij een stichting ook de vertegenwoordigingsbevoegdheid beperkt ([ECLI:NL:GHSHE:2019:3263](#) (*Stichting Vitaal Wonen*)). Stichting Vitaal Wonen (hierna: de Stichting) drijft een relatief kleine woningcorporatie. Vader heeft de stichting ruim dertien jaar bestuurd. Hij heeft in 2007 zijn zoon benoemd tot (statutair) directeur/bestuurder. Op enig moment sluit de zoon (door ondertekening van een offerte) een overeenkomst van opdracht met zijn vader voor werkzaamheden bij een bouwproject. De statuten van de Stichting bepalen dat als sprake is van een tegenstrijdig belang tussen de directeur en de Stichting, de voorzitter (respectievelijk diens plaatsvervanger) en een of meer leden van de raad van toezicht de Stichting vertegenwoordigen, een en ander ter beoordeling van de raad van toezicht (RvT).

De Stichting stelt dat de overeenkomst van opdracht tussen de Stichting en de vader in strijd is met eerdere afspraken met de RvT en is gegeven zonder dat de RvT daarvan op de hoogte was en de overeenkomst van opdracht is gesloten terwijl sprake was van een tegenstrijdig belang van de zoon. Het sluiten van de overeenkomst was dus in

strijd met de statuten. Vader betoogt dat er geen sprake is van een tegenstrijdig belang (kortweg) omdat de afspraak inhoudelijk zakelijk is. Vader stelt ook dat ontbreken van benodigde toestemming van de RvT hem niet kan worden tegengeworpen omdat deze beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet uit de wet voortvloeit.

Tegenstrijdigbelangregelingen beogen te voorkomen dat bestuurders zich bij hun handelen laten leiden door persoonlijke belangen in plaats van (uitsluitend) het belang van de rechtspersoon, waarnaar zij zich immers moeten richten. Voor de toepassing hiervan is benadeling van de vennootschap door de betrokken rechtshandeling niet vereist; 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 (HR 29 juni 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA0033](#), *NJ* 2007/420 (*Bruil / Kombex*), r.o. 3.5 en 3.7). Het bestaan van een familieband tussen de bestuurder en de desbetreffende partij kan voldoende zijn om het bestaan van een tegenstrijdig belang aan te nemen (zie HR 14 november 1940, *NJ* 1941/321). Zie r.o. 6.5.13.

Het hof oordeelt inderdaad dat, gelet op de familieband, de zoon op zijn minst kan worden beschouwd als betrokken bij het belang van de vader. Vader had immers belang bij een zo hoog mogelijke vergoeding en de Stichting bij een zo laag mogelijke. Op grond van de statuten mocht de zoon daarom de Stichting niet vertegenwoordigen (r.o. 6.5.14). De vertegenwoordigingsbevoegdheid die aan het bestuur of aan een bestuurder van een Stichting toekomt, is echter onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit (art. 2:292 lid 3 BW). De beperking in de statuten vloeit niet voort uit de wet, zodat deze beperking in beginsel niet aan vader kan worden tegengeworpen (r.o. 6.5.16). Dat is alleen anders als, in de concrete omstandigheden van het geval, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat degene die met de rechtspersoon handelde de rechtspersoon aan de met deze gesloten overeenkomst houdt, indien hij ondanks de hem bekende bevoegdheidsbeperking toch deze overeenkomst aanging (HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (*Bibolini*), r.o. 3.3). Het hof is van oordeel dat in dit geval van dergelijke omstandigheden sprake is (r.o. 6.5.18). De vader wist immers van de statutaire tegenstrijdigbelangbepaling en dat de Stichting bij het sluiten van de overeenkomst van opdracht werd vertegenwoordigd door een bestuurder met een tegenstrijdig belang in de zin van die bepaling. De vader heeft bovendien niet nagevraagd of de RvT met de uiteindelijke overeenkomst van opdracht akkoord was

(r.o. 6.5.19). Voorts diende vader er ‘ernstig rekening’ mee te houden dat de afspraken nadelig zouden uitpakken voor de Stichting (r.o. 6.5.20).

Het hof concludeert dat in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de vader een beroep kan doen op de onbeperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder in de zin van artikel 2:292 lid 3 BW. Volgens het hof blijft deze regel daarom buiten toepassing op grond van artikel 6:2 lid 2 BW (bedoeld is vermoedelijk art. 2:8 lid 2 BW). De Stichting kan daarom het vertegenwoordigingsgebrek wél aan vader tegenwerpen (r.o. 6.5.21).

3 Literatuur

- R. Abma e.a., *De aandeelhoudersvergadering van de beursvennootschap* (ZIFO-reeks 27), Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- A.S. Duarte Correia, *Sustainability reporting in capital markets: A Black Box?* (diss. Amsterdam VU; Serie vanwege het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht 30), Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- R.P. Jager, *De concern(genoten)enquête* (diss. Leiden; Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 158), Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- C.J.H. Jansen e.a. (red.), *Onderneming en digitalisering* (Serie Onderneming & Recht 116), Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- B. Kemp e.a. (red.), *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang* (Reeks vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht 115), Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- M. Lückcrath-Rovers e.a., *Jaarboek Corporate Governance 2019-2020*, Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- E.C.A. Nass, *Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid* (diss. Groningen; Reeks vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht 116), Deventer: Wolters Kluwer 2019.
- C.F. Perquin-Deelen, *Biases in de boardroom en de raadkamer* (diss. Nijmegen; Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 160), Deventer: Wolters Kluwer 2020;
- B. Snijder-Kuipers, *UBO in Europe* (Preadvies Vereniging voor Financieel Recht; Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 159), Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- B. Snijder-Kuipers & G.J.C. Rensen (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht. Vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 132-2), Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- W.J.M. van Veen & A.F. Verdam, *JB. Opstellen aangebonden aan prof. mr. J.B. Huizink* (Huizink-bundel; Serie vanwege het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht 29), Deventer: Wolters Kluwer 2019. ◀