

Ondernemingsrecht 2017/140

## Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering

Mr. B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering (diss. Maastricht), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 129, Deventer: Wolters Kluwer 2015, 503 p.

Harold Koster, datum 22-10-2017

**Datum**

22-10-2017

**Auteur**

Harold Koster

**Folio weergave**[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)**Vakgebied(en)**

Ondernemingsrecht / Algemeen

Dit boek is de handelsuitgave van het proefschrift waarop Bastiaan Kemp op 30 september 2015 aan de Universiteit Maastricht is gepromoveerd. Promotor was professor mr. C.A. Schwarz en copromotor was prof. mr. M. Olaerts.

In zijn mooie dissertatie richt Kemp zich op de verantwoordelijkheid van (i) de aandeelhouder; en (ii) de algemene vergadering, alsmede op de correctiemogelijkheden van belanghebbenden, waaronder andere aandeelhouders. Aanleiding voor zijn onderzoek is de positie van de aandeelhouder die zich in de afgelopen tweehonderd jaar fors heeft ontwikkeld en ook sterk gekoppeld is aan de ontwikkeling van de kapitaalvennootschap zelf. Werd de vennootschap in de 19e en in het begin van de 20e eeuw nog beschouwd als een contractueel samenwerkingsverband tussen vennoten, waarbij die vennoten hun bevoegdheden ten dele mandateerden aan bestuurders, inmiddels is deze klassieke visie op de kapitaalvennootschap als zijnde een gekwalificeerde maatschapsvorm, verlaten. De vennootschap wordt nu doorgaans niet langer gekarakteriseerd als een contractuele samenwerking tussen aandeelhouders, maar als een zelfstandig instituut waarbij de vennootschap centraal staat en niet de aandeelhouders. Dit neemt evenwel niet weg dat de aandeelhouders nog steeds een belangrijke zeggenschapspositie binnen de vennootschap hebben. De positie van de aandeelhouders en de algemene vergadering is niet eenvoudig te duiden, zo merkt Kemp terecht op. Enerzijds is er de indirecte rechtsbetrekking van de aandeelhouder tot de vennootschap via het aandeel, op grond waarvan de aandeelhouder bepaalde bevoegdheden heeft, al dan niet middels de algemene vergadering. Anderzijds is de aandeelhouder een 'institutioneel betrokkene' die zich heeft te gedragen naar de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW alsmede naar de algemene vermogensrechtelijke bepalingen. In de literatuur en rechtspraak is veel geschreven over de positie van de aandeelhouder en de algemene vergadering. Toch bestaat nog de nodige onduidelijkheid en discussie, bijvoorbeeld over het antwoord op de vraag in hoeverre de aandeelhouder rekening dient te houden met de belangen van andere belanghebbenden bij de vennootschap en welke gedragsnormen op zijn handelen van toepassing zijn. In dit kader heeft Kemp in zijn dissertatie een aantal hoofdvragen geformuleerd. De eerste hoofdvraag betreft de vraag welk belang de individuele aandeelhouder mag behartigen. De tweede hoofdvraag ziet op de vraag welk belang de algemene vergadering eigenlijk dient te behartigen. De derde en laatste hoofdvraag gaat over welke correctiemogelijkheden een belanghebbende heeft ten opzichte van de individuele aandeelhouder en de algemene vergadering.

Het proefschrift kent tien hoofdstukken en vangt aan met een korte inleiding. Hoofdstuk twee bevat een beschrijving van de zeggenschapsrechten en de ontwikkeling van het karakter van de vennootschap. Hoofdstuk drie behandelt de zeggenschapsrechten voor aandeelhouders vanuit een rechtseconomisch perspectief waarna hoofdstuk vier ingaat op het aandeel, de rechtsbetrekking, het lidmaatschap en de algemene vergadering. In hoofdstuk vijf besteedt Kemp aandacht aan het uitgangspunt voor de individuele aandeelhouder met betrekking tot de vraag welk belang moet worden behartigd. In het zesde hoofdstuk wordt de beperkende werking van normen op het uitgangspunt van aandeelhoudersautonomie behandeld. De hoofdstukken zeven en acht zien op maatregelen van een belanghebbende jegens individuele aandeelhouders respectievelijk op het door de algemene vergadering te behartigen belang. In het voorlaatste hoofdstuk komen maatregelen door een belanghebbende jegens de algemene vergadering aan bod. In hoofdstuk tien gaat Kemp in op de invloed van de omstandigheden van het geval op de verantwoordelijkheid van de individuele aandeelhouder en het door de algemene vergadering te behartigen vennootschappelijk belang. De dissertatie wordt afgesloten met een samenvatting, conclusies en aanbevelingen.

De vele onderwerpen die Kemp in zijn proefschrift behandelt, geven blijk van een grondige en uitgebreide studie van het

gekozen onderwerp. Hij besteedt ruimschoots aandacht aan in de literatuur levende opvattingen en vraagpunten, gaat in op de mogelijke oplossingen en komt vervolgens met eigen standpunten. Ik zal hierna ingaan op enkele punten die in het proefschrift van Kemp aan de orde komen.

In hoofdstuk twee bespreekt Kemp fraai hoe de huidige zeggenschapsstructuur haar basis in de NV wetwijziging van 1929 vindt.<sup>[1]</sup> Destijds was de heersende opvatting nog dat de aandeelhouders de hoogste macht vormden en dat de vennootschap een contract was. Derhalve was het toen logisch dat de aandeelhouder krachtige zeggenschapsrechten toekwam. De sporen van die thans verlaten theorie zijn, zo concludeert Kemp terecht, nog steeds duidelijk te zien. In principe heeft de algemene vergadering immers nog steeds de bevoegdheid bestuurders te benoemen, schorsen en ontslaan, als gevolg waarvan de algemene vergadering niet helemaal naast, maar toch een beetje boven het bestuur lijkt te staan.

Een belangrijk punt dat Kemp vervolgens bespreekt, is dat waar het de positie van de aandeelhouder en de algemene vergadering betreft, er nog aan duidelijkheid kan worden gewonnen. Dit betreft in het bijzonder de te behartigen belangen. Zijns inziens zou over deze belangen bepaald moeten worden dat: (i) de aandeelhouder in beginsel zijn eigen belang mag behartigen; en (ii) de algemene vergadering het vennootschappelijk belang dient te behartigen. Wordt dit uitgangspunt gevolgd, dan moet, zo verduidelijkt Kemp, wel rekening worden gehouden met de metamorfose die de aandeelhouder (eigen belang) als onderdeel van de algemene vergadering van aandeelhouders (vennootschappelijk belang) ondergaat. Daarvoor dienen voldoende waarborgen te worden gecreëerd. Ik vraag mij af of dit zo strak moet worden afgebakend. Weliswaar heeft de Hoge Raad geoordeeld dat aan de aandeelhouder in het hem verleende stemrecht 'niet een recht in het belang van anderen is toevertrouwd, doch een eigen recht is gegeven om zijn belang in de vennootschap te dienen',<sup>[2]</sup> maar dat neemt mijns inziens niet weg dat in individuele gevallen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, onder andere art. 2:8 BW hier de harde randjes van af kan halen. Zie in dit kader de uitspraak van het Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) van 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928 (PCM) waarin de Ondernemingskamer overwoog:

### “3.13

(...) De Ondernemingskamer merkt voorts op dat, mede gelet op hetgeen ingevolge artikel 2:8 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, voor de private equity partij die zich aandient als toekomstig aandeelhouder in een vennootschap op een wijze als de onderhavige, heeft te gelden, dat zij in haar handelen dat verband houdt met het verkrijgen van een belang als het onderhavige in de doelvennootschap, niet alleen de eigen belangen maar ook de hiervoor in 3.2 vermelde onderscheiden vennootschappelijke belangen dient te betrekken.”

Bovendien zullen nogal eens de belangen van de aandeelhouders en van de vennootschap parallel lopen. Wanneer de belangen uiteen lopen, bestaan voorts al de nodige mogelijkheden om hier wat aan te doen, zoals een enquêteprocedure.

In art. 2:8 lid 1 BW is nu bepaald dat een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkander moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Kemp beveelt aan om in plaats daarvan uit te gaan van 'de rechtspersoon en de bij de rechtspersoon betrokken belanghebbenden'. Op die wijze kan deze norm ook worden afgedwongen door andere belanghebbenden dan de institutioneel betrokkenen. Deze verbreding van het bereik van art. 2:8 BW stemt overeen met het Nederlandse belangenpluralisme, zo betoogt Kemp. Ik aarzel hier wat over. Biedt een actie op grond van onrechtmatige daad in voorkomende gevallen niet al een oplossing? Daarnaast is er voor bepaalde, specifieke belanghebbenden specifieke wetgeving waaruit blijkt welk doel wordt nagestreefd, zoals de Wet op de ondernemingsraden, de Mededingingswet en in de nabije toekomst (waarschijnlijk vanaf 2020) de Wet zorgplicht kinderarbeid. Is dat niet een betere benadering dan van art. 2:8 lid 1 BW – die nu zo fraai een norm bevat voor de institutionele betrokkenen – een soort van openeinderegeling te maken?

Voorts verdedigt Kemp dat het wenselijk is dat art. 2:15 lid 1 onder b BW wordt aangepast. Op grond van deze bepaling is een besluit in strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW vernietigbaar. Misbruik van bevoegdheid op basis van art. 3:13 BW gaat echter volgens Kemp inhoudelijk over dezelfde norm, als gevolg waarvan een besluit in strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW ook misbruik van bevoegdheid oplevert. Een dergelijk besluit is daarom, zo stelt Kemp, op grond van art. 2:14 lid 1 BW nietig. Daarmee is art. 2:15 lid 1 sub b BW volgens hem een loze bepaling bij gebreke van een besluit dat vernietigd kan worden. Er is volgens Kemp sprake van nietigheid omdat misbruik van bevoegdheid een wettelijke bepaling is en een besluit in strijd met een wettelijke bepaling nietig is op grond van art. 2:14 BW. Het onderscheid met art. 2:15 lid 1 onder b BW is gelegen in het feit dat de wettelijke bepaling van art. 2:15 BW een uitzondering maakt voor de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW, waardoor een besluit in strijd met art. 2:8 BW, hoewel een wettelijke bepaling, niet nietig maar vernietigbaar is. Ik heb hier wel wat aarzelingen bij. Ten eerste wordt in de literatuur (ook) wel verdedigd – terecht naar mijn mening – dat met 'wet' in art. 2:14 BW alleen Boek 2 BW wordt bedoeld.<sup>[3]</sup> Buiten Boek 2 BW staan weliswaar ook bepalingen die tot nietigheid of vernietigbaarheid kunnen leiden, maar deze berusten op een eigen grondslag. Ik noem als voorbeelden art. 3:40 en 3:44 BW. Zou strijd met art. 3:44 lid 1 BW strijd met de wet in de

zin van art. 2:14 BW opleveren, dan zou het resultaat zijn dat de sanctie nietigheid is, terwijl in art. 3:44 BW vernietigbaarheid als sanctie wordt genoemd. Dat lijkt mij niet logisch. Dat met 'wet' in 2:14 BW wordt bedoeld op Boek 2 BW, is bovendien in lijn met de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek, waardoor bepalingen kunnen doorwerken. De idee is dat art. 3:40 en 3:44 BW via art. 3:59 BW kunnen doorwerken naar Boek 2 BW.<sup>[4]</sup> Op deze wijze wordt bereikt dat de sanctie van art. 3:44 BW, vernietigbaarheid, ook doorwerkt in Boek 2 BW. Een ander punt is dat mijns inziens misbruik van bevoegdheid op basis van art. 3:13 BW leidt tot vernietigbaarheid en niet tot nietigheid. Gelet op het bepaalde in de aanhef van art. 2:15 lid 1 BW "Een besluit van een orgaan van een rechtspersoon is, onverminderd het elders in de wet omtrent de mogelijkheid van een vernietiging bepaalde, vernietigbaar", vindt aldus art. 2:14 BW hier sowieso geen toepassing. Ik meen dat voor art. 3:13 BW vernietigbaarheid geldt, gelet op de wettekst, te weten "Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door ...", hetgeen impliceert dat er bevoegdheid is. Dat is ook in lijn met de in de literatuur genoemde optie om schadevergoeding te vorderen.<sup>[5]</sup> In de literatuur wordt bovendien vernietigbaarheid wel vaker als sanctie genoemd.<sup>[6]</sup> Ten slotte aarzel ik of misbruik van bevoegdheid op basis van art. 3:13 BW inhoudelijk – dat er overlap is, bestrijd ik overigens niet – over dezelfde norm gaat. Mij lijkt de norm van art. 2:8 BW niet (geheel) identiek, bovendien zouden immers anders art. 3:13 dan wel art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW – de zusjes van art. 2:8 BW – overbodig zijn geweest. In de literatuur bestaat er discussie over. Zo heeft Schoordijk geschreven dat er geen wezenlijk onderscheid is,<sup>[7]</sup> terwijl Rodenburg van oordeel is dat het onderscheid van wezenlijk belang is.<sup>[8]</sup> Kortom, er is (nog) geen heersende mening. Hier is aldus ruimte voor rechtsontwikkeling. In elk geval zitten de beide normen elkaar denk ik in de praktijk vooralsnog niet per se in de weg.

Omdat een discrepantie bestaat tussen het belang dat de individuele aandeelhouder mag behartigen en het belang dat de algemene vergadering behoort te behartigen, zijn volgens Kemp goede correctiemogelijkheden ten aanzien van individu en orgaan wenselijk, zo niet noodzakelijk. Weliswaar staan individuele belanghebbenden, waaronder andere aandeelhouders, nu al een aantal correctiemogelijkheden ter beschikking, maar het is aanbevelingswaardig om deze correctiemogelijkheden verder te versterken. Daarbij kan voor de individuele aandeelhouder worden gedacht aan een verbreding van de bevoegdheid tot het initiëren van een enquêteprocedure via de advocaat-generaal van het Hof Amsterdam en een betere mogelijkheid voor aandeelhouders binnen een vennootschap om definitief van elkaar te scheiden. Met het laatste voorstel ben ik het graag eens. Met betrekking tot het eerste geldt dat dit in de praktijk alleen iets uitmaakt als er extra budget en tijd voor wordt vrijgemaakt. Daarnaast stelt Kemp voor om voor de algemene vergadering de mogelijkheid te creëren tot het vernietigen van besluiten via arbitrage. Dat kan nu niet.<sup>[9]</sup> Ik ben daar met Kemp voorstander van.<sup>[10]</sup> Internationaal lijkt overigens een ontwikkeling gaande op diverse deelgebieden om arbitrage toe te staan, waar dit voorheen niet toelaatbaar werd geacht.<sup>[11]</sup> Ik denk dat de vennootschap en alle aandeelhouders dan wel partij moeten zijn bij het arbitragebeding en dat aan hen de gelegenheid moet worden gegeven om te participeren in de procedure. Daarnaast dient nagedacht te worden over de belangen van derden. Aan hen moet wellicht (ook achteraf) toegang tot de rechter worden gegeven. Dat alles speelt niet als er geen derdenwerking is of als op grond van art. 1045 Rv een derde zich voegt of tussenkomt door bij schriftelijke overeenkomst met de partijen tot de overeenkomst tot arbitrage toe te treden en daardoor partij wordt in het arbitraal geding.

Ik kom tot een afronding. Kemp heeft een waardevol boek geschreven. Zijn dissertatie geeft veel stof tot nadenken. Ik heb het met veel genoegen gelezen.

Voetnoten

[1]

Zie B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 129, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 32, en, *Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere: wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus*, Den Haag: Belinfante 1929, p. 322/323.

[2]

HR juni 1944, NJ 1944/465 (*Wennex*); HR 13 november 1959, NJ 1960/472 (*Distilleerderij Melchers*) en HR 19 februari 1969, NJ 1969/473 (*Aurora*).

[3]

Zie hierover uitgebreid A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht*, Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht, deel 89, Deventer: Kluwer 2012, p. 90-91. Zie voor een andere opvatting Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/301.

[4]

Iets anders is dat ik met Kroeze meen dat de vernietiging op basis van buiten Boek 2 BW genoemde gronden wordt beheerst door de bepalingen van art. 2:15 en 2:16 BW. Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/313.

[5]

Zie Groene Serie Vermogensrecht, art. 3:13 BW, aant. 28, en P. Rodenberg, *Misbruik van bevoegdheid*, Monografieën Nieuw BW, Deventer: Kluwer 1985, p. 89/90.

[6]

Zie Groene Serie Vermogensrecht, art. 3:13 BW, aant. 28, en P. Rodenberg, *Misbruik van bevoegdheid*, Monografieën Nieuw BW, Deventer: Kluwer 1985, p. 89/90. Anders (nietig, zonder nadere motivering) Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013, p. 107.

[7]

H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen: naar Boek 3 van het nieuwe B.W.*, Deventer: Kluwer 1986, p. 24.

[8]

P. Rodenberg, *Misbruik van bevoegdheid*, Monografieën Nieuw BW, Deventer: Kluwer 1985, p. 64.

[9]

HR 10 november 2006, *NJ* 2007/561 en HR 26 november 2010, *NJ* 2011/55.

[10]

Zie in deze zin H. Koster, 'Kan een arbitraal beding de toegang tot enquêteprocedure verhinderen?', *Bb* 2013/30.

[11]

Zie hierover onder meer J. Karton, *The culture of international arbitration and the evolution of contract law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 82.