

Onderzoek het ondernemingsrecht

Symposium Stichting WONO 2015



*Mr. M.A.M. van Steensel**

1. Inleiding

Op 13 november 2015 vond in Amsterdam de tweede editie van het symposium van Stichting Wetenschappelijk Onderzoek (Notarieel) Ondernemingsrecht (**Stichting WONO**) plaats. Stichting WONO is in 2013 opgericht en beoogt wetenschappelijk (promotie)onderzoek op het gebied van het (notarieel) ondernemingsrecht te ondersteunen.

Het symposium werd geopend door Niek Zaman, die daarbij kort inging op het doel dat Stichting WONO heeft met deze bijeenkomst. Met het symposium hoopt het bestuur promovendi en promoti op het gebied van (notarieel) ondernemingsrecht (in brede zin) een platform en podium te bieden om hun onderzoek te presenteren aan een gemêleerd gezelschap van studenten, onderzoekers, hoogleraren, wetgevingsjuristen, (kandidaat-) notarissen, advocaten en vertegenwoordigers van beroepsorganisaties. Dit enerzijds om geïnteresseerden te enthousiasmeren in het doen van promotieonderzoek en anderzijds om promovendi de mogelijkheid te bieden om hun onderzoeksonderwerp vanuit verschillende invalshoeken te bespreken, om zo tot nieuwe inzichten te komen en een verrijking van het onderzoek op het gebied van notarieel ondernemingsrecht te bereiken.

Het inhoudelijke programma bestond dit jaar uit twee onderdelen. Het eerste deel werd opgeluisterd door Floor Eikelboom, Marleen van Uchelen-Schipper, Paul Quist en Bastiaan Kemp, die achtereenvolgens een korte inleiding gaven op (de actuele stand van) hun promotieonderzoek. Dit verslag vormt een beknopte weergave van deze inleidingen.

Het tweede onderdeel bestond uit een discussie over de vraag of en zo ja, onder welke voorwaarden het mogelijk zou moeten zijn om binnen de rechtswetenschap te promoveren op artikelen. Met het oog op het doel van deze bijdrage, zal hier worden volstaan met vermelding van de slotsom van de discussie. De gemene deler was dat promotieonderzoek via artikelen gestimuleerd zou moeten worden, enerzijds omdat het in een behoefte lijkt te voorzien en zo hopelijk leidt tot een toename in promotieonderzoeken en anderzijds omdat deze vorm van onderzoek de mogelijkheid biedt om resultaten al in een eerder stadium en ook breder te delen en bovendien direct in te spelen op de tussentijdse ontwikkelingen.

Mede dankzij het gemêleerde en geïnteresseerde gezelschap dat uitnodigde tot een open discussie op niveau, kan worden teruggekeken op een geslaagde tweede editie van het symposium van Stichting WONO. Recent is bekend geworden dat de derde editie gepland staat voor vrijdag 2 december 2016. Daarin zal onder meer promotieonderzoek naar de optimale rechtsvorm voor het beroep, de bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen en de uitvoerende bestuurder binnen de *one tier board* centraal staan.

2. F. Eikelboom – De (onmiddellijk) voorzieningen van de Ondernemingskamer in de enquêteprocedure

Het spits werd afgebeten door Floor Eikelboom¹, die zich – zowel in zijn onderzoek als in zijn dagelijkse praktijk als advocaat – in het bijzonder bezighoudt met de geschillenbeslechting tussen aandeelhouders.

In zijn presentatie beschreef Eikelboom allereerst de herkomst van zijn onderzoeksvraag, die betrekking heeft op de rechtsgevolgen van de (onmiddellijke) voorzieningen van het enquêterecht. Het onderzoek van Eikelboom focust zich in het bijzonder op de ruimte voor de Ondernemingskamer (**OK**) om de gevolgen van de door haar getroffen voorzieningen te regelen.² De vraag komt op waar precies de grenzen liggen bij het treffen van dergelijke voorzieningen en het regelen van de gevolgen daarvan.

De spreker ging vervolgens in op de voorzieningen die de OK kan treffen. Hij besprak daarbij het verschil tussen eindvoorzieningen en onmiddellijke voorzieningen. Waar de wet met betrekking tot eindvoorzieningen een limitatieve opsomming geeft³, laat de wet veel ruimte aan de OK voor het treffen

* Kandidaat-notaris te Rotterdam.
(martijn.van.steensel@loyensloeff.com)

1. F. Eikelboom is advocaat te Amsterdam (bureau Brandeis).
2. Art. 2:357(2) BW.
3. Art. 2:356 BW.

van onmiddellijke voorzieningen. Deze ruimte is echter niet onbegrensd, hetgeen onder meer blijkt uit het DSM-arrest.⁴ Daarin bepaalde de Hoge Raad dat de OK vóórdat wordt beslist op het verzoek tot het houden van een enquête slechts onmiddellijke voorzieningen mag treffen, indien daartoe in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek voldoende zwaarwegende redenen bestaan.⁵

Ten aanzien van de onmiddellijke voorzieningen maakte de spreker een onderscheid in (i) voorzieningen tot wijziging van de personele bezetting van de organen en (ii) voorzieningen tot wijziging van de deelrechtsorde (binnen de rechtspersoon). Hij merkte daarbij op dat dit onderscheid niet altijd even duidelijk aanwezig is, nu onmiddellijke voorzieningen vaak leiden tot wijzigingen op beide vlakken. Een voorbeeld daarvan is de benoeming van een bestuurder door de OK. De OK zet daarmee niet alleen het (wettelijke c.q. statutaire) benoemingsrecht van de aandeelhouders opzij, maar – via het bepaalde in art. 2:357 lid 3 BW – ook de ontslagbevoegdheid, aangezien (de organen van) de rechtspersoon geen besluiten kan (kunnen) nemen die de getroffen voorziening ongedaan maken. De vraag dringt zich op hoe deze bevoegdheid zich verhoudt tot het door het EVRM beschermde recht op eigendom (van een aandeel) en de daaraan verbonden rechten. Een wettelijke grondslag en proportioneel gebruik van deze bevoegdheid vervullen daarbij een sleutelfunctie.

Eikelboom sloot af met de conclusie dat in de praktijk alle (onmiddellijke) voorzieningen van de OK slechts een drukmiddel zijn. In de meeste gevallen is het voor een succesvolle samenwerking dan echter al te laat. De onmiddellijke voorzieningen leiden in veel gevallen slechts tot een verlegging van het probleem van een impasse binnen de organen naar besluitvorming door middel van procedures. Alhoewel de enquêteprocedure in beginsel bedoeld is voor sanering, herstel van de verhoudingen, opening van zaken en vaststelling van de verantwoordelijkheid voor mogelijk wanbeleid, leiden enquêteprocedures (helaas) veelal tot dezelfde slotsom: scheiding van partijen. Volgens de spreker zou het wenselijk zijn als de OK de mogelijkheid zou hebben deze scheiding te bewerkstelligen.

3. M. van Uchelen-Schipper – De raad van toezicht van de stichting

Het onderzoek van Van Uchelen-Schipper⁶ richt zich op de rol en de positie van de raad van toezicht (RvT) van de stichting in het algemeen en van bepaalde soorten stichtingen in het bijzonder. Tegen de achtergrond van aanhangige wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen⁷ (Wetsvoorstel) en de publieke discussie omtrent de rol van toezicht-houders bij (met name charitatieve) stichtingen vormt het een bijzonder actueel onderwerp.

In haar onderzoek zoekt Van Uchelen-Schipper in het bijzonder naar de onder- en bovengrenzen van de bevoegdheden van de RvT. Zij gaat daarbij uit van de stichting met een two tier-model (waarbij de uitvoerende en toezichhoudende taken geschieden en dus niet in één orgaan verenigd zijn), teneinde een goede vergelijking te kunnen maken met de rol van toezichhoudende organen van andere rechtspersonen binnen ons rechtspersonenrecht.

Het onderzoek bestaat uit drie delen. Het eerste deel vormt een overzicht van de ontwikkelingen op het gebied van governance bij stichtingen vanaf het ontstaan van het eerste stichtingenrecht (1965) tot heden. Daarbij zoomt zij in op zowel de oorspronkelijke als de huidige visie van de wetgever op de rol van de RvT alsmede de ontwikkelingen die de rol van de RvT sinds 1965 heeft doorgemaakt.

In het tweede deel wordt onderzocht in welke mate de stichting zich van de andere rechtspersonen binnen ons rechtspersonenrecht onderscheidt en welke invloed dit onderscheid heeft op de rol van de RvT. Daarbij spelen met name de volgende materiële kenmerken een rol, te weten het doelgebonden karakter van de stichting, het uitkeringsverbod en het ledenverbod. Het doelgebonden karakter is daarbij in het bijzonder maatgevend, nu het belang van de stichting in grote mate wordt ingekleurd door de statutaire doelstelling van de stichting en bovendien wijziging van deze doelstelling maar in beperkte mate mogelijk is (het vermogen is immers voor een specifiek doel bijeengebracht).

In het derde en laatste deel van haar onderzoek gaat Van Uchelen-Schipper in op de onderscheiden soorten stichtingen en de invloed daarvan op de rol van de RvT. Als gevolg van het beperkte aantal wettelijke voorschriften bestaan er in de praktijk diverse typen stichtingen. Onderscheidende aspecten daarbij zijn onder meer het doel en de werkzaamheden van de stichting, de herkomst van het stichtingsvermogen, de begunstigden van de stichting en het al dan niet drijven van een onderneming door de stichting. In kaart zal worden gebracht welke invloed de specifieke aard van een stichting heeft op de rol van de RvT van een dergelijke stichting. Daarbij zal in het bijzonder aandacht worden

4. HR 14 december 2007, *JOR* 2008, 11 m.nt. Doorman (Franklin c.s./DSM).

5. De rechtsregel uit deze uitspraak is met ingang van 1 januari 2013 gecodificeerd in art. 2:349a lid 2 BW.

6. M. van Uchelen-Schipper is professional support lawyer en kandidaat-notaris te Amsterdam (Houthoff Buruma).

7. *Kamerstukken II*, 2015/2016, 34 491, nr. 2.

besteed aan de diverse branche-gerelateerde governance codes die in de afgelopen jaren zijn ontstaan en de specifieke gevolgen daarvan voor de inrichting van de governance-structuur binnen de stichting.

De spreekster sloot af met de interessante stelling dat de wet een specifieke rol aan de RvT zou moeten toedichten ten aanzien van wezenlijke veranderingen binnen de stichting, zoals wijziging van het statutaire doel, fusie, splitsing en ontbinding (en de daarmee samenhangende bestemming van het liquidatiesaldo).

4. P. Quist – Conversie en aandelen

De derde inleiding werd verzorgd door Paul Quist⁸, wiens onderzoek zich richt op conversie *en* aandelen. Quist hield zijn presentatie (bewust) kort en luchtig en zoomt slechts in op zijn drie hoofdonderwerpen, te weten conversie *van* aandelen, conversie van *reserves* in aandelen en conversie van *schuld* in aandelen.

Quist begon met een verkenning van de definities van “aandeel” en “conversie”. Hij constateerde dat van beide begrippen geen (heldere) wettelijke definities bestaan en dat de in de literatuur opgeworpen definities uiteenlopen. Voor de term “aandeel” zocht Quist aansluiting bij de algemeen gehanteerde definitie van “aandeelhouderschap”, te weten de rechtsbetrekking (lidmaatschapsverhouding) van de houder van het aandeel tot de vennootschap waaruit voor eerstgenoemde rechten en verplichten voortvloeien. “Conversie” wordt vervolgens door Quist gedefinieerd als de verandering van de aan aandelen verbonden rechten en plichten. De spreker concludeerde vervolgens dat als gevolg van deze ruime definitie al snel sprake is van conversie, zodat bijvoorbeeld ook de wijziging van de nominale waarde van aandelen al onder deze definitie valt.

Vervolgens ging Quist in op de vraag of conversie een statutaire basis behoeft. Gegeven de ruime definitie van “conversie” zal dit niet altijd nodig zijn, nu de wet hier in een aantal gevallen al in voorziet. Voor de overige gevallen neigde Quist naar de conclusie dat conversie een statutaire grondslag behoeft. De voornaamste reden hiervoor is de bescherming van minderheidsaandeelhouders via onder andere het instemmingsvereiste en de persoonsgebonden vrijstelling.

Ten aanzien van de conversie van *reserves* respectievelijk *schulden* in aandelen stelde Quist een aantal inleidende vragen aan de orde. Met betrekking tot de conversie van *reserves* richtte Quist zich daarbij in het bijzonder op de vraag of alle reserves in aandelen kunnen worden omgezet en wat er bij dergelijke conversies precies gebeurt. Deze vragen zijn in het bijzonder relevant in relatie tot reserves ten aanzien waarvan de wet geen uitdrukkelijke conversiemogelijkheden beschrijft. Bij de conversie

van *schulden* focuste Quist zich in het bijzonder op het principe dat aan een dergelijke conversie ten grondslag ligt. Conversie van *schulden* (in aandelen) kan (bijvoorbeeld) worden beschouwd als een vorm van verrekening van de schuld met de aan de aan de schuldeiser nieuw uitgegeven aandelen verbonden stortingsplicht.⁹ In zijn proefschrift zullen hiervan verschillende voorbeelden worden uitgewerkt en uitgediept.

Quist rondde af met (een korte discussie naar aanleiding van) een aantal ‘teasers’ van vragen die hij in zijn dissertatie aan de orde zal stellen. Zo zal hij aandacht besteden aan het antwoord op de vraag wat er gebeurt als aandelen van verschillende aandeelhouders worden geconverteerd tot één aandeel. Het antwoord op deze vraag kent enerzijds goederenrechtelijke en anderzijds vennootschapsrechtelijke aspecten. Zo dient nader te worden gekeken naar de overgang van individuele gerechtigdheid tot aandelen naar gemeenschappelijke gerechtigdheid tot één aandeel. In het verlengde daarvan zal ook moeten worden vastgesteld hoe door de deelgenoten wordt omgegaan met de aan de aandelen verbonden rechten en plichten. Een andere interessante vraag die hij in zijn onderzoek zal bespreken, betreft de vraag of het mogelijk is om ten laste van een agioreserve aandelen uit te geven aan niet-aandeelhouders en zo ja, wat dat dan precies voor gevolgen heeft (voor zowel de aandeelhouder die het agio gestort heeft als de niet-aandeelhouder die de nieuw uit te geven aandelen ontvangt).

5. B. Kemp – Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: de positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering

De laatste spreker was Bastiaan Kemp¹⁰, die op 30 september 2015 zijn dissertatie, getiteld “Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: de positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering”, verdedigde. Zijn proefschrift vormt een uitvloeisel van zijn masterscriptie waarmee hij op 1 februari 2013 afstudeerde aan de Universiteit Maastricht.

Allereerst gaf Kemp een overzicht van de centrale vragen in zijn proefschrift, te weten:

- (a) Welk belang mag de aandeelhouder behartigen?
- (b) Welk belang moet de algemene vergadering behartigen?
- (c) Welke correctiemogelijkheden heeft een belanghebbende?

8. P. Quist is notaris te Amsterdam (Stibbe).

9. Zie in dit kader wel de voorschriften van art. 2:80(4) respectievelijk 2:191(3) BW.

10. Bastiaan Kemp is advocaat te Den Haag (DVDW Advocaten) en universitair docent aan de Universiteit Maastricht.

Ten aanzien van de eerste vraag heeft Kemp het standpunt verdedigd dat de aandeelhouder *in beginsel* zijn eigen belang mag behartigen. Hij onderbouwde dit standpunt met het argument dat de relatie tussen de aandeelhouder en de vennootschap vermogensrechtelijk van aard is. Als rechthabende van een vermogensrecht heeft een aandeelhouder het recht zijn eigendom te beschermen.¹¹ Het standpunt past ook bij de visie dat een aandeelhouder dogmatisch als investeerder kan worden beschouwd en wordt bovendien ondersteund door de rechtspraak en de parlementaire geschiedenis. Wel wees Kemp op de grenzen van art. 2:8 BW (redelijkheid en billijkheid) en 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid).

Als antwoord op de tweede vraag stelde Kemp dat de algemene vergadering het belang van de vennootschap zou moeten dienen. Dit met het oog op de feit dat de algemene vergadering een orgaan is van de vennootschap en haar besluiten aan de vennootschap moeten worden toegerekend. Als ik Kemp's visie goed begrijp, zou het er anders toe kunnen leiden dat een besluit van de vennootschap (althans een besluit van de algemene vergadering dat aan de vennootschap moet worden toegerekend) in strijd zou kunnen zijn met het (eigen) vennootschappelijk belang. Dit zou daarmee innerlijk tegenstrijdig zijn. Kemp signaleerde wel een aantal obstakels die deze visie opwerpt. Daar waar een individuele aandeelhouder zijn eigen belang mag behartigen, dient het collectief van de aandeelhouders (verenigd in de algemene vergadering) het vennootschappelijk belang (in de vorm van het stakeholdersmodel) te

dienen. Daarbij dringt de vraag zich op of aandeelhouders deze omslag wel kunnen maken.

De laatste centrale vraag zag op de mogelijkheden voor belanghebbenden om in te grijpen, indien de algemene vergadering niet het vennootschappelijk belang behartigt. De spreker onderscheidde daarbij de volgende mogelijkheden: (i) nietigverklaring van een genomen besluit, (ii) vernietiging van een genomen besluit, (iii) schorsing van een genomen besluit, (iv) voorkoming van besluitvorming, (v) het door de OK passeren van besluitvorming of verleggen daarvan naar een ander orgaan en (vi) aansprakelijkheid van de vennootschap.

Kemp eindigde zijn bijdrage met een korte samenvatting van de reacties op zijn proefschrift en de daarin verdedigde standpunten. Reacties waren onder meer dat het de vraag is in hoeverre aandeelhouders binnen de algemene vergadering in staat zijn om het vennootschappelijk belang boven het eigen belang te stellen en in het verlengde daarvan in welke mate discrepanties goed vastgesteld en effectief gesanctioneerd kunnen worden. Kemp geeft toe dat zijn visie weliswaar geen perfecte oplossing biedt en vragen oproept met betrekking tot het karakter en inhoud van het vennootschappelijk belang, maar daar vooralsnog wel het dichtst bij in de buurt komt. Met deze samenvatting rondde Kemp het inhoudelijke onderdeel van het symposium af.

11. Art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM.