

REDELIJKHEID*

Een systematische rechtspraakanalyse naar de werking en toepassing
van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid



R.H.M. van Meerwijk

REDELIJKHEID*

Een systematische rechtspraakanalyse naar de werking en toepassing van de
vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad doctor aan Tilburg University
op gezag van de rector magnificus, prof. dr. W.B.H.J. van de Donk,
in het openbaar te verdedigen ten overstaan van een
door het college voor promoties aangewezen commissie
in de Aula van de Universiteit

op woensdag 19 maart 2025 om 14.00 uur

door

Rob Henricus Maria van Meerwijk,
geboren te Geldrop

Promotoren:

prof. dr. C.F. Van der Elst (Tilburg University)
dr. mr. G.J.H. Van der Sangen (Tilburg University)

Leden promotiecommissie:

prof. dr. C.D.J. Bulten (Radboud Universiteit)
prof. dr. H.J. de Kluiver (Radboud Universiteit)
prof. dr. A.J.F. Lafarre (Tilburg University)
prof. dr. K. Maresceau (Universiteit Gent)
mr. dr. L.M.M. Prinsen (Tilburg University)

©2025 Rob Henricus Maria van Meerwijk, The Netherlands. All rights reserved. No parts of this thesis may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means without permission of the author. Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, in enige vorm of op enige wijze, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Een (dank)woord vooraf

Dankbaar ben ik mijn promotoren Christoph Van der Elst en Ger Van der Sangen. Zij hebben namelijk een essentiële rol vervuld in het gehele proces. Christoph heeft met zijn onuitputtelijke kennis en energie mij telkens geïnspireerd om te streven naar meer. Onder andere de omvang van het empirisch onderzoek is daaraan te danken. Met Ger heb ik de afgelopen jaren eveneens intensief samengewerkt in het kader van verschillende cursussen. Deze samenwerking – zoals Ger op een van mijn eerste werkdagen heeft verwoord – als ‘vakkbroeders’ heeft er mede voor gezorgd dat ik door de jaren heen mij heb kunnen ontwikkelen als docent en onderzoeker. Enige twijfel of zorgen over de inhoud dan wel het schrijfproces wist Ger ook altijd vakkundig te ontnemen middels wijze raad.

Daarnaast bedank ik prof. dr. C.D.J. Bulten, prof. dr. H.J. de Kluiver, prof. dr. A.J.F. Lafarre, prof. dr. K. Maresceau en mr. dr. L.M.M. Prinsen voor het plaatsnemen in de promotiecommissie en het beoordelen van het manuscript.

In dit geheel mogen mijn (oud-)collega’s van het Departement Private, Business and Labour Law niet ontbreken. Vanaf mijn eerste werkdag ben ik hartelijk ontvangen en gedurende de daaropvolgende jaren is daarin geen verandering gekomen. De vele inspirerende gesprekken met collega’s hebben niet enkel mijn kennis van het recht verrijkt, maar eveneens tot een bredere blik op de wereld geleid. Hopelijk volgen er nog talloze gesprekken in de toekomst, zowel tijdens als buiten werktijd.

Verder mogen mijn (schoon)familie en vrienden niet onbesproken blijven. Allereerst bedankt voor jullie onvoorwaardelijke steun en toeverlaat. Jullie hebben gedurende het proces voor de nodige afleiding gezorgd waarin onvergetelijke herinneringen zijn opgebouwd. Het is een bron voor on-eindig veel energie geweest en het proces is dankzij jullie vele malen eenvoudiger geworden.

Monika, zonder jou was dit eindresultaat nooit bereikt. Je hebt de afgelopen jaren engelengeduld opgebracht, terwijl ik (alsmaar) als ‘kluizenaar’ in mijn kamer zat te onderzoeken. Gedurende deze periode heb je onvoorwaardelijk vertrouwen in mij gehad, stukken doorgelezen en mij van raad voorzien. De tijd is dan ook aangebroken om weer zoals vanouds er vaak op uit te gaan.

Inhoudsopgave

Een (dank)woord vooraf.....	III
Afkortingen.....	XVI
Hoofdstuk 1. Inleiding	1
1.1 Aanleiding	1
1.2 Onderzoeksvragen	5
1.3 Methodologie en opzet van het onderzoek	6
1.4 Afbakening	7
DEEL I – INVULLING VAN HET POSITIEF RECHTELIJK KADER.....	9
Hoofdstuk 2. Zes typen ondernemingsrechtelijke geschillen en art. 2:8 BW	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Informatieverstrekking	11
2.2.1 Inleiding	11
2.2.2 Informatierecht binnen vergadering	12
2.2.3 Informatierecht buiten vergadering	13
2.2.4 Spontane/zelfstandige informatieplicht	15
2.2.5 Afrondende opmerkingen.....	17
2.3 Belangenverstrengeling	18
2.3.1 Inleiding	18
2.3.2 Wettelijke tegenstrijdigbelangregeling voor 2013	20
2.3.3 Wettelijke tegenstrijdigbelangregeling vanaf 2013	25
2.3.4 De ontwikkelingen binnen en naar aanleiding van het enquêterecht	26
2.3.4.1 Inleiding	26
2.3.4.2 De Linders/Hofstee-regels	26
2.3.4.3 Verhouding tussen Linders/Hofstee en de wettelijke regeling	30
2.3.4.4 De zorgvuldigheidsplicht uit Zwagerman	36
2.3.5 Terugblik	39
2.4 Winstbestemming	40
2.4.1 Inleiding	40
2.4.2 Wettelijk kader	41
2.4.3 Ontwikkelde gedragsnormen.....	42
2.5 Strategie en beleid.....	47
2.6 Structuurwijziging	50
2.6.1 Inleiding	50
2.6.2 Aandelenstructuur	51
2.6.3 Statutenwijziging	55
2.6.4 Ondernemingsstructuur	56
2.6.5 Beëindiging van de samenwerking of vennootschap	60
2.7 Ontslag, schorsing of benoeming van bestuurder.....	62
2.7.1 Inleiding	62

2.7.2	Het wettelijk kader en de inhoudelijke gronden.....	62
2.7.2.1	Inleiding	62
2.7.2.2	Het ontslagrecht	62
2.7.2.3	Het schorsingsrecht	65
2.7.2.4	Het benoemingsrecht.....	66
2.7.3	Gedragsregels met betrekking tot de totstandkoming	67
2.8	Conclusie	68

Hoofdstuk 3. Functies van de redelijkheid en billijkheid..... 73

3.1	Inleiding.....	73
3.2	Functies van de redelijkheid en billijkheid	73
3.3	Interpreterende functie.....	75
3.3.1	Inleiding	75
3.3.2	Privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid	76
3.3.3	Vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid	77
3.4	Aanvullende functie.....	79
3.4.1	Inleiding	79
3.4.2	Privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid	79
3.4.3	Vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid	81
3.5	Beperkende functie	82
3.5.1	Inleiding	82
3.5.2	Privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid	83
3.5.3	Vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid	85
3.6	Gedragsregulerende functie	88
3.6.1	Inleiding	88
3.6.2	Gedragsnorm of toetsingsnorm	88
3.6.3	Vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid	90
3.7	Conclusie	93

Hoofdstuk 4. Wijze van toetsing: terughoudend dan wel vol 95

4.1	Inleiding.....	95
4.2	Oorsprong van de term ‘marginale toetsing’	95
4.3	Ontwikkeling van 1976 tot en met 2000.....	99
4.4	Ontwikkeling van 2001 tot en met 2023.....	103
4.4.1	Inleiding	103
4.4.2	Algemene ontwikkeling	103
4.4.3	Toetsing in verschillende procedures	108
4.5	Link tussen de wijze van toetsing en functies van art. 2:8 BW	111
4.6	Conclusie	112

DEEL II – EMPIRISCH LUIK 115

Hoofdstuk 5. Methodologie van het empirisch onderzoek 117

5.1	Inleiding.....	117
5.2	Selectieproces	118
5.2.1	Inleiding	118
5.2.2	Identificatie zoektermen (stappen 1 en 2)	119
5.2.3	Zoekopdrachten (stap 3).....	120

5.2.4	Van summiere bestudering naar voorlopige dataset (stappen 4, 5 en 6)	123
5.3	Een voorlopig codeerschema en codeboek creëren	128
5.3.1	Inleiding	128
5.3.2	Theoretische weergave fase 2 inhoudsanalyse	128
5.3.3	Het doorlopen proces.....	129
5.4	Afronding selectieproces	132
5.4.1	Inleiding	132
5.4.2	Aanvullende selectiecriteria (stap 7)	133
5.4.3	Dataset creëren voor het coderen (stappen 8 en 9).....	133
5.5	Finalisering codeerschema en codeboek	138
5.5.1	Inleiding	138
5.5.2	Van concept 4 naar 5	138
5.5.3	Eerste gezamenlijke codeersessies	138
5.5.4	Tweede gezamenlijke codeersessie	139
5.6	Toepassing codeerschema en codeboek	141
5.6.1	Inleiding	141
5.6.2	Gehanteerde programma's en definitief aantal gecodeerde uitspraken.....	141
5.6.3	Het doorlopen codeerproces.....	142
5.6.4	Gemaakte keuzes.....	143
5.7	Afrondende opmerking.....	144
Hoofdstuk 6. Kwantitatieve gegevens uit dataset.....		147
6.1	Inleiding.....	147
6.2	Totale aantal coderingen.....	147
6.3	Algemene informatie	148
6.3.1	Inleiding	148
6.3.2	Jaar (code 1)	148
6.3.3	Rechterlijke instantie (code 4.1).....	149
6.3.4	Dagvaarding of verzoekschrift (code 5) en soort procedure (code 6)	151
6.3.5	Typen ondernemingsrechtelijke geschillen (code 8).....	152
6.3.6	Betrokkenen en verhoudingen (code 9).....	154
6.3.7	Functies van art. 2:8 BW (codes 10.1 en 41)	158
6.3.8	Wijze van toetsing (codes 10.2 en 42)	159
6.3.9	Combinaties van codes.....	160
6.3.9.1	Inleiding	160
6.3.9.2	Rechterlijke instantie (code 4.1) en typen geschillen (code 8)	161
6.3.9.3	Procedure(s) (codes 5 en 6) en typen geschillen (code 8).....	163
6.3.9.4	Typen geschillen (code 8), betrokkenen en verhoudingen (code 9)	164
6.3.9.5	Typen geschillen (code 8), functies en wijze van toetsing (code 10)	165
6.4	Feiten en beoordeling	167
6.4.1	Inleiding	167
6.4.2	Feiten exclusief gevalstypen (codes 18 tot en met 27).....	167
6.4.3	Verhouding tussen algemene codes en gevalstypen.....	168
6.4.4	Feiten en beoordeling gevalstypen	170
6.4.4.1	Inleiding	170
6.4.4.2	Informatieverstrekking.....	171
6.4.4.3	Belangenverstrengeling.....	171
6.4.4.4	Winstbestemming.....	172

	6.4.4.5 Strategie en beleid.....	172
	6.4.4.6 Structuurwijziging.....	173
	6.4.4.7 Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder	174
6.5	Beslissing van het rechtscollege	174
	6.5.1 Voorzieningen enquêteprocedure.....	174
	6.5.2 Beslissing	175
6.6	Afronding.....	176
	6.6.1 Inleiding	176
	6.6.2 Algemene informatie.....	176
	6.6.2.1 Inleiding	176
	6.6.2.2 Rechterlijke instanties en soort procedure	176
	6.6.2.3 Betrokkenen en verhoudingen	176
	6.6.2.4 Functies en wijze van toetsing	177
	6.6.3 Feiten en beoordeling	178
	6.6.4 Voorzieningen en beslissing van het rechtscollege	178
	Hoofdstuk 7. Informatieverstrekking	181
7.1	Inleiding.....	181
7.2	Algemene normen en constatering.....	181
	7.2.1 Inleiding	181
	7.2.2 Zorg(vuldigheids)plichten en art. 2:8 BW	182
	7.2.3 Redelijkheidsoordeel en andere verplichtingen.....	185
	7.2.4 Informatieverstrekking tussen bestuurders.....	185
7.3	De codering ten gronde.....	186
	7.3.1 Inleiding	186
	7.3.2 Verzoek binnen vergadering	187
	7.3.3 Verzoek buiten vergadering	189
	7.3.3.1 Inleiding	189
	7.3.3.2 Expliciete benoeming buiten vergadering.....	190
	7.3.3.3 Impliciete benoeming buiten vergadering.....	193
	7.3.3.4 Overzicht.....	196
	7.3.4 Spontane/zelfstandige plicht vennootschap/bestuur.....	197
	7.3.5 Informatie bestuurders onderling	201
	7.3.6 Overige	203
7.4	Feiten en het rechterlijk oordeel	205
	7.4.1 Inleiding	205
	7.4.2 Familieverhouding.....	205
	7.4.3 Financiële positie.....	206
	7.4.4 (Samenwerkings)overeenkomst	207
7.5	Functies art. 2:8 BW	208
7.6	Wijze van toetsing	209
7.7	Bevindingen.....	210
	Hoofdstuk 8. Belangenverstrengeling	213
8.1	Inleiding.....	213
8.2	Algemene normen en constatering.....	213
	8.2.1 Inleiding	213
	8.2.2 Terminologie en gerelateerde normen.....	215

	8.2.2.1 Inleiding	215
	8.2.2.2 Terugblik	215
	8.2.2.3 Uiteenlopende termen	217
	8.2.2.4 De termen en (bijzondere) zorgplichten.....	220
	8.2.2.5 Afrondende opmerkingen	222
	8.2.3 Deskundige derden	223
	8.2.4 Informatieverstrekking en openheid van zaken.....	224
	8.2.5 Onthouding en andere (zorgvuldigheids)regels	229
8.3	De codering ten gronde.....	230
	8.3.1 Inleiding	230
	8.3.2 Onttrekking.....	230
	8.3.3 Openheid van zaken	232
	8.3.4 Inschakelen derde	237
	8.3.5 Informatieverstrekking i.h.k.v. goedkeuring algemene vergadering.....	240
	8.3.6 Onthouding.....	241
	8.3.7 Zorgvuldige scheiding van belangen.....	242
	8.3.8 Overige	243
8.4	Feiten en het rechterlijk oordeel	244
	8.4.1 Inleiding	244
	8.4.2 Familieverhouding.....	245
	8.4.3 Financiële positie.....	245
	8.4.4 (Samenwerkings)overeenkomst	246
8.5	Functies art. 2:8 BW	247
	8.5.1 Inleiding	247
	8.5.2 Interpretierend, aanvullend en beperkend	247
	8.5.3 Gedragsregulerend.....	248
8.6	Wijze van toetsing	250
8.7	Bevindingen.....	252
	Hoofdstuk 9. Winstbestemming.....	255
9.1	Inleiding.....	255
9.2	Algemene normen en constatering.....	255
9.3	De codering ten gronde.....	257
	9.3.1 Inleiding	257
	9.3.2 Dividendbeleid in overeenstemming met art. 2:8 BW	257
	9.3.3 Dividendbeleid (potentieel) onverenigbaar met art. 2:8 BW	262
	9.3.4 Overige	265
9.4	Feiten en het rechterlijk oordeel	267
	9.4.1 Inleiding	267
	9.4.2 Familieverhouding.....	267
	9.4.3 Financiële positie.....	268
	9.4.4 Gerechtelijke procedure	269
	9.4.5 (Samenwerkings)overeenkomst	270
9.5	Functies art. 2:8 BW	270
9.6	Wijze van toetsing	272
9.7	Bevindingen.....	273

Hoofdstuk 10. Strategie en beleid	275
10.1 Inleiding	275
10.2 Algemene normen en constatering.....	275
10.3 De codering ten gronde.....	277
10.3.1 Inleiding	277
10.3.2 Geen redelijk handelend bestuur	278
10.3.3 Redelijkheid van gedrag en besluiten.....	280
10.3.4 Zorg- en zorgvuldigheidsplichten	283
10.3.5 Transparantie en besluitvorming	287
10.3.6 Blokkerende stem	288
10.3.7 Gelijkheidsbeginsel	290
10.3.8 Overige	290
10.4 Feiten en het rechterlijk oordeel	291
10.4.1 Inleiding	291
10.4.2 Financiële positie.....	291
10.4.3 Gerechtelijke procedure	292
10.4.4 (Samenwerkings)overeenkomst	293
10.5 Functies art. 2:8 BW	295
10.5.1 Inleiding	295
10.5.2 Interpreterende functie	295
10.5.3 Aanvullende functie	296
10.5.4 Beperkende functie.....	296
10.5.5 Gedragsregulerende functie.....	297
10.6 Wijze van toetsing	298
10.7 Bevindingen.....	299
Hoofdstuk 11. Structuurwijziging	301
11.1 Inleiding.....	301
11.2 Algemene normen en constatering.....	301
11.2.1 Inleiding	301
11.2.2 Aandelenstructuur	302
11.2.3 Ondernemingsstructuur	304
11.2.4 Beëindiging van de vennootschap of samenwerking	308
11.3 De codering ten gronde.....	312
11.3.1 Inleiding	312
11.3.2 Aandelenstructuur	312
11.3.2.1 Inleiding.....	312
11.3.2.2 Noodzaakfinanciering	313
11.3.2.3 Noodzakelijke dan wel gewenste financiering	316
11.3.3 Statuten.....	320
11.3.4 Ondernemingsstructuur	320
11.3.5 Beëindiging van de vennootschap of samenwerking	323
11.3.5.1 Inleiding.....	323
11.3.5.2 Beëindiging	323
11.3.5.3 Uitstotings- en uittredingsvorderingen	326
11.4 Feiten en het rechterlijk oordeel	327
11.4.1 Inleiding	327
11.4.2 Financiële positie.....	327

11.4.3	Uitstoting en uittreding.....	329
11.4.4	(Samenwerkings)overeenkomst	329
11.5	Functies art. 2:8 BW	330
11.5.1	Inleiding	330
11.5.2	Interpreterende functie	331
11.5.3	Aanvullende functie	332
11.5.4	Beperkende functie.....	333
11.5.5	Gedragsregulerende functie.....	334
11.6	Wijze van toetsing	336
11.7	Bevindingen.....	338
Hoofdstuk 12. Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder		341
12.1	Inleiding.....	341
12.2	Algemene normen en constatering.....	341
12.2.1	Inleiding	341
12.2.2	Totstandkoming besluit	342
12.2.3	Gronden/inhoud van het besluit	345
12.3	De codering ten gronde.....	347
12.3.1	Inleiding	347
12.3.2	Hoorrecht.....	347
12.3.3	Totstandkoming besluit	350
12.3.4	Materiële gronden ontslagbesluit	353
12.3.4.1	Inleiding.....	353
12.3.4.2	Enquêteprocedures	353
12.3.4.3	Dagvaardingsprocedures	355
12.3.4.4	Vergelijking procedures	357
12.3.5	Materiële gronden schorsingsbesluit.....	358
12.3.6	Materiële gronden benoemingsbesluit.....	359
12.3.7	Overige	361
12.4	Feiten en het rechterlijk oordeel	363
12.4.1	Inleiding	363
12.4.2	Financiële positie.....	363
12.4.3	(Samenwerkings)overeenkomst	364
12.4.4	Tegenstrijdigheden	365
12.5	Functies art. 2:8 BW	366
12.5.1	Inleiding	366
12.5.2	Interpreterende functie	367
12.5.3	Aanvullende functie	368
12.5.4	Beperkende functie.....	368
12.5.5	Gedragsregulerende functie.....	370
12.6	Wijze van toetsing	371
12.7	Bevindingen.....	373
DEEL III – SYNTHESE, CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN		375
Hoofdstuk 13. De rechtspraakanalyse vergeleken met het beschreven kader		377
13.1	Inleiding.....	377
13.2	Informatieverstrekking	377

13.2.1	Inleiding	377
13.2.2	Informatierecht binnen vergadering	378
	13.2.2.1 Het beschreven kader.....	378
	13.2.2.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	378
	13.2.2.3 Vergelijking en/of aanvulling	379
13.2.3	Informatierecht buiten vergadering	380
	13.2.3.1 Het beschreven kader.....	380
	13.2.3.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	381
	13.2.3.3 Vergelijking en/of aanvulling	383
13.2.4	Spontane/zelfstandige informatieplicht	384
	13.2.4.1 Het beschreven kader.....	384
	13.2.4.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	384
	13.2.4.3 Vergelijking en/of aanvulling	386
13.2.5	Informatierecht tussen bestuurders.....	387
	13.2.5.1 Het beschreven kader.....	387
	13.2.5.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	387
	13.2.5.3 Vergelijking en/of aanvulling	387
13.3	Belangenverstrengeling	388
13.3.1	Inleiding	388
13.3.2	Openheid van zaken	388
	13.3.2.1 Het beschreven kader.....	388
	13.3.2.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	389
	13.3.2.3 Vergelijking en/of aanvulling	390
13.3.3	Deskundige derde	392
	13.3.3.1 Het beschreven kader.....	392
	13.3.3.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	392
	13.3.3.3 Vergelijking, bijstelling en/of aanvulling	392
13.3.4	Onthouding.....	393
	13.3.4.1 Het beschreven kader.....	393
	13.3.4.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	393
	13.3.4.3 Vergelijking en/of aanvulling	393
13.3.5	Andere zorgvuldigheidsregels.....	394
	13.3.5.1 Het beschreven kader.....	394
	13.3.5.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	394
	13.3.5.3 Vergelijking en/of aanvulling	394
13.4	Winstbestemming	395
13.4.1	Inleiding	395
13.4.2	Wettelijk kader	395
	13.4.2.1 Het beschreven kader en de rechtspraakanalyse	395
	13.4.2.2 Vergelijking en/of aanvulling.....	396
13.4.3	Ontwikkelde gedragsnormen.....	396
	13.4.3.1 Het beschreven kader en de rechtspraakanalyse	396
	13.4.3.2 Vergelijking en/of aanvulling.....	397
13.5	Strategie en beleid.....	398
	13.5.1 Het beschreven kader	398
	13.5.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	398
	13.5.3 Vergelijking en/of aanvulling.....	400
13.6	Structuurwijziging	400

13.6.1	Inleiding	400
13.6.2	Aandelenstructuur	401
	13.6.2.1 Het beschreven kader.....	401
	13.6.2.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	401
	13.6.2.3 Vergelijking en/of aanvulling	403
13.6.3	Statuten.....	403
	13.6.3.1 Het beschreven kader.....	403
	13.6.3.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	404
	13.6.3.3 Vergelijking en/of aanvulling	404
13.6.4	Ondernemingsstructuur	404
	13.6.4.1 Het beschreven kader.....	404
	13.6.4.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	405
	13.6.4.3 Vergelijking en/of aanvulling	406
13.6.5	Beëindiging samenwerking of vennootschap.....	407
	13.6.5.1 Het beschreven kader.....	407
	13.6.5.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	407
	13.6.5.3 Vergelijking en/of aanvulling	408
13.7	Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder.....	409
13.7.1	Inleiding	409
13.7.2	Totstandkoming besluit	409
	13.7.2.1 Het beschreven kader.....	409
	13.7.2.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	409
	13.7.2.3 Vergelijking en/of aanvulling	411
13.7.3	Materiële ontslaggronden	412
	13.7.3.1 Het beschreven kader.....	412
	13.7.3.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	412
	13.7.3.3 Vergelijking en/of aanvulling	413
13.7.4	Materiële schorsingsgronden.....	414
	13.7.4.1 Het beschreven kader.....	414
	13.7.4.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	414
	13.7.4.3 Vergelijking en/of aanvulling	415
13.7.5	Materiële benoemingsgronden	415
	13.7.5.1 Het beschreven kader.....	415
	13.7.5.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	416
	13.7.5.3 Vergelijking en/of aanvulling	416
13.8	Functies van art. 2:8 BW	416
13.8.1	Inleiding	416
13.8.2	Interpreterende functie	417
13.8.3	Aanvullende functie	417
13.8.4	Beperkende functie.....	418
13.8.5	Gedragregulerende functie.....	418
13.9	Wijze van toetsing	420
13.9.1	Inleiding	420
13.9.2	Het beschreven kader	420
13.9.3	Formele aspecten.....	421
	13.9.3.1 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	421
	13.9.3.2 Vergelijking en/of aanvulling	421
13.9.4	Materiële aspecten.....	422

13.9.4.1	Bevindingen uit de rechtspraakanalyse	422
13.9.4.2	Vergelijking en/of aanvulling	424
13.10	Conclusie	425
Hoofdstuk 14. Conclusies en aanbevelingen		431
14.1	Conclusies	431
14.1.1	Inleiding	431
14.1.2	Informatieverstrekking	431
14.1.3	Belangenverstrengeling	433
14.1.4	Winstbestemming	435
14.1.5	Strategie en beleid	436
14.1.6	Structuurwijziging	437
14.1.7	Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder	438
14.1.8	Overkoepelende elementen	439
14.1.8.1	De gevalstypen	439
14.1.8.2	Rechterlijke instanties	441
14.1.8.3	Funcities	442
14.1.8.4	Wijze van toetsing	444
14.1.8.5	Feiten	445
14.2	Aanbevelingen	447
Hoofdstuk 15. Samenvatting		451
Chapter 16. Conclusions and recommendations		453
16.1	Conclusions	453
16.1.1	Introduction	453
16.1.2	Information provision	453
16.1.3	Conflicts of interest	455
16.1.4	Appropriation of profits	457
16.1.5	Strategy and policy	458
16.1.6	Structural change	458
16.1.7	Dismissal, suspension or appointment of director	459
16.1.8	Overarching elements	461
16.1.8.1	The case types	461
16.1.8.2	Judicial authorities	462
16.1.8.3	Functions	463
16.1.8.4	Manner of review	465
16.1.8.5	Facts	466
16.2	Recommendations	468
Chapter 17. Summary		471
Bronnen		
	Literatuur	473
	Jurisprudentie	515
	Parlementaire stukken	533
	Rapporten en overige	535

Bijlagen

Bijlage I – Deel codeboek concept 4 (juni 2021).....	537
Bijlage II – Definitief codeboek.....	541
Bijlage III – Overzicht coderingen per programma	561
Bijlage IV – Overzicht procedures per jaar	567
Bijlage V – Wijze van toetsing per jaar	569
Bijlage VI – Overzicht beslissingen gecodeerde uitspraken.....	571

Afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening(en)
afl.	aflevering
A-G	advocaat-generaal
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
ARO	Actuele Rechtspraak Ondernemingspraktijk
art.	artikel
artt.	artikelen
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BV	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
c.q.	casu quo
c.s.	cum suis
DCC	Dutch Civil Code
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
ECL	European Company Law
ECLI	European Case Law Identifier
e.g.	exempli gratia
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GS	Groene Serie
hof	gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
I	Eerste Kamer der Staten-Generaal
IER	Intellectuele Eigendom en Reclamerecht
i.h.k.v.	in het kader van
II	Tweede Kamer der Staten-Generaal
incl.	inclusief
Inv.	Invoering
ISBN	International Standard Book Number
Iss.	Issue
jo.	juncto
JOL	Jurisprudentie Online
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kort Geding
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
ktr.	kantonrechter
m.m.v.	met medewerking van

m.nt.	met noot
MvO	Maandblad voor Ondernemingsrecht
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM-Bulletin	Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten
No.	numero
nr.	nummer(s)
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NV	(i) naamloze vennootschap; (ii) De Naamloze Vennootschap (tijdschrift)
O&F	Onderneming & Financiering
o.g.v.	op grond van
OK	Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam
p.	pagina('s)
par.	paragraaf, paragrafen
Parl. Gesch.	parlementaire geschiedenis
pres.	president (in kort geding)
rb.	rechtbank
red.	redactie
red. aant.	redactionele aantekening
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RO	(i) Rechtspraak Ondernemingsrecht; (ii) Wet op de rechterlijke organisatie
r.o.	rechtsoverweging(en)
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
STAK	stichting administratiekantoor
Stb.	Staatsblad
S&V	Stichting & Vereniging
SV&V	Stichting Vereniging & Vennootschap
T&C	Tekst & Commentaar
t/m	tot en met
TOP	Tijdschrift Ondernemingsrechtpraktijk
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TPV	Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvOB	Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur
TvS&R	Tijdschrift voor Sport & Recht
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen
UBO	<i>Ultimate Beneficial Owner</i>
UvA	Universiteit van Amsterdam
vgl.	vergelijk
V&O	Vennootschap & Onderneming
VOF	vennootschap onder firma
Vol.	Volume

VU	Vrije Universiteit
vzr.	voorzieningenrechter
Wagevoe	Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure
WHOA	Wet homologatie onderhands akkoord
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK	Wetboek van Koophandel
ZIFO	Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Het lezenswaardige proefschrift van Koelemeijer over de redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen dateert van ruim twee decennia geleden. In de afronding van dat proefschrift staat: “Want één ding staat vast; ook na de afronding van dit boek is het laatste woord over deze materie nog lang niet gezegd.”¹ Deze opmerking is zeer accuraat gebleken. Naast de talloze nadien verschenen publicaties waarin art. 2:8 BW (uitgebreid) voorkomt,² heeft Van Schilfgaarde in 2016 een monografie geschreven getiteld: *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*.³ De norm van de redelijkheid en billijkheid is ondertussen te duiden als grondnorm van het rechtspersonenrecht⁴ en is een van de belangrijkste normen uit Boek 2 BW, mogelijk zelfs de belangrijkste norm.⁵ Art. 2:8 BW is meestal ook het vertrekpunt voor de Ondernemingskamer bij de formulering van gedragsnormen⁶ en de Ondernemingskamer lijkt op dit moment – aldus Timmerman – ‘meer de kraamkamer van het vennootschapsrecht te zijn dan de wetgever.’⁷ Het moge duidelijk zijn dat de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid een prominente rol vervult in het brede ondernemingsrecht en meer specifiek in het vennootschapsrecht.

Doordat deze norm een omvangrijke rol in het ondernemingsrecht vervult, is het niet verwonderlijk dat de redelijkheid en billijkheid op uiteenlopende manieren terugkomt ter beslechting van

¹ Koelemeijer 1999, p. 347.

² Enkele voorbeelden hiervan zijn: De Jongh 2011, p. 608-618; Van Olfen 2012, p. 367-379; Assink/Slagter 2013, p. 184-200; Kemp 2015a, p. 203-204; Oosterhoff 2017, p. 243-326; Asser/Kroeze 2-I 2021, nr. 224; Timmerman 2023b, p. 349-353.

³ Van Schilfgaarde 2016.

⁴ Kemp 2024, p. 73 met verwijzing naar Maeijer 2000, p. 281 e.v.; Conclusie A-G Timmerman voor HR 18 november 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AU2465), ECLI:NL:PHR:2005:AU2465 (*Unilever*), nr. 4.15; Conclusie A-G Assink voor HR 22 september 2023 (ECLI:NL:HR:2023:1283), ECLI:NL:PHR:2023:360 (*Funda*), nr. 3.12.5. Zie ook Van Schilfgaarde 2016, p. 149.

⁵ Timmerman 2023c, p. 487. Met name het enquêterecht heeft tot een ‘enorme’ toename van de betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor het vennootschapsrecht geleid (Vink 2023, p. 142). Het toenemende belang van de redelijkheid en billijkheid blijkt mede uit de Funda-beschikking van de Hoge Raad die tot een verruiming van het toepassingsbereik van art. 2:8 BW heeft geleid naar – onder omstandigheden – een met de rechtspersoon organisatorisch verbonden rechtspersoon (HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1283 (*Funda*), r.o. 3.7-3.9). De Funda-beschikking duidt erop dat de ‘economische werkelijkheid’ steeds belangrijk wordt in het ondernemingsrecht (Assink & Timmerman 2023, p. 715-716). Overigens blijkt uit rechtspraak dat het ruimere toepassingsbereik van art. 2:8 BW niet onbenut blijft. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag (vzr.) 15 november 2023, *JOR* 2024/84, m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 4.9; Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2024, *JOR* 2024/163, m.nt. K.A.M. van Vught (*i3*), r.o. 4.6 en 4.10; Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2024, *JOR* 2024/164, m.nt. C.J. Scholten (*Everizone*), r.o. 3.9.1; Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2348 (*Nardinc*), r.o. 3.5.

⁶ Makkink 2020, p. 58.

⁷ Timmerman 2024, p. 77. Zie tevens Vink 2023, p. 144 waarin staat dat de Ondernemingskamer in de praktijk fungeert als aanjager van het materiële ondernemingsrecht. Eerder heeft Van der Sangen 2004, p. 33 in dit kader geschreven: “Het lijkt erop dat de OK haar rechtsvormende taak op het gebied van het formuleren en toepassen van ondernemingsrechtelijke normen nadrukkelijk opvat en haar zienswijze ook vertaald wens te zien in haar beschikkingen. De uitdijende reikwijdte van enquêterecht als bron van nieuw ondernemingsrecht?” Zie onder meer over de rechtsvormende taak van de rechter: Asser/Vranken Algemeen deel*** 2005, nr. 9-10; Jansen & Loonstra 2012, p. 3-21.

ondernemingsrechtelijke geschillen.⁸ Bij dit soort geschillen kan bijvoorbeeld gedacht worden aan conflicten over de informatieverstrekking,⁹ belangenverstremgeling,¹⁰ de winstbestemming¹¹ of een aandelenuitgifte.¹² Deze geschillen kunnen om diverse redenen ontstaan tussen de organen van een rechtspersoon of personen/entiteiten behorende tot een van de organen.¹³ Op voorhand is het bij dergelijke geschillen ook veelal ingewikkeld te bepalen of sprake is van strijdigheid met de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid, omdat het een norm betreft waarvan de invulling afhankelijk is van de feiten en omstandigheden.

De redelijkheid en billijkheid is namelijk een klassiek voorbeeld van een open norm die weleens als ‘vaag’ wordt bestempeld.¹⁴ Een open norm kan echter in bepaalde gevallen eveneens halfopen zijn en er bestaan uiteenlopende gradaties van openheid.¹⁵ Gelet hierop kan de redelijkheid en billijkheid van origine dan wel een open norm zijn, maar datzelfde hoeft niet te gelden voor de uit art. 2:8 BW voortvloeiende subnormen die een minder open karakter kunnen hebben. Tekennend hiervoor is hoe de Ondernemingskamer open normen transformeert in halfopen normen door zowel gezichtspunten als vuistregels te formuleren, waardoor partijen meer inzicht krijgen in de rechterlijke toetsing alsmede wat van hen wordt verwacht.¹⁶ Met andere woorden: rechtspraak kan de nodige handvatten aanreiken die de toepassing van art. 2:8 BW voor een bepaalde casuïstiek – ondernemingsrechtelijk geschil – verduidelijkt.¹⁷ Rechtspraak is daardoor essentieel voor een beter begrip van een norm zoals de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid.¹⁸ Ter illustratie daarvan volgen nu drie willekeurige uitspraken waarin de rechtscollleges art. 2:8 BW toepassen voor de beoordeling van een feitencomplex.

In de eerste zaak – de Monitor Management-beschikking – gaat het erom dat de Ondernemingskamer bij wijze van voorziening een commissaris heeft benoemd die op verschillende manieren door de twee bestuurders – die gezamenlijk een meerderheidsbelang houden – wordt gepasseerd. Zo hebben de aandeelhouders/bestuurders tijdens de vakantie van de commissaris buiten zijn medeweten om een procedure in Duitsland aanhangig gemaakt jegens de

⁸ Volgens Timmerman bevat art. 2:8 BW een elastische norm die de rechter ‘op heel verschillende gevallen met resultaat kan toepassen’ (Timmerman 2023, p. 350).

⁹ Zie bijvoorbeeld Schoenmaker-Tijsseling 2011, p. 83-89; Eikelboom 2017a, p. 213-217; Lennarts 2023, p. 103-127.

¹⁰ Een drietal voorbeelden hiervan zijn: Bartman & Dorresteyn 2018, p. 913-919; De Jongh 2019a, p. 357-365; Leijten 2022, p. 1039-1076.

¹¹ Zie ook Bier 2013, p. 634-637; Koster 2014a, p. 95-97; Koelemeijer 2015a, p. 13-18.

¹² Drie bijdragen op dit gebied zijn: De Kluiver 2006, p. 31-49; Overkleef 2011, p. 78-82; Brons 2020, p. 150-158.

¹³ Illusterend hiervoor zijn: Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 361-362; Prinsen 2013, p. 367-441; De Vries 2010, p. 299-314; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 795.

¹⁴ Van Schilfgaarde 2016, p. 10; Timmerman 2023d, p. 2. Beiden verwijzen onder meer naar Barendrecht 1992 over ‘vage normen’.

¹⁵ Zie over open normen en halfopen normen uitgebreider Timmerman 2023d, p. 3-4 en 9-11. Voornoemde geeft onder meer als voorbeeld dat de Ondernemingskamer in de Linders/Hofstee-beschikking een aantal subnormen formuleert. Deze subnormen dragen bij aan het halfopen maken van een open norm, omdat zowel voor de rechter als de justitiabelen duidelijker wordt wanneer in strijd met dan wel overeenkomstig de norm – de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid – is gehandeld.

¹⁶ Vink 2023, p. 146-149. Zie in dit kader tevens Timmerman 2023b, p. 349-352 waarin het toenemende belang van zorg- en zorgvuldigheidsplichten staat beschreven die werken ter verduidelijking van art. 2:8 BW.

¹⁷ Hierbij is het van belang voor de rechtszekerheid – zoals Kemp schrijft – dat bijvoorbeeld de Ondernemingskamer consistent is in haar begripsvorming, aangezien anders verwarring en onzekerheid kan ontstaan (Kemp 2024, p. 84).

¹⁸ Volgens Timmerman vervult de rechter een rol bij het invullen van open normen en als gevolg daarvan zijn – aldus Timmerman – ‘belangrijke onderdelen van het ondernemingsrecht rechtscollages’ (Timmerman 2023d, p. 3).

minderheidsaandeelhouder/oud-bestuurder. Ook hebben zij het advies van de commissaris inzake hun remuneratie naast zich neergelegd en de wettelijke tegenstrijdbelangregeling naast zich neergelegd dan wel ‘op gekunstelde wijze omzeild’. Van dat laatste is sprake omdat de aandeelhouders/bestuurders via aandeelhoudersbesluiten in feite een hogere vergoeding voor zichzelf realiseren. Hierdoor hebben zij – aldus de Ondernemingskamer – willens en wetens de commissaris buiten spel gezet, terwijl zij zich bij het nemen van aandeelhoudersbesluiten niet kunnen onttrekken aan de werking van art. 2:8 BW. De genomen aandeelhoudersbesluiten zijn mede daarom vernietigbaar wegens strijd met art. 2:8 BW.¹⁹

In de tweede zaak – de Mega Windforce-beschikking – staat een emissiebesluit centraal, waartoe de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder in redelijkheid heeft kunnen besluiten. In de beschikking is het (zorgvuldig) doorlopen proces uitgebreid uiteengezet waarna de Ondernemingskamer oordeelt dat de ‘voorzien emissie niet leidt tot strijd met art. 2:8 BW’. Dit is het geval ondanks dat daardoor het aandelenbelang van de zittende aandeelhouders aanzienlijk verwaartert. ‘De moeizame voorgeschiedenis, de dringende financieringsbehoefte en het gebrek aan tijdig voorgestelde alternatieven biedt hiervoor een rechtvaardiging.’ Hierbij weegt mee dat de aandeelhouders de mogelijkheid hebben gekregen om een deugdelijk investeringsvoorstel te doen en het biedingsproces voldoende transparant is verlopen.²⁰

De derde zaak gaat over de handelswijze van een commissaris/minderheidscertificaathouder die eerder door de Ondernemingskamer is geschorst. Deze geschorste commissaris verstoort het op initiatief van de certificaathouders in gang gezette verkoopproces van de aandelen die de holding houdt in bepaalde vennootschappen. Volgens de Ondernemingskamer gedraagt de geschorste commissaris zich in strijd met art. 2:8 BW jegens de door de Ondernemingskamer benoemde commissaris, aangezien hij beschuldigingen en ernstige, ontoelaatbare dreigementen uit om de OK-commissaris te beïnvloeden.²¹

In deze drie uitspraken komen de rechtscolleges telkens om andere redenen tot het oordeel dat wel of niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid is gehandeld. In de eerste zaak richten de aandeelhouders/bestuurders zich vooral op hun eigen belangen en maken zij – samengevat – oneigenlijk gebruik van hun (meerderheids-/bestuurs-)positie. In de tweede zaak daarentegen is de bestuurder zorgvuldig te werk gegaan, hetgeen bijdraagt aan het oordeel dat het emissiebesluit niet in strijd is met art. 2:8 BW. Verder gedraagt de geschorste commissaris zich in de derde uitspraak – zacht uitgedrukt – onoorbaar en evident in strijd met art. 2:8 BW. Op basis van deze uitspraken is dan ook enig inzicht verworven in de toelaatbaarheid van besluiten en gedragingen getoetst aan art. 2:8 BW. Het is echter op grond van deze uitspraken ingewikkeld om voor diverse ondernemingsrechtelijke geschillen te oordelen wanneer in strijd met deze norm wordt of is gehandeld. De rechter beoordeelt dit immers – zoals reeds beschreven – aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval, waardoor toepassing van de redelijkheid en billijkheid sterk afhankelijk is van de casuïstiek. Hierdoor is het voor partijen met een ondernemingsrechtelijk geschil geen eenvoudige opgave om hun rechtspositie op voorhand te bepalen en de uitkomst van een geschil in te schatten.²²

¹⁹ Hof Amsterdam (OK) 24 juni 2020, *ARO* 2020/135 (*Monitor Management*), r.o. 2.1 en 3.6-3.8.

²⁰ Hof Amsterdam (OK) 31 december 2020, *ARO* 2021/36 (*Mega Windforce*), r.o. 3.6-3.18.

²¹ Hof Amsterdam (OK) 6 augustus 2021, *ARO* 2021/148, red. aant. J.H.M. Willems (*Baars*), r.o. 3.6 en 3.10.

²² Gerelateerd hieraan is hetgeen De Kluiver 2024, p. 1091 heeft geschreven: “Overziet men het voorgaande, dan kan worden geconstateerd dat de huidige Hoge Raad zeer terughoudend is in het verschaffen van nadere richtlijnen en met name heel veel ruimte laat aan de feitenrechtters om ‘alle omstandigheden van het geval’ te wegen. Dat is op zich mooi, maar het maakt de uitkomst in ondernemingsrechtelijke geschillen wel lastig voorspelbaar.”

Het doel van dit onderzoek is dan ook om meer inzicht te verschaffen in de wijze waarop rechtscolleges art. 2:8 BW toepassen om bepaalde ondernemingsrechtelijke geschillen in BV's te beslechten.²³ Om dit doel te (kunnen) bereiken is alle jurisprudentie in een bepaalde periode – met betrekking tot art. 2:8 BW en rekening houdend met de afbakening van het onderzoek – systematisch geanalyseerd.²⁴ Deze exhaustieve systematische rechtspraakanalyse in combinatie met een kwalitatieve analyse vormt de kern van dit onderzoek en is tevens vernieuwend ten opzichte van eerder onderzoek over dit onderwerp.²⁵ De analyses kunnen bovendien tot meer handvatten leiden waarmee partijen ex ante beter kunnen beoordelen wat de uitkomst van hun geschil kan zijn. Op die manier kan een gerechtelijke procedure achterwege blijven dan wel een grotere bereidheid tot schikken ontstaan. Dit brengt mee dat het onderzoek niet enkel meerwaarde heeft voor de direct bij het geschil betrokken partijen en hun adviseurs, maar eveneens in potentie voor de rechterlijke macht als een preventieve werking voor het entameren van een gerechtelijke procedure uitgaat van het onderzoek. Daarnaast kunnen de ontdekte patronen uit de systematische rechtspraakanalyse bijdragen aan het verifiëren of falsificeren van hetgeen in de literatuur wordt geschreven over de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid.

Kortom, dit onderzoek heeft tot doel de werking en toepassing van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid in de besloten verhoudingen van BV's nader uit te kristalliseren door systematisch patronen bloot te leggen. Hierbij staan tevens centraal de functies van art. 2:8 BW en de wijze waarop de rechter die norm toetst. Over deze elementen hebben auteurs reeds de nodige waardevolle bijdragen opgesteld.²⁶ Niettemin ontbreekt tot op heden een exhaustieve rechtspraakanalyse op dit terrein, waardoor ruimte bestaat voor het leveren van een bijdrage aan de ontwikkeling van die fundamentele elementen. Ten aanzien van de functies van art. 2:8 BW kan namelijk

²³ Dit neemt niet weg dat talloze auteurs reeds uitmuntende bijdragen hebben geleverd die inzicht geven in diverse leerstukken gerelateerd aan ondernemingsrechtelijke geschillen en (eventueel) de rol van art. 2:8 BW daarbij. Enkele recentere voorbeelden hiervan zijn: Koelemeijer 2022, p. 140-145; Du Bois & Hermans 2022, p. 447-490; Leijten 2022, p. 1039-1076; Van der Korst 2022, p. 1077-1090; Willems 2022, p. 1091-1113; De Kluiver 2023, p. 1205-1208; Lennarts 2023, p. 103-127; Bier 2023, p. 74-90; Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2024, nr. 131 en 195. In aanvulling hierop mogen de jaarlijkse edities van de 'Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation' niet onbesproken blijven waarin relevante kronieken en bijdragen staan op het gebied van het ondernemingsrecht (de laatste editie is op 24 juli 2024 gepubliceerd (Bekkum e.a. 2024)). Ondanks deze vele waardevolle bijdragen resteert enige ruimte voor nader onderzoek. Het verschil met de voornoemde onderzoeken en dit onderzoek is namelijk de exhaustieve systematische rechtspraakanalyse in combinatie met de focus op de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid alsmede meerdere typen ondernemingsrechtelijke geschillen. Paragraaf 1.2 benoemt de zes centraal staande typen ondernemingsrechtelijke geschillen. Deze geschillen komen onder meer uitgebreid aan bod in hoofdstuk 2.

²⁴ Er is gekozen om het onderzoek in tijd af te bakenen vanaf 1 januari 2000 tot en met hetgeen op 1 juli 2023 is gepubliceerd. Deze datums zijn gekozen omdat het onderzoek van Koelemeijer over de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid in 1999 is afgerond (Koelemeijer 1999, p. V) en om zoveel mogelijk recente rechtspraak in de systematische rechtspraakanalyse te kunnen betrekken. Zie voor meer informatie hierover paragraaf 5.2.

²⁵ In de woorden van Verbruggen houdt een systematische rechtspraakanalyse in (Verbruggen 2022, p. 9): "Met het doen van een systematische rechtspraakanalyse beoogt de onderzoeker verbanden, patronen of ontwikkelingen in uitspraken van (tucht)rechters, arbiters en andere juridische geschilbeslechtters op een gestructureerde en repliceerbare wijze in kaart te brengen. De onderzoeker baseert zich bij die analyse uitsluitend op de tekst van de juridische uitspraken, die hij of zij met behulp van labels ('codering') op consistente wijze interpreteert en van betekenis voorziet."

²⁶ Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de functies van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid: Koelemeijer 1999, p. 24-31; De Jongh 2011, p. 608-611; Assink/Slagter 2013, p. 184; Kemp 2015a, p. 211-212; Van Schilfgaarde 2016, p. 93-95; Eikelboom 2017a, p. 134-136; Moulen Janssen 2020, p. 64-65. Verder gaan de volgende bijdragen onder meer over de wijze van toetsing: Van der Grinten 1969, p. 71-85; Van Schilfgaarde 1973, p. 163-164; Timmerman 2003, p. 555-562; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 791; Assink & Kroeze 2010, p. 11-32; Assink 2019, p. 205-207.

middels de rechtspraakanalyse meer inzicht worden verkregen in de wijze waarop rechtscolleges de interpreterende, aanvullende, beperkende en gedragsregulerende functies toepassen om geschillen te beslechten. Voorts geldt wat betreft de wijze van toetsing als uitgangspunt dat rechtscolleges de inhoud van een besluit terughoudend toetsen en de totstandkoming daarvan vol. Echter, uit de hiervoor aangehaalde literatuur blijkt al dat dat uitgangspunt niet per se zwart-wit is. Het verrichten van een rechtspraakanalyse leidt daardoor tot meer kennis over de nuances met betrekking tot de toetsingsintensiteit.

1.2 Onderzoeksvragen

Zoals beschreven gaat dit onderzoek over de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid en hoe die norm een rol speelt bij de beslechting van bepaalde typen ondernemingsrechtelijke geschillen. Meer specifiek gaat het om de relationele verhoudingen in het kader van geschillen over (i) de informatieverstrekking, (ii) belangenverstrengeling, (iii) de winstbestemming, (iv) de strategie en het beleid, (v) een structuurwijziging en (vi) het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder.²⁷ Deze geschillen worden in dit onderzoek mede gezamenlijk als ‘gevalstypen’ aangeduid. Welke functies van art. 2:8 BW rechtscolleges hanteren bij de beslechting van deze gevalstypen en hoe de rechtscolleges aan die norm van art. 2:8 BW toetsen, vormt mede het centrale onderzoeksobject.

Dit leidt tot de volgende onderzoeksvraag: ‘Hoe passen rechtscolleges de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid bij BV’s toe – rekening houdend met de functies van art. 2:8 BW en de wijze van toetsing – om ondernemingsrechtelijke geschillen tussen (partijen behorende tot) de vennootschapsorganen te beslechten?’ Om deze vraag te kunnen beantwoorden zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Welke rol kan de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid volgens de literatuur spelen bij de beslechting van ondernemingsrechtelijke geschillen over de informatieverstrekking, belangenverstrengeling, de winstbestemming, de strategie en het beleid, een structuurwijziging en het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder?
2. Hoe kunnen de verschillende functies van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid worden gedefinieerd en gesignaleerd?
3. Hoe kunnen de verschillende wijzen van toetsing aan de redelijkheid en billijkheid binnen het ondernemingsrecht worden gedefinieerd en gesignaleerd?
4. In hoeverre passen de rechterlijke instanties de redelijkheid en billijkheid op soortgelijke wijze toe om een gevalstype te beslechten?
5. Zijn er patronen te ontdekken in de toepassing van de afzonderlijke functies van art. 2:8 BW door de rechtscolleges om de typen geschillen te beslechten, en zo ja, welke zijn dat?
6. Wat verklaart de geconstateerde volle(re) toetsing van materiële aspecten en de terughoudende(re) toetsing van formele aspecten door de rechtscolleges van (sub)normen die voortvloeien uit of gerelateerd zijn aan art. 2:8 BW?
7. Welke patronen met betrekking tot de gecodeerde feiten zijn af te leiden uit de toepassing van art. 2:8 BW ter beslechting van de gevalstypen?

²⁷ Paragraaf 5.3.3 verschaft meer informatie over waarom die typen ondernemingsrechtelijke geschillen zijn gekozen.

8. Hoe verhoudt hetgeen in de gecodeerde rechtspraak is waargenomen zich tot het beschreven kader met betrekking tot de gevalstypen, de functies van art. 2:8 BW alsmede de wijze van toetsing en dient dit kader naar aanleiding daarvan te worden aangevuld?

Om de centrale onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden is een rechtspraakanalyse verricht. De eerste drie deelvragen zien daardoor specifiek op het vergaren van informatie zodat de rechtspraakanalyse op systematische wijze uitvoerbaar wordt.²⁸ De deelvragen vier tot en met zeven zijn naar aanleiding van de kwantitatieve analyse opgesteld. Deze vier deelvragen geven sturing voor het verrichten van de kwalitatieve analyse. In de kwalitatieve analyse ligt de focus onder meer op bepaalde feiten die de rechtscolleges van belang achten bij de beslechting van het type geschil, de toegepaste functies van art. 2:8 BW en de wijze waarop de rechtscolleges aan art. 2:8 BW hebben getoetst. Tevens zijn de deelvragen vier tot en met zeven bedoeld om een gestructureerder antwoord te kunnen formuleren op de centrale onderzoeksvraag. De conclusies en aanbevelingen (hoofdstuk 14) bevatten zodoende zowel een antwoord op de centrale onderzoeksvraag als antwoorden op die vier deelvragen. Daarnaast legt deelvraag acht een link tussen het beschreven kader en de kwalitatieve analyse en die vraag komt in een eerder hoofdstuk aan bod.

1.3 Methodologie en opzet van het onderzoek

Na deze inleiding wordt dit onderzoek in drie delen opgesplitst. Het eerste deel bevat een beschrijving van het positieve recht. Dit deel is hoofdzakelijk faciliterend ten behoeve van het empirisch deel, aangezien informatie over de verschillende typen ondernemingsrechtelijke geschillen (hoofdstuk 2), de functies van art. 2:8 BW (hoofdstuk 3) en de wijze van toetsing (hoofdstuk 4) vereist is om deze elementen in de rechtspraak te kunnen signaleren, classificeren en documenteren. In deze hoofdstukken ligt de focus op hetgeen in de literatuur over deze aspecten is geschreven, zodat de rechtspraakanalyse minder vooringenomen is uit te voeren. De verwijzingen naar rechtspraak in de desbetreffende hoofdstukken volgen daardoor nagenoeg uitsluitend uit de geraadpleegde literatuur. Hierbij wordt mede met regelmaat naar de parlementaire geschiedenis verwezen om de strekking van wettelijke bepalingen te verduidelijken. De bronnen zijn hoofdzakelijk via Legal Intelligence en de bibliotheek – eventueel via het opvragen daarvan – vergaard. Dit is mogelijk omdat het onderzoek zich richt op het Nederlands recht en geen rechtsvergelijkend element bevat. Gelet op het voorgaande is het eerste deel van het onderzoek methodologisch juridisch-dogmatisch van aard.²⁹

Vervolgens bevat het tweede deel van dit onderzoek het empirisch luik dat de kern van dit onderzoek vormt. Dit deel begint met een uitgebreide methodologische beschrijving van de toegepaste systematische rechtspraakanalyse (hoofdstuk 5).³⁰ Voor deze analyse zijn allereerst diverse zoektermen in kaart gebracht die via Rechtspraak.nl en Legal Intelligence tot 5196 zoekresultaten hebben geleid. Deze zoekresultaten leverden 424 uitspraken op die zijn gecodeerd. De gehanteerde methode voor de totstandkoming van het gebruikte codeboek met het bijbehorende codeerschema

²⁸ Dit is nader in paragraaf 1.3 toegelicht.

²⁹ Zie over deze onderzoeksmethode bijvoorbeeld Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014, nr. 8; Van Gestel 2021, p. 286-295; Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022, p. 4-12.

³⁰ Raadpleeg voor meer informatie over een systematische rechtspraakanalyse Hall & Wright 2008, p. 63-122; Verbruggen 2021, p. 7-98 (op de desbetreffende pagina's staan ook verschillende onderzoeken met een vergelijkbare methodologische insteek als dit onderzoek). Andere bronnen gerelateerd aan deze onderzoeksmethode staan in hoofdstuk 5.

komt extensief in hoofdstuk 5 aan bod. Het daaropvolgende hoofdstuk (6) gaat in op de kwantitatieve resultaten die de gecodeerde rechtspraak hebben opgeleverd. De hoofdstukken 7 tot en met 12 behandelen de kwalitatieve juridische analyses van de zes gevalstypen.

Het laatste deel begint met een beschrijving van hoe de resultaten die voortvloeien uit de rechtspraakanalyse zich verhouden tot het uiteengezette kader (hoofdstuk 13). Hierdoor komen in dit hoofdstuk de juridisch-dogmatische methode en de empirische methode (systematische rechtspraakanalyse) samen. Tot slot staan de Nederlands- en Engelstalige conclusies, aanbevelingen en samenvattingen in de hoofdstukken 14 tot en met 17.

1.4 Afbakening

Uit het voorgaande is reeds gebleken dat dit onderzoek de focus legt op hoe rechtscolleges art. 2:8 BW toepassen om bepaalde typen geschillen binnen BV's te beslechten. Het onderzoek is daarom allereerst afgebakend met betrekking tot één bepaalde rechtspersoon (BV's).³¹ Verder bevatten de paragrafen 5.2.1 en 5.4.2 meer informatie over de afbakening van de rechtspraakanalyse zoals de onderzoeksperiode en in welke gevallen een uitspraak relevant is voor de analyse.³² Tevens is vanwege de omvang van het onderzoek geopteerd om het formele karakter van de gerechtelijke procedures niet te behandelen. Het verloop van de gerechtelijke procedures met inbegrip van art. 2:15 BW-procedures,³³ geschillenregelingsprocedures,³⁴ enquêteprocedures³⁵ en kortgedingsprocedures komt elders uitvoerig aan bod.³⁶

Tot slot is het aan dit proefschrift ten grondslag liggende onderzoek op 15 september 2024 afgesloten. Nadien verschenen wetgeving, jurisprudentie en literatuur is niet meegenomen.

³¹ Hierbij ligt de focus op besloten verhoudingen, waardoor geschillen binnen beursgenoteerde vennootschappen buiten beschouwing worden gelaten.

³² Zie de desbetreffende paragrafen voor meer informatie over de afbakening (/methode) van het onderzoek.

³³ Raadpleeg het proefschrift van Klein Wassink 2012.

³⁴ Alhoewel de wettelijke geschillenregelingsprocedure recentelijk op bepaalde punten is gewijzigd, blijft het proefschrift van Bulten 2011 onverminderd relevant en met name gelet op de onderzoeksperiode van de systematische rechtspraakanalyse. Zie verder over de vernieuwde regeling: *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 469, nr. 3 (MvT) waarover Schreurs & Eikelboom 2024, p. 129-138.

³⁵ Bulten, Nieuwe Weme, Oosterhoff & Broere 2022.

³⁶ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024.

DEEL I – INVULLING VAN HET POSITIEF RECHTELIJK KADER

Hoofdstuk 2. Zes typen ondernemingsrechtelijke geschillen en art. 2:8 BW

2.1 Inleiding

Dit onderzoek spitst zich toe op de wijze waarop de rechter de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid toepast om de volgende typen ondernemingsrechtelijke geschillen te beslechten: (i) informatieverstrekking, (ii) belangenverstrengeling, (iii) winstbestemming, (iv) strategie en beleid, (v) structuurwijziging en (vi) ontslag, schorsing of benoeming van een bestuurder. Gelet op de focus van het onderzoek richt dit hoofdstuk zich op het inzichtelijk maken hoe de redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in art. 2:8 BW in voornoemde typen geschillen terugkomt. Deze norm speelt namelijk verschillende rollen binnen de benoemde typen geschillen. Het in kaart brengen daarvan gebeurt door per gevalstype allereerst te beschrijven wat onder het type geschil wordt verstaan. Vervolgens wordt per type geschil – met inachtneming van de gegeven definitie – in het afgebakende gebied onderzocht op welke wijze art. 2:8 BW binnen het type geschil kan voorkomen. Aan de hand hiervan is het mogelijk om handvatten te creëren om art. 2:8 BW in de rechtspraak te signaleren. Het voorgaande leidt ertoe dat de systematische rechtspraakanalyse uitvoerbaar wordt, aangezien daardoor de werking en toepassing van art. 2:8 BW waarneembaar wordt.³⁷

De structuur van dit hoofdstuk is gerelateerd aan de centraal staande gevalstypen. Achtereenvolgens worden uiteengezet: informatieverstrekking (paragraaf 2.2), belangenverstrengeling (paragraaf 2.3), winstbestemming (paragraaf 2.4), strategie en beleid (paragraaf 2.5), structuurwijziging (paragraaf 2.6) en ontslag, schorsing of benoeming van een bestuurder (paragraaf 2.7). In de desbetreffende paragrafen wordt – zoals hiervoor beschreven – telkens eerst ingegaan op wat onder het type geschil wordt verstaan. Daarna volgt een beschrijving van de wijze waarop de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid volgens de literatuur – met verwijzing naar rechtspraak – kan terugkomen in het specifieke geschil.³⁸ Afrondend wordt in paragraaf 2.8 een antwoord op de volgende onderzoeksvraag gegeven: ‘Welke rol kan de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid volgens de literatuur spelen binnen ondernemingsrechtelijke geschillen over de informatieverstrekking, belangenverstrengeling, de winstbestemming, de strategie en het beleid, een structuurwijziging en het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder?’

2.2 Informatieverstrekking

2.2.1 Inleiding

Een geschil over de informatieverstrekking ontstaat in het kader van dit onderzoek hoofdzakelijk, omdat een aandeelhouder zich op het standpunt stelt dat de informatieverschaffing onvoldoende is.

³⁷ In dit hoofdstuk wordt naar diverse rechtspraak verwezen die afkomstig is uit literatuur, waarbij de daarin gegeven uiteenzettingen van de rechtspraak leidend zijn. Op deze manier wordt getracht om het potentieel coderen van dezelfde rechtspraak op een minder bevooroordeelde wijze te laten geschieden tijdens de systematische rechtspraakanalyse.

³⁸ De focus zal hierbij telkens liggen op de relatie tussen aandeelhouders, de algemene vergadering, bestuurders en het bestuur, aangezien deze partijen binnen een BV altijd aanwezig horen te zijn.

Hiervoor kunnen verschillende redenen bestaan. De aandeelhouder krijgt bijvoorbeeld geen informatie ondanks dat daarnaar (herhaaldelijk) gevraagd is, de aandeelhouder krijgt slechts een deel van de gevraagde informatie of de aandeelhouder wordt niet tijdig geïnformeerd. Ook kan het zijn dat de aandeelhouder niet adequaat wordt ingelicht, terwijl op de andere partij een verplichting daartoe rust. Gelet op de aard van het geschil zullen veelal een aandeelhouder en bestuurder (/het bestuur) bij het geschil zijn betrokken, waarbij de bestuurder mogelijk ook (meerderheids)aandeelhouder is.³⁹ Verder wordt de (standaard) strekking van dit type geschil enigszins opgerekt door geschillen tussen bestuurders eronder te scharen zolang het geschil gaat om de informatieverstrekking en art. 2:8 BW expliciet dan wel impliciet daarbij een rol speelt. Hieronder wordt het kader met betrekking tot de informatieverstrekking als volgt uiteengezet: informatierecht binnen vergadering (paragraaf 2.2.2), informatierecht buiten vergadering (paragraaf 2.2.3), spontane/zelfstandige informatieplicht (paragraaf 2.2.4) en afrondende opmerkingen (paragraaf 2.2.5).

2.2.2 Informatierecht binnen vergadering

Op grond van art. 2:217 lid 2 BW moet het bestuur en de raad van commissarissen aan de algemene vergadering alle verlangde inlichtingen verschaffen, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet.⁴⁰ Dit brengt mee dat de aandeelhoudersvergadering recht heeft op alle inlichtingen over de financiële en operationele situatie van de vennootschap om een gefundeerde besluitvorming daarover mogelijk te maken.⁴¹ Afgeleid hiervan is de vraag of individuele aandeelhouders recht hebben op inlichtingen ter vergadering. De heersende leer lijkt reeds in het jaar 2000 te zijn dat aandeelhouders daarop recht hebben.⁴² In 2010 heeft de Hoge Raad in de ASMI-beschikking⁴³ hierover uitsluitsel gegeven door te oordelen dat iedere aandeelhouder tijdens de vergadering het zelfstandige recht heeft vragen te stellen – ongeacht of deze betrekking hebben

³⁹ Er wordt niet uitgesloten dat de centraal staande partijen beide zowel aandeelhouder als bestuurder zijn.

⁴⁰ Van een zwaarwichtig belang kan sprake zijn als het verstrekken van de gegevens de concurrentiepositie van de vennootschap schaadt (Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 6 met verwijzing naar *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 746, nr. 3, p. 15). Dit betekent dat – zoals Van der Korst 2022, p. 1082 schrijft – het belang van de vennootschap bij geheimhouding prevaleert als dat voldoende zwaarwichtig is.

⁴¹ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 327; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 6.

⁴² Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 327 met verwijzing naar Van der Heijden/Van der Grinten 1992, nr. 203.1; Van Solinge 1994, p. 45. In de daaropvolgende edities van de Asser staan tevens diverse bronnen in verband met de genoemde heersende opvatting. Raadpleeg Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 327; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 6 met verwijzing naar bijvoorbeeld Vletter-van Dort 2001, p. 61; Assink/Slagter 2013, p. 699; Buijn & Storm 2013, p. 183. Zie eerder ook Van den Hoek 1998, p. 8.

⁴³ HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, m.nt. P van Schilfgaarde (*ASMI II*), r.o. 4.6. Van Schilfgaarde en Raaijmakers blijven ondanks de ASMI-beschikking betogen dat het recht op inlichtingen ex art. 2:217 lid 2 BW niet zonder meer aan een aandeelhouder toekomt, aangezien de algemene vergadering volgens die bepaling slechts recht heeft op inlichtingen. Zie hierover Van Schilfgaarde 1990, p. 164 (de opvatting van Van Schilfgaarde blijft in de daaropvolgende edities van ‘Van de BV en de NV’ gehandhaafd zoals blijkt uit de laatste editie Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 279); Pitlo/Raaijmakers 2006, p. 388 (de opvatting van Raaijmakers blijft in de daaropvolgende editie ongewijzigd (Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 452) en is in overeenstemming met de eerdere opvatting van Pitlo/Löwensteyn 1986, p. 258). De voorgaande opvatting leidt verder niet per se tot een andere uitkomst, omdat Van Schilfgaarde betoogt dat individuele aandeelhouders onder omstandigheden op grond van art. 2:8 BW inlichtingen kunnen verkrijgen. Dit blijkt uit Van Schilfgaarde 1990, p. 164 (de eerdere opvatting van Van Schilfgaarde is in de daaropvolgende edities van ‘Van de BV en de NV’ gehandhaafd zoals blijkt uit de laatste editie Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 279). Pitlo/Löwensteyn 1986, p. 258 deelt deze opvatting van Van Schilfgaarde met verwijzing naar Hof Amsterdam 3 mei 1978, *NJ* 1980/49 (*Koninklijke Scholten-Honig*), r.o. 15 en Van Oven 1981, p. 419.

op een voorliggend agendapunt – en dat de vennootschap de vragen dient te beantwoorden.⁴⁴ Hierbij geldt dat de aandeelhouder bij een dergelijk verzoek rekening met de grenzen van art. 2:8 BW moet houden.⁴⁵ De vragen behoren daardoor direct verband te houden met het gevoerde beleid.⁴⁶

2.2.3 Informatierecht buiten vergadering

Behalve dat individuele aandeelhouders binnen een vergadering inlichtingen kunnen verkrijgen, heeft een aandeelhouder onder omstandigheden volgens Van Schilfgaarde op grond van art. 2:8 BW ook buiten vergadering recht op inlichtingen.⁴⁷ Maeijer lijkt zich hierbij aan te sluiten met verwijzing naar drie uitspraken waaruit blijkt dat daarvoor een specifiek eigen belang is vereist. Niettemin staat Maeijer terughoudend ten opzichte van het voornoemde recht indien het recht leidt tot aantasting van het gelijkheidsbeginsel dat in art. 2:92/201 BW is gecodificeerd.⁴⁸ Wat betreft

⁴⁴ Alhoewel deze uitspraak specifiek ziet op een beursgenoteerde NV – en dus art. 2:107 lid 2 BW – lijkt analoge toepassing daarvan op art. 2:217 lid 2 BW mogelijk gelet op de strekking van beide bepalingen. Zo ook Breukink 2022, p. 17; Lennarts 2023, p. 107 met verwijzing naar diverse bronnen in voetnoot 14. Verder betoogt Breukink op dezelfde pagina: “Waarbij ik overigens opmerk dat naar mijn mening de vennootschap vragen over niet geagendeerde onderwerpen in beginsel minder gedetailleerd en uitvoerig hoeft te beantwoorden. Dit omdat de vennootschap vragen over niet geagendeerde onderwerpen normaliter niet heeft kunnen voorbereiden. Het ligt anders als de vennootschap de vragen (ruim) van tevoren heeft ontvangen.” Deze gedachtegang is (goed) verdedigbaar en relevant bij de beoordeling van de informatieverstrekking.

⁴⁵ Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 328; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 327; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 6. In de voornoemde bronnen wordt verwezen naar verschillende jaargangen van *GS Rechtspersonen*, art. 2:107 BW, aant. 5 en Den Boogert 1997, p. 217. Zie in dit verband mede Assink/Slagter 2013, p. 700; Buijn & Storm 2013, p. 183 en 222.

⁴⁶ Schwarz, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:107 BW, aant. 5 (online, actueel t/m 24-11-2019); art. 2:217 BW, aant. 4 (online actueel t/m 15-11-2018); Vletter-van Dort 2001, p. 65-66. Laatstgenoemde benoemt dat de voorzitter van de vergadering dient te beoordelen of een vraag binnen de grenzen van art. 2:8 BW valt. Zie over dit laatste aspect mede Den Boogert 1997, p. 217. Wanneer de gevraagde informatie niet wordt verstrekt, bestaat de mogelijkheid voor de aandeelhouder om een enquêteprocedure te entameren. Ook kan het niet verstrekken van de informatie leiden tot de schorsing of het ontslag van de bestuurders of commissarissen wegens het verlies van vertrouwen (zie Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 328; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 328; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 7). Andere (theoretische) opties zijn het aansprakelijk stellen van de bestuurders en commissarissen op grond van art. 6:162 BW en de vernietiging van een besluit op grond van art. 2:15 lid 1 sub a of b BW (Schwarz, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:107 BW, aant. 5 (online, actueel t/m 24-11-2019); Assink/Slagter 2013, p. 704). De mogelijkheid om de functionarissen aansprakelijk te stellen komt mede terug in Van der Korst 2007, p. 176; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, p. 374; Buijn & Storm 2013, p. 183 en 222.

⁴⁷ Van Schilfgaarde 1990, p. 164 (de eerdere opvatting van Van Schilfgaarde blijft in de daaropvolgende edities van ‘Van de BV en de NV’ gehandhaafd zoals blijkt uit de laatste editie Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 279); Koelemeijer 1999, p. 93; Deraedt 2001, p. 167. Zie ook de volgende bronnen waaruit volgt dat met betrekking tot het Burgerlijk Wetboek van voor 1992 er reeds auteurs waren die veronderstelden dat aandeelhouders buiten vergadering op grond van de goede trouw informatie konden verkrijgen: Van Schilfgaarde 1981, p. 160; Timmerman 1988, p. 309; Monchy & Timmerman 1991, p. 51; Van Leeuwen 1990, p. 9. In dit verband is mede een bijdrage van Van Oven relevant waarin het volgende arrest aan bod komt: Hof Amsterdam 3 mei 1978, *NJ* 1980/49 (*Koninklijke Scholten-Honig*), r.o. 15 (Van Oven 1981, p. 419-420). In dit arrest wordt het recht op informatie buiten vergadering niet specifiek afgewezen, maar het Hof Amsterdam ontkent het bestaan van een algemene verplichting daartoe.

⁴⁸ Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 328. Deze terughoudendheid vanwege een mogelijke schending van het gelijkheidsbeginsel is terug te zien in Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 327; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 6. Wolf 2013, p. 365 geeft in aanvulling daarop onder meer een weergave van auteurs die het belang van het gelijkheidsbeginsel benoemen. Verder lijkt Maeijer reeds in 1979 ruimte te hebben gezien voor het verkrijgen van informatie buiten vergadering. In een annotatie schrijft Maeijer: “Maar verdedigbaar is dat o.g.v. de in art. 7 Boek 2 BW vervatte algemene norm die verplicht tot een gedrag naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, ook een individuele aandeelhouder, zeker ter algemene

de door Maeijer aangehaalde uitspraken moet worden opgemerkt dat in twee uitspraken onder andere een belangenverstrengeling centraal staat.⁴⁹ De meerwaarde van die uitspraken is daardoor beperkter voor een geschil omtrent de informatieverstrekking waarbij geen sprake is van belangenverstrengeling.⁵⁰

De Ondernemingskamer heeft in 2009 – in overeenstemming met de gedachtegang van Van Schilfgaarde – geoordeeld dat kapitaalverschaffers onder bijzondere omstandigheden recht hebben op de verlangde inlichtingen buiten vergadering.⁵¹ Dit recht geldt echter niet voor een aandeelhouder van een beursgenoteerde vennootschap zoals blijkt uit de ASMI-beschikking.⁵² Voor besloten verhoudingen heeft de Ondernemingskamer niettemin de eerder in de Butôt-beschikking ingezette koers voortgezet zoals blijkt uit verschillende publicaties waarin naar beschikkingen van de Ondernemingskamer wordt verwezen.⁵³ De indruk ontstaat daardoor dat in de loop van de 21^{ste} eeuw sterker is komen vast te staan dat aandeelhouders en certificaathouders binnen besloten verhoudingen op grond van art. 2:8 BW recht ‘kunnen’ hebben op het verkrijgen van inlichtingen buiten vergadering.⁵⁴ Bartman, Dorresteyn & Olaerts stellen zelfs dat de Ondernemingskamer in de Bosal-beschikking als hoofdregel lijkt te presenteren – in plaats van als uitzondering – dat een aandeelhouder onder meer recht heeft op informatie buiten vergadering.⁵⁵ De vraag blijft echter of deze ‘hoofdregel’ in stand blijft als geen mogelijke belangenverstrengeling ter discussie staat.⁵⁶ Het

vergadering, bepaalde voor hem van belang zijnde, redelijk te achten inlichtingen van de vennootschap moet kunnen verkrijgen.” (J.M.M. Maeijer, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 21 september 1978, *NJ* 1979/403).

⁴⁹ Rb. Amsterdam (pres.) 15 juni 1988, *KG* 1988/276 (*HCS*); Rb. Groningen (pres.) 11 september 1996, *JOR* 1996/115 (*Stiho/Houtgroup*).

⁵⁰ In een andere uitspraak – Rb. Utrecht 29 juli 1998, *JOR* 1999/58 (*Resort Haamstede/Boot*) – staat een geschil binnen een coöperatie centraal. Dit is echter niet problematisch aangezien de verhouding tussen de algemene ledenvergadering en het bestuur van een coöperatie vergelijkbaar is met de verhouding tussen de algemene vergadering van aandeelhouders en het bestuur (Asser/Rensen 2-III 2022, nr. 192; Asser/Kroeze 2-I 2021, nr. 213).

⁵¹ Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, *ARO* 2009/45 (*Butôt*), r.o. 3.7. Naar deze uitspraak wordt onder andere verwezen in Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 327; Schoenmaker-Tijsseling 2011, p. 88; Wolf 2013, p. 366; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 6.

⁵² HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, m.nt. P van Schilfgaarde (*ASMI II*), r.o. 4.6. Zie hierover ook Schoenmaker-Tijsseling 2011, p. 84; Vletter-van Dort 2012, p. 214-215; Wolf 2013, p. 364; Wees & Eikelboom 2018, p. 92-93; Schwarz, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:107 BW, aant. 5 (online, actueel t/m 24-11-2019); Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 6.

⁵³ Wolf 2013, p. 364-368 geeft een uitgebreide uiteenzetting van de voor- en tegenstanders van het recht op inlichtingen buiten vergadering. Daarbij wordt onder meer verwezen naar Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *ARO* 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.24; Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2012, *ARO* 2012/28 (*Mojo Theater*), r.o. 3.7. In Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 6 wordt onder meer verwezen naar Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, *ARO* 2017/72 (*Care*), r.o. 3.5. Andere voorbeelden van publicaties waarin naar rechtspraak van de Ondernemingskamer wordt verwezen, zijn: Schoenmaker-Tijsseling 2011, p. 88-89; Assink/Slagter 2013, p. 701-702; Eikelboom 2017b, p. 214-215; Wees & Eikelboom 2018, p. 93-94. Voorts heeft de Ondernemingskamer recentelijk in lijn met de ASMI-beschikking hierover geoordeeld (zie Vink 2023, p. 148 met verwijzing naar Hof Amsterdam (OK) 22 juni 2022, *ARO* 2022/120, red. aant. J.H.M. Willems (*ICTS*), r.o. 3.8).

⁵⁴ Niettemin schreef Oosterhoff 2017, p. 267 in brede zin over het informatierecht van een aandeelhouder buiten vergadering: “Wordt de informatievraag van een individuele aandeelhouder als vertrekpunt genomen, dan biedt de literatuur een gemengd beeld, dat tendeeft naar afwijzing van een informatierecht van de aandeelhouder buiten de algemene vergadering.” Een afwijzing van dat recht is reeds terug te zien in Van der Heijden/Van der Grinten 1984, p. 361 en wordt bijvoorbeeld herhaald in Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, p. 372-373.

⁵⁵ Deze regel wordt ‘gefundeerd op de zorgplicht van (het bestuur van) de vennootschap tegenover haar minderheidsaandeelhouder.’ Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2020, p. 105-106 met verwijzing naar Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, *JIN* 2020/43, m.nt. L.Z. Bosman (*Bosal*), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, *ARO* 2020/68 (*Fuelplants*), r.o. 3.15.

⁵⁶ In de Bosal- en Fuelplants-beschikkingen wordt namelijk naar de Zwagerman-beschikking van de Hoge Raad verwezen ondanks dat het recht van de aandeelhouder niet per se afhankelijk lijkt te worden gesteld van een

antwoord hierop lijkt onder omstandigheden bevestigend gelet op bijvoorbeeld de Bloembollenbedrijf Brouwers-beschikking waarin geen belangenverstremgeling ter discussie staat. De Ondernemingskamer oordeelt namelijk onder andere dat het bestuur uit eigen beweging en op vragen van de aandeelhouder die niet langer deel uitmaakt van het bestuur, ook buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering transparantie moet betrachten.⁵⁷ Daarnaast volgt uit de uitgebreide bijdrage van Lennarts dat aandeelhouders onder uiteenlopende (bijzondere) omstandigheden buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering recht kunnen hebben op informatie, waarbij het niet uitsluitend gaat om situaties met belangenverstremgeling. Zo kan de informatiezoekende aandeelhouder geen deel uitmaken van het bestuur van de familievennootschap of de jointventurevennootschap, waardoor een informatieachterstand ontstaat die mitigatie behoeft.⁵⁸ De plicht om informatie (buiten vergadering) te verstrekken is echter niet onbegrensd, aangezien de aandeelhouder geen redelijk belang kan hebben bij de verkrijging van bepaalde informatie en een zwaarwichtig belang zich tegen de informatieverstrekking kan verzetten.⁵⁹

2.2.4 Spontane/zelfstandige informatieplicht

Naast de wettelijke spontane informatieplichten van het bestuur – zoals beschreven door Van Leeuwen⁶⁰ – schrijft Van der Korst dat een spontane informatieverschaffing voortvloeit uit art. 2:8 BW. Hierdoor moet het bestuur – en de raad van commissarissen – in de oproepingsbrief en agenda (tenminste) motieven, inhoud en mogelijke consequenties van de agendapunten plaatsen.⁶¹ Verdergaand is de bijzondere zorgplicht die op het bestuur van de vennootschap kan rusten om een aandeelhouder uit eigen beweging (spontaan) te informeren.⁶² Deze op art. 2:8 BW gebaseerde

mogelijke belangenverstremgeling. Ter verduidelijking dient opgemerkt te worden dat het recht op informatie buiten vergadering niet geldt als uitgangspunt/hoofdregeel, maar dat een aandeelhouder onder omstandigheden een (doorlopend) informatierecht buiten vergadering kan hebben (P.L. Hezer, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, *JOR* 2021/296 (*Allure*), nr. 8).

⁵⁷ Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2020, *ARO* 2020/87 (*Bloembollenbedrijf Brouwer*), r.o. 3.9. Naar deze uitspraak verwijst Leijten bij het gedetailleerd uiteenzetten van de bijzondere zorgplicht om ruimhartige openheid te betrachten jegens de aandeelhouder die (als enige) niet vertegenwoordigd is in het bestuur (Leijten 2022, p. 1059-1062). Voor dergelijke situaties gebruikt Leijten de term ‘asymmetrische situatie’. De voornoemde beschikking komt mede aan bod in Peereboom-Bogers & Westra 2022, p. 92-94 waarin eveneens naar diverse andere uitspraken wordt verwezen met betrekking tot de informatieverstrekking buiten vergadering.

⁵⁸ Lennarts 2023, p. 109-127. In deze bijdrage gaat Lennarts bij de behandeling van diverse uitspraken ‘telkens op zoek naar de bijzondere omstandigheden die in casu een informatieplicht buiten de AV om rechtvaardigen.’ Hierbij worden de uitspraken in drie categorieën geplaatst: familieruzies, minderheids/meerderheidsconflicten en perikelen in joint ventures. Zie bondiger over het informatierecht van een aandeelhouder buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering: Vink 2023, p. 147-148.

⁵⁹ Haanschoten 2023a, p. 344; Lennarts 2023, p. 114; P.L. Hezer, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 25 oktober 2023, *JOR* 2024/89 (*Steenfabriek de Rijswaard*), nr. 5. In nummer 6 merkt Hezer overigens op dat de Ondernemingskamer een onderscheid maakt tussen de informatierechten van aandeelhouders en certificaathouders, waardoor dat een omstandigheid is waarmee de Ondernemingskamer rekening kan houden met betrekking tot het informatierecht. Verder volgt uit de annotatie van laatstgenoemde een verduidelijking van het in de hoofdtekst genoemde ‘redelijk belang’: “Het redelijkbelangvereiste beschermt de vennootschap tegen oneigenlijke informatieverzoeken en verzoeken die te kwader trouw worden gedaan. Het legitimeert de situaties waarin het geheimhoudingsrecht van de vennootschap dient te wijken voor het belang van de kapitaalverschaffer. Uit Steenfabriek en APM lijkt te volgen dat die afweging anders uitpakt voor certificaathouders dan voor aandeelhouders.”

⁶⁰ Van Leeuwen 1990, p. 96. De door Van Leeuwen aangehaalde wettelijke plichten volgen uit het Burgerlijk Wetboek van voor 1992, waardoor inzichtelijk wordt dat de term ‘spontane informatieplichten’ reeds decennia is gebruikt.

⁶¹ Van der Korst 2007, p. 168.

⁶² Een bijzondere zorgplicht wordt in zijn algemeenheid ook gebruikt om te duiden dat onder omstandigheden ruimhartige openheid moet worden betracht jegens een aandeelhouder, waardoor die partij mede buiten het

verplichting wordt veelal gerelateerd aan gevallen waarin (mogelijk) sprake is van belangenverstrengeling.⁶³ Niettemin zijn er ook gevallen waarin geen sprake is van (mogelijke) belangenverstrengeling, waardoor deze verplichting tevens relevant is voor geschillen (puur) omtrent de informatieverstrekking.⁶⁴ Voorbeelden daarvan zijn de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad waarin onder meer wordt geoordeeld dat op het bestuur de verplichting rustte om een andere aandeelhouder te informeren over een voorgenomen aandelenoverdracht.⁶⁵ De Bosal- en Fuelplants-beschikkingen⁶⁶ van de Ondernemingskamer zijn hiervan eveneens sprekende voorbeelden, alleen wordt in beide beschikkingen mede aandacht besteed aan een mogelijke belangenverstrengeling en is een verwijzing naar de Zwagerman-beschikking⁶⁷ van de Hoge Raad waarneembaar.⁶⁸ Hierdoor blijft onduidelijk in hoeverre op het bestuur van de vennootschap een dergelijke verplichting rust indien geen geschil bestaat over een mogelijke belangenverstrengeling.⁶⁹ Zo is de Mojo Theater-beschikking een ander voorbeeld waarin een belangenverstrengeling voorkomt maar een verwijzing naar de Zwagerman-beschikking ontbreekt. In die beschikking oordeelt de Ondernemingskamer:

“Gelet op de omstandigheden van het geval, waaronder het feit dat de meerderheidsaandeelhouder Colour of the Dream in de persoon van Visser wel geacht kon worden op de hoogte te zijn geweest van de ontwikkeling in de resultaten, had het naar het oordeel van de Ondernemingskamer op de weg van Mojo Theater gelegen om – al dan niet in een algemene vergadering van aandeelhouders – ook de minderheidsaandeelhouder Mojo Works reeds in de loop van 2009 – en niet achteraf in mei 2010 – van die ontwikkeling op de hoogte te stellen. Dit klemmt te meer gelet op hetgeen hierboven is overwogen over de salarisverhoging vanaf 1 januari 2009 en de lening aan zijn echtgenote die ultimo 2009 nog € 35.072 bedroeg.”⁷⁰

Ondanks dat een belangenverstrengeling in deze zaak een prominente rol speelt, lijkt het oordeel van de Ondernemingskamer over het op de ‘hoogte moeten stellen’ van de aandeelhouder toepasbaar op situaties waarin geen sprake is van belangenverstrengeling.⁷¹ Eerder hebben De Groot &

verband van de aandeelhoudersvergadering recht heeft op inlichtingen. Dit onderdeel van paragraaf 2.2.4 is daardoor sterk gerelateerd aan hetgeen in paragraaf 2.2.3 staat. Deze relatie blijkt bijvoorbeeld uit de rechtspraak die wordt behandeld in Leijten 2022, p. 1059-1063; Lennarts 2023, p. 106-121; Haanschoten 2023a, p. 344.

⁶³ Assink/Slagter 2013, p. 702-703; Oosterhoff 2017, p. 268.

⁶⁴ Van der Korst 2022, p. 1085-1086 verwijst naar de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad. Een ander voorbeeld betreft de Bloembollenbedrijf Brouwers-beschikking. Zie Leijten 2022, p. 1061-1063 met verwijzing naar Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2020, *ARO* 2020/87 (*Bloembollenbedrijf Brouwer*), r.o. 3.9.

⁶⁵ HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Cancun*), r.o. 4.7.2.

⁶⁶ Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, *JIN* 2020/43, m.nt. L.Z. Bosman (*Bosal*), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, *ARO* 2020/68 (*Fuelplants*), r.o. 3.15.

⁶⁷ HR 1 maart 2002, *NJ* 2002/296, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Zwagerman Beheer*), r.o. 3.4. De Zwagerman-beschikking wordt in paragraaf 2.3.4.4 uitgebreid behandeld in het kader van belangenverstrengeling.

⁶⁸ In Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2020, p. 105-106 wordt naar beide uitspraken verwezen met name in het kader van het recht van een aandeelhouder op inlichtingen buiten vergadering.

⁶⁹ Volgens Lennarts maakt de Zwagerman-beschikking van de Hoge Raad niet expliciet een koppeling tussen de (zorg)plicht om openheid van zaken te geven en het voorkomen van een ontoelaatbare belangenverstrengeling, waardoor ruimte bestaat voor een informatieplicht zonder dat sprake is van tegenstrijdig belang (Lennarts 2023, p. 108). Leijten heeft deze ruimte overigens eerder geconstateerd, maar laatstgenoemde betwijfelt of de Hoge Raad deze ruimte heeft opengelaten voor gevallen zonder tegenstrijdig belang (Leijten 2022, p. 1064). Niettemin blijkt dat de Ondernemingskamer de gecreëerde ruimte graag gebruikt voor een informatierecht buiten het verband van de algemene vergadering (Vink 2023, p. 147).

⁷⁰ Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2012, *ARO* 2012/28 (*Mojo Theater*), r.o. 3.7.

⁷¹ Oosterhoff 2017, p. 267 verwijst naar de Mojo Theater-beschikking in het licht van het informeren van aandeelhouders vooraf of buiten een vergadering.

Bakker ook geschreven dat het denkbaar is dat de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid leidt tot een verplichting voor het bestuur om spontaan en onmiddellijk de aandeelhoudersvergadering – dan wel alle aandeelhouders – te informeren.⁷²

Meer recent heeft Haanschoten in het kader van zorgplichten geschreven dat het bestaan van een familievennootschap of een jointventureverhouding aanleiding kan vormen voor de vennootschap om uit eigen bewegingen en op vragen van de minderheidsaandeelhouder transparantie te betrachten. Dit geldt des te meer als er sprake is van een transactie met een mogelijk tegenstrijdig belang of als partijen in een ernstig conflict verzeild zijn geraakt.⁷³ Vanwege de voorgaande formulering ontstaat de indruk dat bepaalde omstandigheden kunnen leiden tot de verplichting om ruimhartig en uit eigen beweging ‘informatie’ te verschaffen en dat die verplichting sterker aanwezig is als er sprake is van een tegenstrijdig belang. Deze op rechtspraak gefundeerde beredenering lijkt het vermoeden te bevestigen dat een tegenstrijdig belang niet per se aanwezig hoeft te zijn voor het ontstaan van een (zelfstandige) spontane informatieplicht.⁷⁴

2.2.5 Afrondende opmerkingen

Het voorgaande illustreert dat art. 2:8 BW op verschillende manieren kan terugkomen in geschillen omtrent de informatieverstrekking.⁷⁵ Bij informatieverzoeken moet rekening met de grenzen van art. 2:8 BW worden gehouden. Daarnaast is de voornoemde norm van belang bij het recht van een aandeelhouder om inlichtingen buiten vergadering te verkrijgen. Verder dient het bestuur rekening te houden met de redelijkheid en billijkheid bij het opstellen van de oproepingsbrief en de agenda door op eigen initiatief bepaalde informatie te overleggen. Een spontane informatieplicht kan voor het bestuur onder omstandigheden ook in zijn algemeenheid gelden, waardoor op het bestuur de plicht rust om een aandeelhouder te informeren. Deze plicht is overigens gelet op de rechtspraak – die mede Lennarts behandelt – sterk verweven met het informatierecht van de aandeelhouder buiten vergadering.⁷⁶ Een terugkerende term in dit kader met betrekking tot de informatieverstrekking is dat ‘ruimhartig’ informatie dient te worden verschaft.⁷⁷ Wat ‘ruimhartig’ exact inhoudt, is niet

⁷² De Groot & Bakker 2011, p. 254-255. Een dergelijke verplichting kan volgens hen bijvoorbeeld gelden bij bepaalde majeure ontwikkelingen, zoals onverwachte (schadelijke) geruchten over een aanstaande déconfiture of overname.

⁷³ Haanschoten 2023a, p. 344. Op de voornoemde pagina wordt naar een behoorlijk aantal uitspraken verwezen waarvan de nodige uitspraken uit de periode van 2017 tot en met 2022 dateren. Een groot deel van deze rechtspraak staat mede in Lennarts 2023, p. 109-121.

⁷⁴ Zie in dit verband tevens Peereboom-Bogers & Westra 2022, p. 94.

⁷⁵ Het is overigens opmerkelijk dat Lennarts stelt dat de Ondernemingskamer zich hoofdzakelijk buigt over het recht van aandeelhouders op informatie buiten de vergadering, omdat de rechtspraak van de gewone rechter daarover ‘buitengewoon schaars’ is (Lennarts 2023, p. 122).

⁷⁶ Lennarts 2023, p. 109-127. Het gaat Lennarts namelijk om situaties die een informatieplicht buiten de aandeelhoudersvergadering rechtvaardigt, waardoor de uitspraken zowel betrekking kunnen hebben op buiten de vergadering gevraagde inlichtingen als op informatie die de vennootschap uit eigen beweging (eventueel buiten vergadering) behoort te verstrekken. Daarnaast is de desbetreffende rechtspraak onder andere (deels) waarneembaar in de voetnoten van Leijten 2022, p. 1060-1061; Haanschoten 2023a, p. 344; Vink 2023, p. 147-148.

⁷⁷ Volgens Hezer houdt de reikwijdte van de ruimhartige informatieverstrekking ook verband met de hoedanigheid van de informatiegerechtigde. Wat betreft de term ‘ruimhartig’ zou dat gelden als signaal voor de vennootschap dat zij zich niet te lichtvaardig van die taak kan kwijten, omdat de informatieverstrekking in overeenstemming moet zijn met het redelijke belang van de kapitaalverschaffer (P.L. Hezer, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 25 oktober 2023, *JOR* 2024/89 (*Steenfabriek de Rijswaard*), nr. 6).

geheel duidelijk.⁷⁸ Afrondend is op te merken dat een informatieplicht op grond van art. 2:8 BW zelfs kan gelden voor een ‘dochtervennootschap’ jegens een aandeelhouder van de moedervennootschap.⁷⁹

Als laatste resteert de vraag of art. 2:8 BW leidt tot een informatierecht voor bestuurders onderling. Koelemeijer heeft in 1999 reeds hierover geschreven:

“Zo hebben individuele bestuurders uit hoofde van hun functie tot taak om te participeren in de besluitvorming, hetgeen impliceert dat bestuurders in ieder geval een recht op informatie hebben ter vergadering. Echter, ook buiten de vergadering kan behoefte bestaan aan informatie. Voorafgaande aan de vergadering hebben bestuurders informatie nodig teneinde zich voor te bereiden op onderwerpen die ter vergadering aan de orde zullen komen. Informatie die niet gerelateerd is aan de uitoefening van de functie van een bestuurder, kan achterwege blijven. Het informatierecht van bestuurders vloeit mijns inziens voort uit de redelijkheid en billijkheid.”⁸⁰

Volgens Koelemeijer hebben individuele bestuurders recht op het verkrijgen van informatie van de andere bestuurders, aangezien bestuurders dergelijke informatie nodig hebben om hun taak te kunnen uitoefenen. Ook gaat de *Vulpes*-beschikking van de Ondernemingskamer onder meer over de informatieverstrekking tussen bestuurders, alleen komt art. 2:8 BW niet expliciet in de uitspraak voor.⁸¹ Deze bronnen geven daardoor geen uitsluitsel over de rol van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid bij dergelijke geschillen.⁸²

2.3 Belangenverstrengeling

2.3.1 Inleiding

Samenhangend met het begrip belangenverstrengeling zijn de volgende vier begrippen: (i) direct tegenstrijdig belang, (ii) indirect tegenstrijdig belang, (iii) zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang en (iv) onzuiver kwalitatief tegenstrijdig belang.⁸³ Met een direct tegenstrijdig belang wordt

⁷⁸ Lennarts 2023a, p. 166: “De Ondernemingskamer komt met die ruime formulering (ruimhartig informatie verschaffen) over het verschaffen van openheid omtrent het reilen en zeilen van de vennootschap. Als je puur op die informatieplicht inzoomt en je zou willen weten hoe ver die plicht reikt, dan kom je niet veel verder. Dat heeft met die *ex-post* beoordeling te maken.” Dat een term zoals ‘ruimhartig’ vaag is, heeft Leijten eerder opgemerkt waardoor het voor bestuurders onduidelijk is ‘in hoeverre zij openheid moeten betrachten’ (Leijten 2022, p. 1065). Vink 2023a, p. 168 verschaft enig inzicht in hoe de Ondernemingskamer een beroep op gebrekkige informatieverstrekking behandelt: “De Ondernemingskamer kijkt dan naar twee dingen. Ten eerste: is er aanleiding om een ruimere informatievoorzieningsverplichting aan te nemen? Zijn er bijzondere omstandigheden die zich voordoen waaruit je die informatievoorzieningsverplichting kunt afleiden? Ten tweede: is er ooit gevraagd om informatie? Welke antwoorden zijn er verstrekt? Welke informatie is er niet verkregen? En welke informatie is van belang?”

⁷⁹ Zie hierover de annotatie van Blanco Fernández waarin voornoemde ernaar verwijst dat de voorzieningenrechter een informatieplicht formuleert voor een partij die ‘niet zelf krachtens de wet en statuten bij de organisatie (direct) is betrokken, maar wel behoort tot de kring bedoeld in r.o. 3.7 van het arrest van de Hoge Raad van 22 september 2023 (ECLI:NL:HR:2023:1283 Funda)’. J.M. Blanco Fernández, annotatie bij Rb. Den Haag (vzr.) 15 november 2023, *JOR* 2024/84, nr. 6.

⁸⁰ Koelemeijer 1999, p. 319-320.

⁸¹ Hof Amsterdam (OK) 19 april 2012, *ARO* 2012/62 (*Vulpes*), r.o. 3.4.

⁸² De rol van de redelijkheid en billijkheid blijft onderbelicht in de bestudeerde literatuur met betrekking tot dit specifieke aspect, waardoor geen aanvullende opmerkingen zijn te maken.

⁸³ De betekenis van direct, indirect en kwalitatief tegenstrijdig belang staat in Dorresteyn 1989, p. 11-13 en is deels gebaseerd op hetgeen Freijters daarover heeft geschreven (Freijters 1964, p. 57-59). Overigens maakt Dorresteyn in 1989 niet het onderscheid tussen een zuiver en onzuiver kwalitatief tegenstrijdig belang. Verder volgen

bedoeld dat de bestuurder een rechtstreekse wederpartij is van de vennootschap waarvan diegene bestuurder is. Bij een indirect tegenstrijdig belang is de bestuurder daarentegen niet de rechtstreekse wederpartij, maar staat de bestuurder in een bijzondere verhouding tot de wederpartij. De wederpartij is bijvoorbeeld een familielid of (goede) kennis. Verder is van een kwalitatief tegenstrijdig belang sprake als de bestuurder van de vennootschap tevens in een andere hoedanigheid optreedt bij de wederpartij van de vennootschap. Het sprekendste voorbeeld hiervan is dat de bestuurder van de vennootschap ook bestuurder is van de wederpartij, waardoor de bestuurder in verschillende hoedanigheden een rol vervult. Wanneer de bestuurder een persoonlijk belang heeft in voornoemde situatie, dan spreekt men van een onzuiver kwalitatief tegenstrijdig belang. Als een persoonlijk belang ontbreekt, is sprake van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang.

Bij de voornoemde vier begrippen is telkens sprake van een bestuurder met concrete conflicterende of niet parallel lopende plichten en/of belangen. Als overkoepelende term voor een dergelijke situatie wordt in dit onderzoek de term ‘belangenverstremming’ gehanteerd. Daarover kan vervolgens een geschil ontstaan, omdat een andere partij binnen de vennootschap meent dat de bestuurder onoorbaar heeft gehandeld door een ander belang te laten prevaleren boven het vennootschappelijk belang. In aanvulling hierop wordt meer specifiek het benutten of onbenut laten van *corporate opportunities* mede onder dit type geschil geschaard. Een *corporate opportunity* is volgens Verdam:

“(…) een mogelijkheid voor de vennootschap om een transactie aan te gaan (een business opportunity) die past in het kader van de huidige of in de toekomst te verwachten ondernemingsactiviteiten van de vennootschap, of die anderszins in verband staat met de activiteiten van de vennootschap.”⁸⁴

Indien de bestuurder een *corporate opportunity* van de vennootschap ontnemt, zou dat in strijd met de redelijkheid en billijkheid kunnen zijn.⁸⁵ Verder zal het bij dit gevalstype veelal gaan om een aandeelhouder – met eventueel een bestuursfunctie (in het verleden) – die suggereert dat een bestuurder – die eventueel ook (meerderheids)aandeelhouder is – onjuist heeft gehandeld wegens belangenverstremming. Om dit type geschil te verduidelijken is de volgende paragraafindeling opgesteld: wettelijke tegenstrijdigbelangregeling voor 2013 (paragraaf 2.3.2), wettelijke tegenstrijdigbelangregeling vanaf 2013 (paragraaf 2.3.3), de ontwikkelingen binnen en naar aanleiding van het enquêterecht (paragraaf 2.3.4) en terugblik (paragraaf 2.3.5).⁸⁶

de hierna geformuleerde definities uit Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-III 2019, nr. 222 (zie de hoofdtekst voor de definities).

⁸⁴ Verdam 1995, p. 1. Zie recenter over het definiëren van *corporate opportunities* Van Leeuwen 2015, p. 56-60.

⁸⁵ In Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2020, p. 104 staat dat de zorgplicht – die op art. 2:8 BW is gebaseerd – jegens minderheidsaandeelhouders een belangrijke rol kan spelen bij *corporate opportunities*. Zie hierover ook Uniken Venema 1980, p. 179-180; Goedèl 2002, p. 67-69; Van Leeuwen 2015, p. 56-60; Hanegraaf 2020a, p. 39; Senden 2023, p. 58-59.

⁸⁶ In dit hoofdstuk wordt overigens vanwege de reikwijdte van het onderzoek niet ingegaan op ‘transacties met verbonden partijen’ zoals in art. 2:167 e.v. BW, art. 2:381 lid 3 BW, de *International Accounting Standard 24* (IAS 24) en de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving (meer specifiek RJ 330). Zie bijvoorbeeld voor meer informatie daarover Groenland 2020, p. 759-777; De Jongh 2019c, p. 894-898.

2.3.2 Wettelijke tegenstrijdigbelangregeling voor 2013

De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling beperkte van 1928 tot 2013 de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur.⁸⁷ Deze regeling stond eerst in het Wetboek van Koophandel en is na inwerkingtreding van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 vervolgens in art. 2:256 BW gecodificeerd voor de BV. In deze bepaling stond:

“Tenzij bij de statuten anders is bepaald, wordt de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen. De algemene vergadering is steeds bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen.”⁸⁸

De wettelijke bepaling had – zoals de daaraan voorafgaande bepaling – als uitgangspunt dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur werd beperkt in geval van tegenstrijdig belang.⁸⁹ De wetteksten van de vervallen bepalingen – art. 51 WvK en art. 2:256 BW – maken echter niet inzichtelijk wanneer er sprake is van een tegenstrijdig belang. Initieel viel slechts een direct tegenstrijdig belang onder de wettelijke bepaling in het Wetboek van Koophandel.⁹⁰ Niettemin schrijft De Jongh dat destijds door de introductie van het begrip ‘tegenstrijdig belang’ de mogelijkheid is geopend ‘dat dit begrip na verloop van tijd een andere inhoud zou kunnen krijgen’.⁹¹ Dit blijkt ook uit het Maas-arrest van de Hoge Raad waarin een indirect tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van art. 51 WvK wordt geschaard.⁹² Of hetzelfde geldt voor een kwalitatief tegenstrijdig belang, is geruime tijd onduidelijk gebleven en daarover heeft dan ook de nodige discussie bestaan. Van der Grinten en Sanders & Westbroek betogen dat er slecht sprake is van een tegenstrijdig belang als de bestuurder een persoonlijk belang heeft.⁹³ Daarentegen betogen Löwensteyn & Baggerman dat een kwalitatief tegenstrijdig belang binnen de reikwijdte van de wettelijke bepaling valt.⁹⁴ Dorresteyn geeft een uiteenzetting van de verschillende standpunten en schrijft dat het beperkte toepassingsgebied van de wettelijke regeling – gelet op de bedoeling van de wetgever – een tekortkoming is, waardoor een kwalitatief tegenstrijdig belang niet tot de reikwijdte van de wettelijke regeling behoort.⁹⁵

⁸⁷ Zie Dorresteyn 1989, p. 1-60 en De Jongh 2019b, p. 9-75 voor extensieve uiteenzettingen van de geschiedenis van het ‘tegenstrijdig belang’.

⁸⁸ De door Dorresteyn beschreven wetsgeschiedenis maakt inzichtelijk dat sinds 1925 de strekking van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling grotendeels onveranderd is gebleven, aangezien daarin de (uiteindelijke) in art. 51 WvK gecodificeerde bepaling staat beschreven: “Tenzij bij de akte van oprichting anders is bepaald, wordt de naamloze vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen (...). De algemene vergadering is steeds bevoegd één of meer andere personen daartoe aan te wijzen.” Dorresteyn 1989, p. 29-30.

⁸⁹ Gelet op het feit dat de strekking van de in het Wetboek van Koophandel gecodificeerde tegenstrijdigbelangregeling hetzelfde was, was destijds eveneens sprake van een regeling die leidde tot een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid (Dorresteyn 1989, p. 29-30).

⁹⁰ Dorresteyn 1989, p. 31-32; De Jongh 2019b, p. 31.

⁹¹ De Jongh 2019b, p. 31.

⁹² HR 14 november 1940, NJ 1941/321 (*Maas/Amazonie*).

⁹³ Van der Heijden/Van der Grinten 1984, p. 528; Sanders & Westbroek 1988, p. 176-177. In de latere door Buijn & Storm bewerkte editie van ‘BV en NV’ staat op basis van nieuwe rechtspraak dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur kan vervallen in geval van een kwalitatief tegenstrijdig belang (Sanders/Westbroek/Buijn & Storm 2005, p. 175).

⁹⁴ Dorresteyn 1989, p. 44 verwijst naar Löwensteyn & Baggerman, *Rechtspersonen*, art. 146, aant. 2.

⁹⁵ Dorresteyn 1989, p. 52.

In de jaren 90 van de vorige eeuw bestond er – zoals volgt uit de vorige alinea – de nodige onduidelijkheid over de reikwijdte van de tegenstrijdigbelangregeling. Een (voorzichtige) verschuiving lijkt hierna plaats te vinden wanneer Maeijer – naar aanleiding van het White Products-arrest⁹⁶ – meent dat een kwalitatief tegenstrijdig belang onder art. 2:146/256 BW valt als er sprake is van ‘verwevenheid met een persoonlijk tegenstrijdig indirect belang van de bestuurder’ (onzuiver kwalitatief tegenstrijdig belang).⁹⁷ In de daaropvolgende jaren blijft de discussie levendig door onder meer het Duplicado-arrest van de Hoge Raad waarin voor een ruimere reikwijdte van de wettelijke bepaling wordt gekozen.⁹⁸ Verdam gaat op basis van dit arrest – en de Mediasafe-arresten⁹⁹ – ervan uit dat de Hoge Raad een kwalitatief tegenstrijdig belang schaaft onder de wettelijke regeling.¹⁰⁰ Voorzichtiger hierover is Dorrestejn. Laatstgenoemde meent dat een onzuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de regeling valt en dat men niet kan uitsluiten dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang er niet onder valt. De achterliggende gedachte is dat de Hoge Raad telkens geschillen heeft beslecht waarin de bestuurder ook een privébelang heeft, waardoor het volgens Dorrestejn ‘inconsequent zou zijn als de Hoge Raad de beschermingsgedachte voor gevallen van kwalitatief tegenstrijdig belang overbodig zou achten.’¹⁰¹ Dortmund & Timmerman delen beide visies niet en schrijven dat een opzichzelfstaand kwalitatief tegenstrijdig belang geen rol speelt bij de wettelijke bepaling. De wettelijke bepaling is namelijk bedoeld om het risico te verminderen dat de bestuurder een persoonlijk belang laat prevaleren boven het vennootschappelijk belang.¹⁰² Vervolgens is het Bruil-arrest – dat bijna drie jaar na het Duplicado-arrest is gepubliceerd – voor de ontwikkeling van het begrip tegenstrijdig belang essentieel, aangezien daarin staat:

“(…) De strekking van art. 2:256 BW is te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen (HR 9 juli 2004, nr. C03/057, NJ 2004, 519). Deze bepaling strekt in de eerste plaats tot bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder de bevoegdheid te ontzeggen de vennootschap te vertegenwoordigen als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. Voor de toepassing van art. 2:256 is niet vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende 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

⁹⁶ Hof 's-Hertogenbosch 25 april 1990, NJ 1991/136 (*White Product*).

⁹⁷ Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 392.

⁹⁸ HR 9 juli 2004, NJ 2004/519, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Duplicado*), r.o. 3.5.2.

⁹⁹ HR 22 maart 1996, NJ 1996/568, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Mediasafe I*); HR 11 september 1998, NJ 1999/171, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Mediasafe II*).

¹⁰⁰ In voetnoot 18 schrijft Verdam 2005, p. 506: “Ervan uitgegaan mag worden dat ook gevallen van een kwalitatief tegenstrijdig belang (de bestuurder vervult ook een functie bij de andere vennootschap, bijvoorbeeld als bestuurder of commissaris) onder de wettelijke tegenstrijdig belang regeling vallen, gezien de formulering van de HR die spreekt van een derde tot wie de bestuurder “in een bijzondere verhouding staat” (*Mediasafe-arresten*) resp. een andere vennootschap waarbij de bestuurder “nauw betrokken is” (*Duplico-arrest*).”

¹⁰¹ Dorrestejn 2006, p. 19.

¹⁰² Dortmund & Timmerman baseren hun standpunt op arresten van de Hoge Raad (Dortmond & Timmerman 2006, p. 18). Dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de reikwijdte van de wettelijke regeling zou vallen in tegenstelling tot een onzuiver kwalitatief tegenstrijdig belang, is ook af te leiden uit hetgeen Leijten daarover schrijft (Leijten 2006, p. 374-375).

bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval.”¹⁰³

Uit het voorgaande volgt dat er sprake is van een tegenstrijdig belang ‘als de bestuurder door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang, niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.’¹⁰⁴ Of daadwerkelijk van een tegenstrijdig belang sprake is, dient volgens de Hoge Raad beoordeeld te worden op basis van alle relevante omstandigheden van het concrete geval.¹⁰⁵ Deze uitspraak heeft de discussie niet beslecht wat betreft de vraag of beide varianten van een kwalitatief tegenstrijdig onder de wettelijke bepaling vallen.¹⁰⁶ Leijten en Van Solinge & Nieuwe Weme vinden het enigszins verwarrend dat in het oordeel van de Hoge Raad staat; ‘door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander’. Hetgeen na ‘of’ staat, kan immers duiden op een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang, maar voornoemde auteurs veronderstellen dat de Hoge Raad aansluit bij de conclusie van A-G Timmerman waardoor daarop niet zou worden gedoeld.¹⁰⁷ Timmerman schrijft namelijk in zijn conclusie – samengevat en geparafraseerd – dat op basis van de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur enkel sprake is van een tegenstrijdig belang als er een persoonlijk/eigen belang van de bestuurder bij is betrokken.¹⁰⁸ Verder gaan Raaijmakers & Van der Sangen ervan uit dat na Bruil een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet meer volstaat voor toepassing van art. 2:256 BW.¹⁰⁹ Eenzelfde opvatting hebben Assink en Dortmund ten aanzien van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang.¹¹⁰

Naar aanleiding van het Bruil-arrest lijkt – ondanks enige twijfel bij sommigen – de algemene consensus te zijn dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de wettelijke regeling valt. In latere literatuur wordt echter de eerdergenoemde reikwijdte van het tegenstrijdig belang begrip heroverwogen. Onder meer Leijten, Stokkermans, Bartman & Dorresteyn, De Jongh,

¹⁰³ HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bruil*), r.o. 3.4.

¹⁰⁴ Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 402.

¹⁰⁵ Deze rechtsregel is binnen één jaar herhaald in HR 29 februari 2008, *NJ* 2008/144 (*Café Bar Caribbean*), r.o. 3.5. Verder is deze rechtsregel in 2011 herhaald en aangescherpt in HR 10 oktober 2011, *NJ* 2012/110, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Welie/M.E. Beheer*), r.o. 3.5.2-3.5.4.

¹⁰⁶ Schild betoogt dat na Bruil het eerder vertroebelend dan verhelderend werkt om een onderscheid te maken tussen direct, indirect en kwalitatief tegenstrijdig belang (Schild 2007c, p. 184). Naar aanleiding van Bruil – en de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling – komen onder meer Rensen, De Jongh en Saleminck & Nieuwe Weme tot de conclusie dat de begrippen direct, indirect en kwalitatief tegenstrijdig belang ‘hun onderscheidende betekenis hebben verloren’ (Rensen 2013, p. 459; De Jongh 2019a, p. 361; Saleminck & Nieuwe Weme 2022, p. 587). Verder schrijft Assink dat de verschillende kwalificaties niet als absoluut moeten worden beschouwd, aangezien leidend is of het beoordelingsvermogen van de bestuurder is vertroebeld door een persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het vennootschappelijk belang (Assink/Slagter 2013, p. 968). Niettemin blijven de verschillende begrippen voor de uiteenzetting van dit kader gehanteerd worden, omdat het verduidelijkend werkt bij het beschrijven van tegengestelde opvattingen en gelet op het feit dat sommigen de begrippen blijven hanteren.

¹⁰⁷ A.F.J.A. Leijten, annotatie bij HR 29 juni 2007, *JOR* 2007/169 (*Bruil*), nr. 10; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 402. Lennarts & Boschma 2008, p. 727 sluiten aan bij Leijten en veronderstellen dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de wettelijke bepaling valt, maar op basis van de overwegingen van de Hoge Raad kan volgens hen daarover geen uitsluitsel worden gegeven.

¹⁰⁸ Conclusie A-G Timmerman voor HR 29 juni 2007 (ECLI:NL:HR:2007:BA0033), ECLI:NL:PHR:2007:BA0033 (*Bruil*), nr. 3.39-4.42. Deze opvatting komt ook terug in de oratie van Timmerman 2009, p. 6-7.

¹⁰⁹ Raaijmakers & Van der Sangen 2011, p. 118-119. Zie in vergelijkbare zin Raaijmakers 2015, p. 361.

¹¹⁰ Assink/Slagter 2013, p. 974; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, p. 595.

Oostwouder & Spronk, Sinninghe Damsté & De Bruijn en De Roo betogen dat een (zuiver) kwalitatief tegenstrijdig belang binnen de definitie van het ‘tegenstrijdig belang’ valt zoals uiteengezet in Bruil.¹¹¹ De voornaamste reden hiervoor is dat de Hoge Raad oordeelt – zoals reeds beschreven – dat een bestuurder ook een tegenstrijdig belang kan hebben ‘door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang’.¹¹² Hierbij wordt een link met de Versatel III-beschikking gelegd, omdat daarin een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang centraal staat en de Hoge Raad in zijn oordeel verwijst naar Bruil.¹¹³ Het voorgaande is echter niet onomstreden.¹¹⁴ Niettemin lijkt het ondertussen gangbaar om te stellen dat de reikwijdte van Bruil ruim moet worden geïnterpreteerd.¹¹⁵

Nu het begrip tegenstrijdig belang is verduidelijkt, kan bij een ander element van art. 2:256 BW (oud) worden stilgestaan. In deze bepaling stond eveneens dat de algemene vergadering bevoegd is om een of meer andere personen aan te wijzen om de vennootschap te vertegenwoordigen als een of meer bestuurders met een tegenstrijdig belang wordt geconfronteerd. Deze aanwijzingsbevoegdheid was van dwingend recht¹¹⁶ en in geval van tegenstrijdig belang was een uitdrukkelijk aanwijzingsbesluit van de aandeelhoudersvergadering vereist.¹¹⁷ Op grond van de strekking van de wettelijke bepaling heeft de Hoge Raad in het Joral-arrest overwogen dat in ‘tegenstrijdig-belang-situaties van het bestuur mag worden verwacht dat het de verschillende belangen gescheiden houdt en dat het zo veel mogelijk zorgvuldigheid en openheid betracht.’ Daarnaast staat in het arrest dat gelet op deze strekking in het algemeen op het bestuur de plicht zal rusten ‘om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat zij in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen.’¹¹⁸ Het bestaan van een tegenstrijdig belang brengt daardoor mee dat het bestuur de algemene vergadering tijdig – voorafgaand aan de transactie¹¹⁹ – moet informeren over het tegenstrijdig belang, zodat de aandeelhoudersvergadering haar aanwijzingsbevoegdheid kan uitoefenen.¹²⁰

¹¹¹ A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam 22 september 2015, *JOR* 2016/117 (*Hartman & Visser*), nr. 11 en 13; Leijten 2022, p. 1052; Stokkermans 2017, p. 945; Bartman & Dorresteyn 2018, p. 918; De Jongh 2019a, p. 360-361; Oostwouder & Spronk 2019, p. 18; Sinninghe Damsté & De Bruijn 2021, p. 162-165; De Roo 2021, p. 88-90.

¹¹² HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bruil*), r.o. 3.4.

¹¹³ HR 14 september 2007, *NJ* 2007/612, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Versatel III*), r.o. 4.3.

¹¹⁴ In Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 221 is onveranderd blijven staan dat de auteurs veronderstellen dat de Hoge Raad aansluit bij de conclusie van A-G Timmerman.

¹¹⁵ In lijn hiermee heeft Bartman in een recente(re) annotatie geschreven dat de Hoge Raad in het (nieuwe) M.E. Beheer-arrest lijkt te willen benadrukken dat het kwalitatief tegenstrijdig belang valt onder de reikwijdte van de wettelijke regeling (S.M. Bartman, annotatie bij HR 17 maart 2023, *JOR* 2023/174 (*M.E. Beheer*), nr. 9-11).

¹¹⁶ Dorresteyn 2005, p. 25 met verwijzing naar Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 296; Van Schilfgaarde/Winter 2003, p. 201; HR 3 mei 2002, *NJ* 2002/393, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Brandao/Joral*), r.o. 3.5.2.

¹¹⁷ Dorresteyn 2005, p. 25; Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2009, p. 244; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 406. Voornoemde bronnen verwijzen naar HR 9 juli 2004, *NJ* 2004/519, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Duplicado*).

¹¹⁸ HR 3 mei 2002, *NJ* 2002/393, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Brandao/Joral*), r.o. 3.5.2.

¹¹⁹ Van der Sangen 2010, p. 47. Op de pagina's 45 tot en met 47 van de voornoemde bron wordt overigens de nodige rechtspraak van vóór het Bruil-arrest behandeld, waarvan een deel reeds aan bod is gekomen in deze paragraaf. Dat de informatiestrekking voorafgaand aan de transactie moet geschieden, is verder begrijpelijk aangezien de meerwaarde van de aanwijzingsbevoegdheid anders beperkt is. Zie in dit verband mede Blanco Fernández 2008, p. 419 die schrijft dat het Joral-arrest eisen stelt aan het bestuurshandelen in de besluitvormingsfase.

¹²⁰ Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2009, p. 244; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 407; De Jongh 2019b, p. 41. Deze bronnen verwijzen naar het Joral-arrest en HR 21 maart 2008, *NJ* 2008/297, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Nieuwe Steen/Uoti*), r.o. 3.4.

Blijkens de conclusie van Bakels zouden de zojuist aangehaalde gedragsnormen uit het Joral-arrest op de redelijkheid en billijkheid zijn gebaseerd.¹²¹ Dit zou aansluiten bij de Linders/Hofstee-regels van de Ondernemingskamer die mede op art. 2:8 BW zijn gebaseerd en waarop de eerste gedragsnorm uit het Joral-arrest lijkt te zijn gebaseerd.¹²² Verder stelt Van den Ingh dat de Hoge Raad het ‘betrachten van openheid en zorgvuldigheid’ laat volgen uit art. 2:256 BW, maar dat het ‘aantrekkelijker’ is om deze procedurele normen – overeenkomstig het standpunt van Maeijer – uit art. 2:8 BW te laten voortvloeien.¹²³ Hierbij sluit Honée zich aan in zijn noot bij het Joral-arrest.¹²⁴ Wel zoekt Van den Ingh aansluiting bij Van Schilfgaarde wat betreft dat de plicht om de algemene vergadering tijdig te informeren afkomstig is uit de wettelijke bepaling in tegenstelling tot uit art. 2:8 BW zoals Maeijer stelt.¹²⁵ In tegenstelling tot voornoemde auteurs is Bosse minder terughoudend door te stellen dat het niet in acht nemen van de regels uit het Joral-arrest in strijd is met de redelijkheid en billijkheid of de wettelijke bepaling.¹²⁶ Recenter schrijven De Jongh en Leijten over dit onderwerp dat de Hoge Raad de eerdergenoemde gedragsnorm uit de strekking van de (toenmalige) wet heeft afgeleid.¹²⁷ Een soortgelijk standpunt heeft Wareman. Laatste stelt wel dat de Hoge Raad middels het Joral-arrest bevestigt dat de op art. 2:8 BW gebaseerde Linders/Hofstee-regels ‘ook van toepassing zijn buiten het enquêterecht bij toepassing van de wettelijke tegenstrijdigbelangbepalingen.’¹²⁸ (Nog) duidelijker over de rol van art. 2:8 BW zijn Van Solinge & Nieuwe Weme:

“Art. 2:146/256 BW heeft primair betrekking op vertegenwoordigingshandelingen en geldt slechts voor bestuurders. Ook bij besluitvorming binnen de vennootschap kunnen echter tegenstrijdige belangen spelen. De betrokkenen dienen dan op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) bepaalde zorgvuldigheidsnormen in acht te nemen. Dit vloeit voort uit de strekking van art. 2:146/256 BW. (...) In HR 3 mei 2002 (r.o. 3.5.2), NJ 2002, 393; JOR 2002/111 (Brandao/Joral) is bepaald dat op grond van de strekking van art. 2:146/256 BW in tegenstrijdig belang-situaties van het bestuur zal mogen worden verwacht dat het de verschillende belangen gescheiden houdt en dat het zoveel mogelijk zorgvuldigheid en openheid betracht. (...)”¹²⁹

Met inachtneming hiervan vormt de basis van de zorgvuldigheidsnormen art. 2:8 BW. Of het vervolgens correct is om de door de Hoge Raad geformuleerde gedragsnorm in het licht van de redelijkheid en billijkheid te plaatsen is echter niet met volle overtuiging te concluderen, aangezien de Hoge Raad daar niet expliciet naar verwijst. Wel kan met (enige) overtuiging worden beargumenteerd dat de Hoge Raad zich heeft laten inspireren door de Linders/Hofstee-beschikking waarin de

¹²¹ Conclusie A-G Bakels voor HR 3 mei 2002 (ECLI:NL:HR:2002:AD9618), ECLI:NL:PHR:2002:AD9618 (*Brandao/Joral*), nr. 2.12 en 2.18.

¹²² Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, NJ 1984/481, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Linders/Hofstee*). Deze uitspraak – en een aantal daaraan gerelateerde uitspraken van de Ondernemingskamer – wordt in paragraaf 2.3.4 uiteengezet. Onder meer Assink benoemt dat de Hoge Raad in het Joral-arrest in wezen de ingezette lijn van de Ondernemingskamer bevestigt (Assink 2016, p. 145). Zie in soortgelijke zin: Dorresteyn 2002, p. 40-41; Leijten 2006, p. 373; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 410; De Jongh 2019c, p. 893; A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, JOR 2022/56 (*Linders/Hofstee*), nr. 13-16.

¹²³ F.J.P. van den Ingh, annotatie bij HR 3 mei 2002, JOR 2002/111 (*Brandao/Joral*), nr. 3-4.

¹²⁴ M.E. Honée, annotatie bij HR 3 mei 2002, *Ondernemingsrecht* 2002/38 (*Brandao/Joral*).

¹²⁵ F.J.P. van den Ingh, annotatie bij HR 3 mei 2002, JOR 2002/111 (*Brandao/Joral*), nr. 4. Zie verder Van Schilfgaarde/Winter 2001, p. 203 alsmede Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 394 met verwijzing naar Dorresteyn 1989, p. 56 en 84.

¹²⁶ Bosse 2002, p. 723.

¹²⁷ De Jongh 2019c, p. 893, voetnoot 11; Leijten 2022, p. 1048-1049.

¹²⁸ Wareman 2022, p. 250.

¹²⁹ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 410.

Ondernemingskamer op basis van art. 2:8 BW gedragsnormen formuleert. Dat art. 2:256 BW uiteindelijk – zoals in paragraaf 2.3.3 staat – is komen te vervallen, betekent niet dat het Joral-arrest zijn relevantie heeft verloren onder het huidige recht.¹³⁰ Hierdoor valt te verdedigen dat het bestuur voorafgaand aan de transactie de medebestuurder(s) – en mogelijk zelfs de aandeelhoudersvergadering – moet informeren over het tegenstrijdig belang.¹³¹

2.3.3 Wettelijke tegenstrijdigbelangregeling vanaf 2013

Door inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht is art. 2:256 BW komen te vervallen, waardoor een bestuurder met een tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd is.¹³² In het vanaf 1 januari 2013 in werking getreden art. 2:239 lid 6 BW staat:

“Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.”¹³³

De bestuurder met een direct of indirect persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het vennootschappelijk belang, mag op grond van art. 2:239 lid 6 BW niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Dit wordt de onthoudingsregel genoemd.¹³⁴ De onthoudingsregel geldt volgens de wettekst alleen voor bestuurders – of commissarissen – met een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang.¹³⁵ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat aansluiting bij het Bruil-arrest is gezocht, waardoor volgens de minister een ‘zuiver kwalitatief belang’ niet leidt tot toepassing van de onthoudingsregel.¹³⁶ Uit paragraaf 2.3.2 is echter gebleken dat auteurs sinds 2015 met enige regelmaat de strekking van Bruil ruimer beschouwen.¹³⁷ Hierdoor zou een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang behoren tot hetgeen wat volgens de Hoge Raad als tegenstrijdig belang wordt beschouwd. De Jongh gaat naar aanleiding daarvan verder en betoogt dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van art. 2:239 lid 6 BW valt, omdat de minister naar het

¹³⁰ Helder 2016, p. 15; Koelemeijer 2018, p. 59, voetnoot 16.

¹³¹ In dit kader is de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II 2008-2009*, 31 763, nr. 3, p. 13) over de huidige tegenstrijdigbelangregeling – zie paragraaf 2.3.3 – relevant waarin staat: “Voor dit systeem is vereist dat de vennootschap op de hoogte raakt van het tegenstrijdig belang. In beginsel ligt het op de weg van de betreffende bestuurder om melding te maken van een mogelijk tegenstrijdig belang.” Gelet hierop lijkt er een informatie-/meldplicht te bestaan wat zou aansluiten bij de gedragsnorm voortvloeiende uit het Joral-arrest. Deze verwijzing naar de wetsgeschiedenis is waarneembaar in Van der Sangen 2010, p. 44, voetnoot 3. Verder verwijst De Jongh naar dezelfde wetsgeschiedenis in het kader van het uiteenzetten van de huidige wettelijke tegenstrijdigbelangregeling. Daaruit herleidt De Jongh dat ‘een geconflicteerde bestuurder zijn tegenstrijdig belang zo snel mogelijk moet melden bij zijn medebestuurders’ (De Jongh 2019c, p. 892).

¹³² In de wetsgeschiedenis is de voorgestelde wijziging reeds in 2008 waarneembaar (*Kamerstukken II 2008-2009*, 31 763, nr. 3, p. 12).

¹³³ *Stb.* 2011, 275, p. 5.

¹³⁴ Zie bijvoorbeeld Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 226; De Jongh 2019b, p. 46; Leijten 2019, p. 429.

¹³⁵ De onthoudingsregel voor bestuurders van een BV is in art. 2:239 lid 6 BW gecodificeerd en voor commissarissen in art. 2:250 lid 5 BW.

¹³⁶ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 763, nr. 6, p. 18.

¹³⁷ A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam 22 september 2015, *JOR* 2016/117 (*Hartman & Visser*), nr. 11 en 13; Leijten 2022, p. 1052; Stokkermans 2017, p. 945; Bartman & Dorresteyn 2018, p. 918; De Jongh 2019a, p. 360-361; Oostwouder & Spronk 2019, p. 18; Sinnighe Damsté & De Bruijn 2021, p. 162-165; De Roo 2021, p. 88-90; Terstegge 2022, p. 116-117.

Bruil-arrest verwijst en spreekt van een ‘zuiver kwalitatief belang’ in plaats van ‘zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang’.¹³⁸ Andere auteurs lijken op dit punt behoudender te zijn.¹³⁹ Overigens strekt de onthoudingsregel zich volgens de wetsgeschiedenis¹⁴⁰ enkel uit over de formele beraadslaging, maar volgens De Jongh zou een ruimere verplichting tot onthouding kunnen voortvloeien uit art. 2:8 en 2:9 BW.¹⁴¹ Gelet op de voorgaande onduidelijkheid is niet met zekerheid te stellen of een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de huidige wettelijke regeling valt. Daarentegen bestaat overeenkomstig de door De Jongh genoemde rechtspraak wel de mogelijkheid dat een (ruimere) onthoudingsregel geldt op grond van art. 2:8 BW, waardoor een bepaalde onthoudingsregel – met een soortgelijke strekking als de wettelijke bepaling – kan gelden in geval van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang.

Hoewel de indruk kan bestaan dat de redelijkheid en billijkheid geen noemenswaardige rol speelt bij de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling gelet op de wetsgeschiedenis en rechtspraak van de Hoge Raad,¹⁴² leidt de rechtspraak van de Ondernemingskamer – die hieronder in paragraaf 2.3.4 wordt uiteengezet – tot een andere impressie zoals beschreven aan het einde van de vorige alinea. Art. 2:8 BW geldt immers onder omstandigheden als grondslag voor een (ruimere) onthoudingsregel.

2.3.4 De ontwikkelingen binnen en naar aanleiding van het enquêterecht

2.3.4.1 Inleiding

In paragraaf 2.3.4.2 wordt allereerst ingegaan op de zogeheten Linders/Hofstee-regels. Daarna wordt in paragraaf 2.3.4.3 op de verhouding tussen de Linders/Hofstee-regels en de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling ingegaan. Vervolgens staat in paragraaf 2.3.4.4 de zorgvuldigheidsplicht centraal die voortvloeit uit de Zwagerman-zaak en nauwe verwantschap vertoont met de Linders/Hofstee-regels.

2.3.4.2 De Linders/Hofstee-regels

In de Linders/Hofstee-beschikking¹⁴³ heeft de Ondernemingskamer belangrijke zorgvuldigheidsregels geformuleerd waarmee rekening dient te worden gehouden indien er sprake is van een tegenstrijdig belang.¹⁴⁴ De Ondernemingskamer oordeelt:

¹³⁸ Zie De Jongh 2019a, p. 359-361 voor de uitgebreide daaraan ten grondslag liggende beredenering. Salemink & Nieuwe Weme zijn terughoudender, maar zij vinden dat het uitsluiten van een kwalitatief tegenstrijdig belang niet past bij de strekking van de regeling (Salemink & Nieuwe Weme 2022, p. 585-586).

¹³⁹ Stokkermans betoogt bijvoorbeeld resoluut – ondanks de ruimere definitie van Bruil – dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de wettelijke regeling valt gelet op de wetsgeschiedenis. Niettemin lijkt laatstgenoemde geen bezwaar te hebben tegen een ruimer toepassingsbereik (Stokkermans 2017, p. 945). Leijten daarentegen gaat een stap verder door te willen dat de wetgever alsnog de onthoudingsregel laat gelden voor een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang (Leijten 2019, p. 438). Wel is Leijten kritisch op de argumentatie van De Jongh, omdat volgens Leijten de minister ‘uiteraard’ doelde op een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang ondanks dat in de wetsgeschiedenis ‘zuiver kwalitatief belang’ staat (Leijten 2022, p. 1072-1073).

¹⁴⁰ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 763, nr. 6, p. 20.

¹⁴¹ De Jongh 2019a, p. 363 verwijst hierbij naar Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, *ARO 2017/75 (TMG)*; Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, *ARO 2018/53 (Intergamma)*.

¹⁴² Rechtspraak van de Hoge Raad ontbreekt namelijk op dit terrein.

¹⁴³ Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, *NJ 1984/481*, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Linders/Hofstee*).

¹⁴⁴ Dorresteyn 1989, p. 62; De Jongh 2019b, p. 61-62.

“Bij een tegenstrijdig belang is het van grote betekenis dat de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze gescheiden worden gehouden. Het betrachten van een zo groot mogelijke openheid is daarvoor een waarborg. Inschakeling van deskundige derden kan gewenst en onder omstandigheden geboden zijn. In een geval als het onderhavige waarin de ondernemingsleiding voor de voorgenomen transactie — zij het onverplicht — de goedkeuring heeft willen verkrijgen van de algemene vergadering van aandeelhouders, dient aan aandeelhouders tijdig die informatie te worden verstrekt die zij redelijkerwijs voor het vormen van een verantwoord oordeel over die transactie nodig hebben. Dit kan met zich brengen dat de te verstrekken informatie niet slechts mondeling doch ook schriftelijk wordt gegeven. De redelijkheid en billijkheid die ten aanzien van aandeelhouders in acht moet worden genomen kan daartoe verplichten.”¹⁴⁵

In geval van een tegenstrijdig belang is het dus essentieel de belangen op zorgvuldige wijze te scheiden.¹⁴⁶ De Ondernemingskamer formuleert drie zorgvuldigheidsregels (gedragsregels) in het licht van het zojuist genoemde uitgangspunt. (i) Om het op zorgvuldige wijze gescheiden houden van de belangen te waarborgen dient een zo groot mogelijke openheid te worden betracht.¹⁴⁷ (ii) Ook kan het wenselijk zijn om een deskundige derden in te schakelen en onder omstandigheden kan dat vereist zijn. (iii) Als laatste moet tijdig informatie aan de algemene vergadering van aandeelhouders worden verstrekt als het bestuur goedkeuring heeft willen verkrijgen van de algemene vergadering voor de voorgenomen transactie, zodat de algemene vergadering een verantwoord oordeel over de transactie kan vormen. Overigens kan de redelijkheid en billijkheid ertoe verplichten dat de informatie niet slechts mondeling maar eveneens schriftelijk wordt verstrekt.

Doordat de Ondernemingskamer de redelijkheid en billijkheid specifiek bij de laatste zorgvuldigheidsregel betreft, ontstaat de indruk dat die norm enkel daarbij van belang is.¹⁴⁸ Maeijer en Dorresteyn beschouwen echter de drie zorgvuldigheidsregels als een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁴⁹ In de Ogem-beschikking verduidelijkt de Ondernemingskamer vervolgens dat de Linders/Hofstee-regels ook gelden in de voorbereidings- en uitvoeringsfase.¹⁵⁰ Verder vraagt Dorresteyn zich na het uiteenzetten van de Linders/Hofstee- en Ogem-beschikkingen af wat het toepassingsgebied is van de geformuleerde zorgvuldigheidsregels, omdat de Ondernemingskamer de

¹⁴⁵ Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, *NJ* 1984/481, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Linders/Hofstee*), r.o. 4.

¹⁴⁶ Zoals Maeijer – in zijn annotatie onder de Linders/Hofstee-beschikking – en Dorresteyn 1989, p. 63 opmerken heeft de Ondernemingskamer in 1978 reeds in een andere context geoordeeld dat de belangen van de vennootschap en het bestuur op zorgvuldige wijze gescheiden moeten worden gehouden (Hof Amsterdam (OK) 21 september 1978, *NJ* 1979/403, m.nt. J.M.M. Maeijer).

¹⁴⁷ Volgens Leijten brengen de Linders/Hofstee-regels mee dat maximale openheid moet worden betracht met betrekking tot de conflicterende belangen om het zorgvuldig gescheiden houden van de belangen te waarborgen (Leijten 2022, p. 1065). Ook interessant is hetgeen Haanschoten – met verwijzing naar diverse rechtspraak – schrijft: “Indien een bestuurder een (mogelijk) direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang heeft, dient hij tijdig en op controleerbare wijze een zo groot mogelijke openheid te betrachten over (de aard van) het belangenconflict waarmee hij te maken heeft. Onder bijzondere omstandigheden kan zelfs worden verlangd dat het bestuur volledige openheid betracht richting de minderheidsaandeelhouder.” Gelet hierop is het tijdig en op controleerbare wijze verstrekken van informatie van belang (Haanschoten 2023a, p. 344). Zie ook Peereboom-Bogers & Westra 2022, p. 95-98.

¹⁴⁸ Zie ook Croiset van Uchelen 2018, p. 10.

¹⁴⁹ Dorresteyn 1989, p. 63; J.M.M. Maeijer, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, *NJ* 1984/481 (*Linders/Hofstee*), nr. 1. Deze gedachtegang kan als correct worden beschouwd gelet op de daarna verschenen publicaties waarin hetzelfde standpunt wordt ingenomen. Enkele willekeurige voorbeelden daarvan zijn: Van den Ingh 1994, p. 18-19; Koelemeijer 2001, p. 22; Schwarz 2008, p. 83; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 410; Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 962; De Jongh 2019c, p. 893; Leijten 2022, p. 1041.

¹⁵⁰ Dorresteyn 1989, p. 63-64 met verwijzing naar Hof Amsterdam (OK) 3 december 1987, *NV* 1988 (*Ogem*), p. 78-80.

term ‘tegenstrijdig belang’ niet definieert. Een optie is dat de regels van toepassing zijn op alle varianten van tegenstrijdig belang in tegenstelling tot de wettelijke regeling zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.2.¹⁵¹ Wanneer van een dergelijk breed toepassingsbereik wordt uitgegaan, dan wordt dichter bij de in paragraaf 2.3.1 beschreven term ‘belangenverstrengeling’ aangesloten. In latere literatuur wordt ook verdedigd dat een dergelijk breed toepassingsbereik het uitgangspunt vormt binnen het enquêterecht waarin de Ondernemingskamer een term zoals belangenverstrengeling hanteert.¹⁵²

De Ondernemingskamer blijft daarna in de 21^{ste} eeuw vasthouden aan de eerder geformuleerde gedragsregels.¹⁵³ In de Butôt-beschikking worden de eerste twee gedragsregels uit Linders/Hofstee herhaald waarna de Ondernemingskamer oordeelt:

“Bovendien is — in vergelijking met overigens in het maatschappelijk verkeer voorkomende transacties — een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering bij het sluiten van overeenkomst waarbij belangenverstrengeling kan spelen, vereist.”¹⁵⁴

Naast het herhalen van de eerdergenoemde gedragsregels benoemt de Ondernemingskamer dat een hogere mate van zorgvuldigheid vereist is als een situatie zich voordoet waarin belangenverstrengeling een rol kan spelen. Het gaat er daardoor om dat in potentie sprake kan zijn van een belangenverstrengeling, waardoor een hogere mate van zorgvuldigheid in de voorbereidings-, besluitvormings- en uitvoeringsfase is vereist.¹⁵⁵ Elf jaar later wijst de Ondernemingskamer de Marrobel-beschikking waarin staat:

“Bij de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de overeenkomst was daarom een hoge mate van zorgvuldigheid vereist. Als bestuurder van Marrobel diende Bevolt sr. de onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze gescheiden te houden. Verder kon van hem worden verwacht dat hij volledige openheid van zaken zou geven aan Aghina en Angelina Aghina, zijn medebestuurders in het bestuur van Marggraaf Stichting.”¹⁵⁶

¹⁵¹ Dorresteyn 1989, p. 65.

¹⁵² Bartman & Dorresteyn 2018, p. 917; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 235.

¹⁵³ Leijten 2022, p. 1041-1047 beschrijft secuur de ontwikkeling van de gedragsregels vanaf de Linders/Hofstee-beschikking. In zijn uiteenzetting komen ook de Ogem-, Butôt- en Marrobel-beschikkingen aan bod. De laatste twee beschikkingen zullen in de hoofdtekst terugkomen, omdat daardoor een brede spreiding in tijd ontstaat. Overigens verwijst bijvoorbeeld ook Croiset van Uchelen 2018, p. 9 naar de Butôt-beschikking ter duiding van de ontwikkeling van de Linders/Hofstee-regels. Verder lijkt Assink/Slagter 2013, p. 971 diverse uitspraken in de lijn van de Linders/Hofstee-beschikking te plaatsen waarvan drie uitspraken in deze voetnoot worden geplaatst. In Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2002, *JOR* 2002/124 (*Triple P*), r.o. 3.2 oordeelt de Ondernemingskamer dat de ‘grootst mogelijke zorgvuldigheid en openheid’ vereist is om een – onaanvaardbare – vermenging van belangen te voorkomen. In een andere uitspraak had een nauwkeurigere waardering moeten plaatsvinden – met name vanwege de belangenverstrengeling en de daardoor in acht te nemen grote zorgvuldigheid – waardoor het handelen als onwenselijk en onjuist wordt bestempeld (Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2006, *ARO* 2006/65 (*T&L Verzekeringen*), r.o. 3.4). Als laatste wordt in de Cerflex-beschikking geoordeeld dat – afgezien van een contractuele verplichting – op de vennootschap (feitelijk het bestuur) een verzwaarde zorg- en informatieplicht rustte jegens de aandeelhouders (Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2012, *ARO* 2012/30 (*Cerflex International*), r.o. 3.6).

¹⁵⁴ Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, *ARO* 2009/45 (*Butôt*), r.o. 3.14.

¹⁵⁵ Dat deze regel onverminderd relevant blijft, blijkt uit een advies van de Expertgroep Modernisering NV-recht 2023, p. 6.

¹⁵⁶ Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2020, *ARO* 2020/49 (*Marrobel*), r.o. 3.5.

Ondanks dat in deze beschikking naast een BV ook een stichting centraal staat, is overlap waarneembaar met de rechtsregel uit de Butôt-beschikking en de daarvoor behandelde uitspraken.¹⁵⁷ In de Marrobel-beschikking ligt de nadruk op het geven van ‘openheid’.¹⁵⁸ Dit is in overeenstemming met de Linders/Hofstee-beschikking, aangezien de eerste gedragsregel in die beschikking als verplicht wordt gepresenteerd. De twee daaropvolgende gedragsregels – het inschakelen van een derde en het verschaffen van informatie in het kader van het verkrijgen van goedkeuring – zijn daarentegen afhankelijk van de feiten en omstandigheden als optioneel uiteengezet. Kortom, de Ondernemingskamer lijkt op basis van het voorgaande in de periode van 1983 tot en met 2020 geen afstand te doen van de in 1983 geformuleerde gedragsregels.

In aanvulling hierop noemen Saleminck & Nieuwe Weme eerst dat de voornoemde gedragsregels voortvloeien uit de in Linders/Hofstee gecreëerde verhoogde zorgvuldigheidsnorm en afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Andere daaruit voortvloeiende waarborgen – naast de hiervoor genoemde waarborgen – zijn volgens hen: benoeming van een onafhankelijke bestuurder of gedelegeerd commissaris, het tijdelijk terugtreden van de geconfronteerde bestuurder of goedkeuring door de raad van commissarissen. Hierbij verwijzen zij naar diverse rechtspraak – alsmede literatuur – en de grondslag voor de verhoogde zorgvuldigheid is art. 2:8 lid 1 BW. In aanvulling hierop betogen zij dat de regels naar hun mening ook voortvloeien uit de verplichting van een bestuurder om zijn taak behoorlijk te vervullen (art. 2:9 lid 1 BW).¹⁵⁹ Voor deze laatste grondslag verwijzen Saleminck & Nieuwe Weme naar de Flevo Berry-beschikking en De Roo.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Dorresteyn 1989, p. 65 heeft reeds opgemerkt dat de regels uit de Linders/Hofstee-beschikking mogelijk niet beperkt tot de NV en BV zijn, maar op alle privaatrechtelijke rechtspersonen van toepassing kunnen zijn.

¹⁵⁸ De Roo schrijft met verwijzing naar diverse rechtspraak dat een bestuurder onverwijld een melding dient te maken aan het bestuur ingeval bij hemzelf of een medebestuurder het bestaan van een belangenverstregeling is gesignaleerd, zodat het bestuur kan beoordelen of maatregelen moeten worden getroffen. Een dergelijke melding moet juist, helder en volledig zijn (De Roo 2021, p. 94-95).

¹⁵⁹ Saleminck & Nieuwe Weme 2022, p. 589-590. De Roo 2021, p. 94-97 rangschikt verschillende waarborgen in drie groepen, wat verhelderend werkt voor een beter begrip van bestaande voorzorgsmaatregelen om de belangen zorgvuldig gescheiden te houden. Overigens betoogt De Roo dat er slechts één Linders/Hofstee-regel is – de onderscheiden belangen zorgvuldig scheiden en gescheiden houden – en dat de andere ‘regels’ (waarborgen) dienen om de hoofdregel te borgen.

¹⁶⁰ De Flevo Berry-beschikking wordt in paragraaf 2.3.4.3 uitgebreid behandeld. Verder constateert De Roo dat de Linders/Hofstee-regels in rechtspraak op art. 2:8 lid 1 BW worden gebaseerd, maar hij vindt het ‘zuiverder’ om de regels te scharen onder – voor de BV – art. 2:239 lid 5 BW. Er is volgens De Roo namelijk geen sprake van een leemte die art. 2:8 lid 1 BW kan aanvullen. Daarentegen geeft art. 2:239 lid 5 BW invulling aan wat als een behoorlijke taakvervulling geldt, waardoor volgens De Roo zijn standpunt verenigbaar is met de opvatting van Verdam. Laatstgenoemde betoogt dat ‘de in Linders/Hofstee aangelegde norm voor bestuurders in art. 2:9 lid 1 BW besloten ligt’ (De Roo 2021, p. 91 en voetnoot 118 met verwijzing naar Verdam 1995, p. 159-165). Daarnaast verwijst De Roo naar Rb. Overijssel 17 maart 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1152, r.o. 4.19 waaruit volgt dat de ‘Linders/Hofstee-regels zijn geacht besloten te liggen in het voor alle rechtspersoonsvormen van art. 2:3 BW geldende art. 2:9 lid 1 BW’ (De Roo 2021, p. 92, voetnoot 124). Alhoewel het voorgaande helder en overtuigend is geschreven, is het mijns inziens correcter om aan te sluiten bij de rechtspraak met een verwijzing naar art. 2:8 BW ingeval de gedragsregulerende functie van art. 2:8 BW mede in ogenschouw wordt genomen. Zie in dit verband paragraaf 3.6.3. Uit deze paragraaf volgt dat de aanvullende functie in de Linders/Hofstee-beschikking wordt toegepast, omdat de Ondernemingskamer een nieuwe regel formuleert die een aanvulling vormt op de reeds bestaande regels binnen de deelrechtsorde van de vennootschap. Wanneer rechtscolleges vervolgens in latere rechtspraak de Linders/Hofstee-regels toepassen, dan wordt middels de gedragsregulerende functie teruggegrepen op de reeds gecreëerde gedragsnorm (/zorgvuldigheidregels). Op basis van deze beredenering hoeft het kader van art. 2:8 BW niet te worden verlaten, wat voor minder onduidelijkheid zorgt over de grondslag van de verschillende gedragsregels. Overigens neemt het voorgaande niet weg dat het schenden van de gedragsregels kan bijdragen aan het oordeel dat de bestuurder niet overeenkomstig art. 2:239 lid 5 BW heeft gehandeld of dat er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling.

2.3.4.3 Verhouding tussen Linders/Hofstee en de wettelijke regeling

Naar aanleiding van het voorgaande ontstaat de indruk dat de Ondernemingskamer de in 1983 ingezette lijn zonder enige controverse heeft voortgezet. Dit is echter niet het geval. De huidige wettelijke tegenstrijdigbelangregeling bevat namelijk – in tegenstelling tot de voor 1 januari 2013 geldende wettelijke regeling¹⁶¹ – een onthoudingsregel die betrekking heeft op de (formele) beraadslagings- en besluitvormingsfase. De gedragsregels uit Linders/Hofstee hebben onder meer betrekking op dezelfde fase als de onthoudingsregel, alleen mag een bestuurder met inachtneming van voornoemde gedragsregels deelnemen aan de besluitvorming.¹⁶² Dit is niet in overeenstemming met de huidige wettelijke tegenstrijdigbelangregeling, omdat een geconflicteerde bestuurder niet mag deelnemen aan de (formele) beraadslaging en besluitvorming.

Op basis van het voorgaande blijkt dat de uit 1983 daterende rechtspraak van de Ondernemingskamer op voorhand niet verenigbaar is met de huidige wettelijke tegenstrijdigbelangregeling. Het is daardoor niet verwonderlijk dat onder meer de Staphorst-, DeSeizoenen- en Intergamma-beschikkingen van de Ondernemingskamer in een relatief korte periode – de uitspraken zijn gedaan in een tijdsbestek van acht maanden – de nodige reuring hebben teweeggebracht.¹⁶³

In de Staphorst-beschikking wordt een indirect persoonlijk belang bij de bestuurder vastgesteld. Vervolgens ontstaat de indruk dat de Ondernemingskamer de Linders/Hofstee-regels toepast – aldus Leijten en onder meer Croiset van Uchelen sluit daarbij aan¹⁶⁴ – en de onthoudingsregel slechts benoemt.¹⁶⁵ Een soortgelijk oordeel is terug te vinden in DeSeizoenen-beschikking. De Ondernemingskamer constateert daarin dat er hoogstwaarschijnlijk sprake is geweest van een persoonlijk tegenstrijdig belang en/of (de schijn van) een belangenverstremming aan de kant van bepaalde personen.¹⁶⁶ Ook wordt de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling in een eerdere rechtsoverweging aangehaald, maar ontbreekt een toetsing aan de wettelijke regeling. Hetzelfde geldt niet voor de Linders/Hofstee-regels, aangezien art. 2:8 BW wordt benoemd alsmede dat geen bijzondere

¹⁶¹ Zoals beschreven in paragraaf 2.3.2 zag de oude wettelijke tegenstrijdigbelangregeling op het beperken van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur. De Linders/Hofstee-regels konden dan ook eenvoudig bestaan naast de oude wettelijke regeling (De Jongh 2019b, p. 62).

¹⁶² Uit hetgeen Dorresteyn 2008, p. 742 reeds in 2008 heeft geschreven, is af te leiden dat de huidige tegenstrijdigbelangregeling mogelijk wringt met rechtspraak van de Ondernemingskamer en Hoge Raad.

¹⁶³ Croiset van Uchelen 2018, p. 13-18 behandelt verschillende uitspraken vanaf 2013 – waaronder ook Greenchoice, Xeikon en TMG – om te achterhalen op welke wijze de Ondernemingskamer omgaat met de onthoudingsregel alsmede de redelijkheid en billijkheid in geval van tegenstrijdig belang. De Jongh 2019b, p. 62, voetnoot 163 noemt diverse uitspraken en stelt dat er nog geen uitsluitel bestaat over hoe beide regelingen zich tot elkaar verhouden. Verder beschrijven onder meer de volgende auteurs deze problematiek (eventueel voorzien van kritiek): Koelemeijer 2018, p. 60-63; Hoeba 2018, p. 176-181; Buziau 2019, p. 417-420; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 223; Wuisman 2020, p. 202-204; Leijten 2022, p. 1067-1071.

¹⁶⁴ A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, *JOR* 2018/41 (*Staphorst Ontwikkeling*), nr. 10-12; Croiset van Uchelen 2018, p. 14. Zie in vergelijkbare zin de De Jongh 2019b, p. 62. Verder meent Koelemeijer dat Leijten terecht stelt dat de Ondernemingskamer de indruk wekt dat de onthoudingsregel minder belangrijk is dan de Linders/Hofstee-regels (Koelemeijer 2018, p. 63).

¹⁶⁵ Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, *JOR* 2018/41, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Staphorst Ontwikkeling*), r.o. 4.14: “Voor zover al niet moet worden geoordeeld dat Welles zich op grond van artikel 2:239 lid 6 BW van die rechtshandelingen had dienen te onthouden, had hij die rechtshandelingen in ieder geval niet buiten zijn medebestuurder om mogen voorbereiden en uitvoeren.”

¹⁶⁶ Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, *JOR* 2018/211, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*DeSeizoenen*), r.o. 3.31.

waarborgen zijn getroffen zoals het inschakelen van een onafhankelijke derde.¹⁶⁷ Doordat niet beide regels worden getoetst, ontstaat onduidelijkheid over de verhouding tussen de Linders/Hofstee-regels en de huidige wettelijke regeling.

Verder ontstaat de indruk dat volgens de Ondernemingskamer in de Intergamma-beschikking er sprake is van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang.¹⁶⁸ Niettemin oordeelt de Ondernemingskamer op basis van art. 2:8 BW dat het niet goed te begrijpen is dat de commissarissen mochten deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming ondanks dat ‘verdedigbaar is dat dit niet reeds volgt uit art. 2:250 lid 5 BW.’¹⁶⁹ Door dit oordeel lijkt de Ondernemingskamer het toepassingsbereik van de onthoudingsregel op te rekken, aangezien een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang volgens de wetgever – zoals blijkt uit paragraaf 2.3.3 – niet onder de reikwijdte van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling valt.¹⁷⁰ Bartman & Dorresteyn pareren de nodige kritiek op de Intergamma-beschikking door onder meer aan te halen dat de insteek van een enquêteprocedure bijvoorbeeld niet is het vaststellen van een tegenstrijdig belang. Het verwijt dat de Ondernemingskamer de wet niet toepast is volgens hen daardoor onterecht, want ‘de Ondernemingskamer past immers het enquêterecht toe.’¹⁷¹ De Ondernemingskamer trekt dan ook volgens Bartman & Dorresteyn in Intergamma de op art. 2:8 BW gebaseerde lijn voort. Niettemin kan de verwijzing naar de wettelijke regeling (art. 2:250 lid 5 BW) leiden tot verwarring, waardoor laatstgenoemden de Ondernemingskamer aanbevelen om in de toekomst weer de term ‘ontoelaatbare belangenvermenging’ te hanteren.¹⁷²

Het voorgaande illustreert dat de Ondernemingskamer de nodige kritiek heeft gekregen door het in afwisselende mate betrekken van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling bij een oordeel waarin primair de Linders/Hofstee-regels zijn toegepast. De Ondernemingskamer heeft – mogelijk – de verschenen publicaties aandachtig bestudeerd en in 2022 gepoogd door middel van twee beschikkingen duidelijkheid te verschaffen over hoe zij omgaat met belangenverstrengeling in ruime zin.¹⁷³ In de Flevo Berry-beschikking zet de Ondernemingskamer eerst de rechtsregel uit de Zwagerman-

¹⁶⁷ Volgens Leijten blijft door deze uitspraak de verhouding tussen de Linders/Hofstee-regels en de onthoudingsregel (zeer) problematisch. Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, *JOR* 2018/211, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*De Seizoenen*), r.o. 3.21 en 3.32 alsmede nr. 19 (annotatie).

¹⁶⁸ Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, *JOR* 2018/210, m.nt. C.D.J. Bulten (*Intergamma*), r.o. 3.35. Mussche 2019, p. 424 en Leijten 2022, p. 1069 stellen echter dat er geen sprake is van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang.

¹⁶⁹ Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, *JOR* 2018/210, m.nt. C.D.J. Bulten (*Intergamma*), r.o. 3.35.

¹⁷⁰ Hierop is de nodige kritiek gekomen omdat de Ondernemingskamer het toepassingsbereik van de wettelijke regeling op grond van art. 2:8 BW lijkt op te rekken zonder deugdelijke onderbouwing. Zie onder meer De Kluiwer 2018, p. 1066; C.D.J. Bulten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, *JOR* 2018/210 (*Intergamma*), nr. 4-7; Croiset van Uchelen 2018, p. 17-18.

¹⁷¹ Bartman & Dorresteyn 2018, p. 916-917. Uit Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 223 blijkt dat de kritiek op voornoemde uitspraken in aantallen de overhand heeft en zij pleiten voor een restrictieve toepassing van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling omwille van de rechtszekerheid. Zie in dit verband ook Mussche 2019, p. 424-427 die art. 2:8 BW – en de daaruit voortvloeiende zorgvuldigheidsregels – beschouwt als een waardevolle toevoeging op art. 2:239 lid 6 BW (Mussche 2019, p. 424-427).

¹⁷² Bartman & Dorresteyn 2018, p. 918. Volgens Bartman & Dorresteyn gebruikt de Ondernemingskamer normaliter ook andere termen zoals Andere termen, die de Ondernemingskamer volgens Bartman & Dorresteyn normaliter gebruikt, zijn: ‘belangenverstrengeling’, ‘belangenvermenging’ of ‘vermenging van belangen’. Dat de Ondernemingskamer een veelheid aan (overlappende) termen gebruikt, volgt mede uit Leijten 2022, 1056-1059.

¹⁷³ Zie onder meer de uitgebreide bijdrage van Wareman 2022, p. 249-258 over de Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen alsmede de annotatie van Leijten bij de Flevo Berry-beschikking die voor beide beschikkingen is geschreven (A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *JOR* 2022/176 (*Flevo Berry*)).

zaak uiteen.¹⁷⁴ Daarna volgt dat de term ‘geconflicteerde bestuurder’ door de Ondernemingskamer wordt gehanteerd voor een bestuurder met een belangenverstremgeling.¹⁷⁵ Echter, uit de Omines Services-beschikking blijkt dat hier sprake is van een vergissing, omdat de term ‘geconflicteerde bestuurder’ geldt voor een bestuurder met een tegenstrijdig belang zoals omschreven in rechtsoverweging 4.7.¹⁷⁶ Vervolgens staat er in het oordeel:

“4.6. Indien bij een transactie een reëel risico op belangenverstremgeling bestaat, is een hogere mate van zorgvuldigheid vereist in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de desbetreffende transactie en bij het sluiten van de overeenkomst waarbij de belangenverstremgeling mee kan spelen. In beginsel dient deze zorgvuldigheid erop te zijn gericht dat de transactie geschiedt onder redelijke en marktconforme voorwaarden en dat de transactie daarmee zakelijk verantwoord is. Daartoe kan inschakeling van deskundige derden gewenst en onder omstandigheden geboden zijn. Indien de transactie is onderworpen aan de goedkeuring van de raad van commissarissen of van de algemene vergadering, dient tijdig alle informatie te worden verschaft die noodzakelijk is voor de beoordeling of de transactie redelijk en billijk is vanuit het oogpunt van het belang van de vennootschap en of voldoende zorgvuldigheid wordt betracht jegens minderheidsaandeelhouders en andere bij de vennootschap en haar onderneming betrokken partijen (...).

4.7. Een bijzondere vorm van belangenverstremgeling doet zich voor indien een geconflicteerde bestuurder een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang heeft, dat wil zeggen dat hij te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft of zal laten leiden door het belang van de vennootschap en haar onderneming (...).

4.8. De artikelen 2:8, 2:9 en 2: 239 lid 6 BW brengen in dat geval mee dat de geconflicteerde bestuurder tegenover zijn medebestuurders (en in voorkomende gevallen de raad van commissarissen) tijdig een zo groot mogelijke openheid dient te betrachten over (de aard van) het belangenconflict waarmee hij te maken heeft. Ook bij twijfel hierover dient de bestuurder deze openheid te geven, opdat de medebestuurders en in voorkomende gevallen de raad van commissarissen hem daarover kunnen adviseren (...).

4.9. Ongeacht of de artikelen 2:14-16 BW van toepassing zijn op het voorliggende besluit, neemt een geconflicteerde bestuurder niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming (art. 2:8, 2:9 en 2:239 lid 6 BW en OK 26 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2021:878 (Eetcafé De Stip)). Afhankelijk van de omstandigheden kan bovendien geboden zijn dat de geconflicteerde bestuurder niet betrokken is bij de voorbereiding van de desbetreffende transactie, dat hij daarover niet of beperkt wordt geïnformeerd of dat hij (een deel van) zijn portefeuille tijdelijk overdraagt aan een medebestuurder (...).”¹⁷⁷

In de eerste geciteerde rechtsoverweging volgt een gedeeltelijke uiteenzetting van de Linders/Hofstee-regels, waarna in de tweede rechtsoverweging een deel van de rechtsregel uit het Bruil-arrest

¹⁷⁴ Zie paragraaf 2.3.4.4 voor meer informatie over de Zwagerman-zaak en de daaruit voortvloeiende rechtsregel.

¹⁷⁵ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *JOR* 2022/176, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Flevo Berry*), r.o. 4.5.

¹⁷⁶ Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *JOR* 2022/175, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Omines Services*), r.o. 4.8. Zie hetgeen in de hoofdtekst staat onder rechtsoverweging 4.7 van de *Flevo Berry*-beschikking. Verder is het bondige artikel van Van Vught interessant in het kader van de twee aangehaalde beschikkingen (Van Vught 2022, p. 621-623).

¹⁷⁷ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *JOR* 2022/176, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Flevo Berry*), r.o. 4.6-4.9. De Ondernemingskamer verwijst bij elke rechtsoverweging telkens naar verschillende bronnen om de overwegingen te onderbouwen.

volgt ter duiding van wanneer sprake is van een bijzondere vorm van belangenverstrengeling. In de daaropvolgende rechtsoverweging geeft de Ondernemingskamer de grondslagen – art. 2:8, 2:9 en 2:239 lid 6 BW – op basis waarvan de geconflieeerde bestuurder – met een persoonlijk tegenstrijdig belang – tijdig een zo groot mogelijke openheid dient te betrachten. Afsluitend volgt de onthoudingsregel en andere daarmee samenhangende regels die onder omstandigheden kunnen gelden.¹⁷⁸

Naar aanleiding van deze twee beschikkingen is de nodige discussie en enige onduidelijkheid ontstaan vanwege de uiteenlopende begrippen die de Ondernemingskamer in haar beschikkingen hanteert, terwijl een goed begrip daarvan essentieel is gelet op de gedragsregels die het rechtscollege koppelt aan de verschillende termen. Zo schrijft Timmerman in zijn redactionele aantekening bij de Flevo Berry-beschikking dat de Ondernemingskamer ‘een onderscheid maakt tussen belangenverstrengeling in het algemeen en een bijzondere vorm van belangenverstrengeling, tegenstrijdig belang.’¹⁷⁹ Volgens Leijten zou de term ‘belangenverstrengeling’ echter niet ruimer of anders zijn dan ‘tegenstrijdig belang’.¹⁸⁰ Salemink & Nieuwe Weme sluiten zich bij de visie van Leijten aan en menen dat beide begrippen inhoudelijk niet verschillen.¹⁸¹ Middels de benadering van de Hoge Raad in het Bruil-arrest – zie paragraaf 2.3.2 – is het volgens Timmerman ook niet nodig om een onderscheid te maken tussen belangenverstrengeling, belangenvermenging en tegenstrijdig belang. De Hoge Raad eist immers niet dat een persoonlijk belang van een bestuurder aanwezig moet zijn voor het bestaan van een tegenstrijdig belang, want het gaat ‘om de vraag of de bestuurder het vennootschappelijk belang met de vereiste objectiviteit en integriteit (dus onbevooroordeeld) kan behartigen.’¹⁸² Vervolgens gaat Timmerman in zijn annotatie bij de APM-beschikking een stap

¹⁷⁸ Deze rechtsregels worden herhaald in Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *JOR* 2022/175, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Omines Services*), r.o. 4.10-4.13.

¹⁷⁹ L. Timmerman, redactionele aantekening bij Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *ARO* 2022/103 (*Flevo Berry*), nr. 2. Ook vermoedt Timmerman dat de door de Ondernemingskamer gebruikte term ‘belangenvermenging’ hetzelfde betekent als ‘belangenverstrengeling’, maar dat de Ondernemingskamer een voorkeur heeft voor de laatste term.

¹⁸⁰ A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *JOR* 2022/176 (*Flevo Berry*), nr. 7 en 10. Doordat de Ondernemingskamer deze termen niet als gelijkwaardig beschouwt – en het begrip belangenverstrengeling niet wordt gedefinieerd – leidt dat volgens Leijten ertoe dat onduidelijkheid bestaat over de in acht te nemen gedragsregels (nummers 12 en 13). Daarnaast schrijft Leijten onder nummer 23: “Nu blijven we zitten met een tweetal uitspraken waaruit lijkt te volgen dat er zoiets bestaat als belangenverstrengeling zonder tegenstrijdig belang, met daarop toegesneden eigen gedragsregels. Het gevaar bestaat dat daardoor het begrip belangenverstrengeling zal worden opgevat als de enkele verwevenheid van belangen of het enkele bestaan van dubbelrollen in de vennootschap, zonder dat sprake is van een concreet conflict tussen belang en plicht of een conflict van plichten.” Stokkermans betoogt daarentegen dat een belangenverstrengeling voor bestuurders en commissarissen fout is, want de betrokkene heeft dan de tegenstrijdige belangen onvoldoende uit elkaar weten te houden (Chr. M. Stokkermans, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 12 september 2022, *JOR* 2023/39 (*HFM Solutions*), nr. 8-9).

¹⁸¹ Salemink & Nieuwe Weme 2022, p. 586. Een vergelijkbare visie hebben Broere & Van Dijk 2023, p. 183 die de Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen uitgebreid behandelen. Zie in andere zin Du Bois & Hermans die voor publicatie van de Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen hebben opgemerkt dat de term ‘belangenverstrengeling’ ruimer is dan de wettelijke term ‘tegenstrijdig belang’ (Du Bois & Hermans 2022, p. 447-448). Hezer haalt mede kort aan dat voor bepaalde situaties ‘de ruimere term “belangenverstrengeling” wordt gebruikt’ (P.L. Hezer, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, *JOR* 2021/178 (*Thuiszorg Multi-hulp*), nr. 6).

¹⁸² L. Timmerman, redactionele aantekening bij Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/134 (*Omines Services*), nr. 2. Hierna schrijft Timmerman: “Als hij dat niet kan, moet de bestuurder een situatie in het leven roepen waarin er wel objectief gehandeld kan worden. Wat daarvoor nodig is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Om dit goed te kunnen beoordelen, helpen onderscheidingen met uiteenlopende rechtsgevolgen niet, zoals de Ondernemingskamer deze in deze beschikking maakt. Die gaan snel te veel een eigen leven leiden en leiden af van het beantwoorden van de kernvraag, te weten: heeft de bestuurder in de omstandigheden van het geval

verder vanwege de continuerende onduidelijkheid over het begrip belangenverstremgeling dat de Ondernemingskamer blijft gebruiken. Hij creëert een definitie van belangenverstremgeling die deels overlapt met tegenstrijdig belang, maar niet identiek daaraan is, omdat belangenverstremgeling in de gegeven definitie ruimer is dan tegenstrijdig belang.¹⁸³

De Kluiver is eveneens geen voorstander van het gecreëerde kader in de Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen en de daarop gebaseerde lijn die de Ondernemingskamer in bepaalde uitspraken voortzet. Het nieuwe kader zorgt er namelijk voor dat er potentieel weinig is dat niet kan gelden als belangenverstremgeling of belangenvermenging. De Kluiver is er daarom voorstander van dat de Ondernemingskamer terugkeert naar de essentie van het Bruil-arrest en de Versatel-beschikking van de Hoge Raad.¹⁸⁴

Zoals uit het bovenstaande blijkt, hebben verschillende auteurs de nodige commentaren geschreven naar aanleiding van de Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen. Volgens Leijten lijkt het ook alsof de Ondernemingskamer vanwege de verschillende publicaties tot inzicht is gekomen dat tegenstrijdig belang niet verschilt van belangenverstremgeling. De eerste reden daarvoor is dat de Ondernemingskamer in de i3- en Ergo Buildings-beschikkingen de verschillende gedragsregels – die volgens de Omines Services-beschikking gelden voor belangenverstremgeling en tegenstrijdig belang – bundelt ‘als gedragsregels die gelden bij een tegenstrijdig belang van een bestuurder.’ Daarnaast zou de Ondernemingskamer na de Omines Services-beschikking de term ‘belangenverstremgeling’ vermijden gelet op dat die term slechts eenmaal wordt gebruikt in de eenentwintig uitspraken die daarna volgen over (beweerdelijk) tegenstrijdig belang.¹⁸⁵

voldoende gedaan dat het vennootschappelijk belang objectief en integer is behartigd?” Zie in soortgelijke zin Timmerman 2023a, p. 2 waarin tevens staat dat het maken van onderscheid tussen de begrippen niet bevorderlijk zou werken voor hetgeen centraal hoort te staan: heeft de bestuurder het vennootschappelijk belang loyaal en zorgvuldig behartigd?

¹⁸³ L. Timmerman, redactionele aantekening bij Hof Amsterdam (OK) 14 december 2022, *ARO* 2023/3 (*Aerdenhouthouse Participatie Maatschappij*), nr. 6. Het begrip wordt als volgt verduidelijkt: “Ik meen dat belangenverstremgeling ziet op de feitelijke toestand van iemand die als gevolg van een stapeling van uiteenlopende rollen en belangen in de vennootschap een machtspositie heeft die deze ten nadele van een zwakkere partij zou kunnen gebruiken. Belangenverstremgeling overlapt in deze aanpak deels met tegenstrijdig belang, omdat het bij dit laatste draait om een vertroebeld zicht op het vennootschappelijk belang. Dat hoeft bij belangenverstremgeling niet het geval te zijn. Dat zien we in de onderhavige casus. Belangenverstremgeling is dus een ruimer begrip dan tegenstrijdig belang, zo denk ik. Belangenverstremgeling is het genus, tegenstrijdig belang het species. Als er op foute wijze met de machtspositie die uit de cumulatie van rollen en belangen voortvloeit wordt omgegaan, dan is sprake van een ontoelaatbare belangenverstremgeling: anders gezegd van belangenvermenging.” Leijten heeft een vergelijkbare visie als Timmerman, aangezien Leijten de termen ‘belangenvermenging’ en ‘ontoelaatbare belangenverstremgeling’ identiek acht (Leijten 2022, p. 1057-1058). Ook zou de term ontoelaatbare belangenverstremgeling duiden op een situatie waarin ‘iemand met een tegenstrijdig belang de Linders/Hofstee-regels niet heeft nageleefd.’ Oftewel, de handelswijze is dan niet conform art. 2:8 BW.

¹⁸⁴ Zie uitgebreider hierover De Kluiver 2023, p. 1206-1208. In de voornoemde bron staat verder dat de essentie van het Bruil-arrest en de Versatel-beschikking is ‘dat alle omstandigheden in aanmerking genomen, passende zorgvuldigheid moet worden betracht om een ontoelaatbare verstremgeling van belangen te voorkomen.’ Een aanknopingspunt voor het terugkeren naar de desbetreffende uitspraken vindt De Kluiver overigens in HR 17 maart 2023, *ECLI:NL:HR:2023:409* (*M.E. Beheer*). Naast De Kluiver is mede Van Vught enigszins kritisch over de twee beschikkingen van de Ondernemingskamer (Van Vught 2022, p. 621-623). Bartman is daarentegen betrekkelijk milder over de desbetreffende beschikkingen en schrijft: “De OK moet zich niet laten meeslepen in academische scherpelijperij over specifieke Boek 2-dogmatiek, maar zich concentreren op haar kerntaak.” S.M. Bartman, annotatie bij HR 17 maart 2023, *JOR* 2023/174 (*M.E. Beheer*), nr. 16.

¹⁸⁵ A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, *JOR* 2023/183 (*Ergo Buildings*), nr. 14-15. Alhoewel de term ‘belangenverstremgeling’ drastisch minder vaak voorkomt, blijft dit een term die de Ondernemingskamer onder omstandigheden hanteert: Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2024, *ARO* 2024/4, m.nt. J.H.M. Willems (i3), r.o. 4.7b en 4.7d.

Dat de verschillende commentaren niet onopgemerkt zijn gebleven, volgt mede uit de bijdrage van Vink. Laatstgenoemde schrijft dat de Ondernemingskamer al jaren op basis van het Bruil-arrest onderzoekt of sprake is van tegenstrijdig belang.¹⁸⁶ Indien daarvan sprake is, dan moet de bestuurder zich allereerst onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Daarbovenop geldt dat overeenkomstig de Linders/Hofstee-regels ‘een hogere mate van zorgvuldigheid is vereist in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van transacties waarbij het tegenstrijdig belang kan spelen.’¹⁸⁷ Er moet gelet hierop openheid van zaken worden gegeven over het tegenstrijdig belang en gewaarborgd worden dat de transactie marktconform is waarvoor inschakeling van derden geboden kan zijn. Verder merkt Vink op dat het raadzaam is om transparantie te betrachten over een tegenstrijdig belang als twijfel bestaat over het bestaan daarvan.¹⁸⁸

Door de Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen is dus als het ware een dialoog ontstaan die heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van het leerstuk omtrent tegenstrijdig belang. De bijdrage van Vink heeft verder verduidelijkt hoe de Ondernemingskamer omgaat met (het vaststellen van) tegenstrijdig belang en welke onverminderd relevante rol de Linders/Hofstee-regels daarbij spelen in aanvulling op de (wettelijke) onthoudingsregel.

In dit kader is het overigens interessant dat Leijten in 2010 schrijft dat in het enquêterecht art. 2:256 BW (oud) nooit heeft geleid tot het oordeel wanbeleid of toewijzing van het enquêterezzoek. De reflexwerking van de oude wettelijke tegenstrijdigbelangregeling – alsmede naar verwachting de huidige regeling – op het enquêterecht is daardoor volgens Leijten afwezig dan wel slechts minimaal.¹⁸⁹ In 2018 betoogt Leijten zelfs dat het oordeel van de Ondernemingskamer inzake Staphorst illustreert dat de Ondernemingskamer zich tot ‘dusverre nagenoeg uitsluitend orienteerde op art. 2:8 BW en niet op de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling’.¹⁹⁰ In soortgelijke zin wekken Bartman & Dorresteyn de indruk dat de Ondernemingskamer hoofdzakelijk art. 2:8 BW gebruikt om de bredere problematiek omtrent belangenverstrengelingen te beslechten.¹⁹¹ Of dat daadwerkelijk het geval is, kan blijken uit de gedragsregels die door middel van de systematische rechtspraakanalyse worden waargenomen.

¹⁸⁶ Vink 2023, p. 148: “Het moet volgens de nota naar aanleiding van het verslag gaan ‘om een situatie waarin in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder of commissaris zich bij de besluitvorming uitsluitend laat leiden door het belang van de vennootschap.’”

¹⁸⁷ In de kern komt de werkwijze van de Ondernemingskamer dan overeen met hetgeen Leijten eerder – voor de Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen – heeft geconstateerd: “De slotsom is dat geen bijzonder belang moet worden gehecht aan de woordkeus van de Ondernemingskamer bij het vaststellen van een tegenstrijdig belang of van een overtreding van de toepasselijke gedragsregels: de Ondernemingskamer bedoelt om al dan niet een tegenstrijdig belang volgens het Bruil-criterium vast te stellen, ongeacht de gebruikte terminologie. Is er een tegenstrijdig belang, dan stelt de Ondernemingskamer vast of de Linders/Hofstee-regels al dan niet in acht zijn genomen, ongeacht de woordkeus.” Leijten 2022, p. 1059.

¹⁸⁸ Vink 2023, p. 148-149. Op pagina 149 staat ook de gedragsregel met betrekking tot het tijdig en voldoende informeren van de aandeelhoudersvergadering als de aandeelhouders goedkeuring moeten geven. De uiteengezette gedragsregels komen daardoor overeen met de Linders/Hofstee-beschikking zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.4.2.

¹⁸⁹ Leijten 2010, p. 270. Wat betreft de huidige regeling is niettemin sprake van enige reflexwerking, omdat niet naleving van de wettelijke onthoudingsregel heeft bijgedragen aan het oordeel wanbeleid of toewijzing van het enquêterezzoek (Leijten 2022, p. 1068-1069).

¹⁹⁰ A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, *JOR* 2018/41 (*Staphorst Ontwikkeling*), nr. 10. Er dient te worden opgemerkt dat deze gedachtegang niet lijkt terug te komen in Leijten 2022, p. 1039-1076.

¹⁹¹ Bartman & Dorresteyn 2018, p. 916-918. Ook Mussche noemt – met verwijzing naar Leijten – art. 2:8 BW als het voornaamste toetsingskader voor de Ondernemingskamer (Mussche 2019, p. 425-426).

2.3.4.4 De zorgvuldigheidsplicht uit Zwagerman

Gerelateerd aan de Linders/Hofstee-regels – en de daarmee samenhangende rechtspraak – is de door de Ondernemingskamer geformuleerde zorgvuldigheidsplicht die leidt tot een verplichting tot het geven van openheid van zaken. Deze verplichting dient de vennootschap in acht te nemen om een belangenverstremeling tussen haar belangen en die van haar bestuur en/of meerderheidsaandeelhouder te voorkomen die kan leiden tot benadeling van de minderheidsaandeelhouder(s).¹⁹² Het voorgaande heeft de Ondernemingskamer in haar tweedefasebeschikking herhaald. In aanvulling daarop oordeelt de Ondernemingskamer dat de voornoemde zorgvuldigheidsplicht ‘des te zwaarder weegt in een situatie waarin er onder meer sprake is van familierechtelijke verhoudingen tussen diverse betrokkenen.’¹⁹³ De Ondernemingskamer heeft in de daaropvolgende periode deze lijn voortgezet en de hiervoor aangehaalde rechtsregel in diverse beschikkingen gehanteerd met enige variatie daarop.¹⁹⁴ Vervolgens is deze lijn van de Ondernemingskamer in de Zwagerman-beschikking van de Hoge Raad bevestigd. Allereerst herhaalt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.2 de door de Ondernemingskamer geformuleerde zorgvuldigheidsplicht en daarna oordeelt de Hoge Raad:

“De Ondernemingskamer is klaarblijkelijk uitgegaan van de in art. 2:8 BW neergelegde regel dat de vennootschap en degenen die krachtens de wet en de statuten bij haar organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkander moeten gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Uit deze regel vloeit onder meer voort dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders. De uitwerking van de zorgvuldigheidsplicht zal mede afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, waarbij zoals de Ondernemingskamer heeft gedaan, in aanmerking mag worden genomen dat het gaat om minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders en om familierechtelijke verhoudingen tussen de bij de vennootschap betrokken personen.

Onder deze omstandigheden, die zich hier voordoen, kan eerder dan in andere gevallen sprake zijn van de mogelijkheid van een vermenging van de belangen van de vennootschap en van sommige van deze personen, zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te

¹⁹² Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1998, *NJ* 1999/348 (*Zwagerman Beheer*), r.o. 4.1. Geerts schrijft dat de zorgvuldigheidsverplichting voortvloeit uit art. 2:8 BW, waardoor deze plicht rust op de (leden van de) organen van de vennootschap. Interessant is ook dat Geerts meent dat de Ondernemingskamer het informatierecht van minderheidsaandeelhouders te veel koppelt aan de kwestie rondom de belangenverstremeling (P.G.F.A. Geerts, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1998, *TVVS* 1998/173 (*Zwagerman Beheer*), nr. 3 en 5). Overigens is in 1995 reeds waarneembaar dat een ‘belangentegenstelling’ van het bestuur tot een informatieplicht kan leiden (Hof Amsterdam (OK) 2 november 1995, *NV* 1996 (*Hoegen-van 't Hoff*), p. 16).

¹⁹³ Hof Amsterdam (OK) 30 november 2000, *JOR* 2001/4, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Zwagerman Beheer*), r.o. 3.1.

¹⁹⁴ Zie hierover Goedèl 2002, p. 66-67 met verwijzing naar diverse rechtspraak waarvan er hierna een aantal volgt. Allereerst blijft de Ondernemingskamer in de Tikus-beschikking dicht bij zijn oordeel in de Zwagerman-beschikking door de zorgvuldigheidsplicht te herhalen (Hof Amsterdam (OK) 3 november 2000, *JOR* 2001/3 (*Tikus*), r.o. 3.4). Kort daarna wordt in de VIBA-beschikking de kern van de rechtsregel uit Zwagerman Beheer herhaald, maar wordt de term ‘verhoogde zorgplicht’ gebruikt in plaats van ‘bijzondere zorgvuldigheid’ (Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, *JOR* 2001/34, m.nt. M. Brink (*VIBA*), r.o. 3.3). In de periode van ongeveer twee maanden na de laatstgenoemde beschikking herhaalt de Ondernemingskamer twee keer de in Zwagerman Beheer geformuleerde rechtsregel door te oordelen dat de vennootschap een bijzondere zorgvuldigheid in acht dient te nemen in geval van een belangenverstremeling, waardoor de minderheidsaandeelhouder(s) voldoende moeten worden geïnformeerd (Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2001, *JOR* 2001/130 (*Duo Staal*), r.o. 3.2).

voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat. Aldus verstaan geeft het bestreden oordeel van de Ondernemingskamer niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.”¹⁹⁵

De Hoge Raad bevestigt (het vermoeden) dat de Ondernemingskamer zich op art. 2:8 BW baseert bij het formuleren van de zorgvuldigheidsplicht. De uitwerking van de zorgvuldigheidsplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁹⁶ Relevante omstandigheden in dit kader (kunnen) zijn dat de vennootschap een meerderheidsaandeelhouder en minderheidsaandeelhouder(s) heeft en dat tussen de betrokkenen familierechtelijke verhoudingen bestaan. Vervolgens blijkt dat onder de gegeven omstandigheden de vennootschap de nodige zorgvuldigheid in acht moet nemen om het ontstaan van een ontoelaatbare verstrengeling van belangen te voorkomen.¹⁹⁷ Verder wordt het oordeel van de Ondernemingskamer als ‘correct’ bestempeld. Hierdoor ontstaat de indruk dat opening van zaken in een dergelijke situatie geboden is ter voorkoming van een (ontoelaatbare) belangenverstrengeling.¹⁹⁸ Twee maanden later wordt het in paragraaf 2.3.2 reeds behandelde Joral-arrest van de Hoge Raad gepubliceerd.¹⁹⁹ Gelet op die twee uitspraken is het volgens de hoogste rechter in Nederland essentieel dat in geval van een tegenstrijdig belang/belangenverstrengeling ‘openheid van zaken’ wordt gegeven.²⁰⁰

Terugkerend naar de zorgvuldigheidsplicht wordt nu uiteengezet op welke wijze deze norm zich in het kader van belangenverstrengeling in de 21^{ste} eeuw heeft ontwikkeld. De vraag is namelijk of deze lijn van de Ondernemingskamer en van de Hoge Raad op (hoofdlijnen) is voortgezet in de daaropvolgende jaren. Assink verwijst in dit kader onder meer naar de De Hasker- en Océ-beschikkingen van de Ondernemingskamer.²⁰¹ Uit de De Hasker-beschikking blijkt dat op (het bestuur van) de vennootschap jegens de aandeelhouder/niet-bestuurder een bijzondere zorgplicht rust,²⁰²

¹⁹⁵ HR 1 maart 2002, *NJ* 2002/296, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Zwagerman Beheer*), r.o. 3.4. De Groot 2003, p. 20 behandelt in het artikel kort de Zwagerman-beschikkingen van de Ondernemingskamer en Hoge Raad.

¹⁹⁶ Het belang van deze norm moet niet onderschat worden, aangezien de Zwagerman-norm volgens Vink als fundament heeft gediend voor vele andere (gedrags)normen vanwege de meer algemene strekking van die norm (Vink 2023, p. 142-149).

¹⁹⁷ Zie hierover ook F.J.P. van den Ingh, annotatie bij HR 1 maart 2002, *JOR* 2002/79 (*Zwagerman Beheer*), nr. 2. Verder concludeert laatstgenoemde hierin dat een belangenverstrengeling an sich niet bezwaarlijk is zolang bepaalde aandeelhouders niet onevenredig worden geschaad. Om te kunnen beoordelen of daarvan sprake is, dient aan de aandeelhouders toereikende informatie te worden verschaft.

¹⁹⁸ Van Olffen 2012, p. 367-379 behandelt uitgebreid de Zwagerman-zaak. Leijten 2022, p. 1064 merkt op dat de Hoge Raad niet expliciet ‘opening van zaken’ in zijn oordeel betreft, maar dat die uitwerking van de zorgvuldigheidsplicht door de Ondernemingskamer ‘goed past’ om een schadelijke belangenvermenging te voorkomen. Verder concludeert Koelemeijer op basis van rechtspraak dat de ‘Zwagerman-norm’ niet alleen in besloten verhoudingen maar ook in open verhoudingen wordt toegepast (Koelemeijer 2015b, p. 70).

¹⁹⁹ Zoals reeds uiteengezet oordeelt de Hoge Raad in deze uitspraak dat het bestuur de verschillende belangen zorgvuldig gescheiden moet houden en zoveel mogelijk zorgvuldigheid en openheid behoort te betrachten (HR 3 mei 2002, *NJ* 2002/393, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Brandao/Joral*), r.o. 3.5.2).

²⁰⁰ Het geven van openheid van zaken speelt ook een belangrijke rol bij de Linders/Hofstee-regels, zoals blijkt uit paragraaf 2.3.4.2. Verder volgt uit paragraaf 2.3.2 dat de veronderstelling bestaat dat de Linders/Hofstee-beschikking als inspiratie voor het Joral-arrest heeft gediend, waardoor de verwantschap tussen de verschillende uitspraken evident lijkt.

²⁰¹ Assink/Slagter 2013, p. 975. Naast de genoemde beschikkingen verwijst Assink mede naar de Dialoc- en Markerink-beschikkingen, waarin wederom de bijzondere zorgplicht wordt aangehaald die ditmaal leidt tot het ‘op ruimhartige en controleerbare wijze openheid van zaken’ moeten geven aan een aandeelhouder/niet-bestuurder (Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *JOR* 2007/141, m.nt. E. Schmieman (*Dialoc ID*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*A. & R. Markerink Holding*), r.o. 3.3). Overigens bevat het Proefschrift van Assink tevens de nodige rechtspraak inzake deze zorg(vuldigheidsplicht) (Assink 2007, p. 416-417).

²⁰² Van Olffen 2012, p. 376 gaat ervan uit dat de termen zorgvuldigheidsplicht en zorgplicht inwisselbaar zijn. Naar aanleiding van rechtspraak van de Ondernemingskamer schrijft laatstgenoemde: “Ik heb niet de indruk dat

waardoor voldoende openheid betracht moet worden jegens die partij ter voorkoming van vermenig van belangen.²⁰³ De Océ-beschikking volgt na een openbaar bod op Océ. Hierin oordeelt de Ondernemingskamer onder meer dat een vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders en dat de vennootschap in bepaalde gevallen een bijzondere zorgplicht jegens haar minderheidsaandeelhouders heeft om een ontoelaatbare verstrengeling van belangen te voorkomen.²⁰⁴ Verder heeft Prinsen in ruimere zin een volledig overzicht van beschikkingen van de Ondernemingskamer in de periode van 2005 tot en met 2012 gegeven, waarin het in de kern gaat om het voorkomen van belangenvermenging.²⁰⁵ Het voorkomen daarvan is volgens hem op basis van rechtspraak een vorm van te betrachten zorgvuldigheid die veelal in acht genomen moet worden jegens minderheidsaandeelhouders door het (vaak moeten) geven van openheid van zaken.²⁰⁶ Hierbij verwijst Prinsen naar ruim zeventig beschikkingen. Dit illustreert dat deze problematiek – in ruime zin – veelvuldig in enquêteprocedures voorkomt.

Dat een dergelijke problematiek na 2012 (veelvuldig) blijft voorkomen, blijkt uit de bijdrage van Leijten waarin over ‘asymmetrische situaties’ wordt geschreven.²⁰⁷ Van een asymmetrische situatie is volgens Leijten bijvoorbeeld sprake als een BV drie aandeelhouders heeft en twee van de drie aandeelhouders eveneens een bestuursfunctie bekleden. In zo’n situatie rust – zoals tevens blijkt uit de vorige alinea – op (het bestuur van) de vennootschap een bijzondere zorgplicht, waardoor ruimhartig informatie moet worden verschaft aan de (normaliter) minderheidsaandeelhouder die in een ongelijke situatie verkeert.²⁰⁸ Deze informatieplicht is sterk verweven met het informatierecht en de informatieplicht zoals beschreven in de paragrafen 2.2.3 en 2.2.4. Het verschil tussen de plichten is echter of er sprake is van een (ontoelaatbare) belangenverstrengeling en of het rechtscollege het bestaan daarvan betreft in het rechterlijk oordeel. Zo kunnen rechtscollages de informatieverstrekking en belangenverstrengeling (gedeeltelijk) gescheiden van elkaar behandelen, waardoor het maken van onderscheid tussen deze gevalstypen mogelijk blijft. Een voorbeeld

hier een bewust gebruik is van verschillende termen waarmee ook verschillende normen worden bestreken.” Zie verder in meer algemene zin over het verschil tussen zorgplicht en zorgvuldigheidsplicht: Van der Sangen 2015, p. 165-173.

²⁰³ Hof Amsterdam (OK) 2 augustus 2005, ARO 2005/153 (*De Hasker Appelhof*), r.o. 3.5. Ook in deze uitspraak is terug te zien dat de verplichting ‘op (het bestuur van) de vennootschap’ rust. Oftewel, de bestuurders moeten met deze norm rekening houden. Zo ook Van Olffen 2012, p. 373 die schrijft dat met name bestuurders, commissarissen en aandeelhouders zich de Zwagerman-norm moeten aantrekken.

²⁰⁴ Hof Amsterdam (OK) 3 maart 2010, JOR 2010/153, m.nt. G. van Solinge (*Océ*), r.o. 3.9. De Ondernemingskamer duidt eveneens dat het uitgangspunt zijn weerslag heeft gevonden in de destijds geldende Nederlandse Corporate Governance Code.

²⁰⁵ Het gegeven overzicht bevat overigens niet enkel beschikkingen waarin een (algemene) zorgvuldigheidsplicht wordt geformuleerd, maar het overzicht bevat tevens beschikkingen met een verwijzing naar meer specifiek de Linders/Hofstee-regels.

²⁰⁶ Prinsen 2013, p. 31-32. Twee willekeurige voorbeelden van de meer dan zeventig opgesomde uitspraken zijn de Elf- en Via Parva-beschikkingen. In de eerste beschikking herhaalt de Ondernemingskamer de bijzondere zorgplicht van de vennootschap jegens de niet in het bestuur vertegenwoordigde minderheidsaandeelhouder (Hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, ARO 2006/195 (*Elf*), r.o. 3.4). In de tweede beschikking bestaat er twijfel over de zorgvuldigheid waarmee met de belangen van de minderheidsaandeelhouder is omgegaan (Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, ARO 2012/165 (*Via Parva*), r.o. 3.21).

²⁰⁷ Leijten 2022, p. 1059-1067. In deze bijdrage verwijst Leijten naar een behoorlijk aantal uitspraken in de periode van 2006 tot en met 2021 waarin de bijzondere zorgplicht en de zorgvuldigheidsplicht terugkomen. Twee recentere voorbeelden hiervan zijn de Monitus- en RSW-beschikkingen. In beide beschikkingen is onder meer sprake van tegenstrijdig belang (belangenverstrengeling) en de Ondernemingskamer herhaalt ook in beide gevallen de (bijzondere) zorgplicht die rust op het bestuur. Hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, ARO 2018/194 (*Monitus*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2020, ARO 2020/45 (*RSW*), r.o. 3.7-3.9.

²⁰⁸ Leijten 2022, p. 1059-1060.

hiervan betreft de Allure-beschikking.²⁰⁹ In deze uitspraak komt eerst in een aparte rechtsoverweging het tegenstrijdig belang aan bod alsmede de Linders/Hofstee-regels. Enkele rechtsoverwegingen later herhaalt de Ondernemingskamer de hiervoor uiteengezette bijzondere zorgplicht, waarna het rechtscollege daaraan toevoegt dat die plicht te meer geldt als (mogelijk) sprake is van tegenstrijdige belangen.²¹⁰ Dit betekent dat op het bestuur in een asymmetrische situatie een informatieplicht kan rusten – zoals beschreven in de paragrafen 2.2.3 en 2.2.4 – en als (mogelijk) sprake is van tegenstrijdig belang, dan geldt de verplichting tot het verstrekken van informatie te meer.²¹¹ Het tegenstrijdig belang heeft daardoor in potentie invloed op de (omvang van de) informatieplicht.

Naar aanleiding van het voorgaande ontstaat de vraag welke informatie moet worden verstrekt. Gelet op het tegenstrijdig belang zou dat (alle) informatie kunnen betreffen gerelateerd aan de conflicterende belangen.²¹² Daarentegen brengt de algemene formulering van de norm voor een asymmetrische situatie mede met zich mee dat de nadruk door het tegenstrijdig belang sterker kan komen te liggen op het ruimhartig verstrekken van informatie over het reilen en zeilen van de vennootschap.²¹³ De exacte omvang van de informatieplicht is gelet daarop – overeenkomstig paragraaf 2.2.5 – niet uitgekristalliseerd.²¹⁴ Dit onderzoek kan dan ook tot meer inzicht op dit terrein leiden.

2.3.5 Terugblik

Met de uiteenzetting van dit type geschil is inzichtelijk gemaakt dat art. 2:8 BW op verschillende manieren kan terugkomen bij geschillen omtrent belangenverstremming. Ter verduidelijking daarvan wordt hieronder samengevat welke rol art. 2:8 BW speelt als partijen verschillende standpunten innemen over de toelaatbaarheid van een gedraging of transactie waarbij er sprake is van belangenverstremming.

Onder de oude wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is het Joral-arrest van de Hoge Raad geweest, waardoor het bestuur in geval van een tegenstrijdig-belangssituatie zoveel mogelijk zorgvuldigheid en openheid moet betrachten alsmede de aandeelhoudersvergadering tijdig moet inlichten omtrent het bestaan van het tegenstrijdig belang. In de uitspraak wordt art. 2:8 BW niet aangehaald, maar desondanks is het niet omstreden om deze zorgvuldigheidsnorm als een uitwerking van art. 2:8 BW te beschouwen. De uitspraak van de Hoge Raad ligt immers in het verlengde van de Linders/Hofstee-beschikking waarin op basis van art. 2:8 BW – althans dat is de heersende opvatting – gedragsregels worden geformuleerd. Een van deze gedragsregels betreft het betrachten van een zo groot mogelijke openheid. Relevant in dit kader is eveneens de Zwagerman-norm waaruit volgt

²⁰⁹ Met name deze beschikking – alsmede de Bloembollenbedrijf Brouwer-beschikking – gebruikt onder meer Leijten voor het maken van het onderscheid tussen de situatie waarin wel of geen tegenstrijdig belang speelt (Leijten 2022, p. 1061-1062).

²¹⁰ Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, *JOR* 2021/296, m.nt. P.L. Hezer (*Allure*), r.o. 4.7 en 4.10. Naar onder meer deze beschikking en gedragsnorm verwijst tevens Haanschoten 2023a, p. 344.

²¹¹ Zie over de informatieplicht in situaties met en zonder belangenverstremming eveneens Lennarts 2023, p. 127.

²¹² Volgens Leijten 2022, p. 1065 bestaat er met name onduidelijkheid over de mate waarin openheid moet worden betracht indien geen sprake is van belangenverstremming.

²¹³ Haanschoten schrijft aan de hand van rechtspraak: “Indien sprake is van informatieasymmetrie tussen aandeelhouders, bijvoorbeeld omdat een aandeelhouder tevens bestuurder is, dient de vennootschap de ‘onwetende’ aandeelhouders ruimhartig en toereikend openheid van zaken te verschaffen met betrekking tot het reilen en zeilen van de vennootschap. Dit geldt te meer als (mogelijk) sprake is van tegenstrijdige belangen.” (Haanschoten 2023a, p. 344). Mede interessant in dit verband is Peereboom-Bogers & Westra 2022, p. 94 en 98.

²¹⁴ Zie ook Lennarts 2023a, p. 166.

dat op (het bestuur van) de vennootschap onder omstandigheden een zorgvuldigheidsplicht kan rusten om een ontoelaatbare belangenverstremgeling te voorkomen. Deze plicht kan ertoe leiden dat openheid van zaken aan bepaalde partijen – veelal minderheidsaandeelhouder(s) – moet worden gegeven. In het tegengaan van onwenselijke belangenverstremgelingen (/tegenstrijdige belangen) is dus waarneembaar dat de rechter in de kern telkens teruggrijpt op het verschaffen van ‘openheid van zaken’. Omdat deze gedragsregel niet expliciet uit de oude – of huidige – wettelijke tegenstrijdigbelangregeling voortvloeit, is het aannemelijk dat de grondslag hiervoor art. 2:8 BW is. Wanneer in de periode van 2000 tot en met 2023 dan ook in het kader van een geschil over belangenverstremgeling wordt geoordeeld dat voldoende of onvoldoende openheid van zaken is gegeven, is het reëel om aan te nemen dat het rechtscollege art. 2:8 BW toepast.

Naar mijn mening is het zelfs realistisch om te stellen dat art. 2:8 BW een rol speelt in de uitspraak – met name bij enquêteprocedures – als een belangenverstremgeling in het geschil centraal staat en een gedragsregel door de rechter wordt geformuleerd of toegepast. Uit het voorgaande is immers gebleken dat de Linders/Hofstee-beschikking – en de daaropvolgende rechtspraak – tot uiteenlopende gedragsregels heeft geleid zodat de belangen in geval van belangenverstremgeling zorgvuldig gescheiden worden gehouden. Een uitzondering op deze gedachtegang is de onthoudingsregel die afkomstig is uit de huidige wettelijke tegenstrijdigbelangregeling en – volgens de wettekst en wetgeschiedenis – van toepassing is bij een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang. Het toepassingsbereik van de wettelijke regeling is echter niet onomstreden. Het Bruil-arrest geldt namelijk nog steeds als basis voor de wettelijke regeling en veel auteurs veronderstellen dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van Bruil valt. Wanneer niettemin de bedoeling van de wetgever als uitgangspunt wordt genomen, dan wordt art. 2:8 BW in de rechtspraak toegepast als de rechter oordeelt dat in geval van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang de onthoudingsregel niet is nageleefd. Het voorgaande betekent dat toepassing van de onthoudingsregel niet uitsluit dat het rechtscollege art. 2:8 BW toepast.²¹⁵

2.4 Winstbestemming

2.4.1 Inleiding

Bij een geschil omtrent de winstbestemming staat centraal dat (veelal) de minderheidsaandeelhouder(s) menen dat er onvoldoende winst is of zal worden uitgekeerd, terwijl de meerderheid van de winstgerechtigden een andere visie heeft. Dit kan eenmalig of structureel gebeuren door (stelselmatig) de winst (grotendeels) te reserveren. Om dit type geschil te verduidelijken wordt eerst in paragraaf 2.4.2 op de wettelijke regeling(en) voor een winstuitkering ingegaan. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de regeling van voor en na inwerkingtreding van de Flex-BV in 2012. Daarna volgt in paragraaf 2.4.3 een uiteenzetting van gedragsnormen die volgens de literatuur in de rechtspraak zijn ontwikkeld.

²¹⁵ Het toenemende belang van de redelijkheid en billijkheid in het vennootschapsrecht komt ook aan bod in Vink 2023, p. 142-143. Verder behoort niet onopgemerkt te blijven dat verschillende auteurs reeds hebben gepleit voor afschaffing van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling (Van Schilfgaarde 2016, p. 232; Bartman & Dorresteijn 2018, p. 919; Salemink & Nieuwe Weme 2022, p. 594). Zie meer recent in tegengestelde zin Verburg 2024, p. 105-108.

2.4.2 Wettelijk kader

Vanaf de invoering van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in 1976 tot inwerkingtreding van de Flex-BV op 1 oktober 2012 is art. 2:216 BW (oud) grotendeels onveranderd gebleven. Op grond van lid 1 van de voornoemde bepaling komt de winst aan de aandeelhouders ten goede, tenzij de statuten anders bepalen.²¹⁶ Dit betekent niet dat de winst aan de aandeelhouders moet worden uitgekeerd, maar dat geen aandeelhouder volledig van de winstrechten mag worden uitgesloten.²¹⁷ Een statutaire afwijking van het uitgangspunt in lid 1 kan bijvoorbeeld zijn dat een ander vennootschapsorgaan bevoegd is te bepalen welk deel van het resultaat wordt gereserveerd.²¹⁸ Verder geschiedt uitkering van de winst overeenkomstig art. 2:216 lid 3 BW (oud) na vaststelling – of goedkeuring – van de jaarrekening waaruit blijkt dat uitkering geoorloofd is.²¹⁹ Vanaf 1 september 2001 is ook wettelijk gecodificeerd – door toevoeging van lid 9 aan art. 2:216 BW (oud) – dat de statuten kunnen bepalen dat de winst voor bepaalde winstgerechtigden (deels) wordt gereserveerd.²²⁰

Door de voorgaande leden hebben de aandeelhouders een sterke aanspraak op de winst. Wanneer namelijk statutair niet van het uitgangspunt in lid 1 wordt afgeweken, dan is vaststelling van de jaarrekening gelijk te stellen met een besluit tot uitkering en is de winst direct opeisbaar.²²¹ Vervolgens is art. 2:216 BW ingrijpend gewijzigd en vanaf 1 oktober 2012 tot heden staat in lid 1:

“De algemene vergadering is bevoegd tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van uitkeringen, (...). De statuten kunnen de bevoegdheden, bedoeld in de eerste zin, beperken of toekennen aan een ander orgaan.”²²²

Het eerdere uitgangspunt – dat de winst aan de aandeelhouders ten goede komt – wordt verlaten waarna het uitgangspunt is dat de algemene vergadering bevoegd is tot het bepalen van de winstbestemming. Hierdoor lijkt de voorheen geldende sterke aanspraak van een aandeelhouder op de winst te worden afgezwakt. Volgens Canisius & Canisius is het echter niet zo zwart-wit, omdat van het oude uitgangspunt in lid 1 veelal statutair werd afgeweken. De aanpassing van lid 1 is daardoor te beschouwen als een tegemoetkoming aan de wensen van de praktijk.²²³ Daarnaast blijft het uitgangspunt volgens laatstgenoemden dat de aandeelhouders – als verschaffers van risicodragend kapitaal – een vergoeding moeten krijgen, aangezien de minister geen fundamentele verandering

²¹⁶ Parl. Gesch. Inv. Boek 2 BW 1977, p. 1384. Gelet op het feit dat de BV voor inwerkingtreding van de Flex-BV nagenoeg identiek was aan de NV – Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 42 – is het interessant om op te merken dat in de parlementaire geschiedenis omtrent de invoering van het ‘nieuwe’ Burgerlijk Wetboek waarneembaar is dat de strekking van lid 1 reeds in 1954 voor de NV hetzelfde was (*Kamerstukken II* 1954-1955, 3769, nr. 1, p. 11; Parl. Gesch. Boek 2 BW 1963, p. 598). Overigens dateert de strekking van lid 1 van voor 1954, aangezien het uitgangspunt voorheen in art. 42d lid 1 WvK (oud) stond gecodeerd (Cremers 1950, p. 38). Meer specifiek dateert het uitgangspunt met betrekking tot de winst uit 1928 (Losegaat Vermeer 1937, p. 29).

²¹⁷ Bier 2003, p. 59; Snijder-Kuipers & Brink-van der Meer, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:216 BW, aant. 1.1 (online, actueel t/m 15-08-2021). Zie de laatste bron ook voor een overzicht van de wetsgeschiedenis van art. 2:216 BW.

²¹⁸ Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 663.

²¹⁹ Vanaf 1 oktober 2004 is ‘of goedkeuring’ komen te vervallen, waardoor uitkering geschiedt na het enkel vaststellen van de jaarrekening. Zie *Stb.* 2004, 370, p. 8; *Stb.* 2004, 405.

²²⁰ *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 277, nr. 3, p. 10; *Stb.* 2000, 283, p. 7; *Stb.* 2001, 368.

²²¹ Bier 2003, p. 62; Canisius & Canisius 2015, p. 79-81.

²²² *Stb.* 2012, 299, p. 14; *Stb.* 2012, 301.

²²³ Canisius & Canisius 2015, p. 174 met verwijzing naar Rapport-De Kluiver 2004, p. 75-76 en *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 68-69. Dit volgt mede uit Van Veen 2015, p. 20; Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 189 (zie in dit verband ook de recentere editie: Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2024, nr. 189).

heeft willen aanbrengen. Statutair kan ook van het huidige wettelijke uitgangspunt worden afge- weken, zodat teruggekeerd wordt naar de oude situatie waarin de winst onmiddellijk na vaststelling van de jaarrekening toekomt aan de aandeelhouders.²²⁴ Kortom, het vanaf 1976 geldende art. 2:216 lid 1 BW is tekstueel sterk aangepast, waardoor aandeelhouders zonder statutaire bepaling geen recht op uitkering hebben en de winst niet direct opeisbaar is. Niettemin is niet per se sprake van een ingrijpende wijziging, omdat het mogelijk is om eenzelfde winstuitkeringsregime als voorheen te realiseren door statutair af te wijken van het (nieuwe) wettelijke uitgangspunt. Er kan daardoor onder meer besloten worden om de winst (deels) te reserveren of te laten toekomen aan de winst- gerechtigden.

Verder is art. 2:216 BW rigoureuus gewijzigd door invoering van onder meer de in lid 2 gecodifi- ceerde uitkeringstest en de in lid 3 gecodificeerde aansprakelijkheidsgrondslag.²²⁵ Beide elementen dienen ter bescherming van crediteuren vanwege de afschaffing van bepaalde kapitaalbescher- mingsregels.²²⁶ Bij de uitkeringstest gaat het erom dat het bestuur toetst of de uitkering niet evident onverantwoord is. Zonder de goedkeuring van het bestuur heeft het besluit tot uitkering van winst ook geen gevolg. Het bestuur weigert slechts goedkeuring te verlenen indien het weet of redelij- kerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.²²⁷ Uit de wet volgt echter geen termijn waarbinnen het bestuur de goedkeuring moet verlenen. Het bestuur kan daardoor even wachten met betrekking tot het geven van goedkeuring, maar bij een dergelijk besluit tot uitstel geldt volgens Bier niettemin art. 2:8 lid 1 BW.²²⁸ Daarnaast zou art. 2:8 lid 2 BW een rol kunnen spelen voor het bestuur dat vanwege uitzonderlijke/onaanvaardbare omstandigheden wil weigeren om goedkeuring te verle- nen.²²⁹

Nu resteert de vraag of het (structureel) uitkeren dan wel reserveren van de winst ongelimiteerd toelaatbaar is, aangezien een dergelijke beperking niet uit de wettekst voortvloeit. Deze vraag staat in paragraaf 2.4.3 centraal.

2.4.3 Ontwikkelde gedragsnormen

Koelemeijer plaatst het belang van de vennootschap voor reservering van de winst tegen het belang van aandeelhouders op dividend.²³⁰ Een daaruit voortvloeiende vraag – die samenhangt met de

²²⁴ Canisius & Canisius 2015, p. 174-175 met verwijzing naar *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 4-5. De genoemde statutaire afwijkingmogelijkheid komt terug in Van Veen 2015, p. 24; Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 189.

²²⁵ *Stb.* 2012, 299, p. 14-15.

²²⁶ *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 26. Vanwege de reikwijdte van het onderzoek zal alleen lid 2 nog nader aan bod komen.

²²⁷ Raadpleeg de volgende bronnen voor meer informatie over de uitkeringstest: Snijder-Kuipers & Brink-van der Meer, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:216 BW, aant. 4 (online, actueel t/m 15-08-2021); Asser/Van Olfen & Ren- sen 2-IIa 2019, nr. 207-210 (of meer recent Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2024, nr. 207-210); *Kamerstukken I* 2011-2012, 31 058, C, p. 11-12; Barneveld 2014, p. 397-406; Canisius & Canisius 2015, p. 175-179.

²²⁸ Bier 2023, p. 94-95.

²²⁹ Stokkermans 2012, p. 418; Assink/Slagter 2013, p. 590-591; Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 208e met verwijzing naar onder meer de voorgaande twee bronnen; Quist 2022, p. 741; Bier 2023, p. 66.

²³⁰ In vergelijkbare zin is reeds in 1943 waarneembaar dat de vaststelling van de winst in strijd met de goede trouw kan zijn jegens winstgerechtigden als bij die vaststelling een gedragslijn is gevolgd die onder de gegeven omstan- digheden geen redelijk handelend vennootschap ten opzichte van haar winstgerechtigden kan volgen. Dit volgt uit HR 21 mei 1943, *NJ* 1943/484 (*Baus/De Koedoe II*) waarnaar wordt verwezen in Asser/Maeijer 2-III 2000, p.

hierboven geformuleerde vraag – is binnen welke grenzen een besluit tot (gedeeltelijke) reservering van de winst gerechtvaardigd is. De redelijkheid en billijkheid geldt in dit kader als maatstaf waarmee de grenzen inzichtelijk worden gemaakt.²³¹ Ter verduidelijking daarvan verwijzen verschillende auteurs – waaronder bijvoorbeeld Koelemeijer, Maeijer en Bier – naar hoofdzakelijk dezelfde rechtspraak.²³² Een van deze uitspraken betreft de Scheepsbouw/Smits-uitspraak van het Hof Den Haag. In deze zaak heeft een meerderheidsaandeelhouder in 1972 met represailles gedreigd omdat bepaalde aandeelhouders niet meewerken aan een statutenwijziging. Vervolgens is in de daaropvolgende jaren waarneembaar dat een significant lager percentage van de winst wordt uitgekeerd. Hiervoor worden verschillende redenen – die samenhangen met het vennootschappelijk belang – gegeven, maar het belang van de minderheidsaandeelhouders op een riantere uitkering weegt volgens het hof zwaarder gelet op de omstandigheden.²³³ Op basis van deze uitspraak constateert Van der Grinten dat de gekozen gedragslijn in redelijkheid verdedigbaar moet zijn, waardoor een aanvaardbare grond voor reservering dient te bestaan. Onaanvaardbaar is in ieder geval het reserveren van de winst om aandeelhouders te bewegen om hun aandelen over te dragen.²³⁴ Acht jaar later volgt de Sluis-beschikking waarin de Hoge Raad een duidelijker kader creëert voor de beoordeling van het reserveringsbeleid:

“Daargelaten of zich het geval voordoet bedoeld in art. 2:343 lid 1 BW, kan van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen — een en ander in de zin van art. 2:350 lid 1— onder omstandigheden niet alleen sprake zijn indien de vennootschap gedurende een aantal jaren, zonder dat het belang van de vennootschap zulks rechtvaardigt, geen of een in verhouding tot de winst slechts gering dividend uitkeert, doch tevens indien de vennootschap op grond van een statutaire bepaling gedurende een reeks van jaren de door haar gemaakte winsten niet of slechts in geringe mate bij wege van dividend aan de aandeelhouders uitkeert zonder dat zulks (nog langer) door het vennootschappelijke belang gerechtvaardigd wordt, en zij niet aan wijziging van die statutaire bepaling wenst mede te werken.”²³⁵

Het stelselmatig reserveren van de winst – zelfs als dat overeenkomstig een statutaire bepaling geschiedt – kan ontoelaatbaar zijn ingeval het vennootschappelijk belang niet (meer) geldt als rechtvaardiging voor de reservering. De Hoge Raad heeft deze zaak vervolgens naar de

310. Zie in dit kader bijvoorbeeld ook de volgende arresten waarnaar een verwijzing staat in Van der Heijden/Van der Grinten 1984, p. 636-637: HR 11 januari 1963, *NJ* 1964/433 (*Rubber Cultuur Mij.*); HR 27 januari 1956, *NJ* 1956/48 (*Unipart*).

²³¹ Koelemeijer 1999, p. 169.

²³² Koelemeijer 1999, p. 176-179; Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 450; Bier 2003, p. 69-76. Uit de voornoemde bronnen volgen de uitspraken die hierna in de hoofdtekst worden aangehaald. Dit betekent overigens niet dat zij de enige zijn die naar de desbetreffende uitspraken hebben verwezen.

²³³ Hof Den Haag 1 oktober 1982, *NJ* 1983/393 (*NV Scheepsbouw/Smits*), r.o. 5. Relevant in dit kader is ook het daaraan voorafgaande oordeel van de rechtbank waaruit de belangenafweging duidelijk blijkt (zie rechtsoverweging 5): “Alle omstandigheden in aanmerking genomen, de algemene reserve van bijna 3 miljoen en de dividendreserve van 3 ton op de balans van 1974, het feit dat ook het jaar 1974, gezien de beschikbare winst, niet slecht was verlopen, de bekendheid van de directie (en daarmee aandeelhouder Lanser) met het gunstig resultaat over 1975, het voorheen bestaande gebruik 50% van de restant-winst te bestemmen voor de aandeelhouders, kon — ondanks het belang van interne financiering en een financieel sterke positie van de vennootschap, met name met het oog op de weinig rooskleurige vooruitzichten voor de Nederlandse scheepsbouw — geen redelijk handelende a.v.a. komen tot het besluit om de restant-winst zodanig te verdelen, dat die — minderheid van — aandeelhouders, die voor het genieten van winst uit de resultaten van de vennootschap uitsluitend op het uit te keren dividend zijn aangewezen, zelfs niet een redelijke rente verkregen voor het door hen in de vennootschap geïnvesteerde kapitaal, laat staan een aandeel verkregen in het gunstig exploitatieresultaat.”

²³⁴ Van der Heijden/Van der Grinten 1984, p. 632.

²³⁵ HR 9 juli 1990, *NJ* 1991/51, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Sluis*), r.o. 3.3.

Ondernemingskamer terugverwezen, waarna de Ondernemingskamer de geciteerde rechtsoverweging herhaalt en overgaat tot een afweging van de betrokken belangen.²³⁶ De hiervoor geformuleerde rechtsregel is door de Ondernemingskamer wederom toegepast in de Kerstens-beschikking. Uit deze uitspraak blijkt dat de winst overeenkomstig de statuten stelselmatig werd gereserveerd en voor deze reserveringen waren geen op het vennootschappelijk belang gebaseerde gronden gegeven. In redelijkheid mocht daarom niet ongemotiveerd de wens van verzoeker – met betrekking tot het verkrijgen van winst – worden genegeerd.²³⁷

In dezelfde lijn heeft het Hof Arnhem in de Uniwest-uitspraak geoordeeld dat concurrerende handelingen van betrokken aandeelhouders – die plaatsvinden buiten de sfeer van de rechtspersoon – geen rechtvaardiging geven voor het stelselmatig reserveren van de winst. Hierbij is ook rekening gehouden met de financiële positie van de vennootschap, haar bedrijfsresultaten en vooruitzichten, aangezien die elementen eveneens niet de gedane reserveringen rechtvaardigen.²³⁸ De verschillende uitspraken maken daardoor inzichtelijk dat de belangenafweging in het voordeel van de vennootschap kan uitvallen als daarvoor economische redenen zijn. Wanneer dergelijke redenen alsmede een ander vennootschappelijk belang ontbreken, lijkt het stelselmatig reserveren van de winst veelal ongeoorloofd. Deze reeds in 1972 ingezette koers is in de 21^{ste} eeuw voortgezet, zoals blijkt uit rechtspraak.²³⁹ In de EMBA-beschikking oordeelt de Ondernemingskamer:

“De vraag of het belang van Sirvana bij uitkering van dividend voldoende is meegewogen, moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name zal moeten worden afgewogen of EMBA in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat het passeren van het dividend over de boekjaren 1997 tot en met 2002 noodzakelijk was in het belang van de bedrijfsvoering van haar desbetreffende dochtervennootschappen onderscheidenlijk teneinde de balansverhoudingen (liquiditeit en solvabiliteit) van haarzelf of die desbetreffende dochtervennootschappen op een aanvaardbaar peil te brengen of te houden. Het gedurende een onbepaalde tijd handhaven van een reserveringsbeleid zal in het algemeen niet gerechtvaardigd zijn.”²⁴⁰

De invloed van de Sluis-beschikking blijft waarneembaar in de voorgaande rechtsoverweging, omdat het belang van de aandeelhouder (Sirvana) duidelijk wordt afgewogen tegen het vennootschappelijk belang voor het reserveren van de winst. In het hiervoor geciteerde deel wordt echter niet expliciet naar art. 2:8 BW verwezen. Dit gebeurt wel in de Poststate- en Synpact-beschikkingen. De kern van de laatstgenoemde twee beschikkingen is dat het langere tijd niet uitkeren van winst ten opzichte van minderheidsaandeelhouders in strijd is met de redelijkheid en billijkheid als daarvoor geen goede reden bestaat. Daarnaast blijkt dat openheid verschaft moet worden over het dividendbeleid alsmede de gronden voor het beleid.²⁴¹ De Rechtbank Leeuwarden herhaalt het uitgangspunt uit de Sluis-beschikking en oordeelt dat het enkel uitkeren van winst aan de cumulatief preferente aandeelhouder in strijd is met de redelijkheid en billijkheid als de gewone

²³⁶ Hof Amsterdam (OK) 24 januari 1991, *NJ* 1991/224 (*Sluis*), r.o. 4.1.

²³⁷ Hof Amsterdam (OK) 15 september 1994, *TVVS* 1995/28, m.nt. Th.S. IJsselmuiden (*Kerstens*).

²³⁸ Hof Arnhem 26 mei 1992, *NJ* 1993/182, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Uniwest*), r.o. 3-5.

²³⁹ Wolf 2013, p. 341-350 verwijst hiervoor naar diverse rechtspraak (zoals de EMBA-beschikking, Synpact-beschikking en Gjaltema Onroerend Goed/ABS Steigerbouw-uitspraak) waaronder de reeds behandelde uitspraken. Een groot deel van de behandelde rechtspraak is ook in Bier 2012a, p. 190-201 uiteengezet.

²⁴⁰ Hof Amsterdam (OK) 15 maart 2005, *JOR* 2005/88 (*EMBA*), r.o. 3.23.

²⁴¹ In de Poststate-beschikking was er meer dan tien jaar geen dividend uitgekeerd zonder dat daarvoor goede economische gronden bestonden (Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.5-3.6). Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *ARO* 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.10.

aandeelhouders geen uitkering ontvangen.²⁴² Deze situatie wijkt enigszins af van de eerdergenoemde uitspraken van de Ondernemingskamer, maar in de kern gaat het erom dat een aandeelhouder geen winst ontvangt terwijl daarvoor geen goede of aanvaardbare grond bestaat.

In 2013 bevestigt de Hoge Raad in het VEB/KLM-arrest onder meer de rechtsregel uit de Sluisbeschikking.²⁴³ In deze zaak heeft de meerderheidsaandeelhouder op basis van alle bij de vennootschap betrokken belangen de afweging gemaakt dat het belang van de vennootschap (/het concern) zwaarder weegt dan het belang van de minderheidsaandeelhouders waardoor een deel van de winst is gereserveerd. Deze reservering wordt gelet op de gemaakte belangenafweging in stand gelaten.²⁴⁴ Het reserveren van de winst is dan ook niet per se in strijd met de redelijkheid en billijkheid, zolang (goede) gronden bestaan voor de reservering en de nodige zorgvuldigheid met betrekking tot de belangen van de minderheidsaandeelhouders wordt betracht.²⁴⁵ De rechter dient volgens de Hoge Raad een dergelijk geschil terughoudend te beoordelen. Hierdoor heeft de meerderheidsaandeelhouder een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid, zodat uiteenlopende meningen niet tot strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid hoeft te leiden.²⁴⁶ Deze beoordelingsvrijheid heeft – aldus Koelemeijer – tot gevolg dat een verschuiving plaatsvindt ten aanzien van het uitgangspunt in de jurisprudentie. Het uitgangspunt was immers dat aandeelhouders recht op uitkering hebben, tenzij het belang van de vennootschap een reservering vereist. Dit uitgangspunt wordt vervolgens dat reservering mogelijk is, tenzij de gronden voor reservering in redelijkheid niet verdedigbaar zijn.²⁴⁷ Verder heeft Bier naar aanleiding van de KLM-zaak – de uitspraak van het hof – op basis van rechtspraak zeven (duidelijke) gedragsregels geformuleerd waarvan er zes zijn overgenomen.²⁴⁸

1. Bij een besluit tot winstbestemming moet rekening met de redelijkheid en billijkheid worden gehouden.

²⁴² Rb. Leeuwarden 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBLLE:2010:BN5188 (*Gjaltema Onroerend Goed/ABS Steigerbouw*), r.o. 4.8-4.9.

²⁴³ Zie over de KLM-zaak onder meer Koelemeijer 2012, p. 42-45; Schönau 2012, p. 16-19; Koster 2014a, p. 95-97; Koelemeijer 2015, p. 15-16; Koster 2015, p. 636-639; Van Schilfgaarde 2016, p. 241-246. Lok 2018, p. 315-318 behandelt daarnaast uitgebreid de wettelijke bepaling van de NV en BV en de daarmee samenhangende aspecten. In het kader van zorgplichten behandelt Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2020, p. 101-104 mede verschillende rechtspraak waaronder het VEB/KLM-arrest.

²⁴⁴ HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/461, m.nt. P. van Schilfgaarde (*VEB/KLM*), r.o. 3.4.5 met verwijzing naar de daaraan voorafgaande uitspraak Hof Amsterdam 15 november 2011, *JOR* 2012/6, m.nt. E.E.U. Vroom (*VEB/KLM*), r.o. 3.24-3.26.

²⁴⁵ HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/461, m.nt. P. van Schilfgaarde (*VEB/KLM*), r.o. 3.4.2 en 3.4.5. Deze zorgvuldigheidsnorm baseert de Hoge Raad op de Zwagerman-beschikking.

²⁴⁶ HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/461, m.nt. P. van Schilfgaarde (*VEB/KLM*), r.o. 3.4.3.

²⁴⁷ Koelemeijer 2012, p. 43; Koelemeijer 2015, p. 16. Een verschuiving van het uitgangspunt zou overigens bij de BV minder merkwaardig zijn vanwege de inwerkingtreding van de Flex-BV en de daarmee samenhangende wijzigingen. Niettemin lijkt ondanks de wetwijziging wel het uitgangspunt te blijven dat de winst de houders van aandelen ten goede komt. Zie Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.8 waarnaar Lennarts 2017, p. 102-104 verwijst. Overigens is het volgens De Roo 2021, p. 184-185 niet correct om te spreken van 'recht op een redelijk dividend', omdat in de rechtspraak veelal staat 'een belang bij een redelijk dividend'. Ook lijkt het – aldus De Roo – correcter als de problematiek wordt teruggebracht tot de vraag of een reserveringsbesluit een zakelijke grondslag heeft.

²⁴⁸ De eerste gedragsregel van Bier beschrijft het voorheen geldende uitgangspunt dat aandeelhouders in beginsel recht hebben op de winst (Bier 2012b, p. 91-92). Deze gedragsregel heeft in de recentere uitgave van Bier specifiek betrekking op de NV, waardoor deze gedragsregel gelet op de afbakening van het onderzoek niet is overgenomen (Bier 2023, p. 77). Het wettelijk uitgangspunt is bij de BV immers door inwerkingtreding van de Flex-BV enigszins gewijzigd.

2. In beginsel dient de uitkeerbare winst aan de aandeelhouders te worden uitgekeerd, tenzij het vennootschappelijk belang vereist dat de winst geheel of gedeeltelijk wordt gereserveerd.
3. Een op de meerderheidsaandeelhouders/bestuurders rustende zorgvuldigheidsverplichting zorgt ervoor dat rekening met de belangen van de minderheidsaandeelhouder(s) moet worden gehouden. Hieronder valt het belang van de (minderheids)aandeelhouder op een redelijke vergoeding voor zijn financiële betrokkenheid. Het voorgaande leidt ertoe dat het belang van de vennootschap tegen het belang van de minderheidsaandeelhouder(s) moet worden afgewogen en de wens van de andere aandeelhouder om de winst (deels) te reserveren.
4. Het gedurende onbepaalde tijd (grotendeels) reserveren van de winst kan jegens de (minderheids)aandeelhouder in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid als het belang van de vennootschap dit niet rechtvaardigt.
5. Afhankelijk van de omstandigheden hoeft het niet onredelijk te zijn als meer gewicht wordt toegekend aan de motieven voor reservering van de winst – zoals bedrijfseconomische redenen – dan aan de wens van de minderheidsaandeelhouder om dividend te ontvangen. Het voorgaande kan anders liggen ‘als er geen verband is tussen de hoogte van het dividend en de resultaten van de onderneming en een kenbaar en consistent (op schrift gezet) dividendbeleid ontbreekt, terwijl een zodanig beleid wel verwacht mag worden.’
6. De motieven om tot reservering van winst over te gaan moeten – voor reservering – uitdrukkelijk en gemotiveerd aan de (minderheids)aandeelhouder(s) kenbaar worden gemaakt.²⁴⁹

De hiervoor aangehaalde gedragsregels van Bier verschaffen in combinatie met de door Bier behandelde rechtspraak het nodige inzicht in welk gedrag toelaatbaar is.²⁵⁰ Niettemin is het geven van uitsluitel daarover ingewikkeld vanwege de open normen. Relevant in dit kader zijn eveneens de opmerkingen van Timmerman waarbij Bier zich aansluit.²⁵¹ Timmerman meent dat een besluit inhoudelijk eerder correct is als de minderheidsaandeelhouders meer bij de besluitvorming zijn

²⁴⁹ Bier 2023, p. 76-78. Deze aangehaalde gedragsregels zijn eerder waarneembaar in Bier 2012b, p. 91-92. Verder vertaalt Wolf 2013, p. 349-350 deze gedragsregels naar de situatie waarin er sprake is van een Flex-BV met stemrechtloze aandeelhouders. Tevens heeft Van der Korst in 2020 een vergelijkbare lijst opgesteld waaruit blijkt dat in de periode van 2012 tot en met 2023 er weinig op dit terrein is veranderd (Van der Korst 2020, p. 288). Verder zijn soortgelijke gedragsnormen uit de uitgebreide uiteenzetting van Van Olfen & Rensen te destilleren waarin de nodige rechtspraak aan bod komt (Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 195).

²⁵⁰ Bier behandelt namelijk – naast de gedragsregels – nagenoeg alle relevante uitspraken op het gebied van de winstbestemming voortkomende uit enquêteprocedures en art. 2:15 BW-procedures. Hiermee worden eveneens de voormelde gedragsregels verduidelijkt (Bier 2023, p. 76-87). Ook relevant in dit verband is de recente annotatie van Bier onder de SES Nederland-uitspraak waarin voornoemde onder meer schrijft: “Dan gaat de rechtbank een interessante richting op. De rechter dient zich, volgens de rechtbank, af te vragen of ‘het besluit’ tot reservering van winst de minderheidsaandeelhouder onevenredig benadeelt en daarvan kan sprake zijn als a) de benadeling onvoldoende te rechtvaardigen valt door het vennootschapsbelang of b) de meerderheidsaandeelhouder zichzelf langs andere weg wel een uitkering heeft doen toekomen. De rechtbank oordeelt, samengevat, dat het belang van de vennootschap bij de reserveringen van winst over de boekjaren 2018 en 2019 niet voldoende was onderbouwd. De rechtbank had daar kunnen stoppen, maar vervolgt met de toetsing aan de tweede genoemde grond. Broer had zichzelf namelijk langs nog een andere weg een forse, structurele toename van de inkomsten uit de onderneming door toekomen door zichzelf als bestuurder van SES een behoorlijke verhoging in de bezoldiging toe te kennen (de Salarisverhoging) en dus is volgens de rechtbank onvoldoende rekening gehouden met het belang van Zus als het gaat om het rendement op haar vermogen.” Verder is de desbetreffende uitspraak volgens Bier illustratief voor het belang van een kenbaar en consistent (op geschrift gezet) dividendbeleid (B. Bier, annotatie bij Rb. Overijssel 19 januari 2022, *JOR* 2024/3, nr. 10-14).

²⁵¹ Bier 2013, p. 636-637.

betrokken en het besluit beter is gemotiveerd. Wanneer van het omgekeerde sprake is, zou eerder sprake kunnen zijn van onevenredige benadeling.²⁵² Dit klinkt logisch gelet op de reeds uiteengezette rechtspraak uit de literatuur. Wat betreft deze rechtspraak ontstaat de indruk dat de rechterlijke instanties een behoorlijk consistente lijn volgen bij het beoordelen van het dividendbeleid. Niettemin blijft het geven van uitsluitel over de uitkomst van een geschil ingewikkeld vanwege de invloed van de feiten en omstandigheden en de algemene(re) aard van de geformuleerde gedragsnormen.²⁵³

2.5 Strategie en beleid

Strategie wordt als overkoepelende term gebruikt voor geschillen die ontstaan naar aanleiding van financiële, commerciële of sociale beslissingen die het bestuur voornemens is om te nemen of heeft genomen. Ook geschillen over het uiteengezette beleid op voornoemde terreinen worden onder dit type geschil geschaard.²⁵⁴ Daarentegen behoren geschillen omtrent de winstbestemming expliciet niet tot dit type geschil ter handhaving van een strikt onderscheid tussen de gevalstypen. Verder zal dit type geschil onder meer tussen bestuurders of bestuurders en aandeelhouders kunnen spelen door uiteenlopende visies. Welke rol de redelijkheid en billijkheid kan spelen, wordt hieronder uiteengezet nadat het wettelijk kader met betrekking tot de strategie en het beleid is beschreven.

Het bestuur is overeenkomstig art. 2:239 lid 1 BW behoudens statutaire beperkingen belast met het besturen van de vennootschap. Dit lid is sinds invoering daarvan in 1976 ongewijzigd gebleven.²⁵⁵ Tot voor kort was deze bepaling identiek aan art. 2:129 lid 1 BW,²⁵⁶ alleen bepaalt lid 1 van art. 2:129 BW met ingang van 1 mei 2021 expliciet dat – kort gezegd – onder het besturen van de vennootschap met een beursnotering in ieder geval valt het bepalen van het beleid en de strategie van de vennootschap.²⁵⁷ Dit geeft een verduidelijking van wat onder het besturen van de vennootschap wordt verstaan. Ondanks dat deze toevoeging bij art. 2:239 lid 1 BW ontbreekt, wordt aangenomen dat het bepalen van het beleid en de strategie – behoudens statutaire beperkingen – een

²⁵² Conclusie A-G Timmerman voor HR 12 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ9145), ECLI:NL:PHR:2013:BZ9145 (*VEB/KLM*), nr. 4.15.

²⁵³ Er bestaat volgens Evers geen algemene maatstaf voor wat redelijk is, omdat dat sterk afhankelijk is van de financiële situatie van de onderneming in het jaar van uitkering en andere omstandigheden. Ter verduidelijking hiervan formuleert Evers enkele gezichtspunten die enige overlap vertonen met hetgeen Bier reeds heeft uiteengezet (Evers 2016, p. 106). Zie verder over dit soort geschillen Stevens 2015, p. 89-93. In dit verband schrijven Assink & De Jongh 2015, p. 6-7 ook dat de Hoge Raad – in navolging van het hof in de KLM-zaak – betrekkelijk algemene gedragsnormen heeft geformuleerd.

²⁵⁴ Garcia Nelen 2020, p. 183-185 geeft een uitgebreide beschrijving van hetgeen ‘strategie’ inhoudt en verwijst daarbij onder meer naar Van Schilfgaarde die schrijft dat strategie een onderdeel is van ‘beleid’. Daarnaast behandelt Terstege 2022, p. 76-97 extensief de bestuurstaak alsmede de wetsgeschiedenis van art. 2:129/239 lid 1 BW.

²⁵⁵ Parl. Gesch. Inv. Boek 2 BW 1977, p. 1391.

²⁵⁶ In 1963 is voor de NV reeds het uitgangspunt terug te zien dat het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap voor zover in de statuten niet anders is bepaald (Parl. Gesch. Boek 2 BW 1963, p. 623). De strekking van deze bepaling is ook terug te zien in art. 47 WvK (oud), waardoor het voornoemde uitgangspunt van voor 1963 dateert (Losegaat Vermeer 1937, p. 37). Zie verder over de ‘wetsgeschiedenis van het bestuur’ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 112-114.

²⁵⁷ *Stb.* 2021, 185, p. 3; *Stb.* 2021, 210, p. 1. Dat het bepalen van het beleid en de strategie – in beginsel – een aangelegenheid is van het bestuur van een beursgenoteerde vennootschap is meermaals bevestigd in de rechtspraak – ABN AMRO-, ASMI- en Boskalis/Fugro-uitspraak – waarnaar in de memorie van toelichting wordt verwezen (*Kamerstukken II* 2019-2020, 35 367, nr. 3, p. 3-4). HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970 (*ABN AMRO*), r.o. 4.3; HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976 (*ASMI II*), r.o. 4.4.1; HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:652 (*Boskalis/Fugro*), r.o. 3.3.6.

taak van het bestuur is.²⁵⁸ De vraag is nu of art. 2:8 BW wordt toegepast als een geschil daaromtrent ontstaat. Du Bois & Hermans schrijven hieromtrent in het kader van het enquêterecht:

“De Ondernemingskamer zal de inhoud van het beleid slechts marginaal toetsen, wat in de praktijk neerkomt op een objectieve redelijkheidstoets. De redelijkheidstoets houdt in de vraag of het bestuur na een zorgvuldige belangenafweging in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Soms wordt een andere formulering gebruikt: de vraag of het door het bestuur gevoerde beleid dusdanig onjuist en/of onverantwoord is of dat het bestuur zijn taak zodanig heeft vervuld, dat geen redelijk handelend bestuur eenzelfde handelwijze zou kunnen voorstaan. Hierbij gaat het om de vraag of het beleid rechtsgeldig tot stand is gekomen en of aan het gevoerde beleid een zorgvuldige besluitvorming ten grondslag ligt, met inachtneming van een behoorlijke afweging van voor- en nadelen en alle in aanmerking komende belangen.”²⁵⁹

Het beleid – en dus de gekozen strategie – wordt door de rechter slechts marginaal getoetst waarvoor sprake is van een objectieve redelijkheidstoets.²⁶⁰ Deze redelijkheidstoets lijkt in de kern neer te komen op een toetsing aan art. 2:8 BW.²⁶¹ De redelijkheid en billijkheid speelt daardoor een rol bij de beslechting van een geschil omtrent de strategie als de rechter termen gebruikt zoals ‘in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen’ of ‘geen redelijk handelend bestuur’.²⁶² In dit kader is tevens van belang dat de bestuurders bij de vervulling van hun taak – mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW – zorgvuldigheid moeten betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Volgens Van

²⁵⁸ Alhoewel de term ‘strategie’ in 1976 nog niet door Van Schilfgaarde wordt gehanteerd, wordt er over het ‘besturen van de vennootschap’ geschreven: “Het bestuur heeft niet alleen de leiding bij de dagelijkse gang van zaken, het moet ook plannen maken voor de toekomst, nieuwe projecten entameren, beleid uitstippelen. (...) In feite is het bestuur (behoort althans het bestuur te zijn) het centrale punt in de vennootschap (onderneming) ter zake van alle beleidsvoorbereiding, -vaststelling en -uitvoering te zijn” (Van Schilfgaarde 1976, p. 103). Deze alinea blijft in de daaropvolgende edities van ‘Van de BV en de NV’ grotendeels onveranderd, maar in bijvoorbeeld de laatste editie wordt tevens de term ‘strategie’ gebruikt (Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 197). Verder wordt in de Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 291 verwezen naar het aangehaalde citaat van Van Schilfgaarde en het rapport van de Commissie Corporate Governance. Volgens het rapport houdt besturen onder meer in verantwoordelijkheid voor de effectuering van de strategie en het beleid. In een recentere editie van de Asser staat duidelijk wat strategie is en dat het ‘strategisch beleid’ een taak van het bestuur is (Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 139). Ook de opvatting van de Ondernemingskamer is op dit terrein duidelijk bij de beoordeling van een geschil binnen een BV: “Het bedrijfseconomisch beleid en de strategie van een onderneming behoren tot het domein van het bestuur en de OK treedt slechts met terughoudendheid in de vraag of ondernemersbeleid vanuit financieel of commercieel oogpunt onjuist of inefficiënt is geweest.” Assink & Kroeze 2016, p. 69 verwijzen naar de hiervoor geciteerde Metrical-beschikking in het kader van een beperkte toetsing door de Ondernemingskamer (Hof Amsterdam (OK) 25 september 2015, ARO 2015/214 (Metrical), r.o. 3.4).

²⁵⁹ Du Bois & Hermans 2022, p. 479-480. Hierbij wordt onder meer verwezen naar de Fyber-beschikking waarin de Ondernemingskamer oordeelt: “De Ondernemingskamer stelt voorop dat haar terughoudendheid past bij de beoordeling van een dergelijk besluit van een orgaan van een rechtspersoon en de vraag of bij het nemen van dat besluit alle in aanmerking komende belangen naar redelijkheid en billijkheid zijn afgewogen en of daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht is genomen.” Hof Amsterdam (OK) 19 december 2019, ARO 2020/28 (Fyber), r.o. 3.5.

²⁶⁰ Zie hoofdstuk 4 over marginale (terughoudende) toetsing.

²⁶¹ Het is echter niet mogelijk om met zekerheid te stellen dat de redelijkheid en billijkheid in een dergelijke situatie wordt toegepast, aangezien een expliciete verwijzing naar art. 2:8 BW lijkt te ontbreken en de nadruk mogelijk op de wijze van toetsing ligt in plaats van art. 2:8 BW als (gedrags)norm.

²⁶² In dit kader is relevant dat bij de toetsing van besluiten aan de redelijkheid en billijkheid slechts tot vernietiging wordt overgegaan wanneer geen redelijk handelend bestuur het besluit zou hebben genomen (Buijn & Storm 2013, p. 405-406). De toepassing van de term ‘geen redelijk handelend bestuur’ is daardoor breder en niet beperkt tot geschillen omtrent de strategie.

Schilfgaarde moeten bestuurders zich daardoor eerst richten op het vennootschappelijk belang en vervolgens kijken of er ruimte bestaat voor nuancering of correctie van de uitkomst op grond van art. 2:8 BW.²⁶³ Deze correctie houdt verband met dat de bestuurders ervoor dienen te zorgen dat de belangen van de betrokkenen niet onnodig of onevenredig worden geschaad.²⁶⁴

Verder kan een aandeelhouder – alleen of tezamen met andere aandeelhouders – een meerderheid van de stemrechten uitoefenen in de aandeelhoudersvergadering, waardoor hij in besloten verhoudingen direct dan wel indirect invloed kan uitoefenen op de strategie en het beleid.²⁶⁵ Vanuit de positie van de aandeelhouder dient hierbij wel rekening te worden gehouden met het uitgangspunt dat een aandeelhouder (in beginsel) zijn eigen belang mag nastreven bij de uitoefening van het stremrecht. Dit uitgangspunt is echter niet onbegrensd, omdat de aandeelhouder zich overeenkomstig art. 2:8 BW dient te gedragen.²⁶⁶ De invloed van de aandeelhouder is daardoor onder meer op grond van art. 2:8 BW niet ongelimiteerd. In lijn hiermee heeft de Ondernemingskamer recentelijk in de Funda-beschikking geoordeeld dat aandeelhouders in beginsel hun eigen belang mogen behartigen, maar dat zij daarbij wel gebonden zijn aan art. 2:8 BW. De voorgaande norm brengt mede mee dat de aandeelhouder bij de uitoefening van zijn rechten het belang van de vennootschap in beginsel niet mag veronachtzamen. Het gewicht dat een aandeelhouder aan art. 2:8 BW moet toekennen, neemt eveneens toe naarmate zijn aandelenbelang groeit en naarmate meer belangen van andere betrokkenen in het geding zijn. Dit kan onder bijzondere omstandigheden meebrengen dat een meerderheidsaandeelhouder het belang van de vennootschap dient te laten prevaleren boven zijn eigen belang.²⁶⁷

Kortom, art. 2:8 BW kan op verschillende manieren terugkomen in dit type geschil. Of dit veelvuldig in de rechtspraak voorkomt, moet echter nog blijken uit de systematische rechtspraakanalyse.

²⁶³ Gelet op de reikwijdte van dit onderzoek zal geen verdere aandacht worden besteed aan het vennootschappelijk belang. Zie voor meer informatie omtrent die norm bijvoorbeeld de volgende bronnen met daarin de nodige verwijzingen: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 126-127; Wolf 2013, p. 168-173; Kemp 2015a, p. 109-121. Overigens is het interessant dat in Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 130 staat dat een beslissing van het bestuur die niet verenigbaar is met het vennootschappelijk belang tevens in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, omdat – met verwijzing naar Van Schilfgaarde 2016, p. 149 en Verdam 2015, p. 77 – ‘de norm van het vennootschapsbelang immers ligt ingebed in de (ruimere) norm van de redelijkheid en billijkheid.’

²⁶⁴ P. van Schilfgaarde, annotatie bij HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (*Cancun*), nr. 5.3. De onverminderde relevantie van de norm uit de Cancun-beschikking blijkt uit HR 10 februari 2023, *JOR* 2023/119, m.nt. B. Kemp; *NJ* 2023/166, m.nt. H.J. de Kluiver (*Cordial*).

²⁶⁵ Door middel van de instructiemacht en/of de instructiebevoegdheid (/het instructierecht) kan de aandeelhoudersvergadering immers het bestuur beïnvloeden. In bijvoorbeeld concernverhoudingen of joint venture-verhoudingen kunnen de controlerende aandeelhouder(s) (gezamenlijk) voornoemde macht of bevoegdheid gebruiken om het bestuur overeenkomstig een bepaald beleid te laten handelen. Zie voor meer informatie over de instructiemacht en de instructiebevoegdheid onder andere de volgende recente(re) bronnen: Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 262-266; Bulten 2017, p. 69-78; De Roo 2021, p. 453-475; Olaerts 2022, p. 752-757.

²⁶⁶ De Jongh 2012, p. 2622-2623; Verdam 2015b, p. 436; Kemp 2019, p. 88-91; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 30. Dat een aandeelhouder zijn stemrecht niet onbegrensd mag uitoefenen, geldt overigens in algemene zin waardoor dit mede relevant kan zijn voor de andere gevalstypen.

²⁶⁷ Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, *JOR* 2022/147, m.nt. B. Kemp (*Funda*), r.o. 4.36 en nr. 5-6 (annotatie); Haanschoten 2023b, p. 214. In dit verband is de ruim één decennium eerder gewezen PCM-beschikking mede relevant (Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928 (*PCM*), r.o. 3.13). Uit die beschikking volgt – samengevat – dat een toekomstig aandeelhouder onder omstandigheden niet alleen rekening moet houden met zijn eigen belangen maar ook met de onderscheiden vennootschappelijke belangen. Zie over deze beschikking bijvoorbeeld Kaemingk 2010, p. 263-269.

2.6 Structuurwijziging

2.6.1 Inleiding

Onder ‘structuurwijziging’ wordt een wijziging van de aandelenstructuur, de statuten, de ondernemingsstructuur en een beëindiging van de samenwerking of vennootschap geschaard.²⁶⁸ Geschillen die hieruit voortvloeien, kunnen tussen de aandeelhouders bestaan die tot het betreffende besluit overgaan, maar het bestuur kan binnen het geschil eveneens een centrale rol vervullen. Hierbij is niet uitgesloten dat bepaalde partijen zowel in hoedanigheid van bestuurder als aandeelhouder optreden. Om de voornoemde termen – met betrekking tot structuurwijziging – te verduidelijken zal allereerst gespecificeerd worden welke situaties onder de desbetreffende termen vallen in het kader van dit onderzoek. De reden hiervoor is dat auteurs verschillende definities van structuurwijziging hanteren. Onder de definitie van Verbrugh vallen bijvoorbeeld de juridische fusie, splitsing en omzetting.²⁶⁹ Klaassen hanteert daarentegen een bredere definitie van structuurwijziging door daaronder onder meer te plaatsen: een statutenwijziging, ontbinding, omzetting, kapitaalvermindering, kapitaalverhoging, juridische fusie en juridische splitsing.²⁷⁰ In dit onderzoek is eveneens – zoals blijkt uit het begin van deze alinea – voor een andere strekking van het begrip gekozen om het onderzoek af te bakenen. Hierbij heeft de focus van het onderzoek op de redelijkheid en billijkheid geleid tot de volgende definities van de vier genoemde subtypen die in dit onderzoek behoren tot een structuurwijziging.

Bij een wijziging van de aandelenstructuur gaat het erom dat het aantal aandelen toeneemt of afneemt door emissie of intrekking van aandelen. Ook relevant is een waardevermindering van de aandelen door een besluit tot kapitaalvermindering. De term statutenwijziging verdient geen nadere toelichting, aangezien dit uitsluitend gaat over een besluit dat leidt tot een wijziging van de statuten.²⁷¹ Van een wijziging van de ondernemingsstructuur is sprake als de onderneming (deels) wordt vervreemd of als een andere onderneming (deels) wordt verworven. Indien daarbij een belangenverstrengeling speelt, dan is hetgeen in paragraaf 2.3 staat leidend om overlap tussen de gevalstypen te voorkomen.²⁷² Verder valt onder beëindiging van de samenwerking of vennootschap een (voorgenomen) ontbinding, geschillen die ontstaan naar aanleiding van het willen beëindigen van de samenwerking tussen de aandeelhouders/(bestuurders) en een gedwongen aandelenoverdracht. Bij dit laatste is van belang dat het geschil specifiek daarover gaat en dat de rechter art. 2:8 BW niet toepast op een van de andere typen geschillen.²⁷³ Hieronder wordt achtereenvolgens op de

²⁶⁸ De afzonderlijke onderdelen worden ook met de term ‘subtype’ aangeduid.

²⁶⁹ Verbrugh 2007, p. 1.

²⁷⁰ Klaassen 2007, p. 77-80.

²⁷¹ Sommige statutenwijzigingen impliceren overigens geen structuurwijziging, omdat een aanpassing noodzakelijk kan zijn naar aanleiding van bijvoorbeeld een wetwijziging.

²⁷² Dit betekent dat als het rechterlijk oordeel ten aanzien van de vervreemding van de onderneming en de belangenverstrengeling niet los van elkaar kunnen worden gezien, het rechterlijk oordeel onder het type belangenverstrengeling wordt geplaatst. Daarentegen is een rechterlijk oordeel over beide aspecten voldoende te onderscheiden indien de aspecten in verschillende rechtsoverwegingen staan of ingeval een duidelijke splitsing is aan te brengen omdat aparte gedragsnormen worden geformuleerd.

²⁷³ Het ontslag van een bestuurder en de wijze waarop aan diegene als aandeelhouder informatie wordt verstrekt, kunnen bijvoorbeeld leiden tot een gedwongen aandelenoverdracht. In die situatie kan een geschil ontstaan over de gedwongen aandelenoverdracht, maar in de kern gaat het geschil over het ontslag en de informatieverstrekking. Indien art. 2:8 BW in een dergelijke situatie slechts betrekking heeft op het eerste gevalstype (informatieverstrekking), dan zal de uitspraak (logischerwijs) alleen onder dat gevalstype worden gecodeerd.

volgende onderdelen van de centraal staande definitie van structuurwijziging ingegaan: aandelenstructuur (paragraaf 2.6.2), statutenwijziging (paragraaf 2.6.3), ondernemingsstructuur (paragraaf 2.6.4) en beëindiging van de samenwerking of vennootschap (paragraaf 2.6.5).

2.6.2 Aandelenstructuur

Zoals beschreven kunnen verschillende besluiten leiden tot een wijziging van de aandelenstructuur, want het aantal aandelen kan door een emissie- of intrekkingbesluit wijzigen.²⁷⁴ Een emissiebesluit leidt tot uitgifte van aandelen en kan overeenkomstig art. 2:206 lid 1 BW bij besluit van de algemene vergadering geschieden, tenzij de statuten anders bepalen. Indien statutair een ander orgaan is aangewezen, behoudt de algemene vergadering de bevoegdheid om de overdracht te herroepen.²⁷⁵ Hierbij is het uitgangspunt dat de zittende aandeelhouders – tenzij de statuten anders bepalen – een voorkeursrecht hebben bij de uitgifte.²⁷⁶ Door dit voorkeursrecht kan een aandeelhouder bewerkstelligen dat zijn aandelenbelang niet verwatert en procentueel gelijk blijft.²⁷⁷ Het besluit tot kapitaalvermindering kan als tegenhanger van het emissiebesluit worden beschouwd als door intrekking het aantal aandelen afneemt.²⁷⁸ De algemene vergadering is op grond van art. 2:208 lid 1 BW bevoegd om een dergelijk besluit te nemen, maar het is niet – net zoals bij de emissiebevoegdheid – mogelijk om deze bevoegdheid over te dragen aan een ander orgaan.²⁷⁹ Daarnaast biedt art. 2:208 lid 1 BW de mogelijkheid om de waarde van de aandelen bij statutenwijziging te verminderen, waardoor eveneens sprake is van kapitaalvermindering.

Aangezien de voorgaande besluiten door een vennootschapsrechtelijk orgaan dienen te worden genomen, behoort de totstandkoming en inhoud van het besluit aan de redelijkheid en billijkheid te voldoen.²⁸⁰ Nu resteert de vraag of er eveneens specifieke – op art. 2:8 BW gebaseerde –

²⁷⁴ Deze lijst is niet limitatief en dient ter afbakening van het onderzoek.

²⁷⁵ De strekking van het artikel is sinds inwerkingtreding daarvan op 20 januari 1986 onveranderd gebleven. Verder is de wettekst van art. 2:206 BW gebaseerd op art. 2:96 BW (*Kamerstukken II* 1980-1981, 16 551, nr. 3, p. 9). Zie voor meer informatie over de wetsgeschiedenis en strekking van art. 2:206 BW Snijder-Kuipers & Brink-van der Meer, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:206 BW, aant. 1 e.v. (online, actueel t/m 15-03-2021).

²⁷⁶ Art. 2:206a BW is op hetzelfde moment als art. 2:206 BW (20 januari 1986) in werking getreden. Ook is de strekking van deze bepaling afkomstig uit het NV-recht (art. 2:96a BW). Wel is art. 2:206a BW op 1 oktober 2012 enigszins gewijzigd door inwerkingtreding van de Flex-BV, maar de strekking van deze bepaling is grotendeels onveranderd gebleven. Zie wederom voor de wetsgeschiedenis en strekking van de bepaling Snijder-Kuipers & Brink-van der Meer, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:206a BW, aant. 1 e.v. (online, actueel t/m 15-03-2021).

²⁷⁷ Overeenkomstig art. 2:206a lid 1 BW kan telkens voorafgaand aan de uitgifte het voorkeursrecht beperkt of uitgesloten worden bij besluit van de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. Het voorkeursrecht kan ook statutair worden uitgesloten gelet op de eerste volzin van lid 1. Daarnaast is het voorkeursrecht uitgesloten bij uitgifte aan werknemers van de vennootschap. Verder is van regeland recht dat het voorkeursrecht is uitgesloten bij de uitgifte van preferente aandelen en dat preferente aandeelhouders geen voorkeursrecht hebben. Zie over het voorkeursrecht – of de emissiebevoegdheid – bij de BV bijvoorbeeld Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 265; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, p. 195-198; Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 360-362.

²⁷⁸ Net zoals de voorgaande twee wettelijke bepalingen is de strekking van art. 2:208 BW sinds 20 januari 1986 grotendeels onveranderd gebleven. De eisen voor kapitaalvermindering zijn niettemin door inwerkingtreding van de Flex-BV gewijzigd, aangezien daar op grond van art. 2:208 lid 6 jo. art. 2:216 BW een beperkte balanstest en uitkeringstest voor geldt (Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 252). Zie verder Ten Voorde 2006, p. 22-31 voor een uitgebreide uiteenzetting van de wetsgeschiedenis van kapitaalvermindering. Raadpleeg voor meer specifiek de wetsgeschiedenis en strekking van art. 2:208 BW Snijder-Kuipers & Brink-van der Meer, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:208 BW, aant. 1 e.v. (online, actueel t/m 15-03-2021).

²⁷⁹ Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 249.

²⁸⁰ Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 133; Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 313-314.

gedragsregels zijn ontwikkeld voor een situatie die leidt tot een wijziging van de aandelenstructuur. Het antwoord op deze vraag is bevestigend, maar de nadruk in de literatuur en rechtspraak ligt op het emissiebesluit en het voorkeursrecht.²⁸¹ Een voorbeeld daarvan dateert uit 1949. Houwing meent naar aanleiding van het Doetinchemse IJzergieterij-arrest dat een uitgifte van aandelen onder meer in strijd met de goede trouw is als door deze uitgifte enkel een wijziging van de machtsverhouding wordt beoogd.²⁸² Ook kunnen minderheidsaandeelhouders door de uitgifte onevenredig worden benadeeld. In de Secmatix-uitspraak oordeelt de voorzieningenrechter dat op de vennootschap – ex art. 2:8 lid 1 BW – een zorgvuldigheidsplicht rust met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders en dat uit deze verplichting een bijzondere zorgplicht kan voortvloeien jegens de aandeelhouder wiens aandelenbelang dreigt te verwateren. De uitwerking van deze bijzondere zorgplicht is in de gegeven omstandigheden dat de vennootschap deugdelijk moet onderzoeken of er een alternatieve financieringsmogelijkheid bestaat en, indien dat niet het geval is, of de uitgifte tegen nominale waarde reëel is.²⁸³ Een ander sprekend voorbeeld in het kader van een aandelenuitgifte betreft het Verenigde Bootlieden-arrest. Uit de uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat een aandeelhouder van het voorkeursrecht kan worden uitgesloten – ondanks het gelijkheidsbeginsel dat in art. 2:201a BW is gecodificeerd – als voor een ongelijke behandeling een redelijke en objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat.²⁸⁴

In een situatie dat niet alle aandeelhouders (in gelijke mate) aan de uitgifte (kunnen) deelnemen, vereist art. 2:8 BW dat het proces transparant moet geschieden. In dit kader dient de noodzaak voor de emissie voldoende duidelijk te worden gemaakt. In aanvulling daarop is van belang dat de uitgiftekoers op basis van een onafhankelijke waardering tot stand is gekomen, aangezien de emissiekoers voldoende verband moet houden met de waarde van de onderneming.²⁸⁵ Hierbij kan het relevant zijn of de minderheidsaandeelhouder – evenals de waardering van de door de minderheidsaandeelhouder ingeschakelde deskundige – voldoende bij de uitgifte is betrokken.²⁸⁶

Het voorgaande verschaft verschillende voorbeelden van de rol van art. 2:8 BW bij de uitgifte van aandelen. Verder staat in het bijzondere geval van noodzaakfinanciering centraal dat de vennootschap dringende behoefte heeft aan aanvullende financiering vanwege een financiële nood situatie, waardoor het voornemen bestaat om aandelen uit te geven aan (nieuwe) aandeelhouders.²⁸⁷ Echter,

²⁸¹ Zie ook uitgebreid over de uitgifte van aandelen bij een BV: Timmermans 2023, p. 301-313.

²⁸² Ph.A.N. Houwing, annotatie bij HR 1 april 1949, NJ 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*), nr. 2.

²⁸³ Raadpleeg Brons 2020, p. 150-151 met verwijzing naar Rb. Oost-Brabant (vzr.) 29 november 2017, JOR 2018/65, m.nt. J. Barneveld (*Radboud University Participations/Secmatix*), r.o. 4.12 en 4.14. Ook in Snijder-Kuipers & Brink-van der Meer, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:206a BW, aant. 2 (online, actueel t/m 15-03-2021) wordt naar deze uitspraak en vergelijkbare uitspraken verwezen.

²⁸⁴ HR 31 december 1993, NJ 1994/436, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van den Berge/Verenigde Bootlieden*), r.o. 4.3.1 en nr. 2 (annotatie). Zie hierover Assink/Slagter 2013, p. 629-630. Overigens blijkt de onverminderde relevantie van het voornoemde arrest van de Hoge Raad uit het recente Iristrace-arrest waarin de uitsluiting van het voorkeursrecht van bepaalde aandeelhouders niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel en art. 2:8 BW wordt geacht (Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1695 (*Iristrace*), r.o. 5.15-5.22).

²⁸⁵ Vink 2023, p. 146; Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 336. Van de laatste bron zijn met betrekking tot art. 2:8 BW en een uitgiftebesluit mede relevant de nummers 334 en 335 (zie in dit verband ook meer recent: Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2024, nr. 334-336).

²⁸⁶ Zo volgt uit Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 336 waarin naar diverse relevante rechtspraak wordt verwezen.

²⁸⁷ De term noodzaakfinanciering is als eerste door De Kluiver 2006, p. 31 gehanteerd. Deze term wordt daarna veelvuldig door andere auteurs gebruikt. De informatie in de hoofdttekst en de verwijzingen zijn afkomstig uit de volgende bronnen: Leedeckerken 2010, p. 141-145; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, nr. 131; Assink/Slagter 2013, p. 634-639; Veenstra 2015, p. 40-50; Kemp 2015a, p. 400-404; Eikelboom 2017a, p. 220-222;

een of meerdere aandeelhouders verzetten zich daartegen vanwege (hoogstwaarschijnlijk) de potentiële verwatering van hun aandelenbelang door de uitgifte. In een dergelijke situatie is dan ook sprake van een impasse die de rechter kan doorbreken, want de rechter kan (i) de benodigde besluitvorming indirect bewerkstelligen en/of (ii) het voorkeursrecht uitsluiten.²⁸⁸ Ter illustratie van beide varianten worden verschillende uitspraken – die in de literatuur voorkomen – hieronder beknopt uiteengezet.

In de Skygate-beschikking is aan het bestuur van de holding de bevoegdheid toegekend om zonder goedkeuring van de algemene vergadering te stemmen voor de aanvullende financiering van de dochtervennootschap. In de algemene vergadering van de holding was namelijk sprake van een impasse, terwijl de dochtervennootschap dringend behoefte had aan additionele financiering en geen alternatief op korte termijn voorhanden leek.²⁸⁹ Het is echter ook mogelijk – zoals blijkt uit de Alcas-beschikking – dat de Ondernemingskamer de emissiebevoegdheid aan de raad van commissarissen toekent.²⁹⁰ Een andere mogelijkheid is dat de aandelen van de blokkerende meerderheidsaandeelhouder ten titel van beheer worden overgedragen om de benodigde uitgifte te realiseren.²⁹¹ Ook kan zowel de emissiebevoegdheid aan het bestuur worden toegekend als het voorkeursrecht opzij worden gezet.²⁹² Van het enkel opzijzetten van het voorkeursrecht is het GorillaPark-arrest een voorbeeld. In deze uitspraak staat een minderheidsaandeelhouder centraal waarvoor in een aandeelhoudersovereenkomst een antiverwateringsbeding is vastgelegd. Het beroep van de aandeelhouder op dat beding wordt echter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht. De redenen hiervoor zijn (wederom) de preciaire financiële positie van de vennootschap, het ontbreken van alternatieve financieringsmogelijkheden en de onmogelijkheid om de benodigde besluitvorming te nemen.²⁹³ Dat voornoemde redenen van belang zijn, blijkt mede uit de InterXion-beschikking, aangezien daarin de urgentie voor het treffen van de verzochte voorzieningen niet aannemelijk wordt geacht gelet op de financiële toestand van de vennootschap.²⁹⁴

Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 131; Brons 2020, p. 157; Moulen Janssen 2020, p. 230-237; Du Bois & Hermans 2022, p. 469-472; Willems 2022, p. 1091-1114; De Kluiver 2023, p. 1213-1214. Verder noemen De Kluiver 2006, p. 38-40; Moulen Janssen 2022, p. 233-235; Lok 2023, p. 151; Timmerman 2023b, p. 350; Vink 2023, p. 146-147 expliciet de redelijkheid en billijkheid als (hoofdzakelijke) grondslag voor noodzaakfinanciering. Assink/Slagter 2013, p. 635 lijkt de regels voor noodzaakfinanciering eveneens op art. 2:8 BW te baseren.

²⁸⁸ Deze indeling volgt uit Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 131 met verwijzing naar diverse rechtspraak waarvan het merendeel in de hoofdtekst bondig wordt uiteengezet. Voor een uitgebreidere toelichting van de uitspraken kan de voornoemde bron worden geraadpleegd. De desbetreffende indeling is overigens enigszins aangepast en aangevuld in de recentere versie van Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2024, nr. 131.

²⁸⁹ Hof Amsterdam (OK) 27 januari en 15 februari 2000, *JOR* 2000/74 (*Skygate*), r.o. 2.4-2.7. De Hoge Raad heeft vervolgens het oordeel van de Ondernemingskamer in stand gelaten (HR 19 oktober 2001, *NJ* 2002/92, m.nt. J.M.M. Maeijer (*FTS/Skytech*), r.o. 3.6). Zie over de Skygate-zaak Van Solinge 2002, p. 145-146.

²⁹⁰ Hof Amsterdam (OK) 29 november 2002, *ARO* 2002/180 (*Alcas*), r.o. 3.2 en 4. In casu verkeert de centraal staande vennootschap wederom in ernstige financiële moeilijkheden en door een impasse kan geen verdere financiering worden verkregen. Zie in vergelijkbare zin Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/119 (*Delphi Bioscience*), r.o. 3.4-4.

²⁹¹ Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, *ARO* 2009/84 (*Triple E*), r.o. 3.7.

²⁹² Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, *ARO* 2011/85 (*Rhodes Holding Netherlands*), r.o. 3.3 en 4. De voorzieningen waren in deze uitspraak getroffen, omdat het voortbestaan van de vennootschap in gevaar kwam indien geen aanvullende financiering werd verkregen. Ook was er geen voldoende zeker en adequaat alternatief voorhanden.

²⁹³ Hof Amsterdam 25 april 2002, *JOR* 2002/128 (*IPP/GorillaPark*), r.o. 4.5, 4.9 en 4.14. Doordat de aandeelhouder geen beroep op het antiverwateringsbeding mag doen, wordt als het ware zijn voorkeursrecht terzijde gesteld.

²⁹⁴ Hof Amsterdam (OK) 12 juni 2002, *ARO* 2002/63 (*InterXion*), r.o. 3.4. Op een vergelijkbare wijze wordt in de Mocoffee-beschikking de verzochte voorziening afgewezen, omdat andere mogelijkheden voor het verkrijgen van

Als laatste dient in dit kader te worden ingegaan op de Inter Access-zaak. De Ondernemingskamer heeft in deze zaak – gelet op de voornoemde redenen – de emissiebevoegdheid aan het bestuur toegekend en het voorkeursrecht uitgesloten.²⁹⁵ Vervolgens heeft de Hoge Raad de handelswijze van de Ondernemingskamer in principe goedgekeurd door te benadrukken dat de Ondernemingskamer onder omstandigheden dergelijke onmiddellijke voorzieningen kan treffen.²⁹⁶ Gelet op het voorgaande zijn er uit de rechtspraak verschillende omstandigheden te herleiden die aanleiding kunnen vormen voor noodzaakfinanciering en dus rechterlijk ingrijpen. Assink en Kemp noemen respectievelijk vijf en zes vergelijkbare omstandigheden:

1. De financieringsbehoefte van de vennootschap is urgent en als niet in deze behoefte wordt voorzien, dan wordt de continuïteit van de vennootschap reëel bedreigd.
2. Er bestaat een reëel uitzicht dat het voorzien in de financieringsbehoefte leidt tot het waarborgen van de continuïteit van de vennootschap.
3. Er is geen reëel alternatief beschikbaar ter voldoening van de financieringsbehoefte van de vennootschap, dan overgaan tot uitgifte van aandelen.
4. De zittende aandeelhouder(s) – wier aandelenbelang zullen verwateren – worden niet disproportioneel door de aandelenuitgifte benadeeld.
5. Er is sprake van een impasse binnen de besluitvorming die de aandelenemissie blokkeert en slechts door rechterlijk ingrijpen kan worden verholpen.²⁹⁷

Wanneer deze omstandigheden in een situatie spelen, dan lijkt het reëel dat de rechter de gevraagde voorziening toewijst. Of de rechter uiteindelijk de verzochte voorzieningen treft, blijft niettemin afhankelijk van de belangen van de betrokken partijen.²⁹⁸ Afsluitend kan worden opgemerkt dat – alhoewel het overgrote deel van de rechtspraak zich focust op de uitgifte van aandelen – een besluit tot kapitaalvermindering tevens terugkomt bij het leerstuk van noodzaakfinanciering. De Rechtbank Leeuwarden oordeelt namelijk dat een kapitaalvermindering – door verlaging van de waarde van de aandelen (afstempeling) – en een aandelenuitgifte niet in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid vanwege de financiële noodzaak daarvan.²⁹⁹ Op basis hiervan is het voorstelbaar dat intrekking van aandelen om soortgelijke redenen een toets aan art. 2:8 BW wel of niet kan doorstaan.

de financiering nog kunnen worden onderzocht (Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *ARO* 2018/171 (*Mocoffee*), r.o. 3.10).

²⁹⁵ Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, *ARO* 2010/6 (*Inter Access Groep*), r.o. 3.7 en 3.10.

²⁹⁶ HR 25 februari 2011, *NJ* 2011/335 (*Marigot/Inter Access*), r.o. 3.9. Zie over de Inter Access-zaak onder meer Lennarts 2010, p. 210-216; Overkleef 2011, p. 78-82; Raaijmakers 2012, p. 372-378.

²⁹⁷ Assink/Slagter 2013, p. 635; Kemp 2015b, p. 221.

²⁹⁸ Volgens Moulen Janssen moet de rechter een billijke afweging maken gelet op de betrokken belangen. De genoemde voorwaarden voor noodzaakfinanciering zijn ‘in feite een invulling van deze belangenafweging’ (Moulen Janssen 2020, p. 231). Verder benoemt Moulen Janssen – net zoals Du Bois & Hermans 2022, p. 470 – drie voorwaarden voor noodzaakfinanciering. Een aantal van de vijf voorwaarden in de hoofdtekst heeft Moulen Janssen samengevoegd, waardoor er geen – of een zeer beperkt – verschil bestaat tussen de aangehaalde voorwaarden van de verschillende schrijvers (Moulen Janssen 2020, p. 231).

²⁹⁹ Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 131 met verwijzing naar Rb. Leeuwarden 30 juni 2010, *RO* 2010/70 (*Prins Holding*), r.o. 3.6-3.8.

2.6.3 Statutenwijziging

Overeenkomstig art. 2:231 lid 1 BW kan een besluit van de algemene vergadering leiden tot een statutenwijziging. Wanneer deze bevoegdheid statutair wordt uitgesloten, blijft het mogelijk om tot wijziging over te gaan indien een dergelijk besluit met algemene stemmen wordt genomen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd.³⁰⁰ Verder is deze bevoegdheid tot wijziging van de statuten exclusief toegekend aan de algemene vergadering aangezien daarvan niet kan worden afgeweken. Ook dient een besluit tot statutenwijziging – zoals reeds uiteengezet in paragraaf 2.6.2 – qua totstandkoming en inhoud aan de redelijkheid en billijkheid te voldoen, omdat het een besluit is van een vennootschapsrechtelijk orgaan.³⁰¹ Een voorbeeld van de toetsing van een besluit tot statutenwijziging aan de redelijkheid en billijkheid betreft het Mante-arrest.³⁰² In deze uitspraak staat een statutenwijziging centraal die leidt tot aantasting van de rechten van een minderheidsaandeelhouder. De Hoge Raad oordeelt in deze zaak:

“(…) indien alle formele vereisten, bij wet of statuten voor de wijze van oproeping van een aandeelhoudersvergadering gesteld is, is voldaan, de eisen van redelijkheid en billijkheid, die aandeelhouders jegens elkander in acht hebben te nemen, onder omstandigheden kunnen medebrengen, dat een aandeelhoudersvergadering niet tot het nemen van een besluit aangaande een onderwerp waarbij de belangen van bepaalde aandeelhouders in bijzondere mate zijn betrokken overgaat, alvorens te hebben nagegaan of die aandeelhouders genoegzaam in de gelegenheid zijn gesteld aan de besluitvorming over dit hen in het bijzonder rakende onderwerp deel te nemen.”³⁰³

De feiten en omstandigheden kunnen gelet op de voorgaande uitspraak met zich meebrengen dat het slechts voldoen aan de wettelijke en statutaire oproepingsvereisten onvoldoende is. Als een aandeelhouder namelijk een bijzonder belang heeft bij een bepaald besluit, dan kunnen op grond van de redelijkheid en billijkheid aanvullende eisen gelden voor de totstandkoming van het besluit.³⁰⁴ Hierdoor kan voorafgaand aan een besluit tot statutenwijziging een grotere mate van zorgvuldigheid vereist zijn, waardoor de betrokken partijen voldoende de gelegenheid moeten krijgen om deel te nemen aan de besluitvorming.³⁰⁵

Het voorgaande illustreert op welke manier de redelijkheid en billijkheid een rol kan spelen bij de totstandkoming van een besluit (tot statutenwijziging). De inhoud van een besluit tot

³⁰⁰ De eerste drie leden van deze bepaling zijn sinds invoering daarvan in 1976 onveranderd gebleven (Parl. Gesch. Inv. Boek 2 BW 1977, p. 1388). Deze leden zijn ook identiek aan de bepaling voor statutenwijziging van een NV (Parl. Gesch. Boek 2 BW 1963, p. 618), waardoor de strekking van art. 2:231 BW reeds in 1937 waarneembaar is in art. 45 WvK (oud) (Losegaat Vermeer 1937, p. 34). Verder is lid 4 op 1 oktober 2012 toegevoegd na inwerkingtreding van de Flex-BV (*Stb.* 2012, 299, p. 19; *Stb.* 2012, 301). Zie *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 058, nr. 16, p. 1-2 voor de achterliggende redenen voor toevoeging van art. 2:231 lid 4 BW.

³⁰¹ Van der Heijden/Van der Grinten 1989, p. 645-646; Waaijer 1993, p. 36. Zie laatstgenoemde bron voor een uitgebreid onderzoek naar statuten(wijziging).

³⁰² Zie over het Mante-arrest onder meer Waaijer 1993, p. 36-38; Koelemeijer 1999, p. 17-18.

³⁰³ HR 30 oktober 1964, *NJ* 1965/107, m.nt. G.J. Scholten (*Mante*).

³⁰⁴ Door de algemene formulering van deze rechtsregel kan deze regel breder worden getrokken, waardoor er sprake is van een relevante rechtsregel voor de totstandkoming van een besluit (Waaijer 1993, p. 37, voetnoot 18).

³⁰⁵ In het verlengde van het Mante-arrest ligt een recente uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland waarin zowel een aandelenuitgifte als statutenwijziging centraal staan waarover de 50%-aandeelhouder – wiens rechten zijn opgeschort – niet is geïnformeerd zodat die partij daaraan niet heeft kunnen deelnemen. Beide besluiten zijn onder meer daardoor volgens de rechtbank in strijd met de redelijkheid en billijkheid (C.J. Groffen, annotatie bij Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2023, *JOR* 2024/36, nr. 3).

statutenwijziging kan daarentegen ook centraal staan in het rechterlijk oordeel zoals blijkt uit het Lampe/Tonnema-arrest.³⁰⁶ In casu wil de overgrote meerderheid van de aandeelhouders hun aandelenbelang overdragen aan een derde. Dit is echter niet zomaar mogelijk gelet op een statutaire aanbiedingsregeling. Om deze reden wordt in de algemene vergadering een statutenwijziging gerealiseerd, waardoor de aanbiedingsplicht (blokkeringsregeling) is gewijzigd in een goedkeuringsregel. Vervolgens dragen de aandeelhouders – na het verlenen van goedkeuring – hun aandelen over aan de derde. Deze gang van zaken is tegen de wil van Lampe – die een aandelenbelang heeft van minder dan 5% – aangezien Lampe de aandelen wil verkrijgen. Het hof oordeelde in deze zaak dat de statutenwijziging niet in strijd was met de goede trouw.³⁰⁷ Als minderheidsaandeelhouder had Lampe rekening moeten houden met een wijziging van de aanbiedingsregeling. Daarnaast weegt het belang van Lampe in de gegeven omstandigheden minder zwaar dan de belangen van de overgrote meerderheid van de aandeelhouders en het belang van de vennootschap.³⁰⁸ De Hoge Raad laat dit oordeel in stand waardoor de toelaatbaarheid van de statutenwijziging vaststaat.³⁰⁹

Beide arresten maken inzichtelijk dat de totstandkoming en inhoud van een besluit tot statutenwijziging aan de redelijkheid en billijkheid moet voldoen. Er worden echter geen specifieke gedragsregels geformuleerd die uitsluitend gelden voor een besluit tot statutenwijziging, maar eerder algemene regels met betrekking tot de toetsing van een besluit aan art. 2:8 BW. Daardoor zijn de arresten eveneens relevant voor andere besluiten.

2.6.4 Ondernemingsstructuur

Uit paragraaf 2.5 is gebleken dat het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap, waardoor het bestuur – behoudens statutaire beperking – het beleid en de strategie van de vennootschap bepaalt.³¹⁰ De bevoegdheid om (een deel van) de onderneming te vervreemden of een andere onderneming te verwerven ligt daardoor in beginsel bij het bestuur.³¹¹ De vraag is echter of het bestuur daardoor ongelimiteerd (een deel van) de onderneming kan vervreemden of een andere onderneming kan verwerven. De redelijkheid en billijkheid is immers van toepassing op bestuursbesluiten.³¹² Daaronder vallen de voornoemde transacties, aangezien dat besluiten betreffen die gericht zijn op een bepaald rechtsgevolg: het verkrijgen dan wel vervreemden van een onderneming (goederen).³¹³

³⁰⁶ Meer informatie over deze uitspraak staat in Waaijer 1993, p. 58-73; Koelemeijer 1999, p. 43-44.

³⁰⁷ Relevant is ook dat de Hoge Raad in het arrest aanhaalt dat de redelijkheid en billijkheid hetzelfde is als de objectieve goede trouw (HR 17 mei 1991, *NJ* 1991/645, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Lampe/Tonnema*), r.o. 3.2).

³⁰⁸ HR 17 mei 1991, *NJ* 1991/645, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Lampe/Tonnema*), r.o. 3.3-3.4.

³⁰⁹ In HR 4 maart 1960, *NJ* 1962/6 (*Stoomzuivelfabriek Salland*) komt volgens Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 10 ook een besluit tot statutenwijziging voor en een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.

³¹⁰ Zie over besturen en de bestuurstaak onder meer Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, p. 477-480; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 189; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 135.

³¹¹ Zoals beschreven in paragraaf 2.6.1 is hetgeen in paragraaf 2.3 leidend als het rechterlijk oordeel ten aanzien van de overdracht of verkrijging van de onderneming niet te onderscheiden is van het oordeel over belangenverstreming.

³¹² Assink 2021, p. 5. Koelemeijer 1999, p. 198 heeft reeds betoogd dat de redelijkheid en billijkheid tot een beperking van de bestuursbevoegdheid kan leiden bij onder meer de overdracht van (een essentieel deel van) de onderneming.

³¹³ Schwarz 2021, p. 10-12. In de desbetreffende bundel staan overigens diverse interessante bijdragen over wanneer er sprake is van een besluit of beslissing. Op deze discussie wordt niet ingegaan vanwege de reikwijdte van het onderzoek. Zie in dit kader ook het proefschrift van Van Vught 2020.

Een andere beperking van de bestuursbevoegdheid is voor de NV in art. 2:107a BW vastgelegd.³¹⁴ Daaruit volgt dat het bestuur om goedkeuring van de algemene vergadering moet vragen bij bestuursbesluiten die leiden tot een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming.³¹⁵ Een soortgelijke bepaling voor de BV ontbreekt, omdat de wetgever veronderstelt dat aandeelhouders in besloten verhoudingen hun eigen positie kunnen ‘verzekeren door middel van statutaire bepalingen, eventueel in combinatie met stemovereenkomsten.’³¹⁶ Niettemin zijn er in de literatuur voorstanders van een analoge toepassing van het goedkeuringsrecht bij de BV.³¹⁷ Een besluit dat tot een belangrijke wijziging van de identiteit of het karakter van de vennootschap leidt, zou daardoor aan de algemene vergadering (ter goedkeuring) moeten worden voorgelegd.³¹⁸

Tot op heden blijft onduidelijkheid over deze problematiek bestaan. Illustratief hiervoor zijn twee uitspraken waartussen een periode van bijna vijftien jaar zit.³¹⁹ In 2008 oordeelt de voorzieningenrechter dat art. 2:107a BW niet naar analogie toepasbaar is met het oog op de wetsgeschiedenis en dat de verkoop van het onroerend goed in zijn algemeenheid niet onder de strekking van art. 2:107a BW valt.³²⁰ Klaassen heeft de nodige kritiek op deze uitspraak als voorstander van analoge toepassing van art. 2:107a BW.³²¹ Laatstgenoemde stelt onder meer dat het denkbaar is dat voor vreemding van onroerende zaken de goedkeuring van de algemene vergadering vereist is als die activa vrijwel de gehele onderneming van de vennootschap behelst.³²²

Een andere zaak op dit terrein betreft de Human Concern-uitspraak. In deze zaak bestaat de activa van de vennootschap (hoofdzakelijk) uit 96,5% van de aandelen van één vennootschap. Het bestuur is voornemens om deze aandelen – althans een aandelenbelang van 51% – over te

³¹⁴ De kern van deze bepaling is sinds inwerkingtreding daarvan op 1 oktober 2004 onveranderd gebleven (*Stb.* 2004, 370, p. 2; *Stb.* 2004, 405). Zie uitgebreid over het goedkeuringsrecht Klaassen 2007, p. 175-238.

³¹⁵ HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434, m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABN AMRO/VEB*), r.o. 4.7. Uit dit arrest volgt dat de reikwijdte van art. 2:107a BW – in overeenstemming met de wetsgeschiedenis – restrictief moet worden uitgelegd: “Bij de totstandkoming van art. 2:107a kwam weliswaar aan de orde dat een rol voor de algemene vergadering van aandeelhouders ook is weggelegd bij besluiten die onder meer betrekking hebben op het beschikken over delen van de met de vennootschap verbonden onderneming, maar daaraan is toegevoegd dat dit alleen geldt in gevallen waarin die besluiten zo ingrijpend zijn dat zij de aard van het aandeelhouderschap veranderen in dier voege dat de aandeelhouder daardoor als het ware kapitaal gaat verschaffen aan — en een belang gaat houden in — een wezenlijk andere onderneming (...).”

³¹⁶ *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 129, nr. 5, p. 18-19.

³¹⁷ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 23 menen dat het uitgangspunt van art. 2:107a BW analoog geldt voor de BV bij een ingrijpende wijziging van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming. Hierbij verwijzen zij naar diverse rechtspraak alsmede naar zowel voorstanders als tegenstanders van een analoge toepassing. Voorstanders van een analoge toepassing zijn bijvoorbeeld Klaassen 2007, p. 234-236; Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 201.

³¹⁸ Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, p. 378. Deze bevoegdheid wordt ook op art. 2:217 BW gebaseerd (zie pagina 371 van de voornoemde bron).

³¹⁹ De uitspraken worden aangehaald in Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 23; Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 201.

³²⁰ Rb. Leeuwarden (pres.) 17 september 2008, *Ondernemingsrecht* 2009/12, m.nt. A.G.H. Klaassen (*De Vries*), r.o. 4.8.

³²¹ Voor de bevoegdheid van de algemene vergadering is volgens Klaassen ook geen statutaire bepaling vereist, omdat de rechter zich voor het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering op art. 2:217 BW kan beroepen. A.G.H. Klaassen, annotatie bij Rb. Leeuwarden (pres.) 17 september 2008, *Ondernemingsrecht* 2009/12 (*De Vries*), nr. 1.

³²² A.G.H. Klaassen, annotatie bij Rb. Leeuwarden (pres.) 17 september 2008, *Ondernemingsrecht* 2009/12 (*De Vries*), nr. 2.

dragen aan een derde.³²³ In eerste aanleg oordeelt de rechtbank dat art. 2:107a BW naar analogie moet worden toegepast en er wordt een link met art. 2:8 BW gemaakt in het kader van een behoorlijke besluitvorming.³²⁴ Het hof daarentegen komt tot een ander oordeel. Het bestuur van een vennootschap is allereerst volgens het hof niet verplicht – ook niet op grond van art. 2:8 of 2:9 BW – om de algemene vergadering vooraf bij de besluitvorming te betrekken als het gaat om handelingen waartoe het bestuur bevoegd is. Daarnaast is volgens het hof de overdracht van 51% van de aandelen in de enige deelneming ingrijpend, maar niet zodanig vergaand dat de algemene vergadering ex art. 2:107a BW een goedkeuringsrecht heeft. Verder blijkt uit de uitspraak dat de gedragsnorm uit het enquêterecht – met betrekking tot het ‘betrekken van de aandeelhouders bij de besluitvorming’ in geval van vervreemding van de onderneming (zie de volgende alinea) – geen analoge toepassing van art. 2:107a BW inhoudt.³²⁵ Salemink is kritisch op het voorgaande oordeel van het hof, omdat daardoor een verschillend goedkeuringsrecht ontstaat bij de NV en BV. De daaraan ten grondslag liggende norm is immers hetzelfde. Het moet gaan om besluiten die zo ingrijpend zijn dat de besluiten de aard van het aandeelhouderschap zodanig veranderen dat gezegd kan worden dat de aandeelhouder daardoor als het ware kapitaal gaat verschaffen aan een wezenlijk andere onderneming. Nu het bestreden besluit tot aandelenoverdracht niet als een dergelijk ingrijpend besluit bestempeld wordt, ontstaat er een verschil aangezien het bestuursbesluit – aldus Salemink – hoogstwaarschijnlijk onder art. 2:107a lid 1 sub c BW valt.³²⁶

³²³ Dit percentage komt terug in Rb. Amsterdam (vzr.) 23 februari 2021, *OR Updates* 2021/206 (*Human Concern*), alleen blijkt uit de uitspraak niet of het bestuur in eerste aanleg alle aandelen of 51% van de aandelen wil vervreemden aan een derde. Het percentage is daardoor mogelijk overgenomen van de uitspraak in hoger beroep (Hof Amsterdam 7 april 2021, *JOR* 2021/201, m.nt. T. Salemink (*Human Concern*), r.o. 3.6).

³²⁴ Rb. Amsterdam (vzr.) 23 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2618 (*Human Concern*), r.o. 4.4. Hierin staat: “[gedaagden] wordt niet gevolgd in haar stelling dat artikel 2:107a BW niet analoog van toepassing is op de BV. Weliswaar is het artikel geschreven in titel 4 van boek 2 BW dat handelt over de NV, maar volgens de literatuur (Asser 2-IIb, 2019/23 en de uitspraken van de Ondernemingskamer (OK 23 januari 2009, *JOR* 2009/69 en OK 5 april 2018 ECLI:NL:GHAMS:2018:1444) is het artikel analoog van toepassing op de BV en kan dit reeds worden aangenomen op grond van artikel 2:217 lid 1 BW. Het zonder overleg met en deelneming aan de besluitvorming door de algemene vergadering van aandeelhouders wordt in strijd geoordeeld met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap, in een geval van vervreemding van alle (substantiële) activa van de vennootschap. Ook uit de Kamerstukken in verband met de invoering van artikel 2:107a BW is door de minister van Justitie opgemerkt dat de regeling van het goedkeuringsrecht bij de BV aansluit bij ‘hetgeen volgens literatuur en jurisprudentie al geldend recht is’ (Kamerstukken I 2003/04, 28179, B, p. 10). [gedaagden] kan dus niet worden gevolgd in haar verweer op dit punt. De door haar genoemde uitspraak gaat over analoge toepassing van artikel 2:107a BW bij handelingen die niet vallen onder het begrip ‘belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming’. Dat is in het onderhavige geval niet aan de hand. Hier gaat het om de verkoop van de aandelen in [gedaagde 2], die de substantiële activa van [gedaagde 1] vormen. De analoge toepassing op de BV wordt in dat geval algemeen aangenomen. Als de aandeelhouders niet op een behoorlijke wijze worden betrokken in de besluitvorming omtrent een dergelijke verkoop van een deelneming, wordt dit in strijd geacht met de in artikel art. 2:8 BW genoemde redelijkheid en billijkheid. Het door [gedaagden] genoemde arrest is op de onderhavige zaak niet van toepassing. De opvatting van [gedaagden] steunt niet op het recht.”

³²⁵ Hof Amsterdam 7 april 2021, *JOR* 2021/201, m.nt. T. Salemink (*Human Concern*), r.o. 3.14-3.16. In rechts-overweging 3.16 staat: “Daarbij komt dat in de hiervoor in 3.15 bedoelde gevallen waarin de algemene vergadering van aandeelhouders bij de besluitvorming dient te worden betrokken geen analoge toepassing wordt gegeven aan artikel 2:107a BW. Als de algemene vergadering van aandeelhouders niet of onvoldoende wordt betrokken bij bepaalde besluitvorming kan dat bijvoorbeeld onder omstandigheden gegronde redenen opleveren om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken, kan dat in strijd zijn met regels van *corporate governance* of met hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd in de zin van artikel 2:8 BW. De (mogelijke) rechtsgevolgen daarvan zijn anders dan die van artikel 2:107a BW, waarin het gaat om een goedkeuringsrecht.”

³²⁶ T. Salemink, annotatie bij Hof Amsterdam 7 april 2021, *JOR* 2021/201 (*Human Concern*), nr. 4-6. Van Veen heeft daarentegen geen problemen met de beredenering van het hof omtrent de analoge toepassing van art. 2:107a BW gelet op de bedoeling van de wetgever. Het voorgaande neemt niet weg dat Van Veen tevens erkent dat de

Wat betreft de in het enquêterecht ontwikkelde gedragsnorm is onder meer de UMI-zaak relevant waarin het bestuur alle aandelen in twee dochtervennootschappen zelfstandig heeft vervreemd.³²⁷ Uit de eerstefasebeschikking volgt dat goedkeuring vereist is in geval van vervreemding van de gehele onderneming of alle (substantiële) activa. In de tweedefasebeschikking komt daarentegen – samengevat – terug dat de vennootschap haar aandeelhouders op een behoorlijke wijze bij de besluitvorming moet betrekken.³²⁸ De Ondernemingskamer oordeelt in de tweedefasebeschikking meer specifiek:

“Immers, niet aanvaard kan worden dat (het bestuur van) een vennootschap al haar (substantiële) activa vervreemdt — en daarmee in feite een einde maakt aan de door haar in stand gehouden onderneming — zonder haar aandeelhouders op een behoorlijke wijze in de besluitvorming, die resultaat van overleg en in overeenstemming met het bepaalde in artikel 2:8 BW dient te zijn, daaromtrent te betrekken. (...) (Ook) in dit verband had het op de weg van UMI Beheer gelegen voldoende openheid van zaken te betrachten jegens haar (minderheids)aandeelhouder Jonker, en deze laatste in redelijkheid in staat te stellen zich ervan te vergewissen dat de onderscheiden belangen behoorlijk uiteen werden gehouden.”³²⁹

In de aangehaalde rechtsoverweging formuleert de Ondernemingskamer eerst een gedragsregel in geval het bestuur alle (substantiële) activa van de vennootschap vervreemdt. Hierbij vervullen ‘overleg’ en ‘art. 2:8 BW’ een belangrijke rol. Daarnaast moet het bestuur transparant zijn jegens de (minderheids)aandeelhouder, zodat laatstgenoemde kan weten of de betrokken belangen behoorlijk uiteen worden gehouden. Dit laatste houdt verband met het voorkomen van een ontoelaatbare belangenverstrengeling – zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.4 – maar het is voorstelbaar dat de geformuleerde gedragsregel van de Ondernemingskamer eveneens standhoudt als geen sprake is van een potentiële (ontoelaatbare) belangenverstrengeling.³³⁰ De uitspraak maakt echter niet inzichtelijk wanneer ‘alle substantiële activa’ van de vennootschap zijn vervreemd, omdat deze term niet nader is toegelicht. Ook wordt op basis van deze rechtspraak niet inzichtelijk wat ‘betrekken

bestuursbevoegdheid overschreden wordt als een aandeelhouder door het besluit aandelen zou gaan houden in een wezenlijk andere vennootschap (Van Veen 2022, p. 615-619).

³²⁷ Deze uitspraak en de hieronder in voetnoot 330 uiteengezette ADW-beschikking komen beide aan bod in Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 23. Verder staat een verwijzing naar de desbetreffende rechtspraak in Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 201.

³²⁸ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 23 verwijst naar zowel de eerste- als tweedefasebeschikking (Hof Amsterdam (OK) 16 november 2005, *ARO* 2005/196 (*UMI*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, *ARO* 2006/166 (*UMI*), r.o. 3.3). Gelet op hetgeen Schwarz schrijft, lijkt ‘betrekken bij de besluitvorming’ te betekenen dat de algemene vergadering om goedkeuring moet worden gevraagd (Schwarz, in: *GS Rechtsper-sonen*, art. 2:107a BW, aant. 4 (online, actueel t/m 24-11-2019)).

³²⁹ Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, *ARO* 2006/166 (*UMI*), r.o. 3.3.

³³⁰ In de ADW-beschikking speelt een vergelijkbaar geschil waarin alle aandelen van de dochtervennootschappen worden vervreemd aan de bestuurder van de vennootschap en een gelieerde partij. In deze zaak herhaalt de Ondernemingskamer eerst dat de aandeelhouders op behoorlijke wijze in de besluitvorming daaromtrent moeten worden betrokken en dat die besluitvorming een resultaat moet zijn van overleg alsmede qua inhoud en totstandkoming overeenkomstig art. 2:8 BW moet zijn. Vervolgens wordt in een aparte rechtsoverweging specifiek op de evidente belangenverstrengeling ingegaan, waardoor de regels naast elkaar lijken te kunnen bestaan (Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018 *ARO* 2018/83 (*ADW Accountants*), r.o. 3.7-3.8). In dit onderzoek wordt overigens een brede definitie toegekend aan de term ‘gelieerde partij’, aangezien uiteenlopende partijen kunnen voorkomen bij geschillen over belangenverstrengeling. Ook wordt deze term niet in de rechtspraak en literatuur op een vaste wijze gedefinieerd, waardoor de strekking van het begrip kan variëren. Onder de term ‘gelieerde partij’ valt in dit onderzoek: een partij waarin de bestuurder, commissaris en/of aandeelhouder een (in)direct belang houden of waarmee de bestuurder, commissaris en/of aandeelhouder een familierechtelijke of andere bijzondere verhouding hebben zoals met een (goede) kennis. Hieronder vallen overigens mede transacties tussen de vennootschap en bestuurder, commissaris of aandeelhouder (in privé).

bij de besluitvorming' exact inhoudt. De UMI- en ADW-beschikkingen hebben het immers enkel over overleg en de naleving van art. 2:8 BW. Wel gaat het in beide uitspraken om een feitelijke/materiële liquidatie van de vennootschap en daarvoor is volgens de literatuur goedkeuring dan wel instemming van de aandeelhoudersvergadering nodig.³³¹

Op basis van de voorgaande uitspraken blijft onduidelijkheid bestaan over de rol van de redelijkheid en billijkheid alsmede wanneer er sprake is van vervreemding van alle substantiële activa. Wel lijkt in het enquêterecht vast te staan dat art. 2:8 BW meebrengt dat de aandeelhouders bij de besluitvorming dienen te worden betrokken als het bestuur alle (substantiële) activa vervreemdt. Of dit betrekken bij de besluitvorming tot meer dan het voeren van overleg of het informeren van de aandeelhoudersvergadering leidt, is niet geheel duidelijk. Het kan namelijk ook betekenen dat goedkeuring of instemming van de algemene vergadering is vereist overeenkomstig de literatuur over de analoge toepassing van art. 2:107a BW en het materieel liquideren van een vennootschap.³³²

Voorts is in dit kader de gedachtegang interessant dat een financiële nood situatie kan leiden tot terzijdestelling van een statutair unanimitateitsvereiste, waardoor het bestuur de gehele onderneming – of een substantieel deel – in afwijking van de statuten kan vervreemden.³³³ Tot slot lijken er geen specifieke gedragsregels te zijn gecreëerd voor het verkrijgen van een onderneming.³³⁴ Dit laat onverlet dat de gedragsregels omtrent het betrekken van de algemene vergadering bij de besluitvorming en het analoog toepassen van art. 2:107a BW onder omstandigheden relevant zouden kunnen zijn.

2.6.5 Beëindiging van de samenwerking of vennootschap

Onder deze subcategorie van structuurwijziging vallen een (voorgenomen) ontbinding van de vennootschap en een geschil over de beëindiging van de samenwerking zoals onenigheid over een gedwongen aandelenoverdracht. Wat betreft een geschil over het beëindigen van de samenwerking

³³¹ Indien er sprake is van feitelijke/materiële liquidatie, dan veronderstellen auteurs dat goedkeuring of instemming van de algemene vergadering is vereist (Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, p. 371; Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 201). De bevoegdheid tot ontbinding van een vennootschap ligt immers bij de algemene vergadering (art. 2:19 lid 1 sub a BW). In Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 23 wordt verder naar de Van Baarsen Halfweg-beschikking verwezen waarin tevens sprake is van een materiële liquidatie door overdracht van de onderneming aan een gelieerde partij. Hierbij is niet in overleg met de algemene vergadering getreden en de aandeelhoudersvergadering is tevens niet bij de besluitvorming betrokken (Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2006, *ARO* 2006/46 (*Van Baarsen Halfweg*), r.o. 3.3). Interessant in dit kader is eveneens de TICA-beschikking waarin overeenkomstig de statuten met volstreekte meerderheid goedkeuring voor de verkoop van de dochtervennootschap is verkregen. Echter, dit betrof volgens de Ondernemingskamer een materiële liquidatie van de rechtspersoon, waardoor overeenkomstig de statutaire bepaling voor ontbinding een gekwalificeerde meerderheid was vereist (Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, *JOR* 2014/160, m.nt. G.J.C. Rensen (*TICA*), r.o. 3.10). Zie over deze uitspraak ook Van der Sangen 2019, p. 253-254.

³³² Assink/Slagter 2013, p. 719-720 ziet overigens geen ruimte voor analoge toepassing van art. 2:107a BW. Art. 2:107a BW kan wel als 'denkraam' fungeren voor een 'gepaste en contextuele invulling aan art. 2:217 lid 1 jo. art. 2:8 BW'. Oftewel, zonder analoge toepassing kan de redelijkheid en billijkheid een soortgelijk resultaat bewerkstelligen.

³³³ Zie Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 131 waarin deze op Hof Amsterdam (OK) 29 september 2013, *JOR* 2014/93 (*Phoenica*) gebaseerde gedachtegang terugkomt. De beschikking sluit ook aan bij de jurisprudentie over noodzaakfinanciering.

³³⁴ Een mogelijke verklaring hiervoor is dat het verkrijgen (van een deel) van een onderneming als positief(er) kan worden beschouwd ten opzichte van het vervreemden (van een deel) van een onderneming, waardoor over de eerste situatie minder snel een geschil ontstaat dat resulteert in een gerechtelijke procedure.

is van belang om op te merken dat dat als een ‘restcategorie’ wordt beschouwd.³³⁵ Geschillen zullen namelijk in eerste instantie veelal overwegend gaan over een van de andere typen geschillen en kunnen vervolgens leiden tot een geschil over de beëindiging. Niettemin wordt dit aspect benoemd, zodat duidelijk is waar dergelijke rechtspraak onder zal worden geschaard. Overigens valt een feitelijke liquidatie niet in deze subcategorie, omdat een feitelijke liquidatie reeds in paragraaf 2.6.4 is behandeld. Om de voorgaande redenen ligt de nadruk in deze paragraaf hoofdzakelijk op welke wijze een vennootschap overeenkomstig de wet kan worden ontbonden en de rol van art. 2:8 BW daarbij.

In art. 2:19 lid 1 BW staat een limitatieve lijst van ontbindingsgronden.³³⁶ Voor dit onderzoek is hoofdzakelijk sub a van voornoemd artikel van belang, omdat daarin staat dat een rechtspersoon door een besluit van de algemene vergadering wordt ontbonden.³³⁷ Deze bevoegdheid van de algemene vergadering kan niet statutair aan een ander orgaan worden overgedragen, maar het is mogelijk dat de bevoegdheid wordt beperkt door toekenning van een goedkeuringsrecht aan een ander orgaan.³³⁸ Verder behoort de totstandkoming en inhoud van het ontbindingsbesluit aan de redelijkheid en billijkheid te voldoen, aangezien het een besluit van een vennootschapsorgaan betreft.³³⁹ Wanneer alle betrokken partijen het over het (voorgenomen) ontbindingsbesluit eens zijn, zal art. 2:8 BW buiten beschouwing kunnen worden gelaten. Bij tegenstrijdige visies is echter waarneembaar dat de redelijkheid en billijkheid een beslechtende rol kan vervullen. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin sprake is van een 50/50-verhouding, waarbij de aandeelhouders geen besluit tot ontbinding kunnen nemen als zij geen overeenstemming daarover weten te bereiken. De rechter heeft in een dergelijke situatie een aandeelhouder ertoe verplicht medewerking te verlenen aan de ontbinding van de vennootschap die al anderhalf jaar geen activiteiten meer ontplooit.³⁴⁰

Een ander voorbeeld van een vernietigbaar ontbindingsbesluit geeft Moulen Janssen. Laatstgenoemde acht het denkbaar dat een ontbindingsbesluit vernietigbaar is ‘wegens strijd de redelijkheid en billijkheid ex art. 2:8 lid 2 BW’ als het besluit genomen wordt gedurende een akkoordprocedure onder de WHOA.³⁴¹ Tot slot is het relevant om op te merken dat recentelijk het stemrecht van een aandeelhouder onder meer op grond van art. 2:8 BW is begrensd, waardoor de aandeelhouder vanwege de omstandigheden niet mag overgaan tot aanvraag van het eigen faillissement of surseance

³³⁵ Hierbij is het vanzelfsprekend wel noodzakelijk dat art. 2:8 BW in het rechterlijk oordeel terugkomt. Verder worden toegewezen uitstotings- en uittredingsvorderingen op grond van de wettelijke geschillenregeling onder dit subtype geschaard, zoals beschreven in paragraaf 5.6.4.

³³⁶ Asser/Kroeze 2-I 2021, nr. 379.

³³⁷ De bevoegdheid van de algemene vergadering om een besluit tot ontbinding te nemen is vanaf 1 september 1994 in art. 2:19 lid 1 sub a BW gecodificeerd (*Stb.* 1994, 506, p. 2). Daarvoor stonden de regels voor ontbinding verspreid in Boek 2 (Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 847-848; Snijder-Kuipers, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:19 BW, aant. 1 (online, actueel t/m 10-03-2021)). Overigens is de strekking van de bepaling ruimschoots daarvoor waarneembaar in art. 55 WvK (oud) waarin staat dat een NV onder meer door besluit van de algemene vergadering wordt ontbonden (Cremers 1950, p. 66).

³³⁸ Voor een uitgebreide uiteenzetting van de verschillende ontbindingsgronden is te raadplegen: Asser/Kroeze 2-I 2021, nr. 380-397.

³³⁹ Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 133.

³⁴⁰ Nethe 2013, p. 42-43 met verwijzing naar Rb. Amsterdam 11 oktober 2006, *JOR* 2007/32 (*Interroyal Amsterdam*), r.o. 4.2- 4.4.

³⁴¹ Moulen Janssen 2020, p. 319. In Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 480-481 wordt deze mogelijkheid aangehaald met verwijzing naar Moulen Janssen.

van betaling.³⁴² Op grond van deze uitspraak is het ook voorstelbaar dat een aandeelhouder in strijd met art. 2:8 BW handelt als diegene puur uit eigen belang wil overgaan tot ontbinding van de vennootschap.

2.7 Ontslag, schorsing of benoeming van bestuurder

2.7.1 Inleiding

Wanneer een bestuurder ontslagen dan wel geschorst is of het voornemen om daartoe over te gaan is geopenbaard, dan kan een geschil ontstaan omtrent het genomen of voorgenomen besluit. De centraal staande bestuurder kan in een dergelijke situatie menen dat bepaalde procedurele regels niet zijn nageleefd of dat er geen deugdelijke grond voor het ontslag of de schorsing is. Een geschil omtrent het ontslag of de schorsing speelt daardoor tussen de bestuurder wiens positie ter discussie staat en de partij(en) die de positie van de bestuurder willen wijzigen. Een vergelijkbare discussie kan ontstaan over een voorgenomen of genomen benoemingsbesluit. Ter verduidelijking van de wijze waarop art. 2:8 BW in voornoemde geschillen terugkomt, wordt in paragraaf 2.7.2 eerst het wettelijk kader in combinatie met de rol van art. 2:8 BW uiteengezet. Hierbij ligt de nadruk op de inhoudelijke gronden voor het (voorgenomen) besluit. Daarna staan de uit art. 2:8 BW voortvloeiende gedragsregels in paragraaf 2.7.3 centraal die van belang zijn bij de totstandkoming van het besluit.

2.7.2 Het wettelijk kader en de inhoudelijke gronden

2.7.2.1 Inleiding

Ter verduidelijking van het onderscheid tussen ontslag, schorsing en benoeming worden de drie verschillende aspecten in aparte paragrafen behandeld. Achtereenvolgens worden behandeld: het ontslagrecht (paragraaf 2.7.2.2), schorsingsrecht (paragraaf 2.7.2.3) en benoemingsrecht (paragraaf 2.7.2.4). Verder staat het ontslag- en schorsingsrecht in dezelfde wettelijke bepaling, waardoor alleen bij het ontslagrecht op de wettelijke bepaling wordt ingegaan om herhaling te voorkomen.

2.7.2.2 Het ontslagrecht

De wet is ondubbelzinnig over het schorsen of ontslaan van een bestuurder. Op grond van art. 2:244 lid 1 BW kan een bestuurder te allen tijde worden geschorst en ontslagen door het orgaan dat bevoegd is tot benoeming. Dit uitgangspunt is sinds invoering van de BV in het Burgerlijk Wetboek grotendeels onveranderd gebleven.³⁴³ Daarnaast biedt lid 1 sinds 1 oktober 2012 de mogelijkheid

³⁴² A.S. Renshof, annotatie bij Rb. Limburg (vzr.) 19 januari 2023, *JOR* 2023/151 (*Collect & Legal Service Group/Twaalf Provinciën Gerechtsdeurwaarders*), nr. 6-8.

³⁴³ In 1976 stond in art. 2:244 BW dat schorsing en ontslag te allen tijde mogelijk was door ‘degene die bevoegd is tot benoeming’ (Parl. Gesch. Inv. Boek 2 BW 1977, p. 1392). Eenzelfde uitgangspunt is in 1963 waarneembaar voor de NV, alleen blijkt uit de wetsgeschiedenis dat specifiek de algemene vergadering van aandeelhouders iedere bestuurder kan schorsen of ontslaan (Parl. Gesch. Boek 2 BW 1963, p. 625). Dat een bestuurder ‘te allen tijde kan worden geschorst of ontslagen’ stond overigens ook in art. 48b WvK (oud), waardoor dit uitgangspunt reeds decennialang geldt (Losegaat Vermeer 1937, p. 39).

dat de ontslagbevoegdheid van een bestuurder statutair aan een ander orgaan toekomt.³⁴⁴ Het uitgangspunt blijft in een dergelijke situatie onveranderd, aangezien de schorsing of het ontslag te allen tijde kan geschieden. De positie van een bestuurder is door deze wettelijke bepaling sterk afhankelijk van de wil van het orgaan dat tot schorsing of ontslag kan overgaan.³⁴⁵

De ontslagbevoegdheid wordt gelet op het voorgaande als absoluut gepresenteerd omdat een bestuurder te allen tijde kan worden ontslagen. Daardoor lijkt er weinig ruimte beschikbaar voor een interventie op grond van art. 2:8 BW. Deze gedachtegang lijkt met betrekking tot een ontslagbesluit deels correct sinds het Sjardin-arrest van de Hoge Raad uit 1985. Deze uitspraak wekt namelijk de indruk dat inhoudelijke (materiële) gronden niet tot aantasting van het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit kunnen leiden op grond van de redelijkheid en billijkheid.³⁴⁶ Voor aantasting daarvan op grond van art. 2:8 BW zou slechts ruimte bestaan op basis van gronden met betrekking tot de totstandkoming van het besluit.³⁴⁷ Volgens Maeijer moet ‘het tot stand komen van het besluit’ echter breed worden geïnterpreteerd, waardoor een ontslagbesluit moet ‘voldoen aan de formeel getinte en materieel getinte normen die voortvloeien uit de vennootschapsrechtelijk in acht te nemen goede trouw.’³⁴⁸

Timmerman acht het aannemelijk dat de Hoge Raad in het Sjardin-arrest een beperking aanbrengt op het toetsen van de ontslaggrond(en). Niettemin pleit Timmerman voor de mogelijkheid om zeer terughoudend de inhoudelijke gronden aan art. 2:8 BW te kunnen toetsen.³⁴⁹ Verder stelt Van Schilfgaarde dat het ondanks het Sjardin-arrest mogelijk blijft om materiële gronden van vennootschapsrechtelijke aard te toetsen aan de redelijkheid en billijkheid.³⁵⁰ Hierbij worden als voorbeelden genoemd: (i) het zonder deugdelijke grond ontslaan van een bestuurder die tevens aandeelhouder is, (ii) het ontslag van een bestuurder wegens het niet opvolgen van een gegeven instructie die in strijd is met het vennootschappelijk belang, of (iii) een ontslagbesluit dat in strijd is met art. 2:8

³⁴⁴ *Stb.* 2012, 299, p. 20; *Stb.* 2012, 301. Zie *Kamerstukken II 2006-2007* 31 058, nr. 3, p. 93-95 voor de achterliggende redenen voor de wijziging van art. 2:244 lid 1 BW.

³⁴⁵ Overigens is de raad van commissarissen – of (zijn) de niet-uitvoerende bestuurders – op grond van art. 2:272 BW bevoegd om de bestuurders te ontslaan als het volledige structuurregime van toepassing is op de vennootschap. Zie onder andere over het structuurregime en de genoemde ontslagbevoegdheid: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, hoofdstuk 5; Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 318-324.

³⁴⁶ HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985/375, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Sjardin/Sjartec*), r.o. 3.2-3.3; Van der Heijden/Van der Grinten 1984, p. 427. In het arrest wordt naar de goede trouw verwezen, maar de strekking van de objectieve goede trouw is hetzelfde als de strekking van de huidige vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid (Koelemeijer 1999, p. 5).

³⁴⁷ HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985/375, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Sjardin/Sjartec*), r.o. 3.3. Van Schilfgaarde ziet ondanks de uitspraak van de Hoge Raad ruimte voor vernietiging op basis van materiële redenen die niet verband houden met de gronden waarop het ontslag wordt gegeven (P. van Schilfgaarde, annotatie bij HR 26 oktober 1984, *AA* 1985/0141 (*Sjardin/Sjartec*), nr. 6).

³⁴⁸ J.M.M. Maeijer, annotatie bij HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985/375 (*Sjardin/Sjartec*), nr. 4. Maeijer verwijst ook naar Van Leeuwen die onder meer ruimte ziet voor vernietiging van een ontslagbesluit op grond van de goede trouw als een uiterst bekwame bestuurder wordt ontslagen en een ongeschikte bestuurder in plaats daarvan wordt benoemd (Van Leeuwen 1985, p. 104 met verwijzing naar Slagter). Verder wordt de opvatting van Maeijer onderschreven in Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 435; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 269. Ook wordt in de Asser telkens beschreven dat de gronden waarop het ontslag is gegeven, niet betrokken kunnen worden bij de toetsing van het ontslagbesluit aan art. 2:15 lid 1 sub b BW.

³⁴⁹ Monchy & Timmerman 1991, p. 84-85. Een zeer terughoudende toetsing verdraagt zich volgens Timmerman met de discretie van een partij om tot ontslag over te gaan.

³⁵⁰ Deze gedachtegang lijkt verenigbaar met de eerder aangehaalde visie van Maeijer wat betreft dat het ontslag moet voldoen aan de ‘materieel getinte normen’.

BW jegens een andere partij dan de bestuurder.³⁵¹ Assink acht het eerdergenoemde standpunt van Maeijer correct en begeeft zich op een vergelijkbare lijn als Van Schilfgaarde. Daardoor kunnen – aldus Assink – zowel de totstandkomingsaspecten als de inhoudelijke aspecten van het besluit bij de toetsing aan art. 2:8 BW worden betrokken. Hierbij is het van belang dat de toetsing van inhoudelijke aspecten slechts mogelijk is als die aspecten vennootschapsrechtelijk en niet arbeidsrechtelijk van aard zijn.³⁵² De Rechtbank Utrecht heeft in dit kader een noemenswaardige uitspraak gedaan waarin staat:

“Bij de toetsing van het besluit in vennootschapsrechtelijke zin op strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid kunnen arbeidsrechtelijke ontslaggronden waarop het ontslag is gebaseerd geen rol spelen. Uit de aard van de rechtsbetrekking van de bestuurder tot de vennootschap volgt niet snel dat een besluit tot ontslag in strijd is met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Het verlenen van ontslag is een vergaande discretionaire bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering. Van strijd met de redelijkheid en billijkheid zou sprake kunnen zijn indien aan het ontslagbesluit niet geoorloofde (bijvoorbeeld discriminatoire) motieven ten grondslag liggen of indien het evident is dat het ontslagbesluit op grond van valse en/of voorgewende argumenten is genomen.”³⁵³

De arbeidsrechtelijke ontslaggronden kunnen volgens de rechtbank – overeenkomstig het Sjardin-arrest – geen rol spelen bij de beoordeling van het ontslagbesluit op grond van art. 2:8 BW. Dit laat onverlet dat bepaalde inhoudelijke ontslaggronden – zoals niet geoorloofde (discriminatoire) motieven of evident valse en/of voorgewende argumenten – in strijd kunnen zijn met art. 2:8 BW. Koelemeijer verdedigt sinds 1999 eveneens de opvatting dat het mogelijk is om de materiële gronden van het ontslagbesluit aan art. 2:8 BW te toetsen.³⁵⁴ Uit een recente bijdrage valt af te leiden dat Koelemeijer niet wezenlijk van deze opvatting is afgeweken. Koelemeijer verwijst namelijk naar een uitspraak van de voorzieningenrechter die in het verlengde ligt van de hierboven geciteerde uitspraak van de Rechtbank Utrecht. In de uitspraak van de voorzieningenrechter staat:

“De voorzieningenrechter stelt voorop dat op grond van artikel 2:244 lid 1 BW iedere bestuurder te allen tijde kan worden ontslagen door het orgaan dat bevoegd is tot benoeming. Een dergelijk ontslagbesluit kan op grond van artikel 2:8 lid 1 jo. 2:15 lid 1 sub b BW worden vernietigd wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid indien de belangen van de vennootschap door dat ontslag

³⁵¹ Van Schilfgaarde 1990, p. 132-133. Deze opvatting blijft gehandhaafd in de laatste editie van ‘Van de BV en de NV’ (Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 216-217). Het tweede voorbeeld wordt eveneens door Boschma & Schutte-Veenstra 2012, p. 67 aangehaald. Verder zoekt Huizink 1989, p. 73-74 aansluiting bij de opvatting van Van Schilfgaarde. Hetzelfde geldt voor Attaïbi 2018, p. 200 die stelt dat vernietiging van het ontslagbesluit ex art. 2:15 lid 1 sub b BW mogelijk is op grond van materiële vennootschapsrechtelijke – niet arbeidsrechtelijke – gronden. In een dergelijke situatie is van belang of de belangen van de vennootschap door het ontslag worden geschaad.

³⁵² Assink/Slagter 2013, p. 752. Assink verwijst ook naar HR 18 april 1997, *NJ* 1997/609, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van der Giessen/A.C.V. Beveiligingstechniek*). Bij deze uitspraak schrijft Maeijer onder nummer 2 (geparafrazeerd) dat de woordkeuze van de Hoge Raad – met betrekking tot ‘de wijze van totstandkoming en de inhoud van het besluit’ – indiceert dat de Hoge Raad in het Sjardin-arrest niet uitsluit dat toetsing van de inhoud van het ontslagbesluit aan art. 2:8 BW mogelijk is. Eenzelfde opvatting als Assink heeft Terstegge 2022, p. 60. Laatstgenoemde geeft ook als voorbeeld dat art. 2:8 lid 2 BW kan verhinderen dat de algemene vergadering van haar ontslagbevoegdheid gebruik mag maken.’

³⁵³ Assink/Slagter 2013, p. 746 met verwijzing naar Rb. Utrecht 4 april 2012, *JOR* 2012/211, m.nt. L.G. Verburg (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.19.

³⁵⁴ Koelemeijer 1999, p. 254-266. Om haar standpunt te onderbouwen beschrijft Koelemeijer onder meer de toetsing van een schorsingsbesluit en andere rechtsstelsels. Vergaand is het zorgvuldig geformuleerde standpunt van Koelemeijer dat voor ontslag een goede grond (rechtvaardigingsgrond) dient te bestaan die bijvoorbeeld verband houdt met ‘het gedrag en/of het functioneren van een bestuurder.’

worden geschaad. De ontslaggronden kunnen bij een beroep op vernietiging in een bodemprocedure slechts getoetst worden aan de regels betreffende de arbeidsovereenkomst (Hoge Raad 26 oktober 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4887).³⁵⁵

Hierna oordeelt de voorzieningenrechter dat het aannemelijk is dat het ontslagbesluit in een bodemprocedure zal worden vernietigd wegens strijd met art. 2:8 BW, omdat de bestuurder adequaat leiding heeft gegeven en een zeer belangrijke rol vervult binnen het concern. Daarnaast lijkt het ontslag hoofdzakelijk voort te komen uit een aandeelhoudersgeschil, waardoor de ontslagbevoegdheid oneigenlijk wordt gebruikt.³⁵⁶ In de voorgaande uitspraak wordt dus naar het Sjardin-arrest verwezen en op materiële (vennootschapsrechtelijke) gronden geoordeeld dat het ontslagbesluit hoogstwaarschijnlijk vernietigbaar is ex art. 2:15 lid 1 sub b BW. Deze uitspraak komt overeen met de breder gedragen opvatting dat het mogelijk is om materiële/inhoudelijke aspecten (van vennootschapsrechtelijke aard) te betrekken bij een toetsing aan art. 2:8 BW.³⁵⁷

2.7.2.3 Het schorsingsrecht

Uit paragraaf 2.7.2.2 is gebleken dat het wettelijk schorsingsrecht – net zoals het ontslagrecht – absoluut lijkt omdat schorsing van een bestuurder te allen tijde mogelijk is.³⁵⁸ Een groot verschil ten opzichte van het ontslagrecht is daarentegen dat de rechtsregel uit het Sjardin-arrest niet geldt voor een schorsingsbesluit, waardoor inhoudelijke (arbeidsrechtelijke) gronden een rol kunnen spelen bij de toetsing van het besluit aan de redelijkheid en billijkheid.³⁵⁹ Verder kan een schorsingsbesluit worden aangetast als geen goede grond voor schorsing bestaat. Wat een goede grond hiervoor is, is volgens Koelemeijer mede afhankelijk van het belang van de vennootschap. Ter verduidelijking noemt Koelemeijer enkele voorbeelden.³⁶⁰ Onenigheid over het beleid kan een goede grond voor schorsing zijn als daardoor een vruchtbare samenwerking uitgesloten lijkt.³⁶¹ Een gebrek aan vertrouwen in een bestuurder kan eveneens een goede grond zijn.³⁶² In dit verband kan

³⁵⁵ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 21 juni 2016, *JAR* 2016/243, r.o. 4.6.

³⁵⁶ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 21 juni 2016, *JAR* 2016/243, r.o. 4.7; Koelemeijer 2022, p. 142. Koelemeijer verwijst eveneens naar een andere uitspraak waarin de rechtbank oordeelt dat het ontslag van een bestuurder te allen tijde kan geschieden en dat het voldoende is als de algemene vergadering meent dat het ontslag in het belang van de vennootschap is (Rb. Amsterdam 26 februari 1997, *JOR* 1997/78 (*MeesPierson/Lustig*), r.o. 7 onder d).

³⁵⁷ De Bock 2020, p. 5-6 vindt het onbegrijpelijk dat er geen ruimte is voor vernietiging van een ontslagbesluit dat op een volstrekt willekeurige grond is genomen. Ook zou volgens De Bock een ontslagbesluit – in afwijking van het Sjardin-arrest – op grond van art. 2:8 BW kunnen worden vernietigd als enige reële grond ontbreekt of als een gefingeerde reden aan het ontslag ten grondslag ligt. Een eerdere uitspraak van de voorzieningenrechter staat haaks op deze visie, zoals Bock en Lennarts opmerken. Zie Rb. Gelderland (vzr.) 19 mei 2020, *JAR* 2020/231, m.nt. K. Wiersma (*Avantes*), r.o. 4.14-4.15 waarnaar Lennarts, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 2:244 BW, aant. 3 (online, actueel t/m 20-05-2024) verwijst.

³⁵⁸ Ingeval op de vennootschap het volledige structuurregime van toepassing is, geldt dat de schorsingsbevoegdheid bij de raad van commissarissen of niet-uitvoerende bestuurders ligt, aangezien de (uitvoerende) bestuurder dan door de raad van commissarissen of niet-uitvoerende bestuurders is benoemd (Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 543).

³⁵⁹ Van Schilfgaarde 1990, p. 134. Deze opvatting staat ook in Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 219.

³⁶⁰ Koelemeijer 1999, p. 255-257. De voorbeelden die hierna in de hoofdtekst worden genoemd, volgen uit de voornoemde bron. Verder staat in Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, p. 550 dat voor schorsing een deugdelijke grond aanwezig moet zijn.

³⁶¹ Rb. Roermond (pres.) 4 april 1985, *NV* 1985 (*Van Aarsen Machinefabriek BV*), p. 228.

³⁶² Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 1996, *KG* 1996/92 (*Van der Staak*), r.o. 4.5. Zie in soortgelijke zin Rb. Breda (vzr.) 10 april 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BI0720 (*Veolia Transport Nederland*), r.o. 4.6 waarnaar in Koelemeijer 2022, p. 142 wordt verwezen.

ook meewegen of er een minder vergaande sanctiemogelijkheid bestaat dan schorsing.³⁶³ Voorts beschrijft Assink dat de schorsing – afgezet tegen het vennootschappelijk belang – ‘niet voorzienbaar disproportioneel bezwarend mag uitwerken voor de bestuurder’.³⁶⁴ Kortom, de kern is dat het schorsingsbesluit in strijd met art. 2:8 BW kan zijn als de schorsing te lichtvaardig geschiedt gelet op de (aangevoerde) inhoudelijke gronden.³⁶⁵

2.7.2.4 Het benoemingsrecht

Het benoemingsrecht is – zoals het schorsings- en ontslagrecht – decennia grotendeels hetzelfde gebleven. Art. 2:242 lid 1 BW is namelijk sinds 1976 onveranderd gebleven wat betreft het feit dat de benoeming van bestuurders geschiedt voor de eerste maal bij de akte van oprichting en later door de algemene vergadering.³⁶⁶ Vanaf 1 oktober 2012 is daaraan toegevoegd dat de statuten kunnen bepalen dat benoeming geschiedt door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.³⁶⁷ Indien deze afwijking statutair wordt vastgelegd, heeft dat – zoals blijkt uit paragraaf 2.7.2.2 – gevolgen voor de vraag welk orgaan binnen de BV een bestuurder kan schorsen of ontslaan.³⁶⁸

Aangezien benoeming bij besluit geschiedt, dient het besluit te voldoen aan art. 2:8 BW. De vraag is echter of een dergelijke zaak reeds aan een rechter is voorgelegd alsmede of die zaak is gepubliceerd. Naar aanleiding van de geraadpleegde literatuur lijkt slechts één uitspraak binnen dit kader te vallen. In de Baus/De Koedoe-uitspraak is geoordeeld dat een benoemingsbesluit in strijd met de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) kan zijn als een ongeschikte bestuurder wordt benoemd. Dit kan namelijk duiden op misbruik van meerderheidsmacht als de benoeming is gedaan ter benadeling van de vennootschap of ter bevoordeling van zichzelf of een derde.³⁶⁹ Verder stelt

³⁶³ Rb. Rotterdam (pres.) 11 augustus 1995, *KG 1995/355 (Wilton-Feijenoord)*, r.o. 3.5-3.6. In casu werd de bestuurder met onmiddellijke ingang geschorst en volgens de rechtbank was dat zo ingrijpend en diffamerend dat daartoe niet mocht worden overgegaan indien daarvoor niet een hoogst dringende reden aanwezig was.

³⁶⁴ Assink/Slagter 2013, p. 744. Eenzelfde standpunt heeft Huizink 1989, p. 86 eerder ingenomen met verwijzing naar diverse bronnen.

³⁶⁵ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 434 met verwijzing naar een uitspraak waarin het schorsingsbesluit inhoudelijk in strijd met de redelijkheid en billijkheid wordt geacht (Hof Den Haag 25 augustus 1998, *JOR 1999/60 (Euro Motorcycles/Bosman)*, r.o. 4.3). In Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 251 wordt onder meer verwezen naar HR 22 december 1961, *NJ 1962/43*, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Ariëns/Van de Loo*). In deze uitspraak komt terug dat te lichtvaardig tot schorsing is overgegaan. Verder heeft Koelemeijer 2022, p. 141 recenter geschreven dat een goede grond voor schorsing aanwezig moet zijn, waardoor van de vennootschap niet langer gevergd kan worden dat de bestuurder zijn functie vervult. Hierbij verwijst Koelemeijer naar een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam waarin is geoordeeld: “Een bestuurder kan worden geschorst indien er een zwaarwegende reden is die meebrengt dat van de vennootschap in redelijkheid niet kan worden gevergd dat de bestuurder nog langer zijn taken uitoefent.” Rb. Amsterdam (vzr.) 28 januari 2019, *JOR 2019/129*, m.nt. C.J. Scholten (*City Assistant*), r.o. 4.4.

³⁶⁶ Zie het huidige art. 2:242 BW en Parl. Gesch. Inv. Boek 2 BW 1977, p. 1392. Het uitgangspunt van deze bepaling is – net zoals de ontslag- en schorsingsbevoegdheid – eveneens afkomstig uit het Wetboek van Koophandel. Zie daarvoor art. 48 WvK (oud) (Losegaat Vermeer 1937, p. 39).

³⁶⁷ *Stb.* 2012, 299, p. 20; *Stb.* 2012, 301; Zie *Kamerstukken II 2006-2007 31 058*, nr. 3, p. 90-92 voor de achterliggende redenen voor de wijziging van art. 2:242 lid 1 BW.

³⁶⁸ Overeenkomstig hetgeen in voetnoot 345 (paragraaf 2.7.2.2) is geschreven, kan de benoemingsbevoegdheid liggen bij de raad van commissarissen – of de niet-uitvoerende bestuurders – ingeval sprake is van het volledige structuurregime (Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 541).

³⁶⁹ HR 13 februari 1942, *NJ 1942/360 (Baus/De Koedoe I)*. Zie hierover Koelemeijer 1999, p. 226; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 177. Verder doet een enigszins vergelijkbare situatie zich voor bij de Rechtbank Breda waarin een meerderheidsaandeelhouder de bestuurder ontslaat en zichzelf (in)direct benoemt. Deze handelwijze is volgens de rechtbank in strijd met de redelijkheid en billijkheid (Rb. Breda (pres.) 18

Koelemeijer dat een benoemingsbesluit in strijd is met art. 2:8 BW indien een bestuurder wordt aangesteld terwijl het zittende bestuur op objectieve gronden geen vertrouwen in die bestuurder heeft of als door benoeming een onwerkbaar situatie ontstaat.³⁷⁰ Kortom, er lijkt een rol te zijn weggelegd voor art. 2:8 BW bij een benoemingsbesluit, alleen is dit mogelijk een (zeer) beperkte rol.

2.7.3 Gedragsregels met betrekking tot de totstandkoming

De uiteenzetting van het Sjardin-arrest heeft reeds inzichtelijk gemaakt dat de totstandkoming van het ontslagbesluit – hetzelfde geldt voor het schorsingsbesluit – in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid. In dit kader is het zogeheten ‘hoorrecht’ relevant.³⁷¹ De kern van het hoorrecht is dat een bestuurder moet worden gehoord alvorens tot ontslag – of schorsing – wordt overgegaan.³⁷² Bij dit hoorrecht staan de eigen (privé)belangen van de bestuurder centraal.³⁷³ Dit recht is daardoor te onderscheiden van de ‘raadgevende stem’ die in art. 2:227 lid 7 BW is gecodificeerd.³⁷⁴ Bij de raadgevende stem treedt de bestuurder in hoedanigheid op ter advisering van de algemene vergadering overeenkomstig het vennootschappelijk belang.³⁷⁵ Beide rechten vertonen daardoor een bepaalde verwantschap, maar zijn gelet op het doel en de ratio van het recht van elkaar te onderscheiden.

Het hoorrecht is reeds duidelijk waarneembaar in het WTC-arrest.³⁷⁶ Hierin is geoordeeld dat een ontslagbesluit in strijd is met de goede trouw, omdat de bestuurder niet in de gelegenheid is gesteld om zijn mening over het voorgenomen ontslagbesluit te geven.³⁷⁷ In vergelijkbare zin oordeelt de Rechtbank Haarlem dat de onbereidheid van de aandeelhouders om in overleg met de bestuurder te treden over het voorgenomen ontslag in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Hierbij is irrelevant dat het voeren van overleg volgens de aandeelhouders niet tot een andere uitkomst zou leiden.³⁷⁸ In een recentere enquêteprocedure is het hoorrecht eveneens waarneembaar.³⁷⁹ De Ondernemingskamer oordeelt in de DMBH-beschikking:

augustus 1995, *KG* 1995/345 (*Halsteren/L&E*), r.o. 3 (/6)). In het kader van het ontslagrecht verwijst Huizink naar de voornoemde uitspraak (Huizink, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 2:134 BW, aant. 15.3.2 (online, actueel t/m 22-10-2023)).

³⁷⁰ Koelemeijer 1999, p. 226.

³⁷¹ Het ‘hoorrecht’ leidt ertoe dat een ‘hoorplicht’ ontstaat. Deze termen worden veelal in samenhang gebruikt en het hoorrecht vloeit voort uit art. 2:8 BW (Van den Ingh 1993, p. 457).

³⁷² Op basis van rechtspraak concludeert Koelemeijer dat de bestuurder ex art. 2:8 BW moet worden gehoord voorafgaand aan een schorsingsbesluit (Koelemeijer 1999, p. 249). Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 251 en bijvoorbeeld Rb. Assen (pres.) 7 oktober 1992, *KG* 1992/365 (*Punt/SG 2000*), r.o. 6.3. Schwarz vindt overigens dat het horen van de bestuurder niet noodzakelijk is als het vertrouwen in die bestuurder is verloren. De meerwaarde van het hoorrecht is dan immers beperkt (Schwarz 1995, p. 528).

³⁷³ Koelemeijer 1999, p. 248; Koelemeijer 2022, p. 141.

³⁷⁴ Zie uitgebreid over de raadgevende stem: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 38 en 257. In nummer 38 staat dat de ratio van de regeling is: “dat bestuurders en commissarissen (in het belang van het functioneren van de vennootschap) in de gelegenheid moeten worden gesteld van hun visie te doen blijken, opdat aandeelhouders daarmee bij hun stemgedrag rekening kunnen houden.”

³⁷⁵ Schwarz 1995, p. 528; Koelemeijer 1999, p. 248.

³⁷⁶ Onder meer Koelemeijer 1999, p. 247-249 verwijst naar diverse rechtspraak waarin het hoorrecht terugkomt. Zie bijvoorbeeld eveneens Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 435; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, p. 552.

³⁷⁷ Hof Amsterdam 18 mei 1989, *NJ* 1990/591 (*WTC*), r.o. 4.23.

³⁷⁸ Rb. Haarlem (pres.) 11 maart 1994, *KG* 1994/144 (*Niessner/Vetira-Romance Aerosols*), r.o. 3.6.

³⁷⁹ Naar deze uitspraak wordt verwezen in Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 258.

“Naar het oordeel van de Ondernemingskamer is Van Doorn onvoldoende in de gelegenheid gesteld om op enigerlei wijze zinvol invulling te geven aan zijn recht om als bestuurder van DMBH Vastgoed op het voorgenomen ontslagbesluit te worden gehoord. Daaraan doet niet af dat mr. Bults in de hierboven onder 2.21 genoemde zienswijze tegen dat ontslag bezwaar heeft gemaakt. Het ontslagbesluit is vervolgens genomen doordat DMB&H als meerderheidsaandeelhouder heeft voorgestemd, zonder dat daartoe een discussie heeft plaatsgevonden. Deze gang van zaken is niet in overeenstemming met de eisen van artikel 2:8 BW. Het bovenstaande leidt tot het oordeel dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van DMBH Vastgoed.”³⁸⁰

Het niet horen van de bestuurder leidt ertoe dat de totstandkoming van het ontslagbesluit niet in overeenstemming is met art. 2:8 BW, waardoor mede sprake is van een gegronde reden voor toewijzing van het enquêteverzoek. Naast het hoorrecht kunnen er andere redenen zijn waarom de totstandkoming van een besluit binnen dit type geschil in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Koelemeijer betoogt dat het mededelen van de redenen voor ontslag verplicht is op grond van art. 2:8 BW, aangezien een bestuurder zich anders niet goed kan verweren.³⁸¹ Een soortgelijk standpunt wordt door Assink ingenomen. Bij schorsing of ontslag moet – aldus Assink – overeenkomstig art. 2:8 BW de maatregel tijdig kenbaar worden gemaakt zodat de bestuurder zich daartegen kan verweren. Wat betreft schorsing is het op grond van de redelijkheid en billijkheid eveneens van belang dat de geschorste bestuurder niet onredelijk lang in onzekerheid mag verkeren over de duur van de schorsing, een eventuele opheffing daarvan of een mogelijk ontslag.³⁸² Verder dient het uitnodigen van een bestuurder tot bijwoning van de algemene vergadering – waarin een dergelijk besluit wordt genomen – eveneens overeenkomstig art. 2:8 BW te geschieden.³⁸³ Op dit punt kunnen daardoor tevens totstandkomingsgebreken ontstaan. Kortom, om uiteenlopende redenen kan de totstandkoming van een ontslag- of schorsingsbesluit totstandkomingsgebreken vertonen en daardoor in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.³⁸⁴

2.8 Conclusie

‘Welke rol kan de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid volgens de literatuur spelen binnen ondernemingsrechtelijke geschillen over de informatieverstrekking, belangenverstrengeling, de winstbestemming, de strategie en het beleid, een structuurwijziging en het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder?’ Het voorgaande wordt per gevalstype in kaart gebracht, zodat tijdens de systematische rechtspraakanalyse de toepassing van art. 2:8 BW kan worden gesignaleerd.

³⁸⁰ Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2018, ARO 2018/140 (*DMBH Vastgoed Beheer*), r.o. 3.4.

³⁸¹ Koelemeijer 1999, p. 249. Ook gaat het volgens Wachter & Timmerman te ver als schorsing of ontslag van een bestuurder zonder opgave van redenen mogelijk is (Wachter & Timmerman 1987, p. 41). Verder is het uitgangspunt – gelet op de redelijkheid en billijkheid – dat de bestuurder voorafgaand aan de schorsing verneemt wat de werkelijke reden(en) voor schorsing zijn. Als dat vanwege spoed niet mogelijk is, dan dient de reden kort na de schorsing te worden medegedeeld (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 434).

³⁸² Assink/Slagter 2013, p. 744.

³⁸³ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 38 en 257; Attaïbe 2018, p. 199.

³⁸⁴ Dat de redelijkheid en billijkheid bij de totstandkoming in acht moet worden genomen, volgt ook uit het Janssen Pers-arrest dat onder meer door Raaijmakers en Van Schilfgaarde 2016, p. 234-238 is uiteengezet (HR 10 maart 1995, AA 1995/0788, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Janssen Pers*), r.o. 3.5.2). Of hetzelfde geldt voor een benoemingsbesluit volgt niet duidelijk uit de literatuur, maar het is voorstelbaar dat de totstandkoming van een dergelijk besluit om soortgelijke redenen in strijd is met art. 2:8 BW.

Bij geschillen omtrent de informatieverstrekking zijn er verschillende manieren waarop art. 2:8 BW kan voorkomen. Allereerst moet de aandeelhouder bij het indienen van informatieverzoeken rekening houden met de grenzen van art. 2:8 BW. Daarnaast kan een aandeelhouder op grond van art. 2:8 BW recht hebben op inlichtingen buiten vergadering. Ook is het denkbaar dat bestuurders onderling op grond van art. 2:8 BW informatie behoren uit te wisselen. In de relatie tussen bestuurders en aandeelhouders moet het bestuur eveneens rekening houden met de redelijkheid en billijkheid bij het opstellen van de oproepingsbrief en de agenda door zelfstandig bepaalde informatie te overleggen. Verdergaand is de bijzondere zorgplicht die op het bestuur kan rusten, waardoor uit eigen beweging (buiten vergadering) een aandeelhouder moet worden geïnformeerd. Hierbij is het van belang om deze zorgplicht tot het verstrekken van informatie te onderscheiden van de informatieverplichting(en) van het bestuur in geval van belangenverstremming, omdat het twee verschillende gevalstypen betreffen.

De toepassing van art. 2:8 BW bij dit type geschil volgt gelet op het voorgaande uit de beoordeling van de redelijkheid van informatieverzoeken en de informatieverstrekking. Tevens kan een zorg(vuldigheids)plicht duiden op de toepassing van art. 2:8 BW binnen dit type geschil – als daaruit een informatieplicht voortvloeit – waarbij het van belang is dat de plicht niet betrekking heeft op een ander gevalstype.

Indien (potentieel) van belangenverstremming sprake is, blijkt art. 2:8 BW in uiteenlopende situaties in ieder geval tot een informatieverplichting te leiden. Onder de oude en huidige wettelijke tegenstrijdigbelangregeling moet het bestuur in geval van een tegenstrijdig-belangsituatie zoveel mogelijk zorgvuldigheid en openheid betrachten. Ook heeft de Ondernemingskamer gedragsregels geformuleerd die door de jaren heen zijn ontwikkeld voor transacties waarbij een reëel risico op belangenverstremming – in ruime zin – bestaat. Een van deze gedragsregels is het verschaffen van openheid van zaken. Mogelijk moet eveneens een deskundige derde worden ingeschakeld en als goedkeuring aan een ander orgaan dient te worden gevraagd, dan behoort dat andere orgaan tijdig voldoende informatie te verkrijgen. De Ondernemingskamer lijkt zich overigens niet te beperken tot de voornoemde gedragsregels, aangezien bijvoorbeeld een onthoudingsregel mede is toegepast ingeval er sprake is van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang, terwijl art. 2:239 lid 6 BW – gelet op de bedoeling van de wetgever – mogelijk niet daarop ziet. Verder kan een zorgvuldigheidsplicht of bijzondere zorgplicht op (het bestuur van) de vennootschap rusten indien bijvoorbeeld één van de aandeelhouders in tegenstelling tot de andere aandeelhouders niet in het bestuur is vertegenwoordigd. In die situatie kan de nadruk sterker komen te liggen op het verschaffen van informatie ter voorkoming van een (ontoelaatbare) belangenverstremming.

De kern is daardoor dat rechtscolleges uiteenlopende gedragsregels op grond van art. 2:8 BW kunnen creëren die ervoor moeten zorgen dat de belangen zorgvuldig gescheiden worden gehouden. Signalering van dergelijke gedragsregels duidt dan ook op de toepassing van art. 2:8 BW om het geschil te beslechten.

Verder zijn verschillende soorten aandeelhouders- en bestuursbesluiten behandeld, waarbij als algemene regel geldt dat dergelijke besluiten qua totstandkoming en inhoud aan de redelijkheid en billijkheid moeten voldoen. Bij het bepalen van de winstbestemming is daarnaast gebleken dat een minderheidsaandeelhouder recht heeft op een redelijk dividend, waardoor niet stelselmatig alle winst mag worden gereserveerd zonder dat daarvoor een geldige reden bestaat. Andere uit art. 2:8 BW voortvloeiende gedragsnormen zijn mede in de literatuur beschreven naar aanleiding van

rechtspraak. Hierdoor zal het waarnemen van die gedragsregels inzichtelijk maken dat de rechter art. 2:8 BW hanteert.

Wat betreft het bepalen van de strategie en het beleid blijkt de exacte rol van de redelijkheid en billijkheid niet geheel duidelijk. De reden hiervoor is dat termen zoals ‘in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen’ of ‘geen redelijk handelend bestuur’ eveneens in een andere context worden toegepast. Desondanks bevatten dergelijke oordelen ook een redelijkheidsoordeel, waardoor het gebruik daarvan een indicatie is dat de redelijkheid en billijkheid in het rechterlijk oordeel terugkomt. Voorts kunnen aandeelhouders invloed uitoefenen op de strategie en het beleid, maar zij worden door art. 2:8 BW in hun handelen begrensd waardoor een beperking daarvan kan duiden op de toepassing van art. 2:8 BW.

Bij geschillen over structuurwijzigingen zijn uiteenlopende redenen waarneembaar die kunnen leiden tot een schending van de redelijkheid en billijkheid. Als een wijziging van de aandelenstructuur plaatsvindt, kan uit art. 2:8 BW een zorg(vuldigheids)plicht voortvloeien jegens een aandeelhouder wiens aandelenbelang door de aandelenuitgifte dreigt te verwateren. Door deze plicht geldt dat het proces transparant moet verlopen en een onafhankelijke waardering vereist is zodat de emissiekoers een weerspiegeling vormt van de waarde van de onderneming. Daarnaast gelden er bepaalde voorwaarden op grond van art. 2:8 BW in het kader van noodzaakfinanciering, waardoor een aandelenuitgifte kan worden gerealiseerd. Het waarnemen van de voorwaarden voor noodzaakfinanciering of de eerder genoemde regels met betrekking tot de zorg(vuldigheids)plicht levert een indicatie op dat art. 2:8 BW wordt gebruikt.

Ten opzichte van een wijziging van de aandelenstructuur zijn bij een statutenwijziging – alsmede bij de beëindiging van de samenwerking – geen bijzondere gedragsregels of voorwaarden behandeld vanwege het ontbreken daarvan in de geraadpleegde literatuur. De focus bij geschillen daaromtrent ligt op het totstandkomingsproces en de inhoud in zijn algemeenheid. Een verwijzing naar art. 2:8 BW of een algemener redelijkheidsoordeel moet daardoor volstaan als indicatie dat de rechter middels de redelijkheid en billijkheid het geschil beslecht.

Daarentegen is bij een geschil over de ondernemingsstructuur duidelijk geworden dat bij het vervreemden van de (volledige) onderneming het van belang is om te overleggen met de algemene vergadering of om de algemene vergadering (tijdig) bij de besluitvorming te betrekken. Dit betreft daarom wederom een soort informatieplicht van het bestuur jegens de algemene vergadering – of een specifieke aandeelhouder – ingeval het bestuur tot vervreemding overgaat. Een dergelijke informatieplicht (in ruime zin) duidt dan ook op de toepassing van art. 2:8 BW.

Tot slot kan de redelijkheid en billijkheid een prominente rol vervullen bij het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. In zijn algemeenheid geldt het hoorrecht bij het ontslag en de schorsing, waardoor de bestuurder in de gelegenheid moet zijn gesteld om zijn (privé)belangen toe te lichten zodat die bij de besluitvorming kunnen worden meegewogen. Ook moet voor de bestuurder inzichtelijk zijn waarom tot schorsing of ontslag wordt overgegaan. Indien tot schorsing is overgegaan, mag een geschorste bestuurder eveneens niet nodeloos in onzekerheid worden gelaten. Naast de voorgaande formele aspecten moet de inhoud van de drie verschillende besluiten eveneens aan art. 2:8 BW voldoen. Bij een schorsingsbesluit leidt dat ertoe dat de gronden van de schorsing ongelimiteerd aan art. 2:8 BW kunnen worden getoetst. Voor een ontslagbesluit geldt echter de beperking dat toetsing van de arbeidsrechtelijke gronden aan art. 2:8 BW niet mogelijk zou zijn.

Afsluitend is een benoemingsbesluit inhoudelijk potentieel in strijd met art. 2:8 BW in het geval dat bijvoorbeeld een ongeschikte bestuurder wordt benoemd.

Met inachtneming van het voorgaande zal art. 2:8 BW in het rechterlijk oordeel terugkomen indien het horen van de bestuurder en de daarmee samenhangende regels aan bod komen. Tevens zal een redelijkheidsoordeel of logischerwijs een expliciete verwijzing naar art. 2:8 BW daarop duiden.

Hoofdstuk 3. Functies van de redelijkheid en billijkheid

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staan de verschillende functies van de (vennootschapsrechtelijke) redelijkheid en billijkheid centraal teneinde deze eenduidig in de rechtspraak te (kunnen) identificeren. De werking van de redelijkheid en billijkheid is ook afhankelijk van de verschillende functies, waardoor inzicht in de functies leidt tot een beter begrip van de invulling van deze norm. De opbouw van het hoofdstuk is als volgt. Allereerst komen globaal de verschillende functies van de redelijkheid en billijkheid in paragraaf 3.2 aan bod. Vervolgens worden achtereenvolgens uiteengezet: de interpreterende functie (paragraaf 3.3), aanvullende functie (paragraaf 3.4), beperkende functie (paragraaf 3.5) en gedragsregulerende functie (paragraaf 3.6). Bij de uiteenzetting van de voornoemde functies wordt telkens eerst op de privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid ingegaan – die gecodificeerd is in art. 6:2 BW en art. 6:248 BW – alvorens de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) wordt behandeld. Voor deze volgorde is gekozen omdat beide normen aan elkaar zijn gerelateerd, waardoor hetgeen is geschreven over de functies van de privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid eveneens relevant is voor het verduidelijken van de functies van art. 2:8 BW. Tot slot wordt in paragraaf 3.7 een antwoord op de volgende onderzoeksvraag geformuleerd: ‘Hoe kunnen de verschillende functies van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid worden gedefinieerd en gesignaleerd?’

3.2 Functies van de redelijkheid en billijkheid

Er kan een onderscheid tussen de methodische en materiële functies van de redelijkheid en billijkheid worden gemaakt.³⁸⁵ De term ‘methodische functie’ is als overkoepelende term bedacht voor het duiden van het methodisch belang van de redelijkheid en billijkheid voor het systeem van het vermogensrecht.³⁸⁶ De receptiefunctie,³⁸⁷ transformatiefunctie³⁸⁸ en delegatiefunctie³⁸⁹ zijn als methodische functies aangemerkt.³⁹⁰ Met de ‘materiële functie’ wordt bedoeld op de rol van de redelijkheid en billijkheid binnen concrete vermogensrechtelijke verhoudingen.³⁹¹ Onder deze categorie schaaft men normaliter de uitleg/interpreterende functie, de aanvullende functie en de beperkende functie van de redelijkheid en billijkheid. Omdat de focus van dit onderzoek ligt op de rol

³⁸⁵ Reurich 2003, p. 92-96.

³⁸⁶ Reurich 2003, p. 92.

³⁸⁷ De redelijkheid en billijkheid maakt het mogelijk om buiten-juridische waarden en normen in het vermogensrecht op te nemen. Deze norm is in deze visie als het ware een ‘doorgeefluik’ van maatschappelijke normen (Reurich 2003, p. 94).

³⁸⁸ Indien geen sociale normen worden gevonden die opgenomen kunnen worden, moet de rechter zelf de toepasselijke regel formuleren (Reurich 2003, p. 94).

³⁸⁹ De norm is door de wetgever bewust vaag gehouden omdat de rechtsmaterie te divers is om op voorhand te kunnen regelen of om ruimte te bieden aan nieuwe wetgeving (Reurich 2003, p. 95).

³⁹⁰ Zie voor verdere uitwerking van de methodische functies ook het proefschrift van Van Wijk-Verhagen 2018, p. 102-104.

³⁹¹ Reurich 2003, p. 92.

van de redelijkheid en billijkheid bij het beslechten van ondernemingsrechtelijke geschillen, is ervoor gekozen om de methodische functies niet verder te behandelen.³⁹²

Het voornoemde aantal materiële functies is niet onomstreden. Smits benoemt bijvoorbeeld slechts twee functies: de externe werking en de interne werking van de redelijkheid en billijkheid.³⁹³ Van Dunné en Schoordijk daarentegen betogen – overeenkomstig de leer van de normatieve uitleg – dat uitleg kan leiden tot aanvulling dan wel beperking door vaststelling van de rechtsgevolgen naar redelijkheid en billijkheid.³⁹⁴ Deze gedachtegang leidt ertoe dat de interpreterende functie zodanig ruim wordt dat er geen plaats meer is voor de andere functies. De heersende leer is echter dat de redelijkheid en billijkheid (minimaal) drie functies heeft: interpreterend (uitleg), aanvullend en beperkend.³⁹⁵ Deze drie functies bestaan volgens Hesselink ook in vrijwel alle stelsels waarin de redelijkheid en billijkheid voorkomt, waardoor het bestaan van de verschillende functies breed wordt gedragen in Europa.³⁹⁶

Binnen het vennootschapsrecht – alsmede het bredere privaatrecht – kunnen de (i) interpreterende, (ii) aanvullende en (iii) beperkende functies als de klassieke functies van de redelijkheid en billijkheid worden beschouwd.³⁹⁷ Met de interpreterende functie³⁹⁸ wordt bedoeld dat men een uit de wet, een contract of een andere rechtsverhouding voortvloeiende regel naar redelijkheid en billijkheid interpreteert.³⁹⁹ Dit kan bijvoorbeeld betrekking hebben op de uitleg van (aandeelhouders)overeenkomsten, de wet of bepalingen in de statuten. De aanvullende functie houdt in dat deze norm leemtes kan opvullen waardoor nieuwe verplichtingen voor partijen kunnen ontstaan. Deze leemtes kunnen binnen rechtsverhoudingen bewust zijn opengelaten of het gevolg zijn van onvoorziene ontwikkelingen.⁴⁰⁰ Verder kan de beperkende functie – zoals gecodificeerd in art. 2:8 lid 2 BW – tot gevolg hebben dat geen beroep op een regel kan worden gedaan indien toepassing daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Naast deze drie klassieke functies van de redelijkheid en billijkheid benoemt De Jongh twee andere functies, namelijk de stuwende en gedragsregulerende functies.⁴⁰¹ De stuwende functie houdt in dat aan de redelijkheid en billijkheid ontleende gezichtspunten een bron kunnen vormen voor nieuwe wetgeving of *soft law*.⁴⁰² Tevens beschouwt De Jongh de gedragsregulerende functie als belangrijke

³⁹² In ondernemingsrechtelijke literatuur staan normaliter ook enkel de materiële functies centraal. Overigens komt in deze alinea de gedragsregulerende functie nog niet aan bod, omdat die functie niet in de desbetreffende literatuur is aangehaald.

³⁹³ Smits 1995, p. 90-91.

³⁹⁴ Van Dunné 1971, p. 219 en 239; Schoordijk 1979, p. 33 e.v.

³⁹⁵ Parl. Gesch. Boek 6 BW 1981, p. 67-71; Schelhaas 2017, p. 11; Van Wijk-Verhagen 2018, p. 105.

³⁹⁶ Hesselink 1999, p. 23. In het proefschrift van Hesselink worden onder meer het Duitse, Franse, Engelse, Italiaanse en Nederlandse recht behandeld.

³⁹⁷ Zie bijvoorbeeld Koelemeijer 1999, p. 25-29; Assink/Slagter 2013, p. 184; Kemp 2015a, p. 211-212; Van Schilfgaarde 2016, p. 93-95; Eikelboom 2017a, p. 134-136; Moulen Janssen 2020, p. 64-65.

³⁹⁸ Binnen het privaatrecht wordt veelal van ‘uitleg’ gesproken in plaats van ‘interpreteren’ aangezien de redelijkheid en billijkheid mede betrekking heeft op de uitleg van overeenkomsten (Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 281; Van Wijk-Verhagen 2018, p. 105). Niettemin wordt de term interpreterend of een afgeleide daarvan ook gebruikt, waardoor deze termen inwisselbaar zijn: Hesselink 1999, p. 23; Maeijer 1962, p. 25.

³⁹⁹ Van Schilfgaarde 2016, p. 93.

⁴⁰⁰ Eikelboom 2017a, p. 134.

⁴⁰¹ De Jongh 2011, p. 610-611.

⁴⁰² Gelet op de beschrijving van de stuwende functie is deze functie (eerder) als methodische functie aan te wijzen waardoor op deze functie niet nader wordt ingegaan. De focus van het onderzoek ligt immers op de materiële functies van de redelijkheid en billijkheid.

functie van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid.⁴⁰³ Deze functie werkt vooral als gedragsnorm voor de vennootschapsactoren.⁴⁰⁴

Het voorgaande geeft een beschrijving van de verschillende functies, maar een uitgebreidere analyse van de verschillende functies is vereist om de in paragraaf 3.1 geformuleerde onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden. De grenzen tussen de verschillende functies zijn namelijk niet altijd evident, waardoor het signaleren van de functies in de rechtspraak ingewikkeld is.⁴⁰⁵ Het werken met de verschillende functies heeft echter voordelen zoals Maeijer heeft betoogd:

“De werkelijkheid zal veelal een ingewikkelder beeld te zien geven dan deze globale functie-ontleding doet vermoeden. Met name zullen de genoemde functies vaak gecombineerd voorkomen of door elkaar heen lopen. Niettemin zal deze ontleding het inzicht in de werking van de billijkheid in ons burgerlijk recht naar onze overtuiging helpen bevorderen.”⁴⁰⁶

Kortom, het maken van onderscheid tussen de verschillende functies werkt bevorderlijk voor de kennis omtrent de redelijkheid en billijkheid. De vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid is overigens sinds 1 januari 1992 in art. 2:8 BW gecodificeerd en de strekking van deze norm is dezelfde als van de daarvoor geldende objectieve goede trouw.⁴⁰⁷ Informatie over de functies van de objectieve goede trouw is daardoor eveneens van belang voor het onderzoek. Verder is in de inleiding reeds opgemerkt dat de (algemene) privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid wordt behandeld, aangezien de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid daaraan gerelateerd is.⁴⁰⁸

3.3 Interpreterende functie

3.3.1 Inleiding

Zoals beschreven in de voorgaande paragraaf wordt met de interpreterende functie bedoeld dat men een uit de wet, een contract of een andere rechtsverhouding voortvloeiende regel naar redelijkheid en billijkheid interpreteert. Ter verduidelijking van deze functie wordt in paragraaf 3.3.2 eerst op de privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid ingegaan, waarna de vennootschapsrechtelijke variant in paragraaf 3.3.3 aan bod komt.

⁴⁰³ De Jongh 2011, p. 610-611.

⁴⁰⁴ Gemakshalve wordt in dit hoofdstuk in bepaalde gevallen de term ‘partijen’ in plaats van ‘vennootschapsactoren’ gehanteerd. Onder de vennootschapsactoren vallen in ieder geval degenen die een functie binnen de organen van de vennootschap vervullen (aandeelhouders, bestuurders en commissarissen). Ook toekomstig aandeelhouders – Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, *JOR* 2010/189 m.nt. T. Stevens (*PCM*), r.o. 3.13 – en certificaathouders van bewilligde certificaten of certificaten waaraan vergaderrecht is verbonden, dienen zich overeenkomstig art. 2:8 BW te gedragen. Zie Asser/Kroeze 2-I 2021, nr. 224 voor een opsomming van voor welke partijen deze norm geldt. Zie verder over de ruime reikwijdte van deze norm naar aanleiding van de Funda-beschikking van de Hoge Raad: Timmerman, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 8 – Burgerlijk Wetboek Boek 2, aant. 1 (online, bijgewerkt tot 20-02-2024).

⁴⁰⁵ Parl. Gesch. Boek 6 BW 1981, p. 67; Wolters 2013a, p. 26-27; Schelhaas 2017, p. 12.

⁴⁰⁶ Maeijer 1962, p. 25.

⁴⁰⁷ *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 725, nr. 2, p. 56; Maeijer 1984, p. 32; Koelemeijer 1999, p. 5.

⁴⁰⁸ De Jongh 2011, p. 609-610; Van Schilfgaarde 2016, p. 5-6; Asser/Kroeze 2-I 2021, nr. 224.

3.3.2 *Privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid*

Het proefschrift van Maeijer is ruim zestig jaar geleden gepubliceerd. Hetgeen daarin staat omtrent de interpreterende functie – of zoals hij deze functie destijds noemde: de helpende-interpretatieve werking – is echter nog steeds relevant:

“Met name willen wij wijzen op een derde functie van de billijkheid in ons burgerlijk recht, die wij aanduiden als de helpend-interpretatieve werking. Deze kan zich steeds voordoen, wanneer een rechter moet oordelen en daarbij de toepasselijke in de wet neergelegde rechtsregel moet uitleggen of interpreteren. Vaak zal die wetsregel zeer duidelijk van toepassing zijn op het te beoordelen concrete geval. Dikwijls zal echter niet aanstonds duidelijk zijn welke wetsregel toepasselijk moet worden geacht en hoever de werking van deze eenmaal toepasselijk geoordeelde rechtsregel zich in casu uitstrekt. Bij zijn interpretatiearbeid, bij het opsporen en aangeven van de zin der toepasselijk geachte wetsregel, is de rechter naar algemene opvatting niet gebonden aan één bepaalde uitlegmethode. Uiteindelijk zal hij die uitleg aan de wetsregel geven die zijns inziens het meest met de billijkheid strookt. Dit is hem niet verboden. Want Bellefroid heeft gelijk, wanneer hij schrijft: „Weliswaar mag de rechter de billijkheid der wet niet beoordelen, wanneer haar zin vaststaat. Artikel 11 der Wet A.B. verbiedt echter den rechter niet, bij het vaststellen van de betekenis eener wetsbepaling de billijkheid in aanmerking te nemen.”⁴⁰⁹

Op basis hiervan blijkt dat vroeger reeds duidelijk was dat de rechter de billijkheid kan gebruiken bij de uitleg van een wetsartikel.⁴¹⁰ Deze uitleg kan aan de motivering van een oordeel bijdragen zodat een ‘redelijke’ uitkomst wordt bereikt. Recenter wordt binnen het privaatrecht ten aanzien van de interpreterende functie veelal geschreven over het uitleggen van een overeenkomst middels de redelijkheid en billijkheid.⁴¹¹ Ook is deze functie uit de parlementaire geschiedenis te herleiden waarin staat dat de redelijkheid en billijkheid een rol speelt bij de uitleg van overeenkomsten.⁴¹² Schelhaas verwoordt deze functie in relatie tot de andere functies zeer scherp:

“De uitleg van rechtshandelingen, oftewel het vaststellen van de (juridische) betekenis van rechtshandelingen en van de daardoor ontstane rechtsgevolgen, dient theoretisch te worden onderscheiden van de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Immers de aanvulling van rechtshandelingen komt pas aan de orde indien de inhoud van de rechtshandeling door uitleg is vastgesteld en duidelijk is dat een rechtsverhouding kennelijk een leemte bevat. Omdat uitleg voortgaat aan zowel de aanvulling van een rechtsverhouding als de beperking van tussen partijen geldende regels (...).”⁴¹³

Om een dergelijke uitleg te kunnen geven dient de rechter te onderzoeken welke rechten en plichten voor partijen voortvloeien uit de overeenkomst.⁴¹⁴ De gegeven uitleg kan vervolgens nauwe

⁴⁰⁹ Maeijer 1962, p. 31.

⁴¹⁰ Het begrip ‘billijkheid’ is ondertussen vervangen door het begrip ‘redelijkheid en billijkheid’, aldus Rijken 1994, p. 1. Zie ook Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 295.

⁴¹¹ Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 280. Wolters 2013a, p. 24 beschrijft de functie als volgt: “De redelijkheid en billijkheid beheerst de uitleg van overeenkomsten en andere rechtshandelingen. ‘Uitleg’ is het vaststellen van de rechtsgevolgen van een rechtshandeling of overeenkomst.”

⁴¹² Parl. Gesch. Boek 6 BW 1981, p. 72. Zie ook Valk 2009, p. 392-401 die niet ontkent dat de redelijkheid en billijkheid een rol speelt bij de uitleg van overeenkomsten, maar daarover kritisch is.

⁴¹³ Schelhaas 2017, p. 31. Soortgelijke beschrijvingen zijn mede terug te vinden in andere bronnen: Wolters 2013a, p. 26; Asser/Sieburgh 6-I 2020, nr. 56.

⁴¹⁴ Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 296.

verwantschap vertonen met het aanvullen van een overeenkomst, maar niettemin zijn uitleg en aanvulling niet hetzelfde. Uit een arrest van de Hoge Raad blijkt dat het hof in eerdere instantie de overeenkomst uitlegde, waardoor duidelijk werd dat een verplichting gold voor een van de partijen.⁴¹⁵ In een dergelijke situatie is geen sprake van de aanvullende werking omdat geen leemte wordt opgevuld.⁴¹⁶ Er wordt slechts inzichtelijk gemaakt wat partijen zijn overeengekomen. Oftewel, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt vastgesteld welke inhoud partijen aan de overeenkomst hebben willen geven. Hierna kan eventueel vast komen te staan of partijen bepaalde kwesties niet hebben geregeld alsmede of een beperking van de tussen partijen geldende regels mogelijk is.

Nu resteert de vraag wat de wettelijke basis is van deze functie van de redelijkheid en billijkheid. Volgens Schelhaas bestaat er geen directe wettelijke regeling voor deze functie, maar vloeit de functie voort uit de wilsvertrouwensleer van art. 3:33 BW en art. 3:35 BW en is nader uitgewerkt in de jurisprudentie.⁴¹⁷ Wat betreft de jurisprudentie vervult het Haviltex-arrest een belangrijke rol. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een zuiver taalkundige uitleg van (de bepaling van) een overeenkomst niet absoluut is.⁴¹⁸ Meer specifiek oordeelt de Hoge Raad:

“Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.”

Het gaat dus niet alleen om hetgeen op papier staat, maar tevens om hetgeen partijen ‘redelijkerwijs’ van elkaar mochten verwachten. In een later arrest van de Hoge Raad komt de rol van de redelijkheid en billijkheid bij de uitleg van een overeenkomst (nog) evidentier terug. De Hoge Raad oordeelt dat:

“(…) bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.”⁴¹⁹

Kortom, indien de rechter een overeenkomst/rechtshandeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid uitlegt, dienen daarbij alle omstandigheden van het geval te worden betrokken. Het uitleggen/interpreteren van de overeenkomst/rechtshandeling kan als startpunt worden gezien voor het eventueel toepassen van een andere functie van de redelijkheid en billijkheid wanneer aanvulling of beperking is vereist.

3.3.3 *Vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid*

Waar men binnen het privaatrecht over de uitleg van een overeenkomst/rechtshandeling schrijft, wordt in het vennootschapsrecht gebruikelijk eerst de interpreterende werking,⁴²⁰ interpreterende

⁴¹⁵ HR 22 juni 1973, *NJ* 1974/61, m.nt. B. Wachter (*Patrimonium/Reijers*).

⁴¹⁶ Raadpleeg paragraaf 3.4 voor meer informatie omtrent de aanvullende functie.

⁴¹⁷ Schelhaas 2017, p. 11. Zie voor een overzicht van deze functie tevens Wolters 2013a, p. 24-26; Van Wijk-Verhagen 2018, p. 106-109; Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 362-366.

⁴¹⁸ HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/634, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*), r.o. VI.2.

⁴¹⁹ HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.5.

⁴²⁰ De Jongh 2011, p. 610-611; Schilfgaarde 2016, p. 93.

functie⁴²¹ of interpretatieve functie⁴²² genoemd alvorens men toekomt aan het begrip ‘uitleg’. De nadruk binnen het vennootschapsrecht ligt ook – enigszins anders dan binnen het commune privaatrecht – op de interpretatie/uitleg van de wet, de statuten en besluiten.⁴²³ Van Schilfgaarde geeft als algemene beschrijving van deze functie dat met de interpreterende werking over het algemeen wordt bedoeld op het gegeven dat men een uit de wet, een contract of een andere rechtsverhouding voortvloeiende regel naar redelijkheid en billijkheid interpreteert.⁴²⁴ Een enigszins andere beschrijving met een soortgelijke strekking formuleert Eikelboom:

“De interpretatieve functie kan een rol spelen bij de uitleg van de regels van de deelrechtsorde. Indien een regel op meer dan een manier kan worden uitgelegd, wordt gekozen voor de interpretatie die het meest aan de redelijkheid en billijkheid beantwoordt (bijvoorbeeld “een redelijke wetsuitleg brengt mee”).”⁴²⁵

De term ‘deelrechtsorde’ is door Van Schilfgaarde geïntroduceerd.⁴²⁶ Het gebruik van deze term door Eikelboom in relatie tot de redelijkheid en billijkheid spreekt aan en creëert een overzichtelijk kader waarbinnen de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid fungeert. De deelrechtsorde van een vennootschap behelst namelijk de wet, de statuten, besluiten van organen, (soms) reglementen, bepalingen uit een code en aandeelhoudersovereenkomst(en).⁴²⁷ Wanneer de rechter een van deze bronnen naar redelijkheid en billijkheid interpreteert, is duidelijk dat sprake is van de interpreterende functie. Een voorbeeld van de interpreterende werking is terug te vinden in het proefschrift van Koelemeijer:

“Ter illustratie van de interpreterende werking van de goede trouw kan het *Forumbankarrest* worden genoemd (HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43). Het bestuur en de raad van commissarissen hadden ernstige bezwaren tegen de inkoop van een groot pakket eigen aandelen van twee aandeelhouders, omdat de liquiditeit van de vennootschap daardoor zeer in gevaar dreigde te komen. Een besluit tot inkoop van die aandelen achtten zij in strijd met de belangen van de vennootschap en andere aandeelhouders. Toch drukten de twee aandeelhouders, die tezamen de meerderheid in de algemene vergadering vormden een besluit tot inkoop door. Op grond van lid 2 van art. 4 van de Statuten waren zij daartoe bevoegd. Lid 3 bepaalde dat de vennootschap bevoegd was om aandelen in haar maatschappelijk kapitaal voor eigen rekening onder bezwarende titel te verkrijgen tot ten hoogste de helft van haar geplaatst maatschappelijk kapitaal. Het hof Amsterdam oordeelde op 21 april 1954 het besluit van de afdeling ongeldig. Het hof interpreteerde de Statuten in die zin dat de bevoegdheid van art. 4 lid 3 uitsluitend aan het bestuur toekwam.”⁴²⁸

In dit voorbeeld wordt het begrip ‘vennootschap’ uit de statuten overeenkomstig de objectieve goede trouw door het hof geïnterpreteerd.⁴²⁹ Het hof verstaat onder dit begrip dat uitsluitend het bestuur en dus niet de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd is tot inkoop van eigen

⁴²¹ Assink/Slagter 2013, p. 184; Kemp 2015a, p. 211; Moulen Janssen 2020, p. 64.

⁴²² Eikelboom 2017a, p. 134.

⁴²³ De Jongh 2011, p. 609.

⁴²⁴ Van Schilfgaarde 2016, p. 93.

⁴²⁵ Eikelboom 2017a, p. 134.

⁴²⁶ Van Schilfgaarde 1981, p. 2.

⁴²⁷ Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 18.

⁴²⁸ Koelemeijer 1999, p. 25-26.

⁴²⁹ Zoals in paragraaf 3.2 is opgemerkt, is de strekking van de objectieve goede trouw hetzelfde als van de in art. 2:8 BW gecodificeerde redelijkheid en billijkheid. Hierdoor leidt het voorbeeld tot verduidelijking van de interpreterende functie van de redelijkheid en billijkheid.

aandelen. De wijze waarop de twee aandeelhouders in casu de statuten trachten uit te leggen, is dan ook onjuist. In art. 4 lid 2 van de statuten wordt wel een bevoegdheid aan de algemene vergadering van aandeelhouders toegekend, maar dat betekent niet dat in lid 3 een dergelijke bevoegdheid eveneens aan de aandeelhoudersvergadering wordt toegekend. Het voorgaande illustreert hoe het hof door middel van de interpreterende functie tot zijn oordeel komt.

Gelet op het voorgaande is voor het empirisch deel van dit onderzoek van belang om de interpreterende functie te signaleren als een binnen de deelrechtsorde geldende regel wordt uitgelegd/geïnterpreteerd naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Verder is uit paragraaf 3.3.2 gebleken dat interpretatie van een regel eerst kan plaatsvinden voordat de rechter eventueel kan overgaan tot toepassing van een andere functie van de redelijkheid en billijkheid. Deze gedachtegang zorgt ervoor dat de interpreterende functie – naast gevallen waarin deze functie evident zelfstandig centraal staat – hoogstwaarschijnlijk een rol speelt in een uitspraak ingeval art. 2:8 BW impliciet of expliciet wordt toegepast en geen andere functie (evident) in een uitspraak terugkomt.

3.4 Aanvullende functie

3.4.1 Inleiding

In zijn algemeenheid houdt de aanvullende functie in dat de redelijkheid en billijkheid leemtes kan opvullen, waardoor nieuwe verplichtingen voor partijen kunnen ontstaan. Deze leemtes kunnen binnen rechtsverhoudingen bewust zijn opengelaten of het gevolg zijn van onvoorziene ontwikkelingen. Paragraaf 3.4.2 gaat nader in op de privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid. Hierna zal paragraaf 3.4.3 deze functie vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief toelichten.

3.4.2 Privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid

Het proefschrift van Maeijer geeft – zoals in paragraaf 3.3.2 omtrent de interpreterende functie – wederom inzicht in de wijze waarop een aantal decennia geleden de aanvullende functie is gedefinieerd:

“Een aanvullende werking van de billijkheid doet zich voor, wanneer een al dan niet gewilde leemte in het rechtssysteem naar vrije, autonome waardering moet worden opgevuld.”⁴³⁰

Deze definitie lijkt verenigbaar met de hiervoor onder paragraaf 3.4.1 gegeven definitie, omdat de rechter een leemte waarneemt en vervolgens opvult. In de huidige wettekst is de aanvullende functie – in tegenstelling tot de interpreterende functie – op verschillende plaatsen gecodificeerd. Het eerste lid van art. 6:2 BW en art. 6:248 BW zijn hiervoor leidend. Uit de eerste bepaling volgt dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich jegens elkaar overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid te gedragen. In de tweede bepaling staat dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Alhoewel art. 6:248 BW niet in een vaste volgorde lijkt te voorzien,⁴³¹ wordt daarvan door sommigen uitgegaan

⁴³⁰ Maeijer 1962, p. 25.

⁴³¹ Van Wijk-Verhagen 2018, p. 110.

waardoor aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid enkel geschiedt als er geen wetsbepaling of gewoonte valt aan te wijzen die de leemte kan opvullen.⁴³²

De mogelijkheid tot aanvulling van een overeenkomst lijkt op gespannen voet te staan met de contractsvrijheid van partijen. Contractspartijen zijn immers bevoegd om de inhoud van een overeenkomst te bepalen en dit wordt tot op zekere hoogte doorkruist wanneer een rechter de overeenkomst aanvult. Echter, het is onrealistisch om te verwachten dat de inhoud van een overeenkomst – vanwege transactiekosten⁴³³ – oplossingen biedt voor alle situaties.⁴³⁴ Om deze reden lijkt het zelfs wenselijk dat de rechter onder meer op grond van de redelijkheid en billijkheid een overeenkomst kan aanvullen ter beslechting van een geschil. In de rechtspraak zijn hiervan ook vele voorbeelden te vinden.⁴³⁵ Zo kan aanvulling leiden tot het moeten verlenen van medewerking aan een bloedonderzoek (verplichting tot een doen)⁴³⁶ of tot een concurrentieverbod (verplichting tot een laten).⁴³⁷ Ook kan er een mededelingsplicht ontstaan voor een schuldeiser richting een schuldenaar of een medewerkingsplicht ontstaan voor een schuldeiser om de prestatie van de schuldenaar mogelijk te maken.⁴³⁸ Verder is uit rechtspraak⁴³⁹ een zorgplicht voor professionele kredietverstrekkers af te leiden en deze zorgplicht wordt onder de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid geplaatst.⁴⁴⁰ Het voorgaande illustreert – ondanks het beperkt aantal voorbeelden – dat aanvulling op verschillende manieren mogelijk is.

Aanvulling is eveneens mogelijk nadat een bepaling nietig is verklaard, vernietigd is of buiten toepassing is verklaard door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁴¹ De mogelijkheid dat een overeenkomst wordt aangevuld als gevolg van het eerder buiten toepassing verklaren van een bepaling geeft duidelijk het onderscheid weer tussen de aanvullende en beperkende functies. Enerzijds wordt er ‘iets’ bestaands buiten beschouwing gelaten en anderzijds wordt er ‘iets’ gecreëerd. Het onderscheid tussen de interpreterende en aanvullende functies daarentegen ligt genuanceerder. In de kern komt het erop neer dat de interpreterende functie leidt tot een vaststelling (verheldering) van hetgeen er reeds is en de aanvullende functie leidt tot een aanvulling op hetgeen er is. Wanneer een verplichting voor een van de partijen wordt vastgesteld, betekent dat dan ook niet per definitie dat er sprake is van een aanvulling, omdat het bestaan van de verplichting inzichtelijk kan worden gemaakt door het uitleggen van de overeenkomst.⁴⁴² Wel zullen ‘uitleg’ (interpreteren) en aanvullen veelal in elkaars verlengde liggen, omdat de uitleg van een

⁴³² Schelhaas 2017, p. 11. Zie anders Asser/Valk 7-III 2020, nr. 36 waarin staat dat geen sprake is van een vaste rangorde, maar dat de drie bronnen in beginsel gelijkwaardig zijn.

⁴³³ Williamson 1979, p. 233-261.

⁴³⁴ Nieuwenhuis 1979, p. 50-51.

⁴³⁵ In de volgende bronnen staan diverse voorbeelden van rechtspraak waarin de aanvullende werking voorkomt: Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 307; Rijken 1994, p. 22-26; Bakker 2023, p. 434-440.

⁴³⁶ HR 12 december 2003, NJ 2004/117 (*HIV-onderzoek*).

⁴³⁷ HR 1 juli 1997, NJ 1997/685 (*Kolkman/Cornelisse*).

⁴³⁸ Parl. Gesch. Boek 6 BW 1981, p. 61.

⁴³⁹ HR 23 maart 2007, NJ 2007/333, m.nt. M.R. Mok (*ABN AMRO/Van Velzen*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Effectenlease Dexia, De Treek/Dexia*).

⁴⁴⁰ Kruk & Möhring, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:2 BW, aant. 2.2.3 (online, actueel t/m 01-10-2023).

⁴⁴¹ Schelhaas 2017, p. 47; Van Wijk-Verhagen 2018, p. 105. Meer informatie omtrent de beperkende functie van de redelijkheid en billijkheid volgt in paragraaf 3.5.

⁴⁴² Zie hierover Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 366; Schelhaas 2017, p. 46.

overeenkomst kan leiden tot de vaststelling van een leemte.⁴⁴³ Overigens mag een aanvulling er niet toe leiden dat strijdigheid met een wettelijke bepaling ontstaat.⁴⁴⁴

3.4.3 *Vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid*

De aanvullende functie van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid volgt uit art. 2:8 lid 1 BW.⁴⁴⁵ Deze functie kan tot opvulling van een bestaande leemte leiden waardoor een nieuwe verplichting voor een of meerdere partijen kan ontstaan.⁴⁴⁶ Het wederom hanteren van de term ‘deelrechtsorde’ maakt duidelijk dat de aanvullende functie kan leiden tot aanvulling van de wet, de statuten, besluiten van organen, reglementen, bepalingen uit een code of een aandeelhoudersovereenkomst ingeval sprake is van een leemte. Het bestaan of ontstaan van een leemte binnen de deelrechtsorde van een vennootschap lijkt ook onvermijdelijk gelet op haar voortdurende bestaan – voor zover de vennootschap niet wordt ontbonden of ophoudt te bestaan – in een veranderende wereld.⁴⁴⁷ Wanneer getracht wordt om alle mogelijke leemtes te vermijden, dan gaat dat waarschijnlijk ten koste van de flexibiliteit van de vennootschap. Gelet op de onvermijdelijkheid van het ontstaan van een leemte en de gewenste ‘flexibiliteit’ van de vennootschap lijkt het noodzakelijk dat de rechter een aanvullende verplichting kan creëren voor de vennootschapsorganen/-actoren naast hun reguliere wettelijke en vennootschapsrechtelijke verplichtingen. Een klassiek voorbeeld van de aanvullende functie is volgens Koelemeijer terug te vinden in het Mante-arrest.⁴⁴⁸ In dit arrest overwoog de Hoge Raad:

“(…) ook indien alle formele vereisten, bij wet of statuten voor de wijze van oproeping van een aandeelhoudersvergadering gesteld is, is voldaan, de eisen van redelijkheid en billijkheid, die aandeelhouders jegens elkander in acht hebben te nemen, onder omstandigheden kunnen medebrengen, dat een aandeelhoudersvergadering niet tot het nemen van een besluit aangaande een onderwerp waarbij de belangen van bepaalde aandeelhouders in bijzondere mate zijn betrokken overgaat, alvorens te hebben nagegaan of die aandeelhouders genoegzaam in de gelegenheid zijn gesteld aan de besluitvorming over dit hen in het bijzonder rakende onderwerp deel te nemen;”⁴⁴⁹

In deze zaak was de wijze van oproeping voor de aandeelhoudersvergadering – strikt genomen – overeenkomstig de wet en statuten, maar deze oproeping had Mante (minderheidsaandeelhouder) niet bereikt. Niettemin was het in de gegeven situatie essentieel dat de oproeping Mante bereikte, aangezien haar positie door de statutenwijziging ernstig negatief kon worden beïnvloed. In deze situatie gold volgens de Hoge Raad dan ook een aanvullende verplichting om te controleren of de aandeelhouder voldoende in de gelegenheid was gesteld om deel te nemen aan de aandeelhoudersvergadering. Door niet aan die verplichting te voldoen was de totstandkoming van het besluit in strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁴⁵⁰ Oftewel, de bestaande oproepingsplicht werd door de

⁴⁴³ Schelhaas 2017, p. 46 en Kruk & Möhring, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:2 BW, aant. 2.1.3 (online, actueel t/m 01-10-2023) met verwijzing naar HR 14 juni 2013, *NJ* 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplan*).

⁴⁴⁴ Schelhaas 2017, p. 48.

⁴⁴⁵ Van Schilfgaarde 2016, p. 93.

⁴⁴⁶ Kemp 2015a, p. 211.

⁴⁴⁷ Eikelboom 2017a, p. 135.

⁴⁴⁸ Koelemeijer 1999, p. 18 en 26.

⁴⁴⁹ HR 30 oktober 1964, *NJ* 1965/107, m.nt. G.J. Scholten (*Mante*).

⁴⁵⁰ In de tijd van het Mante-arrest was de redelijkheid en billijkheid nog niet inwerkinggetreden. Niettemin werd deze term sporadisch door de Hoge Raad gehanteerd. Dit illustreert ook de gelijkenis tussen de goede trouw en de redelijkheid en billijkheid.

Hoge Raad als het ware aangevuld met een zorgplicht.⁴⁵¹ Dit terwijl de wet en statuten ondubbelzinnig waren en werden nageleefd. Strikte naleving van de wet en statuten leidde echter in de gegeven situatie tot een onredelijke uitkomst, waardoor middels de goede trouw naar een ‘redelijke’ uitkomst is gezocht die niet via ‘uitleg’ was te bereiken.

Andere voorbeelden van de aanvullende werking zijn volgens Timmerman (i) dat een individuele aandeelhouder buiten art. 2:107 lid 1 BW inlichtingen van het bestuur kan opeisen, (ii) dat een weigerachtige grootaandeelhouder medewerking moet verlenen aan het vaststellen van de jaarrekening door voor te stemmen of zich te onthouden en (iii) dat een aandeelhouder van de NV een duplicaat van een verloren aandelenbewijs kan vorderen.⁴⁵² Ook in een situatie van noodzaakfinanciering kan de aanvullende werking een rol spelen zoals in de Gorillapark-zaak.⁴⁵³ De rechter oordeelde in deze zaak dat een aandeelhouder zich overeenkomstig de gewijzigde aandeelhoudersovereenkomst diende te gedragen.⁴⁵⁴ Verder schaarst Assink de door de Hoge Raad geformuleerde zorgvuldigheidsverplichtingen – zoals onder meer in Zwagerman Beheer, VTI en VEB/KLM – onder de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁵⁵ Een zorgplicht kan volgens Koelemeijer eveneens afgeleid worden uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁵⁶

Kortom, de aanvullende functie kan leiden tot opvulling van een leemte binnen de deelrechtsorde waardoor nieuwe verplichtingen voor partijen kunnen ontstaan. Deze functie komt daardoor in een uitspraak terug als de wet, de statuten, besluiten van organen, reglementen, bepalingen uit een code of een aandeelhoudersovereenkomst worden aangevuld op grond van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid.

3.5 Beperkende functie

3.5.1 Inleiding

In plaats van de beperkende functie wordt in de literatuur ook geschreven over de corrigerende of derogerende functie.⁴⁵⁷ Over deze functie bestond in de vorige eeuw de nodige controverse. In arresten van de Hoge Raad werd zelfs uitdrukkelijk ontkend dat de rechter bevoegd was om regels buiten werking te verklaren. Uiteindelijk is na 1967 – onder meer door het arrest Saladin/HBU – langzamerhand de beperkende functie binnen het volledige privaatrecht aanvaard.⁴⁵⁸ Door deze aanvaarding is duidelijk geworden dat de rechter een ingrijpende bevoegdheid heeft om bestaande

⁴⁵¹ In Van der Sangen 2015, p. 167-168 wordt een onderscheid tussen zorgplicht en zorgvuldigheidsplicht gemaakt. Hierin wordt ook de door Tjong Tjin Tai gebruikte definitie van zorgplicht herhaald die aansluit op de in het Mante-arrest gecreëerde aanvullende verplichting. De definitie van Tjong Tjin Tai 2006, p. 97 is: “(...) als een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon of object.”

⁴⁵² Monchy & Timmerman 1991, p. 51-52.

⁴⁵³ Rb. Amsterdam (pres.) 20 december 2001, *JOR* 2002/26 (*Gorillapark/IPP*); Hof Amsterdam 25 april 2002, *JOR* 2002/128 (*IPP/Gorillapark*).

⁴⁵⁴ Stokkermans 2008, p. 113-114.

⁴⁵⁵ Assink 2014, p. 1038. In voetnoot 32 van dit artikel staan nog meerdere voorbeelden van uitspraken waarin de Hoge Raad – aldus Assink – een zorgvuldigheidsverplichting op art. 2:8 lid 1 BW heeft gebaseerd.

⁴⁵⁶ Koelemeijer 2015, p. 70.

⁴⁵⁷ Andere termen zijn matigende of evaluerende functie zoals blijkt uit Hesselink 1999, p. 59.

⁴⁵⁸ Zie over deze geschiedenis Koelemeijer 1999, p. 26-27 en meer uitgebreid Abas 1972, p. 109-203; Bakker 2018, p. 115-133; Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 410-412.

regels voor een specifiek geval buiten toepassing te verklaren. In paragraaf 3.5.2 komt eerst de privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid aan bod waarna de vennootschapsrechtelijke variant in paragraaf 3.5.3 centraal staat.

3.5.2 *Privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid*

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is ondertussen in de wet gecodificeerd.⁴⁵⁹ Het bestaan van deze functie is dan ook tegenwoordig onomstreden. Dit roept de vraag op welke definities auteurs decennia geleden voor de beperkende werking van de goede trouw hebben bedacht. Om deze reden worden hieronder eerst twee definities van de beperkende werking gegeven waarna de huidige wettelijke bepalingen centraal staan. De eerste definitie is afkomstig van Maeijer en de tweede definitie van Abas:

“De corrigerende werking van de goede trouw doet zich voor wanneer naar de eisen van een concreet geval i.v.m. de bijzondere omstandigheden van dat geval wordt afgeweken van een overigens tussen de betrokken partijen geldende rechtsregel die in haar toepassing dat geval zou bestrijken en die overigens ook (in een eerder stadium van de rechtsvinding) door de (gelegaliseerde) goede trouw als aanvullende rechtsbron kan zijn bepaald.”⁴⁶⁰

“(…) de billijkheid vermag het positieve recht in een bepaald geval breken, wanneer toepassing van dat recht in concreto onrecht zou opleveren.”⁴⁶¹

Deze beschrijvingen van de beperkende werking verschillen enigszins met de geformuleerde definitie in paragraaf 3.2.⁴⁶² De voornaamste verschillen zijn dat de term ‘onaanvaardbaar’ ontbreekt alsmede dat in de huidige wetgeving specifiek wordt genoemd van welke regels kan worden afgeweken.⁴⁶³ Niettemin blijft de strekking van de beperkende werking in de kern hetzelfde: een bestaande regel kan buiten toepassing worden verklaard. Bij de toetsing hiervan dient de rechter rekening te houden met de gegeven omstandigheden van het concrete geval en terughoudend te toetsen aangezien slechts onder zwaarwegende omstandigheden van een regel in een specifiek geval mag worden afgeweken.⁴⁶⁴ Sinds 1 januari 1992 staat de (algemene) beperkende functie van de redelijkheid en billijkheid in art. 6:2 lid 2 BW en 6:248 lid 2 BW gecodificeerd.⁴⁶⁵ Achtereenvolgens staat in de artikelen:

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

⁴⁵⁹ De codificering van de beperkende functie is volgens Bakker 2018, p. 97 door een gedachtewisseling tussen jurisprudentie, doctrine en wetgever ontstaan.

⁴⁶⁰ Maeijer 1984, p. 34-35.

⁴⁶¹ Abas 1972, p. 344.

⁴⁶² Daarnaast kan de beperkende functie – zoals beschreven in art. 2:8 lid 2 BW – tot gevolg hebben dat geen beroep op een regel kan worden gedaan indien toepassing daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

⁴⁶³ In art. 6:2 BW staat ‘een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel’ en in art. 2:8 BW staat ‘een tussen hen krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel’.

⁴⁶⁴ Maeijer 1984, p. 35 en 42-43.

⁴⁶⁵ *Stb.* 1991, 600.

“Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”

Art. 6:2 BW heeft logischerwijs als algemene bepaling een ruimere strekking, omdat daardoor de werking van de wet, gewoonte of een rechtshandeling buiten toepassing kan worden verklaard, terwijl in art. 6:248 lid 2 BW het (enkel) gaat om een uit de overeenkomst voortvloeiende regel. Gelet hierop creëren beide bepalingen de mogelijkheid dat een ‘regel’ door een rechter (deels) buiten toepassing kan worden verklaard.⁴⁶⁶ Het buiten toepassing verklaren van een bestaande regel voor een specifiek geval gebeurt echter slechts onder uitzonderlijke omstandigheden. Het uitgangspunt bij overeenkomsten blijft namelijk dat partijen afspraken dienen na te komen.⁴⁶⁷ Een uitzondering hierop is slechts mogelijk indien naleving leidt tot een onaanvaardbare uitkomst. In geval van een overeenkomst kan zowel een schuldeiser als schuldenaar betogen dat sprake is van een onaanvaardbare uitkomst, waardoor beide onder omstandigheden een geslaagd beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen doen.⁴⁶⁸ Als een regel buiten toepassing wordt verklaard, betekent dat echter niet per se dat de regel zelf onrechtvaardig is, maar dat de uitkomst en/of het gevolg in de gegeven situatie onaanvaardbaar is.⁴⁶⁹

Verder vervult het onaanvaardbaarheids-vereiste een centrale rol binnen de beperkende functie van de redelijkheid en billijkheid. Allereerst maakt het partijen duidelijk dat voor buitenwerkingstelling slechts plaats is onder uitzonderlijke omstandigheden. De Hoge Raad heeft namelijk meermaals herhaald dat een beroep op de beperkende werking slechts slaagt ingeval toepassing van een bepaling in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁴⁷⁰ Deze maatstaf wordt door de Hoge Raad bewaakt, waardoor strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid onvoldoende is voor het buiten toepassing verklaren van een regel. Ook leidt het vereiste ertoe dat de rechter de nodige terughoudendheid moet betrachten bij de toetsing aan het artikel.⁴⁷¹ Hierbij kan een rol spelen of het gaat om een regel van dwingend of aanvullend recht,⁴⁷² omdat voor correctie van een dwingende wettelijke regel minder ruimte zou bestaan.⁴⁷³ In eerdere jaren zou enkel ruimte hebben bestaan voor afwijking van regeland recht, maar na uitspraken van de Hoge Raad accepteerde de wetgever ook afwijking van dwingend recht.⁴⁷⁴ Daarnaast

⁴⁶⁶ Snijders 2012, p. 776. Een bestaande regel kan naast volledig ook deels buiten toepassing worden verklaard gelet op het gebruik van ‘voor zover’ in de wettekst (Schelhaas 2017, p. 11).

⁴⁶⁷ Reurich 2003, p. 97-98; Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 410.

⁴⁶⁸ Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 316.

⁴⁶⁹ Van Wijk-Verhagen 2018, p. 106.

⁴⁷⁰ HR 19 maart 1993, *NJ* 1994/92, m.nt. E.A.A. Luijten (*Nederrijn/Cornelis*), r.o. 3.8; HR 25 februari 2000, *NJ* 2000/471, m.nt. A.R. Bloembergen (*Frans Maas*), r.o. 3.4.

⁴⁷¹ Parl. Gesch. Boek 6 BW 1981, p. 68.

⁴⁷² Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 316.

⁴⁷³ Schelhaas 2017, p. 78; Van Wijk-Verhagen 2018, p. 112. Van Wijk-Verhagen zet tevens uiteen dat Vranken enerzijds betoogt dat de beperkende functie van de redelijkheid en billijkheid op gespannen voet staat met art. 11 Wet AB (verbod voor de rechter om de billijkheid van de wet te beoordelen) en dat Castermans anderzijds – volgens Van Wijk-Verhagen terecht – erop wijst dat niet de wet ter discussie staat maar het beroep erop van de ene tegenover de andere partij (Asser/Vranken Algemeen deel** 1995, nr. 79; Castermans 2012, p. 7).

⁴⁷⁴ Zie hierover Bakker 2018, p. 108 met verwijzing naar *Kamerstukken II* 1954-1955, 3766, nr. 2 (wetsontwerp); *Kamerstukken II* 1954-1955, 3766, nr. 3 (MvT), p. 3; *Kamerstukken I* 1979-1980, 7729, nr. 59 herdruk, p. 8-9; HR 12 februari 1965, *NJ* 1965/139, m.nt. D.J. Veegens (*Fabisch/Pintsch Bamag Nederland*).

bestaat de gedachtegang dat een beperking eerder mogelijk is als de wetsbepaling algemener van aard is.⁴⁷⁵ De relevantie van deze functie wordt door Schelhaas pakkend samengevat:

“De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is nodig om onwenselijke gevolgen die bepaalde regels in een concreet geval veroorzaken, te kunnen tegenaan en zo een oplossing op maat te bieden.”

Bij het leveren van maatwerk zal – zoals uit het voorgaande blijkt – de rechter terughoudend moeten zijn. Enkele voorbeelden van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zijn:⁴⁷⁶

1. De uitoefening van een recht op nakoming van een optieovereenkomst is onaanvaardbaar, omdat daardoor een zoon zou worden bevoordeeld terwijl de overleden moeder haar kinderen altijd gelijk wilde behandelen.⁴⁷⁷
2. Een beroep op een vervalbeding werd onaanvaardbaar geacht, aangezien de verzekeraar in zeer geringe mate werd benadeeld door een te late melding van de schade.⁴⁷⁸
3. Aantasting van de bindende kracht van bindend advies is mogelijk als gebondenheid daaraan naar maatstaven onaanvaardbaar is vanwege de inhoud of wijze van totstandkoming van dat advies.⁴⁷⁹

Deze voorbeelden illustreren dat de toepassing van deze functie van de redelijkheid en billijkheid duidelijk uit de rechtspraak blijkt. Wanneer een partij namelijk betoogt dat geen beroep op een regel kan of mag worden gedaan, dan neigt het betoog richting een beroep op de beperkende werking te gaan.⁴⁸⁰ Indien de term ‘onaanvaardbaar’ – of een afgeleide daarvan – daarbij eveneens door een partij wordt gehanteerd, dan lijkt het nog aannemelijker dat de rechter bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid de beperkende werking op het oog zal hebben. Of de rechter daadwerkelijk daaraan heeft getoetst, zal vervolgens blijken uit de gebruikte terminologie in het rechterlijk oordeel.

3.5.3 *Vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid*

In paragraaf 3.5.1 is beschreven dat over de beperkende functie controverse heeft bestaan. Binnen het ondernemingsrecht – meer specifiek ten aanzien van besluiten – lijkt de Hoge Raad destijds echter de beperkende werking in 1923 reeds impliciet te hebben ‘aanvaard’. Toetsing aan de goede trouw kon namelijk leiden tot beperking van een verplichting of bevoegdheid.⁴⁸¹ Bijvoorbeeld in het Willink/Ter Kuile-arrest wordt de bevoegdheid van de aandeelhouder tot vaststelling van de

⁴⁷⁵ Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 316.

⁴⁷⁶ Diverse voorbeelden worden gegeven in Rijken 1994, p. 30-42; Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 435; Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:2 BW, aant. 3.7 (online, actueel t/m 21-04-2023).

⁴⁷⁷ HR 26 september 2003, *NJ* 2004/21 (*W./W. e.a.*), r.o. 4.2.2.

⁴⁷⁸ HR 17 februari 2006, *NJ* 2006/378, m.nt. M.M. van Mendel (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*), r.o. 4.7.

⁴⁷⁹ HR 15 juni 2012, *NJ* 2015/155, m.nt. J.B.M. Vranken (*PwC/Veldhuyzen van Zanten Beheer*), r.o. 3.5.2.

⁴⁸⁰ Een soortgelijk betoog kan een partij op grond van art. 6:258 lid 1 BW houden ingeval de overeenkomst volgens die partij gewijzigd dan wel (deels) ontbonden moet worden wegens onvoorziene omstandigheden. Dit artikel is echter voor het onderzoek niet van belang aangezien eenzelfde bepaling in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ontbreekt.

⁴⁸¹ Noldus 1969, p. 180-181 alsmede Abas 1972, p. 285-288 met verwijzing naar diverse arresten.

bestuurdersbeloning beperkt vanwege buiten de vergadering gemaakte afspraken.⁴⁸² Verder wordt in het Baus/De Koedoe-arrest de bevoegdheid van een aandeelhouder tot benoeming van een bestuurder beperkt.⁴⁸³ ‘Recenter’ is ook bepaald dat een bestuurder onder omstandigheden geen beroep kan doen op een verleende decharge⁴⁸⁴ en dat degene met een statutair recht om een bindende voordracht voor de benoeming van een bestuurder te doen onder bijzondere omstandigheden daarop geen beroep kan doen.⁴⁸⁵

Alhoewel gelet op het voorgaande de beperkende werking van de goede trouw een rijke geschiedenis heeft, is het bestaan van deze functie binnen het ondernemingsrecht onomstreden sinds de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in art. 2:8 lid 2 BW is gecodificeerd.⁴⁸⁶ Uit deze bepaling volgt dat een tussen hen⁴⁸⁷ krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁴⁸⁸ Met andere woorden, het buiten toepassing verklaren van bestaande regels binnen de deelrechtsorde van de vennootschap is op grond van art. 2:8 lid 2 BW mogelijk.⁴⁸⁹ Dat deze mogelijkheid bestaat, is in het belang van de vennootschapsactoren gelet op hetgeen onder paragraaf 3.4.3 is geschreven over het voortdurende bestaan van een vennootschap. Immers, de kans is reëel dat een bij oprichting overeengekomen bepaling in de toekomst tot onvoorziene gevolgen leidt die tot een onaanvaardbaar resultaat kan leiden.⁴⁹⁰ De beperkende werking maakt het mogelijk dat de (onredelijke) verplichting niet geldt.⁴⁹¹

Bij de toetsing van het geschil aan art. 2:8 lid 2 BW dient zoals bij de beperkende werking van de privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid de nodige terughoudendheid te worden betracht.⁴⁹² Daarnaast is een terughoudende toetsing in het belang van de rechtszekerheid.⁴⁹³ Partijen moeten erop kunnen vertrouwen dat de tussen hen heersende regels geldig zijn. Ook worden er hogere eisen gesteld aan de motivering indien toepassing van art. 2:8 lid 2 BW leidt tot terzijdestelling van een regel van dwingend recht.⁴⁹⁴ Daarentegen volgt uit het Staalbankiers/Elko-arrest tevens dat art. 2:8 lid 2 BW geen regels van openbare orde terzijde kan stellen, omdat een regel van openbare orde

⁴⁸² HR 9 januari 1941, *NJ* 1941/528, m.nt. P. Scholten (*Willink/Ter Kuile*).

⁴⁸³ HR 13 februari 1942, *NJ* 1942/360 (*Baus/De Koedoe I*).

⁴⁸⁴ HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990/308, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ellem/De Bruin*), r.o. 3.

⁴⁸⁵ HR 19 maart 1976, *NJ* 1978/52, m.nt. B. Wachter (*Smits/Van Rees*). De voorgaande voorbeelden in de hoofdtekst volgen uit Monchy & Timmerman 1991, p. 52. Daarnaast staat in Mendel 2000, p. 177-181 eveneens een aantal voorbeelden.

⁴⁸⁶ *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 725, nr. 3, p. 56.

⁴⁸⁷ Degenen die krachtens de wet en de statuten bij de rechtspersoon zijn organisatie zijn betrokken.

⁴⁸⁸ Deze formulering vertoont nauwe verwantschap met hetgeen in art. 6:2 BW staat. Het is dan ook niet verwonderlijk dat hetgeen in paragraaf 3.5.2 geschreven is eveneens relevant is voor de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid. Zie ook De Jongh 2011, p. 609 met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis. In Asser/Kroeze 2-I, nr. 183 wordt een duidelijk onderscheid tussen de aanvullende en beperkende werking gemaakt: “Het gaat hier niet om de redelijkheid en billijkheid als aanvullende bron waaruit de regels worden geput die de rechtsverhouding (mede) in beginsel beheersen, maar om de vraag of de toepassing van de (reeds) gevonden wettelijke of statutaire regel in een concreet geval in hoge mate onredelijk en onbillijk en daarom onaanvaardbaar zou zijn.”

⁴⁸⁹ Eikelboom 2011, p. 492.

⁴⁹⁰ Zie Eikelboom 2017a, p. 136.

⁴⁹¹ Timmerman, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 8 – Burgerlijk Wetboek Boek 2, aant. 5 (online, bijgewerkt tot 20-02-2024).

⁴⁹² Asser/Kroeze 2-I 2021, nr. 224.

⁴⁹³ Eikelboom 2017a, p. 143.

⁴⁹⁴ HR 28 januari 2011, *NJ* 2011/167, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Staalbankiers/Elko*), r.o. 3.10.4.

volgens de Hoge Raad strekt tot bescherming van algemene belangen van zo fundamentele aard dat die regel altijd door de rechter moet worden toegepast.⁴⁹⁵ Voorbeelden van omstandigheden waarin in strijd met een regel van openbare orde is gehandeld, zijn schaars. Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien de overheid een overeenkomst met een particulier aangaat en daarin een financiële of andere prestatie overeenkomt zonder wettelijke basis (misbruik van bevoegdheid).⁴⁹⁶

Een klassiek voorbeeld van de beperkende werking binnen het vennootschapsrecht is het Verenigde Bootlieden-arrest.⁴⁹⁷ In dit arrest werd art. 2:201 lid 2 BW als het ware terzijde gesteld, omdat voor ongelijke behandeling van aandeelhouders een redelijke en objectieve rechtvaardiging kon worden gegeven. Deze rechtvaardiging was gelegen in de gelijke fiscale behandeling van alle aandeelhouders bij de uitgifte van aandelen. Een recenter voorbeeld van de beperkende werking volgt uit de Kekk/Delfino-zaak.⁴⁹⁸ In deze zaak stond in de statuten dat een ontslagbesluit met een twee derde meerderheid kon worden genomen. De aandeelhoudersovereenkomst bepaalde daarentegen dat een ontslagbesluit uitsluitend met unanimiteit van stemmen mogelijk was. Allereerst oordeelt de rechter dat de aandeelhoudersovereenkomst doorwerkt in de vennootschappelijke rechtsverhouding. Echter, dit betekent niet dat er zich geen bijzondere omstandigheden kunnen voordoen waardoor naleving van de aandeelhoudersovereenkomst niet ex art. 2:8 lid 2 BW van een aandeelhouder kan worden verlangd. In casu zijn er volgens de rechter alleen geen bijzondere omstandigheden aanwezig en de overeenkomst moet dan ook worden nageleefd.⁴⁹⁹ Het hof heeft kort daarna een streep door deze uitspraak gezet, omdat nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst onaanvaardbaar moet worden geacht gelet op de wettelijke ontslagregeling.⁵⁰⁰ In een andere uitspraak van de rechtbank wordt een beroep op de vervaltermijn van art. 2:15 lid 5 BW onaanvaardbaar geacht, aangezien een aandeelhouder welbewust niet op de hoogte is gebracht van een situatie die deel uitmaakt van het besluit waartegen wordt geageerd.⁵⁰¹ Als laatste dient de Fortis-uitspraak als sprekend voorbeeld van de beperkende werking. In deze uitspraak wordt art. 2:107a BW niet van toepassing verklaard, omdat Fortis in financiële nood verkeert en het goedkeuringsrecht van de aandeelhouder de reddingsmaatregel enkel zou vertragen.⁵⁰²

Kortom, met inachtneming van hetgeen in de paragrafen 3.5.2 en 3.5.3 is geschreven, is duidelijk dat deze functie terugkomt in een uitspraak als de rechter toetst of een bestaande regel – die geldt binnen de deelrechtsorde van de vennootschap – voor een specifiek geval niet van toepassing moet worden verklaard. De term ‘onaanvaardbaar’ – of een afgeleide daarvan – kan signaleren dat de beperkende werking in de uitspraak een rol speelt.

⁴⁹⁵ HR 28 januari 2011, *NJ* 2011/167, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Staalbankiers/Elko*), r.o. 3.7-3.8. Zie in andere zin Bakker 2018, p. 129-130.

⁴⁹⁶ Zie Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 345 met verwijzing naar onder meer HR 17 november 2000 *NJ* 2001/580, m.nt. J. Hijma (*Breezand/Veere*); HR 6 januari 2006, *NJ* 2006/301, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Gemeente Beuningen/VvE*).

⁴⁹⁷ HR 31 december 1993, *NJ* 1994/436, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van den Berge/Verenigde Bootlieden*), r.o. 4.3.1-4.3.2.

⁴⁹⁸ Zie hierover Bosman 2015, p. 81-84; Bosse 2015, p. 527-529.

⁴⁹⁹ Rb. Amsterdam (vzr.) 16 januari 2014, *JOR* 2014/157, m.nt. R.G.J. Nowak (*Kekk/Delfino*), r.o. 5.1-5.2.

⁵⁰⁰ Hof Amsterdam 13 januari 2015, *JOR* 2015/69, m.nt. R.G.J. Nowak (*Delfino/Kekk*), r.o. 3.7-3.8.

⁵⁰¹ Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, *RO* 2019/50 (*Luckey Establishment*), r.o. 4.20.

⁵⁰² Rb. Amsterdam 18 mei 2011, *JOR* 2011/320, m.nt. B.P.M. van Ravels (*Fortis*), r.o. 4.3.4.1-4.3.4.5.

3.6 Gedragsregulerende functie

3.6.1 Inleiding

De voorgaande drie klassieke functies van de redelijkheid en billijkheid zijn telkens op soortgelijke wijze uiteengezet. Het uiteenzetten van de gedragsregulerende functie zal echter op een andere manier geschieden. De reden hiervoor is dat deze functie niet behoort tot de klassieke functies van de redelijkheid en billijkheid waarop in de literatuur normaliter de nadruk ligt. Niettemin speelt deze functie binnen het vennootschapsrecht een belangrijke rol.⁵⁰³ In de bestaande literatuur komt de term ‘gedragsregulerend’ slechts sporadisch voor. Wel bestaat er discussie over de vraag of de redelijkheid en billijkheid (hoofzakelijk) een gedragsnorm dan wel een toetsingsnorm is. Deze discussie wordt in paragraaf 3.6.2 uiteengezet, omdat in dit onderzoek naast de functies van de redelijkheid en billijkheid – waartoe de gedragsregulerende functie behoort – ook wordt ingegaan op de wijze waarop de rechter geschillen aan de redelijkheid en billijkheid toetst.⁵⁰⁴ Deze structuur van het onderzoek leidt tot de aanname dat de redelijkheid en billijkheid zowel een gedragsnorm als toetsingsnorm is. Verder staat in paragraaf 3.6.3 de gedragsregulerende functie van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid centraal.

3.6.2 Gedragsnorm of toetsingsnorm

In het proefschrift van Bakker staat een uitgebreide uiteenzetting van degenen die de redelijkheid en billijkheid – en daarvoor de goede trouw – beschouwen als (hoofdzakelijk) een gedragsnorm of toetsingsnorm.⁵⁰⁵ Om niet te veel in herhaling te treden volgt hieronder eerst een verkorte weergave van hetgeen Bakker heeft geschreven met verwijzing naar oudere publicaties.⁵⁰⁶ Daarna wordt recentere ondernemingsrechtelijke literatuur aangehaald.

Ten tijde van de goede trouw bestond minder discussie omtrent de vraag of deze norm een gedragsnorm voor justitiabelen dan wel toetsingsnorm was voor de rechter.⁵⁰⁷ Het merendeel van de auteurs vond de norm namelijk primair een gedragsnorm voor justitiabelen.⁵⁰⁸ Hiermee wordt bedoeld dat sprake is van een zelfstandige gedragsnormerende norm die onderdeel is van het (objectieve) recht, het gedrag van partijen kan beïnvloeden en niet door de rechter wordt ‘gemaakt’.⁵⁰⁹ Na codificering van de redelijkheid en billijkheid heeft enigszins een verschuiving plaatsgevonden, aangezien auteurs de redelijkheid en billijkheid vaker als toetsingsnorm beschouwen waarbij de rechter alle functies van de norm kan toepassen om een geschil te beslechten.⁵¹⁰ Indien sprake is van een

⁵⁰³ De Jongh 2011, p. 608-611.

⁵⁰⁴ Zie hoofdstuk 4 omtrent de wijze van toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.

⁵⁰⁵ Bakker 2012, p. 1-17.

⁵⁰⁶ Het overgrote deel van de bronnen komt daardoor uit het proefschrift van Bakker.

⁵⁰⁷ Met toetsingsnorm wordt hetzelfde bedoeld als beslissingsnorm/beoordelingsnorm. Bij de begrippen gaat het om een norm voor de rechter ter beslechting van geschillen.

⁵⁰⁸ Eggens 1937, p. 436; De Wolf 1979, p. 39-40; Van der Grinten 1953, p. 30; Van Brakel 1948, par. 376; Asser/Rutten 4-II 1982, p. 245 e.v.; Van der Werf 1982, p. 18; Schoordijk 1984, p. 9; Van Dunné 1980, p. 103; Lokin 1995, p. 52-53.

⁵⁰⁹ Bakker 2012, p. 2.

⁵¹⁰ Bijvoorbeeld Barendrecht 1992, p. 6 e.v.; Van Zaltbommel 1993, p. 60-62; Hesselink 1999, p. 408; Smith 1998, p. 179.

toetsingsnorm, dan is een grotere rol voor de rechter weggelegd en kan de norm zelfs samenvallen met het rechterlijk oordeel.⁵¹¹

De Kluiver heeft verdedigd dat ‘de goede trouw primair een beslissingsregel is die rechters de bevoegdheid geeft concrete regels te formuleren.’⁵¹² De artt. 6:2 en 6:248 BW kunnen volgens hem eveneens als beslissingsregels gelden die niet bepaald gedrag voorschrijven.⁵¹³ Volgens Hesselink is zelfs sprake van een ‘volledig open norm’ die daardoor niet eens als norm kan worden gezien.⁵¹⁴ De functies van de redelijkheid en billijkheid zijn in de visie van Hesselink ‘een weergave van de (rechtsvormende) taken van de rechter’.⁵¹⁵ Verder is Koelemeijer van mening dat de (vennootschapsrechtelijke) redelijkheid en billijkheid als beslissingsnorm moet worden beschouwd, omdat de norm ‘zelfs het minimum aan scherpte mist om als een norm voor gedrag te kunnen fungeren.’⁵¹⁶ Bakker kan zich niet verenigen met de voorgaande visies en betoogt dat in de samenleving een redelijkheidsgebod bestaat. Leden van de samenleving moeten rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van anderen (ethische plicht) wanneer de leden rationeel handelen.⁵¹⁷ Een uitwerking hiervan is art. 6:2 BW waarin staat dat de partijen zich overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid jegens elkaar dienen te gedragen.⁵¹⁸ Het gedrag van partijen staat daardoor centraal. Dit betekent echter niet dat de term ‘beslissingsnorm/toetsingsnorm’ onbruikbaar is:

“De rechter toetst het *gedrag* van partijen aan de hand van de in die gemeenschap vigerende *gedragsnorm* van redelijkheid en billijkheid. Als de rechter de redelijkheid en billijkheid toepast, is hij derhalve nimmer “lui même sa règle”. De rechter is niet “zijn eigen redelijkheid en billijkheid”, maar past aan de hand van art. 3:12 BW het *objectieve* recht toe, zoals dit gold ten tijde van het handelen van partijen. Slechts in zoverre het gaat om deze *toetsing van het gedrag van partijen* aan de gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid, is dit begrippenpaar tevens als *beslissingsnorm* aan te merken.”⁵¹⁹

Het voorgaande illustreert dat verschillend gedacht kan worden over de vraag of de redelijkheid en billijkheid (hoofdzakelijk) een gedragsnorm dan wel toetsingsnorm is. De vraag die nu resteert, is hoe men binnen recentere ondernemingsrechtelijke literatuur schrijft over de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid ten aanzien van de discussie gedragsnorm of toetsingsnorm.⁵²⁰ Als uitgangspunt wordt de visie van De Jongh genomen. Hij betoogt dat art. 2:8 BW een gedragsregulerende functie heeft en dat deze norm vooral werkt als gedragsnorm voor partijen.⁵²¹ Dit

⁵¹¹ Bakker 2012, p. 2.

⁵¹² De Kluiver 1992, p. 56. In De Kluiver 2000, p. 225-240 wordt wederom verdedigd dat de redelijkheid en billijkheid een beslissingsregel is naar aanleiding van de publicatie van Van Schilfgaarde (1999) waarin afstand van de visie van Hesselink wordt genomen.

⁵¹³ De Kluiver 1992, p. 39.

⁵¹⁴ Op deze visie bestaat ook de nodige kritiek van onder meer Sniijders en Van Schilfgaarde, zoals blijkt uit Maeijer 2000, p. 374. Zie Sniijders 1999, p. 792-798; Van Schilfgaarde 1999, p. 811-816.

⁵¹⁵ Hesselink 1999, p. 408-409.

⁵¹⁶ Koelemeijer 1999, p. 29.

⁵¹⁷ Bakker 2013, p. 175.

⁵¹⁸ Bakker 2012, p. 5-11. Zie deze pagina's voor een uitgebreide uiteenzetting waarom sprake is van een gedragsnorm. In Bakker 2013, p. 173-179 betoogt Bakker wederom waarom de redelijkheid en billijkheid als een gedragsnorm moet worden beschouwd.

⁵¹⁹ Bakker 2012, p. 12.

⁵²⁰ Met recentere literatuur worden artikelen en boeken vanaf 2010 bedoeld. Uit het voorgaande is ook gebleken dat Koelemeijer de redelijkheid en billijkheid als een beslissingsnorm bestempelt. Verdam 1995, p. 226 daarentegen schrijft dat art. 2:8 BW een gedragsnorm bevat.

⁵²¹ De Jongh 2011, p. 611-612.

uitgangspunt wordt door Assink & De Jongh in 2015 herhaald.⁵²² Ondertussen zijn er ook andere auteurs die daarbij aansluiten zoals Kemp,⁵²³ Overkleeft,⁵²⁴ Wolf⁵²⁵ en Van Straten,⁵²⁶ aangezien zij schrijven over de gedragsregulerende of gedragsnormerende functie van art. 2:8 BW waarbij art. 2:8 BW als gedragsnorm fungeert. Andere auteurs zoals Timmerman,⁵²⁷ Van der Sangen,⁵²⁸, Kroeze,⁵²⁹ Bartman,⁵³⁰ Bulten,⁵³¹ Eikelboom,⁵³² en Hamersma & Mellenbergh⁵³³ schrijven niet (per se) over de gedragsregulerende functie – of überhaupt functies van de redelijkheid en billijkheid – maar noemen art. 2:8 BW een gedragsnorm of schrijven dat deze bepaling een gedragsnorm bevat. Kortom, met enige overtuiging kan worden betoogd dat art. 2:8 BW (hoofzakelijk) een gedragsnorm is of bevat. De term beslissingsnorm is niettemin – zoals blijkt uit het citaat van Bakker in deze paragraaf – bruikbaar. Van Schilfgaarde beschrijft dit mijns inziens (zeer) treffend:

“Zoals goede trouw en redelijkheid en billijkheid als hendiadys nauw samenhangen zo hangen ook gedragsnorm en beoordelingsnorm nauw samen. De gedragsnorm lokt beoordeling uit en de zo ontwikkelde beoordelingsnorm kan opnieuw vormgeven aan de gedragsnorm. In deze zin ligt de beoordelingsnorm in het verlengde van de gedragsnorm of, anders gezegd, zijn gedragsnorm en beoordelingsnorm twee kanten van dezelfde medaille.”⁵³⁴

De termen gedragsnorm en beoordelingsnorm beschouwen als twee kanten van dezelfde medaille lijkt logisch.⁵³⁵ De gedragsnorm – art. 2:8 BW – is immers niet statisch en is door de jaren heen ontwikkeld vanwege rechterlijke uitspraken waarin (ondernemingsrechtelijke) geschillen aan art. 2:8 BW worden getoetst. Beide kwalificaties zijn ook van belang voor het onderzoek. Hieronder wordt namelijk de gedragsregulerende functie van de redelijkheid en billijkheid gedefinieerd, zodat de werking van deze functie uit rechtspraak is te destilleren. Daarnaast is de kwalificatie toetsingsnorm/beoordelingsnorm van belang voor hoofdstuk 4 waarin de wijze van toetsing aan de redelijkheid en billijkheid centraal staat.

3.6.3 *Vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid*

Naar mijn weten heeft De Jongh als eerste binnen het ondernemingsrechtelijke debat uitgebreid geschreven over specifiek de gedragsregulerende functie van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid.⁵³⁶ Om deze reden wordt de door De Jongh geformuleerde definitie als uitgangspunt genomen:

⁵²² Assink & De Jongh 2015, p. 11-12.

⁵²³ Kemp 2015a, p. 212-213.

⁵²⁴ Overkleeft 2012, p. 217-218.

⁵²⁵ Wolf 2013, p. 315-316.

⁵²⁶ Van Straten 2020, p. 15.

⁵²⁷ Timmerman, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 8 – Burgerlijk Wetboek Boek 2, aant. 6 (online, bijgewerkt tot 20-02-2024).

⁵²⁸ Van der Sangen 2015, p. 169.

⁵²⁹ Asser/Kroeze 2-I 2021, nr. 230.

⁵³⁰ Bartman 2002, p. 38.

⁵³¹ Bulten 2011, p. 88.

⁵³² Eikelboom 2017a, p. 134.

⁵³³ Hamersma & Mellenbergh 2013, p. 296.

⁵³⁴ Van Schilfgaarde 2016, p. 36-37.

⁵³⁵ De gedachtegang dat een norm en de beoordeling daarvan als twee kanten van dezelfde medaille beschouwd kunnen worden, volgt uit Snijders 2014, p. 546.

⁵³⁶ Binnen het bredere privaatrecht heeft bijvoorbeeld Reurich eerder geschreven dat de redelijkheid en billijkheid gedragsnormerend kan werken. Reurich 2005, p. 109.

“Voor wat betreft de gedragsregulerende functie geldt dat zij vooral werkt als gedragsnorm voor partijen. De inhoud van een gedragsnorm hangt altijd af van de omstandigheden van het geval. Daartoe behoren ook de gedragingen en de opstelling van andere vennootschapsactoren.”⁵³⁷

Art. 2:8 BW geldt dus met name als gedragsnorm voor partijen en de inhoud van deze gedragsnorm is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Maar waarom komt meer specifiek binnen het vennootschapsrecht deze gedragsregulerende functie naar voren? De Jongh heeft daarvoor een duidelijke verklaring:

“Omdat afspraken nooit volledig zijn, worden leemten ingevuld met behulp van de redelijkheid en billijkheid. In vennootschapsrechtelijke verhoudingen geldt het omgekeerde: de handelingsvrijheid van de vennootschapsactoren staat telkens voorop: aandeelhouders zijn in beginsel vrij te handelen naar eigen inzicht, terwijl bestuurders en commissarissen bij de vervulling van hun taak een grote autonomie genieten. De handelingsvrijheid wordt telkens omgrensd door de vennootschapsorde. De vennootschapsorde verplicht doorgaans niet tot een concrete prestatie, maar schept vooral een kader waarbinnen de actoren vrij mogen handelen. De vennootschapsorde dient dus vooral om grenzen in negatieve zin af te bakenen, niet, zoals doorgaans in contractuele verhoudingen, om positieve verplichtingen op te leggen. Hierdoor treedt de gedragsregulerende functie van de redelijkheid en billijkheid in het vennootschapsrecht meer geprononceerd naar voren dan in het contractenrecht. De gedragsregulerende functie is naar mijn inzicht te meer van belang omdat de meeste vennootschappen voor onbepaalde tijd worden opgericht en steeds zullen opereren in een veranderende omgeving. Niet alleen de omstandigheden zullen van tijd tot tijd veranderen, ook de personen die aan de vennootschap zijn verbonden. De meeste vennootschappen worden opgericht met een ‘bestemming onbekend.’ Het onbestemde karakter van iedere vennootschapsorde schept een bijzondere betekenis voor de redelijkheid en billijkheid om het gedrag te normeren van de verschillende actoren die zullen worden blootgesteld aan situaties die zij vooraf niet hebben (kunnen) voorzien.”⁵³⁸

In het verbintenissenrecht staan de afspraken tussen partijen centraal en deze zijn nooit volledig, waardoor er ruimte is voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Binnen het vennootschapsrecht daarentegen voert de handelingsvrijheid van de vennootschapsactoren telkens de boventoon. Hierbij gaat het niet erom wat partijen moeten doen, maar het gaat erom dat partijen bepaalde grenzen – in negatieve zin – niet overschrijden. Een rechtspersoon wordt ook voor onbepaalde tijd opgericht en opereert in een steeds veranderende wereld, waardoor deze grenzen kunnen verschuiven. Deze onbepaaldheid leidt er eveneens toe dat op voorhand onduidelijk is welke situaties allemaal tijdens het bestaan van de rechtspersoon zich zullen voordoen. Hierdoor is de gedragsregulerende functie binnen het vennootschapsrecht belangrijk, zodat duidelijk is en wordt welke bewegingsvrijheid de vennootschapsactoren hebben naarmate de omstandigheden wijzigen. De gedragsregulerende functie lijkt ook evident uit de wettekst van art. 2:8 BW te volgen, aangezien daarin staat dat de vennootschapsactoren ‘zich als zodanig jegens elkander moeten gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.’

Samengevat blijkt uit het voorgaande dat art. 2:8 BW een gedragsnorm is alsmede dat de gedragsregulerende functie een van de functies is van art. 2:8 BW. De vraag die resteert is op welke wijze

⁵³⁷ De Jongh 2011, p. 611-612.

⁵³⁸ De Jongh 2011, p. 610. Het standpunt van De Jongh wordt door Timmerman in zijn conclusie bij het VEB/KLM-arrest herhaald (Conclusie A-G Timmerman voor HR 12 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ9145), ECLI:NL:PHR:2013:BZ9145 (VEB/KLM), nr. 3.9).

deze functie terugkeert in de rechtspraak. Een voorbeeld van een uitspraak waarin de gedragsregulerende functie (werking) terugkomt, is – gelet op hetgeen Assink & De Jongh schrijven – de Cryo-Save-beschikking van de Ondernemingskamer.⁵³⁹ In deze beschikking komt – kort gezegd – een toetsing van gedrag van een aandeelhouder aan art. 2:8 BW terug.⁵⁴⁰ Dit voorbeeld geeft enig inzicht, maar weinig houvast voor het consistent kunnen identificeren van de gedragsregulerende functie in de rechtspraak, aangezien voor andere gevallen evident moet zijn wanneer deze functie terugkomt. Hieronder wordt een voorzet gedaan ter verduidelijking van deze functie.

De interpreterende en aanvullende functies kunnen ervoor zorgen dat inzichtelijk wordt hoe de vennootschapsactoren zich onder bepaalde omstandigheden behoren te gedragen. Door interpretatie wordt immers een binnen de deelrechtsorde bestaande regel verduidelijkt en de aanvullende functie kan leiden tot aanvulling van een binnen de deelrechtsorde geldende regel vanwege een bestaande leemte. Met andere woorden, de rechter gebruikt in dergelijke gevallen de redelijkheid en billijkheid om een (nieuwe) gedragsverplichting/-norm te verduidelijken of te creëren die daarna behoort tot het geldende recht. De rechter hoeft daardoor in een toekomstige, soortgelijke casus bijvoorbeeld niet wederom een wettelijke bepaling te interpreteren of een aanvulling daarop te geven op grond van de redelijkheid en billijkheid, omdat er reeds een gedragsverplichting/-norm voor die situatie is verduidelijkt dan wel gecreëerd. De rechter kan daardoor met behulp van de gedragsregulerende functie van de redelijkheid en billijkheid in die toekomstige situatie teruggrijpen op de reeds gecreëerde gedragsverplichting/-norm die uit art. 2:8 BW voortvloeit. Dit betekent dat de gedragsregulerende functie van toepassing is indien een specifiek op art. 2:8 BW gebaseerde gedragsverplichting (/gedragsnorm) wordt aangehaald, toegepast of aangescherpt zonder dat een binnen de deelrechtsorde bestaande regel wordt geïnterpreteerd of aangevuld. Voorts is de gedragsregulerende functie waarneembaar ingeval de rechter het gedrag van (een partij behorende tot) het vennootschapsorgaan specifiek aan art. 2:8 BW toetst. De rechter is in een dergelijke situatie namelijk niet zozeer een bestaande regel – zoals de wet of statuten – aan het verduidelijken of een leemte aan het opvullen, maar de toelaatbaarheid van gedrag aan het beoordelen op basis van art. 2:8 BW.

Het voorgaande is vrij abstract. Daarom zullen er nu een aantal voorbeelden volgen van (i) de hiervoor beschreven wisselwerking tussen enerzijds de interpreterende en aanvullende functies en anderzijds de gedragsregulerende functie alsmede (ii) het toetsen van gedrag aan art. 2:8 BW.

In het WTC-arrest komt het hoorrecht van een bestuurder terug indien de algemene vergadering van aandeelhouders voornemens is om tot ontslag van de bestuurder over te gaan.⁵⁴¹ Dit recht kan beschouwd worden als een aanvulling op de raadgevende stem die bestuurders hebben ten tijde van een algemene vergadering.⁵⁴² In een uitspraak van de Rechtbank Haarlem benoemt de rechter deze gedragsnorm die voortvloeit uit art. 2:8 BW, waardoor de rechter teruggrijpt op de eerder gecreëerde gedragsregel die volgt uit een aanvulling van het wettelijk kader.⁵⁴³ In vergelijkbare zin heeft de Ondernemingskamer in de Linders/Hofstee-beschikking gedragsregels gecreëerd waarnaar

⁵³⁹ Assink & De Jongh 2015, p. 10-12.

⁵⁴⁰ Behoudens zwaarwichtige redenen moet een aandeelhouder bereid zijn om een dialoog aan te gaan ingeval hij een onderwerp wil agenderen dat kan leiden tot een strategiewijziging. In casu waren er geen zwaarwichtige redenen waardoor de aandeelhouder de ingeroepen responstijd diende te respecteren (Hof Amsterdam (OK) 6 september 2013, *JOR* 2013/272, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Cryo-Save*), r.o. 3.9-3.11).

⁵⁴¹ Hof Amsterdam 18 mei 1989, *NJ* 1990/591 (*WTC*), r.o. 4.22-4.23.

⁵⁴² De raadgevende stem is voor de NV in art. 2:117 lid 4 BW en voor de BV in art. 2:227 lid 7 BW gecodificeerd.

⁵⁴³ Rb. Haarlem (vzr.) 16 februari 2012, *ECLI:NL:RBHAA:2012:BV7745*, r.o. 4.3.

partijen zich dienen te gedragen in geval van een belangenverstrengeling.⁵⁴⁴ Later zijn deze gedragsregels onder meer waarneembaar in de *Butôt*-beschikking, aangezien de Ondernemingskamer de gecreëerde gedragsregels inzake een belangenverstrengeling herhaalt.⁵⁴⁵ Door het kunnen herhalen van de gedragsregels hoeft geen binnen de deelrechtsorde geldende regel te worden geïnterpreteerd of aangevuld. De gedragsregulerende functie zorgt er namelijk voor dat de rechter op de gedragsregels kan teruggrijpen die specifiek uit art. 2:8 BW voortvloeien. Het tweede aspect – de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW – is bijvoorbeeld waarneembaar in de *Interroyal*-uitspraak. In deze zaak toetst de rechter het gedrag van de aandeelhouder/bestuurder aan art. 2:8 BW. Hieruit blijkt dat de aandeelhouder/bestuurder onder de gegeven omstandigheden niet overeenkomstig art. 2:8 BW heeft gehandeld, omdat die partij zich niet op goede gronden tegen de ontbinding van de vennootschap heeft verzet.⁵⁴⁶

Kortom, de gedragsregulerende functie speelt een rol in de rechtspraak als de rechter een reeds op art. 2:8 BW gecreëerde gedragsnorm aanhaalt, toepast of aanscherpt, dan wel het gedrag aan art. 2:8 BW als gedragsnorm toetst waarvan de inhoud afhankelijk is van de feiten en omstandigheden.

3.7 Conclusie

De interpreterende, aanvullende, beperkende en gedragsregulerende functies van de (vennootschapsrechtelijke) redelijkheid en billijkheid zijn in dit hoofdstuk uiteengezet. Hieronder volgt per functie een antwoord op de in paragraaf 3.1 geformuleerde onderzoeksvraag: ‘Hoe kunnen de verschillende functies van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid worden gedefinieerd en signaleerd?’

Wanneer de rechter de wet, de statuten, besluiten van organen, reglementen, een bepaling uit een code of een aandeelhoudersovereenkomst naar redelijkheid en billijkheid interpreteert, dan is sprake van de interpreterende functie. Hierbij is het van belang dat een van voornoemde, bestaande regels wordt geïnterpreteerd. In dergelijke situaties wordt geen aanvulling gegeven op hetgeen reeds bestaat, maar er wordt een bestaande regel middels de redelijkheid en billijkheid verduidelijkt.

Indien sprake is van een leemte binnen de deelrechtsorde van de vennootschap, dan kan de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid tot opvulling van de leemte leiden waardoor een nieuwe regel ontstaat.⁵⁴⁷ Hierbij kan van belang zijn dat een dergelijke leemte eerst wordt geconstateerd alvorens tot opvulling/aanvulling wordt overgegaan. Daarnaast kan toepassing van de aanvullende functie blijken uit het feit dat de wet, de statuten, besluiten van organen, reglementen, een bepaling uit een code of een aandeelhoudersovereenkomst (deelrechtsorde) worden aangevuld. Oftewel, de rechtsverhouding tussen de vennootschapsactoren wordt door voorgaande ‘bronnen’ beheerst en een van deze bestaande bronnen wordt door de rechter aangevuld naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

⁵⁴⁴ Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, *NJ* 1984/481, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Linders/Hofstee*), r.o. 4.

⁵⁴⁵ Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, *JOR* 2009/129, m.nt. G. van Solinge (*Butôt*), r.o. 3.14.

⁵⁴⁶ Rb. Amsterdam 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AZ0410 (*Interroyal Amsterdam*), r.o. 4.3-4.4.

⁵⁴⁷ Onder deelrechtsorde vallen de wet, de statuten, besluiten van organen, reglementen, een bepaling uit een code of een aandeelhoudersovereenkomst.

De toepassing van de beperkende functie is duidelijker te herkennen in de rechtspraak. Bij deze functie staat de vraag centraal of naleving van een binnen de deelrechtsorde geldende regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in het specifieke geval. Het gaat bij deze functie daardoor niet om het vaststellen van hetgeen er is of het geven van een aanvulling daarop, maar om de toets of een bestaande regel buiten toepassing moet worden verklaard, omdat naleving van die regel tot een onaanvaardbaar gevolg zou leiden. Een verwijzing naar art. 2:8 lid 2 BW of de term onaanvaardbaar – dan wel een afgeleide daarvan – kan signaleren dat de beperkende functie in de uitspraak voorkomt.

Tot slot is de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm bestempeld. Dit sluit ook aan bij de in art. 2:8 lid 1 BW gebruikte terminologie. Immers, de vennootschapsactoren moeten zich jegens elkaar overeenkomstig art. 2:8 BW – en de daaruit voortvloeiende gedragsnormen – gedragen. De gedragsregulerende functie speelt een rol in de rechtspraak als de rechter een reeds op art. 2:8 BW gecreëerde gedragsnorm aanhaalt, toepast of aanscherpt. Hieronder valt ook de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW als gedragsnorm waarvan de inhoud afhankelijk is van de feiten en omstandigheden. De rechter is in een dergelijke situatie namelijk niet zozeer een bestaande regel – zoals de wet of een besluit – aan het verduidelijken of een leemte aan het opvullen, maar de toelaatbaarheid van gedrag aan het beoordelen op basis van art. 2:8 BW.

Hoofdstuk 4. Wijze van toetsing: terughoudend dan wel vol

4.1 Inleiding

De wijze waarop de rechter geschillen aan de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid toetst, wordt in dit hoofdstuk behandeld. Uit paragraaf 3.6.2 blijkt dat deze norm zowel een gedragsnorm als toetsingsnorm is. Wanneer de gedragsnorm voor justitiabelen hetzelfde is als de toetsingsnorm, dan is er sprake van volle toetsing aangezien beide normen gelijkwaardig zijn. Indien de normen echter niet gelijkwaardig zijn en de justitiabelen meer bewegingsvrijheid hebben binnen de gedragsnorm, dan dient de rechter terughoudend te toetsen. In eerdere literatuur wordt in plaats van terughoudende toetsing over ‘marginale toetsing’ geschreven. De termen zijn daarvoor inwisselbaar.

Paragraaf 4.2 behandelt de oorsprong van marginale toetsing binnen het privaatrecht waarbij de literatuur tot en met 1975 wordt onderzocht, zodat de initiële opvattingen van auteurs over marginale toetsing zichtbaar worden. Hierna staat in paragraaf 4.3 de literatuur afkomstig uit de periode van 1976 tot en met 2000 centraal om te achterhalen of de term ‘marginale toetsing’ zich in vijftwintig jaar verder heeft ontwikkeld en om te achterhalen of de visies van auteurs ten aanzien daarvan zijn gewijzigd. Vervolgens ligt in paragraaf 4.4 de focus op de ondernemingsrechtelijke literatuur afkomstig uit de periode van 2001 tot en met 2023, omdat de systematische rechtspraakanalyse betrekking heeft op deze periode.⁵⁴⁸ De voorgaande verdeling leidt tot een beter begrip van de ontwikkeling van de terminologie en verschaft een genuanceerder beeld door de volledige periode in drie delen te behandelen.⁵⁴⁹ Bij het uiteenzetten van de standpunten worden de gehanteerde terminologieën van de auteurs aangehouden om de veelheid aan soortgelijke terminologieën zichtbaar te maken. Verder komt in paragraaf 4.5 kort de relatie tussen de wijze van toetsing en functies van de redelijkheid en billijkheid aan bod, omdat die functies invloed kunnen hebben op de rechterlijke toetsing. Afsluitend volgt in paragraaf 4.6 een antwoord op de volgende onderzoeksvraag: ‘Hoe kunnen de verschillende wijzen van toetsing aan de redelijkheid en billijkheid binnen het ondernemingsrecht worden gedefinieerd en gesignaleerd?’

4.2 Oorsprong van de term ‘marginale toetsing’

De term ‘marginale toetsing’ is als eerste in 1959 door Van Wijk gebruikt in zijn inaugurele rede:

“(…) in het ene geval is die nadere bepaling echter taak van de rechter, in het andere geval van de administratie; in het ene geval dus ruikt de rechter op waar de wetgever terugtreedt, in het andere geval zien we integendeel voor de rechter maar een zeer beperkte taak overblijven, die van de

⁵⁴⁸ Er wordt niet gepretendeerd dat alle relevante literatuur in de verschillende periodes is geanalyseerd, maar dat op basis van de nodige publicaties inzicht in de terminologie is verworven. Overigens heeft Schokkenbroek in 1996 een enigszins vergelijkbaar onderzoek verricht door inzichtelijk te maken hoe de rechter aan vrijheidsrechten toetst (Schokkenbroek 1996, p. 4 en 11-12).

⁵⁴⁹ Hierdoor wordt mede inzichtelijk of de huidige opvattingen aansluiten bij dan wel afwijken van bepaalde standpunten in de periode van voor 1975 of de daarna behandelde periode.

toetsing van de vorderingen met hantering van het zg. objectiveringsbeginsel, welke m.i. goed getypeerd wordt als *marginale toetsing*.⁵⁵⁰

Alhoewel de term voor het eerst in een bestuursrechtelijke context te signaleren is, is de strekking daarvan reeds in het privaatrecht waarneembaar.⁵⁵¹ Borst⁵⁵² verwijst hiervoor naar Okma, aangezien laatstgenoemde constateert dat de gedachte van misbruik van overheidsmacht afkomstig is van de civiele rechter.⁵⁵³ Borst haalt vervolgens twee arresten⁵⁵⁴ op dit terrein aan waarin marginale toetsing een rol speelt.⁵⁵⁵ Verder heeft de wetenschap volgens Borst als inspiratie voor de rechter kunnen dienen, omdat Meijers in 1916 in het kader van bindend advies heeft geschreven: “Binnen de grenzen waarbinnen ook redelijk oordelende mensen kunnen verschillen, zal het oordeel van de partij die beslissen mag bindend zijn.”⁵⁵⁶ Daarnaast schrijft Scholten in 1923: “De rechter zal de vereeniging hebben te volgen in haar uitspraak over al datgene waarbij voor subjectief verschil van gevoelen plaats is (...).”⁵⁵⁷ Het voorgaande zorgt ervoor dat Borst veronderstelt dat het begrip marginale toetsing zijn oorsprong heeft in het civiele recht.⁵⁵⁸ Op de vraag waarom de rechter in bepaalde gevallen beperkt moet toetsen, antwoordt Borst:

“(...) dit berust op de juridische soevereiniteit van het samenlevingsverband. De staat wordt niet alleen gevormd door individuen, maar er zijn naast hem andere samenlevingsverbanden die ook aanspraak maken op eigen leven, op interne vrijheid. Daarom moet de rechter afblijven van het beleid dat in de bedrijfsorganisatie wordt gevoerd. De rechter moet zich beperken tot rechtmatigheidscontrole, maar dat doet hij in ruime zin: niet alleen de wetmatigheid, maar ook de behoorlijkheid.”⁵⁵⁹

De soevereiniteit van partijen om keuzes te maken verklaart dat de rechter onder omstandigheden marginaal dient te toetsen en zich daardoor moet beperken tot een rechtmatigheidstoets. Een voorbeeld hiervan is volgens Borst het Baus/De Koedoe II-arrest⁵⁶⁰ waarin de Hoge Raad oordeelt dat de vaststelling van de winst in strijd is met de goede trouw als een gedragslijn is gevolgd die geen redelijk handelend vennootschap ten opzichte van haar winstgerechtigden kan volgen.⁵⁶¹ Het voorgaande geeft nader inzicht in het concept ‘marginale toetsing’ en Borst heeft door middel van een driedelig artikel niet enkel een bijdrage geleverd aan het wetenschappelijk debat daaromtrent, maar Borst heeft het wetenschappelijk debat daarover eveneens aangewakkerd.

Onder meer Van der Grinten heeft daarna in verschillende publicaties over marginale toetsing geschreven. Allereerst schrijft Van der Grinten in *Ars Aequi* over het ‘gezagslement’ dat binnen een

⁵⁵⁰ Van Wijk 1959, p. 2-3. Ook wordt deze term – en het daarbij behorende debat – door Ronse zelfs van belang geacht voor het Belgische recht (Ronse 1977, p. 207).

⁵⁵¹ Zie ook Prakke 1966, p. 279 met verwijzing naar Borst en Van Wijk.

⁵⁵² Borst 1962, p. 377.

⁵⁵³ Okma 1951, p. 84.

⁵⁵⁴ HR 13 november 1936, *NJ* 1937/182, m.nt. E.M. Meijers (*Dienstplichtige De Boer*); HR 25 februari 1949, *NJ* 1949/558 (*Doetinchemse woonruimteverordening*).

⁵⁵⁵ Borst 1962, p. 377.

⁵⁵⁶ Meijers 1916, p. 262.

⁵⁵⁷ Asser/Scholten I 1923, p. 683.

⁵⁵⁸ Borst 1962, p. 378.

⁵⁵⁹ Borst 1962, p. 391.

⁵⁶⁰ In het driedelige artikel worden meerdere voorbeelden gegeven, maar dit voorbeeld is gekozen omdat het betrekking heeft op een ondernemingsrechtelijk geschil (Borst 1962, p. 402).

⁵⁶¹ HR 21 mei 1943, *NJ* 1943/484 (*Baus/De Koedoe II*).

privaatrechtelijke rechtspersoon bij besluiten aanwezig is, waardoor een grotere terughoudendheid van de rechter ‘passend’ is ter eerbiediging van het gezag.⁵⁶² Ook constateert Van der Grinten op basis van rechtspraak en literatuur dat in bepaalde gevallen gedrag slechts ontoelaatbaar is ingeval geen redelijk handelend mens kan menen dat dergelijk gedrag toelaatbaar is. Het voorgaande betekent dat in bepaalde gevallen slechts sprake mag zijn van een marginale toetsing. De rechtvaardiging voor deze toetsing is – aldus Van der Grinten – gelegen in de autonomie van een partij om bepaalde beslissingen te mogen nemen.⁵⁶³ Verder hanteert Van Oven de term marginale toetsing meermaals bij de bespreking van verschillende ondernemingsrechtelijke arresten. Hierbij wordt door Van Oven eveneens de opmerking gemaakt dat het toetsen van bestuurshandelingen aan het vennootschappelijk belang een marginaal karakter heeft, aangezien de beleidsorganen tot op zekere hoogte vrij zijn te bepalen wat in het belang van de vennootschap is.⁵⁶⁴ Van Oven kan zich echter niet vinden in het standpunt van Van der Grinten dat het gezagselement de grondslag is voor marginale toetsing van besluiten van de rechtspersoon. De grondslag zou – aldus Van Oven – voortvloeien uit het feit dat de organen overeenkomstig het vennootschappelijk belang moeten handelen bij de uitoefening van hun beleidstaak, waardoor een zekere mate van vrijheid ontstaat.⁵⁶⁵ De opvattingen van zowel Van der Grinten als Van Oven leiden ertoe dat de vennootschapsorganen een bepaalde beoordelingsmarge hebben bij het maken van beslissingen. Maeijer sluit deels aan bij Van der Grinten – alsmede Borst – en betoogt dat het gezagselement van het bestuur en de raad van commissarissen leidt tot een bepaalde mate van handelingsvrijheid. Voor wat betreft besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders stelt Maeijer daarentegen dat deze vrijheid voortvloeit uit het feit dat de aandeelhouder zijn eigen belang mag nastreven.⁵⁶⁶

Enkele jaren later in 1969 heeft Borst wederom – met succes – het wetenschappelijk debat verder geholpen middels een vierdelige bijdrage.⁵⁶⁷ In deze bijdrage wil hij via een empirisch en pragmatisch betoog het begrip ‘marginale toetsing’ verduidelijken, zodat de betekenis van het begrip niet ‘verwatert en oeverloos wordt’. De grens waar er sprake is van marginale toetsing, ligt volgens Borst daar waar een speciale rechtsgrond bestaat voor een speciale vrijheid waarbij de vrijheidsrelatie moet gaan over het voeren van beleid.⁵⁶⁸ De rechter zal vervolgens bij de toetsing van het beleid rekening moeten houden met de grenzen van de (beleids)vrijheid ter voorkoming van een inbreuk daarop.⁵⁶⁹ In 1969 is eveneens een uitgebreid artikel over marginale toetsing van Van der Grinten gepubliceerd.⁵⁷⁰ Op dat moment wordt de term marginale toetsing circa tien jaar gebruikt, maar volgens Van der Grinten is de term niet bijzonder duidelijk.⁵⁷¹ Van marginale toetsing is

⁵⁶² Van der Grinten 1963, p. 225.

⁵⁶³ Van der Grinten 1965, p. 67-68. In plaats van ‘gedrag’ wordt in deze bron over ‘handelen’ geschreven.

⁵⁶⁴ Van Oven 1967, p. 307.

⁵⁶⁵ Van Oven 1967, p. 318.

⁵⁶⁶ Maeijer 1964, p. 158.

⁵⁶⁷ Borst 1969.

⁵⁶⁸ Borst 1969, p. 26.

⁵⁶⁹ Borst 1969, p. 27. Daarnaast geeft Borst elf beschrijvingen die de strekking van marginale toetsing behelzen. De eerste zes van deze beschrijvingen zijn: “(i) de rechter mag niet op de stoel van het verbandsorgaan gaan zitten, (ii) het verbandsorgaan draagt een eigen verantwoordelijkheid, (iii) het verbandsorgaan heeft gezag over de leden van het verband, (iv) de rechter onthoudt zich van toetsing van de doelmatigheid van de geste van het verbandsorgaan, (v) voor het forum van de rechter staan het verbandsorgaan en het verbandslid niet op gelijke voet (zo reeds Meijers in noot *N.J.* 1928-118) en (vi) de rechter grijpt slechts in, voorzover het verbandsorgaan bepaalde grenzen heeft overschreden; hij is grensrechter, niet scheidsrechter.”

⁵⁷⁰ Het artikel van Van der Grinten was – aldus laatstgenoemde – reeds klaar voor publicatie op het moment dat het artikel van Borst werd gepubliceerd. Hierdoor werd het artikel van Van der Grinten daardoor niet beïnvloed.

⁵⁷¹ Van der Grinten 1969, p. 71.

volgens hem sprake als ‘de rechter niet treedt in een volledige beoordeling van de verweten gedraging’. De wijze waarop marginale toetsing geschiedt, is echter niet eenduidig en kan uiteenlopen afhankelijk van de toetsingsnorm.⁵⁷² Dit concept wordt duidelijker als men marginale toetsing beschouwt als een tussenfiguur van rechterlijke toetsing. Aan de ene kant van het spectrum is rechterlijke toetsing uitgesloten en aan de andere kant van het spectrum is er sprake van volledige toetsing.⁵⁷³ Marginale toetsing bevindt zich hiertussen en de wijze waarop marginaal dient te worden getoetst, is – zoals hiervoor beschreven – afhankelijk van de toetsingsnorm.

Uit het voorgaande blijkt dat verschillende auteurs de term marginale toetsing op uiteenlopende – maar soortgelijke – wijzen omarmen. Dit betekent echter niet dat iedereen ‘gecharmeerd’ was van de term. Abas vermijdt bijvoorbeeld bij voorkeur de term, omdat de marginaal toetsende rechter volgens hem te weinig toetst. Wel onderschrijft Abas dat de rechter bij de toetsing van de inhoud niet op de stoel van de bindende beslisser mag zitten. Bij de toetsing van procedurele regels is geen tot minder ruimte voor een terughoudende toets, aangezien procedurele regels moeten worden nageleefd.⁵⁷⁴ Ook Noldus heeft kritiek op de term ‘marginale toetsing’ gelet op het feit dat deze term niet in jurisprudentie terugkomt, maar slechts in de literatuur wordt gebruikt.⁵⁷⁵ Hij wil echter bij toetsing aan normen zoals de goede trouw geen onderscheid maken tussen ‘marginale’ en ‘integrale’ toetsing, omdat de inhoud en wijze van totstandkoming op dezelfde manier getoetst dienen te worden aan normen van ongeschreven recht. De reden hiervoor is dat bij marginale toetsing altijd een belangenafweging vereist is net zoals bij toetsing aan de goede trouw.⁵⁷⁶ Wanneer de rechter echter de wijze van totstandkoming toetst, bestaat er minder ruimte voor een belangenafweging waardoor deze toetsing ‘minder marginaal of zelfs ogenschijnlijk niet marginaal’ is. Op basis van de voorgaande redenering betoogt Noldus dat de Hoge Raad in het Mante-arrest de wijze van totstandkoming integraal lijkt te toetsen, maar dat zodra sprake is van een belangenafweging er marginaal wordt getoetst.⁵⁷⁷ Van der Grinten is ook van mening dat in het Mante-arrest sprake lijkt te zijn van een volledige toetsing. Hierdoor neemt hij met enige voorzichtigheid aan dat de inhoud van een besluit marginaal moet worden getoetst en de wijze van totstandkoming van een besluit volledig.⁵⁷⁸ Een rechtvaardiging voor dit onderscheid kan zijn dat de autonomie van de algemene vergadering met name is bedoeld voor de inhoud van een besluit en niet de totstandkoming daarvan.⁵⁷⁹ Van Schilfgaarde heeft een andere visie hierop ontwikkeld, aangezien besluiten volgens hem integraal aan de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) moeten worden getoetst. Bij deze toetsing bestaat – aldus Van Schilfgaarde – telkens een bepaalde marge, waardoor toetsing aan deze norm leidt tot eenzelfde uitkomst als in geval van marginale toetsing.⁵⁸⁰

⁵⁷² Van der Grinten 1969, p. 85. Van der Grinten schrijft hierover: “Naarmate de toetsingsnorm enger is, kan zij scherper worden geformuleerd. Bij een ruime toetsingsnorm, zoals het niet in redelijkheid tot een beslissing kunnen komen, is er een vrij grote mate van vaagheid aanwezig.”

⁵⁷³ Van der Grinten 1969, p. 71.

⁵⁷⁴ Abas 1972, p. 285.

⁵⁷⁵ Noldus 1969, p. 267.

⁵⁷⁶ Noldus 1969, p. 270-271.

⁵⁷⁷ Noldus 1969, p. 271.

⁵⁷⁸ Van der Grinten 1969, p. 84. De termen ‘integrale toetsing’ en ‘volledige toetsing’ lijken inwisselbaar gelet op hetgeen de auteurs schrijven.

⁵⁷⁹ Maeijer acht de door Van der Grinten geformuleerde motivering aannemelijk (Maeijer 1965, p. 175-176).

⁵⁸⁰ Van Schilfgaarde 1973, p. 163-164. In de eerdere druk van ‘Van de naamloze en de besloten vennootschap’ is deze gedachtegang nog niet beschreven, aangezien daarin nog het onderscheid tussen de toetsing van de inhoud (marginaal) en wijze van totstandkoming (integraal) wordt gemaakt (Van Schilfgaarde 1972, p. 143).

Kortom, uit het voorgaande destilleer ik dat de vrijheid bij partijen – zoals vennootschapsorganen – over het te voeren beleid ervoor zorgt dat de rechter bij de toetsing van dat beleid rekening moet houden met de grenzen van de beoordelingsvrijheid en dus slechts marginaal toetst. Marginale toetsing impliceert geen vaste eenheid qua toetsing, aangezien de mate van toetsing afhankelijk is van de toetsingsnorm en de feiten en omstandigheden. Marginale toetsing kan zich hierdoor – afhankelijk van de omstandigheden – dicht bij volle toetsing begeven.⁵⁸¹ Niettemin is er een verschil tussen marginale en volle toetsing in de literatuur waarneembaar bij de toetsing van de inhoud en totstandkoming van een besluit aan de goede trouw. Toetsing van de inhoud van een besluit geschiedt namelijk volgens onder meer Van der Grinten en Maeijer marginaal en de toetsing van de totstandkoming van een besluit geschiedt volledig. Het voorgaande is echter niet onomstreden, aangezien bijvoorbeeld Noldus meent dat beide gevallen marginaal moeten worden getoetst. Daarentegen betoogt Van Schilfgaarde dat de toetsing integraal geschiedt. Ondanks dat de auteurs uiteenlopende termen hanteren is de kern van de verschillende visies mijns inziens soortgelijk: de beoordelingsmarge – en daardoor mede de te respecteren beleidsvrijheid – is groter bij de toetsing van de inhoud dan bij de toetsing van de totstandkoming van een besluit.

4.3 Ontwikkeling van 1976 tot en met 2000

Van der Grinten herhaalt in 1976 zijn eerder gemaakte onderscheid tussen de toetsing van de inhoud en wijze van totstandkoming van besluiten. Het onderscheid tussen beide aspecten is dat het vennootschapsorgaan autonomie en beslissingsvrijheid heeft wat betreft de inhoud van een besluit, waardoor het inhoudelijk toetsen van een besluit een marginaal karakter heeft.⁵⁸² De vraag resteert echter of de gebruikte terminologie zich in deze periode blijft ontwikkelen. Om dit te achterhalen is bestudering van onder meer de ‘drie typen van rechtsvinding’ van Wiarda relevant, omdat in de periode van 1976 tot en met 2000 drie drukken daarvan zijn verschenen waarin telkens op marginale toetsing wordt ingegaan.⁵⁸³ Van marginale toetsing is volgens Wiarda sprake ingeval de rechter zich bij de toetsing een soort ‘reserve’ oplegt.⁵⁸⁴ Binnen het ondernemingsrecht speelt marginale toetsing – aldus Wiarda – een rol (i) bij de toetsing van besluiten aan de redelijkheid en billijkheid, (ii) in een art. 26 WOR-procedure en (iii) in een enquêteprocedure.⁵⁸⁵ De rechtvaardiging hiervoor – zoals eveneens blijkt uit paragraaf 4.2 – vloeit voort uit de beleidsvrijheid van de

⁵⁸¹ Borst 1969, p. 37.

⁵⁸² Van der Heijden/Van der Grinten 1976, p. 379. In een nieuwere druk (1992) wordt daarentegen niet meer het onderscheid tussen de inhoud en wijze van totstandkoming zo expliciet gemaakt en ligt de nadruk met name op de beleidsvrijheid. Daarin staat: “De grens van de beleidsvrijheid wordt echter overschreden, indien een besluit tot stand komt dat een redelijk oordelend mens niet voor zijn rekening zou nemen.” Niettemin volgt uit de daarbij behorende voetnoot dat onduidelijk is of de Hoge Raad in het Mante-arrest een onderscheid wil maken tussen de toetsing van de inhoud en wijze van totstandkoming van een besluit, waardoor de eerdere visie van Van der Grinten niet volledig is verlaten (Van der Heijden/Van der Grinten 1992, p. 392 en 395).

⁵⁸³ Wiarda 1980, p. 82-97; Wiarda 1988, p. 115-131; Wiarda/Koopmans 1999, p. 93-106. De laatste – vierde – druk is echter door Koopmans bewerkt waarbij laatstgenoemde ernaar heeft gestreefd om de gedachtegang van Wiarda intact te laten. Verder blijkt uit het voorwoord van de tweede druk van ‘drie typen van rechtsvinding’ (1980) dat Wiarda in de druk van 1972 bondig het onderwerp marginale toetsing heeft behandeld. Dit geldt eveneens voor de gelijknamige bijdrage uit 1963 (Wiarda 1963, p. 149-150).

⁵⁸⁴ Wiarda 1980, p. 85. Zie ook Wiarda 1980, p. 83 en Wiarda 1988, p. 116. Uit die bronnen volgt dat ingeval de wet voor de beoordeling van bepaalde gedragingen naar normen – zoals onder meer de redelijkheid en billijkheid – verwijst, dat dan van de rechter wordt verwacht dat een zelfstandige en volledige toetsing van de gedragingen aan de normen plaatsvindt. Dit uitgangspunt lijkt onderscheiden te moeten worden van de situatie waarin een vennootschapsorgaan beleidsvrijheid heeft, waardoor een verschil ontstaat tussen marginale en volle toetsing.

⁵⁸⁵ Wiarda 1980, p. 86-87. Het is echter de vraag of deze opvatting standhoudt in de 21^{ste} eeuw. Zie daarvoor onder meer paragraaf 4.4.2 en de paragrafen zes van de hoofdstukken 7 tot en met 12.

vennootschapsorganen, aangezien zij zelfstandig een belangenafweging mogen maken gelet op de aan hen toebedeelde wettelijke en statutaire bevoegdheden. Andere met het bestuursbeleid samenhangende aspecten worden volgens Wiarda veelal niet marginaal of minder marginaal getoetst.⁵⁸⁶ Met samenhangende aspecten lijkt bedoeld te worden op ‘aspecten’ die samenhangen met de wijze van totstandkoming van een besluit of het beleid. Het voorgaande is in de verschillende drukken van ‘drie typen van rechtsvinding’ onveranderd gebleven, waardoor de strekking van de term marginale toetsing in deze periode hetzelfde lijkt te blijven.⁵⁸⁷

Een enigszins andere rechtvaardiging voor marginale toetsing geeft Löwensteyn. Deze rechtvaardiging houdt verband met dat private partijen binnen de grenzen van het recht zelfstandig – of tezamen – kunnen bepalen wat in de gegeven omstandigheden redelijk en billijk is. Voor rechterlijk ingrijpen is slechts ruimte als de onredelijkheid/onbehoorlijkheid van een besluit duidelijk is voor iemand zonder deskundigheid van de materie.⁵⁸⁸ Ook heeft Löwensteyn geschreven dat het vervangen van de objectieve goede trouw door de redelijkheid en billijkheid mogelijk ertoe leidt dat marginale toetsing aan de redelijkheid en billijkheid tot het verleden behoort. De wetgever heeft echter – zoals Löwensteyn eveneens aanhaalt – geen materiële wijziging willen aanbrengen en slechts een terminologische wijziging.⁵⁸⁹ Hierdoor lijkt het onaannemelijk dat door een puur terminologische wijziging afstand van marginale toetsing is gedaan. Volgens Maeijer bestaat er ook geen verschil tussen de ‘goede trouw’ en ‘redelijkheid en billijkheid’, waardoor het (nogmaals) onwaarschijnlijk is dat marginale toetsing van vennootschappelijke besluiten aan de redelijkheid en billijkheid tot het verleden behoort.⁵⁹⁰ Een reden voor marginale toetsing van besluiten aan de goede trouw is namelijk – aldus Maeijer – dat het besluit door personen of organen is genomen op basis van een wettelijke en/of statutaire bevoegdheid, waardoor zij een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid hebben.⁵⁹¹ Tevens schrijft Maeijer in 1997 dat de beleidsvrijheid van een besluitende instantie overschreden wordt ingeval een besluit tot stand komt dat ‘een redelijk oordelend mens niet voor zijn rekening zou willen nemen’.⁵⁹²

De beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid die uit een gezagspositie voortvloeit, leidt volgens Van Gerven ertoe dat de ‘gebruikelijke’ volledige toetsing vervangen wordt door een marginale toetsing.⁵⁹³ Deze marginale toetsing zorgt – aldus Van Gerven – ervoor dat de rechter bij de toetsing van beslissingen van het bestuur niet de plaats van de bestuurders mag innemen.⁵⁹⁴ Dit standpunt van Van Gerven sluit aan bij de volgens Bartman en Dorresteyn bekende slogan binnen het

⁵⁸⁶ Wiarda 1980, p. 95.

⁵⁸⁷ Dit betekent niet dat bepaalde delen tekst over marginale toetsing niet zijn aangepast of aangevuld, maar dat de kern met betrekking tot marginale toetsing en het ondernemingsrecht grotendeels hetzelfde is gebleven in de verschillende drukken.

⁵⁸⁸ Löwensteyn 1984, p. 129-130 schrijft ook dat de rechter niet moet paraderen als hoogste zedemeester en allesweter, en gelet op de Nederlandse rechtspraak doet de rechter dat volgens Löwensteyn ook niet.

⁵⁸⁹ Löwensteyn 1984, p. 133. Zie ook Parl. Gesch. Boek 2 BW 1963, p. 136.

⁵⁹⁰ Maeijer 1984, p. 257. Het voorgaande standpunt met betrekking tot de goede trouw en de redelijkheid en billijkheid herhaalt Maeijer in 1997 (Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 133). Verder wordt de relevantie van het marginaal toetsen van besluiten aan de redelijkheid en billijkheid eveneens onderschreven in Monchy & Timmerman 1991, p. 85.

⁵⁹¹ Maeijer 1984, p. 256-257.

⁵⁹² Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 133.

⁵⁹³ Van Gerven 1983, p. 7. Het gebruik van de term ‘gezagspositie’ lijkt aan te sluiten bij het door Van der Grinten gehanteerde begrip ‘gezagsmoment’ zoals beschreven in paragraaf 4.2.

⁵⁹⁴ Van Gerven 1983, p. 6-7.

ondernemingsrecht: de rechter mag niet op de stoel van de ondernemer gaan zitten.⁵⁹⁵ Maar betekent dat overeenkomstig het betoog van sommigen – zoals blijkt uit paragraaf 4.2 – dat de rechter de inhoud van een besluit marginaal moet toetsen en de totstandkoming daarvan integraal?⁵⁹⁶

Het maken van dit onderscheid in de wijzen van toetsing is net zoals in de periode tot 1976 niet onomstreden, aangezien Timmerman stelt dat de rechter zowel bij de totstandkoming als inhoud van besluiten marginaal behoort te toetsen.⁵⁹⁷ De ‘marginaliteit’ van de toetsing van een aspect gerelateerd aan de totstandkoming houdt namelijk verband met het feit dat de rechter niet te eenvoudig een niet op de wet of statuten gebaseerde norm – zoals de redelijkheid en billijkheid – mag aannemen. Enkel onder uitzonderlijke omstandigheden is daarvoor ruimte.⁵⁹⁸ Maeijer verdedigt mede dat de wijze van totstandkoming marginaal aan de redelijkheid en billijkheid behoort te worden getoetst.⁵⁹⁹ In het kader van het enquêterecht toetst de Ondernemingskamer volgens Maeijer – gelet op de wetsgeschiedenis⁶⁰⁰ – eveneens marginaal. Bij deze toetsing bestaat ook een onderscheid tussen de inhoud en de wijze van totstandkoming van het beleid en het laatste aspect kan minder marginaal worden getoetst.⁶⁰¹ Overigens maakt Willems in de context van het medezeggenschapsrecht een onderscheid tussen de inhoud en het in acht nemen van procedurele regels, waarbij de ‘marginale toetsing’ van procedurele regels aanschuurt tegen ‘een toetsing ten gronde’.⁶⁰² Daarentegen houdt Van Schilfgaarde (in ieder geval) gedurende de periode van 1976 tot en met 1998 vast aan zijn in paragraaf 4.2 beschreven opvatting:

“Beter drukt men zich m.i. als volgt uit. Ook aan de redelijkheid en billijkheid dienen besluiten integraal te worden getoetst. De norm laat echter een zodanige marge dat men niet al te snel - zeker niet wanneer het betrokken orgaan tegenstrijdige belangen heeft moeten afwegen - tot overschrijding daarvan moet besluiten.”⁶⁰³

Toetsing aan de redelijkheid en billijkheid moet aldus Van Schilfgaarde integraal geschieden. Niettemin dient de rechter afhankelijk van de feiten en omstandigheden steeds te ‘beoordelen welke marge de norm in concreto laat’.⁶⁰⁴ Door deze visie lijkt het onderscheid tussen de toetsing van de

⁵⁹⁵ Bartman & Dorresteyn 1985, p. 669. Dat de rechter – waaronder de Ondernemingskamer – niet op de stoel van de ondernemer moet plaatsnemen, volgt ook uit de wetsgeschiedenis waarin het marginale karakter van de toetsing van de Ondernemingskamer terugkomt (Naamloze en besloten vennootschap wetsgeschiedenis I 1969, p. 15, 17, 52 en 199; *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 400, nr. 3, p. 8). Verder volgt reeds uit Borst 1969, p. 27 dat de rechter niet op de stoel van het verbandsorgaan mag gaan zitten.

⁵⁹⁶ Met sommigen wordt onder meer op Van der Grinten en Maeijer gedoeld.

⁵⁹⁷ Ondanks de persoonlijke opvatting van Timmerman lijkt de andere gedachtegang op dat moment nog een belangrijke rol te vervullen binnen het debat vanwege hetgeen Timmerman schrijft: “Geleerd wordt wel, dat de rechter bij de toetsing van een besluit aan de normen die zijn totstandkoming zou moeten beheersen niet marginaal, maar integraal te werk moet gaan.” (Monchy & Timmerman 1991, p. 86).

⁵⁹⁸ Monchy & Timmerman 1991, p. 86.

⁵⁹⁹ Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 133. Hierin wordt ook opgemerkt dat het Mante-arrest anders kan worden gelezen.

⁶⁰⁰ Naamloze en besloten vennootschap wetsgeschiedenis I 1969, p. 15, 17, 52 en 199. De voorgaande bron wordt veelal de ‘Bundel NV en BV’ genoemd en daarin staat meermaals – in verschillende bewoordingen – dat de rechter niet op de stoel van de ondernemer dient plaats te nemen.

⁶⁰¹ Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 534.

⁶⁰² Willems 2000, p. 11-12. Dit onderscheid maakt men naar aanleiding van de Lingeziekenhuis-beschikking (Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, *NJ* 1981/271, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Lingeziekenhuis*)) en de daaropvolgende ontwikkeling in de jurisprudentie (de ontwikkeling staat onder meer beschreven in Van Schilfgaarde 1998, p. 232-234).

⁶⁰³ Van Schilfgaarde 1998, p. 261. De eerdere druk van Van Schilfgaarde 1976, p. 201 wijkt slechts op enkele taalkundige aspecten af van het geciteerde deel.

⁶⁰⁴ Van Schilfgaarde 1998, p. 262.

inhoud en de wijze van totstandkoming van een besluit te vervagen. Het maken van onderscheid blijft echter mogelijk, omdat de belangenafweging van het betrokken orgaan tot een bepaalde marge leidt en in de regel is deze belangenafweging bij de wijze van totstandkoming minimaal. Ook wordt de visie van Van Schilfgaarde door De Kluiver in soortgelijke strekking verdedigd. Daarnaast is laatstgenoemde van mening dat het fundament voor marginale toetsing binnen het rechtspersonenrecht wankel is, aangezien het slechts op de overtuiging van beleidsvrijheid van de vennootschapsorganen berust.⁶⁰⁵ Verder lijkt Schoordijk geen voorstander van de term marginale toetsing te zijn, omdat het een vaag begrip is en ‘toetsingsmogelijkheden per definitie nooit beperkt zijn’. Alle belangen van partijen moeten namelijk bij de rechterlijke toetsing worden afgewogen.⁶⁰⁶

Koelemeijer heeft – mede op basis van Schoordijk en Van Schilfgaarde hun visies – een soortgelijke opvatting ten aanzien van de toetsing van besluiten aan de redelijkheid en billijkheid.⁶⁰⁷ Het begrip marginale toetsing leidt tot een bij voorbaat afgebakend gebied waarin de rechter niet mag komen. Een dergelijke beperking van de rechter is volgens Koelemeijer onverenigbaar met de reikwijdte van art. 2:8 BW, omdat alle verhoudingen tussen de rechtspersoon en de daarbij betrokkenen door art. 2:8 BW worden beheerst.⁶⁰⁸ Toetsing aan art. 2:8 BW is daardoor onbegrensd. Verder schrijft Koelemeijer:

“Curieus genoeg echter vloeit zo’n *terughoudende benadering juist* voort uit een ‘*volledige toetsing*’. Dan immers moeten *alle* bij een geval betrokken belangen in de afweging moeten worden betrokken. En aangezien er altijd wel belangen zullen zijn die uiteenlopen, zal juist dan betrekkelijk zelden tot een eenduidig oordeel over de redelijkheid en billijkheid van een besluit kunnen worden gekomen.”⁶⁰⁹

De kern van het voorgaande is dat de rechter besluiten aan de redelijkheid en billijkheid volledig moet toetsen, omdat alle betrokken belangen daarbij een rol spelen. Een voorbeeld hiervan is – aldus Koelemeijer – het Lampe/Tonnema-arrest.⁶¹⁰ In dit arrest wordt een goedkeuringsregeling ten nadele van één aandeelhouder terzijde gesteld, nadat de Hoge Raad alle belangen tegen elkaar heeft afgewogen en oordeelt dat het hof geen rechtsregel heeft geschonden.⁶¹¹

Op basis van het voorgaande lijkt men zich gedurende de periode van 1976 tot en met 2000 meer te verzetten tegen marginale toetsing. Het eerdere uitgangspunt binnen het ondernemingsrecht dat de inhoud marginaal wordt getoetst en de wijze van totstandkoming volledig, lijkt door twee andere

⁶⁰⁵ De Kluiver 2000, p. 234-235. Op basis van eerdere publicaties ontstaat de indruk dat de Kluiver in 1991 al geen voorstander was van de wijze waarop de term marginale toetsing werd gebruikt. Allerlei factoren dienen volgens De Kluiver namelijk door de rechter te worden meegewogen bij een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid – of goede trouw – en de marginaliteit van een toetsing is afhankelijk van de daarbij betrokken regels, beginselen en belangen (De Kluiver 1991a, p. 69; De Kluiver 1991b, p. 102).

⁶⁰⁶ Schoordijk 1986, p. 34.

⁶⁰⁷ De volledige beredenering van Koelemeijer zal niet beschreven worden vanwege de omvang van haar duidelijke en interessante uiteenzetting. De uiteenzetting van Koelemeijer bevat niet alleen de visies van Schoordijk en Van Schilfgaarde maar ook die van andere auteurs (Koelemeijer 1999, p. 33-38).

⁶⁰⁸ Koelemeijer 1999, p. 36. Uit hetgeen Koelemeijer schrijft is te herleiden dat zij geen voorstander is van de term marginale toetsing.

⁶⁰⁹ Koelemeijer 1999, p. 38.

⁶¹⁰ HR 17 mei 1991, NJ 1991/645, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Lampe/Tonnema*), r.o. 3.4.

⁶¹¹ Koelemeijer 1999, p. 44. Op de pagina’s 42 tot en met 45 geeft Koelemeijer verschillende voorbeelden ter onderbouwing van de voornoemde visie op de rechterlijke toetsing. Verder meent Van Schilfgaarde eveneens dat in het Lampe/Tonnema-arrest geen marginale toetsing voorkomt (Van Schilfgaarde 1998, p. 261).

visies te worden verdrongen. In de eerste visie is de toetsing van besluiten – of het ondernemingsbeleid – aan de redelijkheid en billijkheid altijd marginaal en de mate waarin marginaal wordt getoetst, lijkt afhankelijk van de feiten en omstandigheden.⁶¹² Hierdoor leidt de toetsing van de inhoud van een besluit minder snel tot het oordeel dat sprake is van handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid ten opzichte van de toetsing van de wijze van totstandkoming van een besluit. Daarentegen vermijdt men bij de tweede visie bij voorkeur de term marginale toetsing, omdat de rechter altijd volledig/integraal toetst.⁶¹³ Niettemin behoort de rechter afhankelijk van de feiten en omstandigheden een bepaalde marge te laten. Deze marge zal veelal bij de toetsing van de inhoud van een besluit groter zijn vanwege de belangenafweging die het vennootschapsorgaan daarbij kan en mag maken.

Doordat de ene visie de term marginale toetsing omarmt en de andere visie van de term marginale toetsing afstand neemt, lijken de visies recht tegenover elkaar te staan. De vraag is echter of de inhoudelijke standpunten leiden tot een wezenlijk andere uitkomst. Op basis van hetgeen in deze paragraaf uiteengezet is, kan mijns inziens deze vraag ontkennend worden beantwoord. De beoordelingsvrijheid van de vennootschapsorganen wordt namelijk binnen de verschillende visies gerespecteerd, waarbij het vennootschapsorgaan meer vrijheid geniet als een inhoudelijk aspect wordt getoetst ten opzichte van een aspect met betrekking tot de wijze van totstandkoming. Hierdoor mag de rechter binnen de visies (nog steeds) niet op de stoel van de ondernemer gaan zitten. Kortom, de discussie omtrent de wijzen van toetsing blijft levendig, alleen brengt deze periode geen wezenlijke veranderingen op dit terrein teweeg.

4.4 Ontwikkeling van 2001 tot en met 2023

4.4.1 Inleiding

De paragrafen 4.2 en 4.3 hebben meer inzicht verschaft in de geschiedenis van dit decennia oude leerstuk waarover men niet op alle punten in de doctrine overeenstemming heeft bereikt. Nu resteert enkel het analyseren van de literatuur uit de laatste periode om te achterhalen of er intussen meer overeenstemming over het leerstuk is bereikt. Ter verduidelijking hiervan – alsmede vanwege het belang van deze periode voor de systematische rechtspraakanalyse – wordt met verschillende subparagrafen gewerkt. In paragraaf 4.4.2 staat algemene informatie over het leerstuk centraal. Vervolgens gaat paragraaf 4.4.3 over de wijze waarop de rechter volgens de doctrine (i) een vordering ex art. 2:15 lid 1 sub b BW toetst, (ii) in een enquêteprocedure toetst en (iii) een beroep ex art. 26 WOR beoordeelt.

4.4.2 Algemene ontwikkeling

Aan het begin van deze periode is de term marginale toetsing al meer dan vier decennia geleden geïntroduceerd. Daardoor is het opvallend dat Timmerman in 2003 het volgende schrijft over rechterlijke toetsing binnen het vennootschapsrecht:

⁶¹² Onder meer Maeijer, Timmerman en Willems lijken voorstanders van deze visie te zijn.

⁶¹³ Voorstanders van deze visie lijken Van Schilfgaarde, Schoordijk, De Kluiver en Koelemeijer.

“Dit betekent niet dat het in het Nederlandse vennootschapsrecht nu zeer duidelijk is hoe de rechter ondernemingsbeleid dient te toetsen. Mijn indruk is dat we niet veel verder zijn gekomen dan de gedachte dat de rechter terughoudend dient te toetsen. In dit verband veel gebruikte uitdrukkingen zijn dat de rechter niet op de stoel van ondernemer mag plaatsnemen, hij niet de doelmatigheid van een besluit, maar alleen de rechtmatigheid ervan mag beoordelen en hij ondernemingsbeleid alleen marginaal mag toetsen.”⁶¹⁴

Wat betreft de toetsing van het ondernemingsbeleid bestaat bij Timmerman de indruk dat men niet verder is gekomen dan de in paragraaf 4.3 genoemde slogan: de rechter mag niet op de stoel van de ondernemer gaan zitten. Daarnaast lijkt door Timmerman de term ‘marginale toetsing’ te worden verlaten gelet op het feit dat Timmerman hoofdzakelijk schrijft over ‘beperkte toetsing’.⁶¹⁵ Dit is echter slechts een terminologische wijziging, aangezien de rechtvaardiging voor beperkte toetsing hetzelfde blijft als voor marginale toetsing.⁶¹⁶ Ook brengt beperkte toetsing volgens Timmerman mee dat een onderscheid tussen toetsingsnormen en gedragsnormen ontstaat vanwege de ondernemers- en beleidsvrijheid die geldt binnen de sfeer van de vennootschap.⁶¹⁷ Wanneer het voorgaande in de context van de redelijkheid en billijkheid geplaatst wordt, kan de mate waarin de rechter beperkt dient te toetsen (toetsingsintensiteit) afhankelijk zijn van de ondernemers- en beleidsvrijheid die behoort bij de uit art. 2:8 BW voortvloeiende gedragsnorm(en). De intensiteit van de rechterlijke toetsing is immers afhankelijk van de norm en van de omstandigheden van het geval.

De voorgaande beredenering met betrekking tot de redelijkheid en billijkheid lijkt verenigbaar met hetgeen Assink schrijft over gedrags- en toetsingsnormen.⁶¹⁸ Een eenduidige gedragsnorm kan namelijk leiden tot een beperktere discretionaire bevoegdheid van het vennootschapsorgaan, omdat de rechter secuurder kan toetsen of overeenkomstig een eenduidige norm is gehandeld.⁶¹⁹ De beleidsvrijheid bij een eenduidige norm is daardoor in zijn algemeenheid beperkter, waardoor de rechterlijke toetsing minder marginaal is. Niettemin kan de beleidsvrijheid bij een minder

⁶¹⁴ Timmerman 2003, p. 555.

⁶¹⁵ Dit blijkt bijvoorbeeld uit paragraaf 2 van het artikel en het aantal keren dat ‘beperkte toetsing’ in het artikel terugkomt ten opzichte van ‘marginale toetsing’ (Timmerman 2003). Ook volgt uit hetgeen Timmerman in 2009 schrijft dat voornoemde geen voorstander is van de term marginale toetsing: “De tot dusver in ons vennootschapsrecht gehanteerde marginale toetsing is een veel rommeliger concept dat verhoudt verschillende soorten toetsing omvat (...). Weg dus met die marginale toetsing uit het ondernemingsrecht.” (Timmerman 2009, p. 9-10).

⁶¹⁶ Beperkte toetsing vindt haar rechtvaardiging in de gedachte dat de vennootschapsorganen de aan hen toebedeelde, eigen bevoegdheden uitoefenen. Het mogen uitoefenen daarvan veronderstelt een bepaalde mate van eigen beoordelingsvrijheid. In de Engelse en Amerikaanse literatuur wordt daarnaast – aldus Timmerman – als argument voor de beperkte rechterlijke toetsing van ondernemingsbeleid gegeven dat een ondernemer meer kennis van ondernemen bezit ten opzichte van een rechter (Timmerman 2003, p. 556). Het voorgaande argument omtrent kennis van ondernemen wordt in de voorgaande periode van 1976 tot en met 2000 ook door Koelemeijer 1999, p. 38 en De Kluiver 2000, p. 235 in een soortgelijke context aangehaald.

⁶¹⁷ Timmerman 2003, p. 557-558. Een dergelijk onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen is – aldus Timmerman – overigens ongebruikelijk binnen het privaatrecht, omdat die normen doorgaans gelijk zijn. Zie paragraaf 3.6.2 voor meer informatie omtrent gedrags- en toetsingsnormen.

⁶¹⁸ Hetgeen Assink 2007, p. 44-61 schrijft, heeft met name betrekking op de rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag in de context van het ondernemingsbeleid waarin de rechter in bepaalde gevallen gebruikmaakt van een objectieve redelijkheidstoets. Niettemin is de daaruit voortvloeiende kennis eveneens relevant voor de bredere discussie omtrent marginale toetsing, waardoor een vertaalslag kan worden gemaakt naar het toetsen aan de redelijkheid en billijkheid.

⁶¹⁹ Assink 2006, p. 310. In Assink 2009, p. 78 wordt een vergelijkbaar onderscheid tussen een gedragsnorm en toetsingsnorm gemaakt: “Gedragsnorm en toetsingsnorm kunnen qua strengheid samenvallen, convergeren. Maar dat hoeft mijns inziens niet; zie nr. 3.3.3. Is er sprake van divergentie, dan toetst de rechter het bestuurlijk gedrag terughoudender, niet vol aan de gedragsnorm.”

eenduidige norm onder omstandigheden eveneens beperkter zijn. Een reden daarvoor is dat (mogelijk) sprake is van een tegenstrijdig belang of een gelijklopende term.⁶²⁰ In een dergelijk geval is een intensievere toetsing vereist van de voorbereidende en inhoudelijke aspecten van een beleidsafweging, zodat een ontoelaatbare belangenverstrengeling niet ongesanctioneerd blijft.⁶²¹ Een ander voorbeeld van Assink is dat de rechterlijke toetsing in het kader van een enquêteprocedure ‘minder bescheiden’ is als de vraag voorligt of het bestuur de algemene vergadering van aandeelhouders tijdig van voldoende informatie heeft voorzien.⁶²² Met inachtneming van hetgeen over de eenduidigheid van een norm geschreven is, kan een vertaalslag worden gemaakt naar het onderscheid tussen de inhoud en de wijze van totstandkoming van een besluit of het ondernemingsbeleid. Voor de inhoud gelden namelijk normaliter geen eenduidige gedragsnormen, waardoor de rechter veelal beperkter behoort te toetsen. Daarentegen is een gedragsnorm met betrekking tot de wijze van totstandkoming – het besluitvormingsproces of de voorbereiding – in de regel eenduidiger. Dit laat echter onverlet dat de toetsing van beide aspecten kan verschillen door de omstandigheden van het geval.⁶²³ Om deze reden is hetgeen Assink in een vergelijkbare context schrijft interessant:

“De grens tussen de ‘volle’ toets en de ‘marginale’ redelijkheidstoets van bestuurlijk gedrag heeft, indien en voor zover deze grens bestaat, daardoor een fluïde karakter.”⁶²⁴

Toetsing aan de redelijkheid en billijkheid heeft mijns inziens eveneens een fluïde karakter, omdat uit deze norm verschillende (sub)normen voortvloeien waarvan sommige normen eenduidiger zijn dan andere. Toetsing aan de redelijkheid en billijkheid is daardoor niet per se vol of marginaal, maar afhankelijk van de eenduidigheid van de norm en van de feiten en omstandigheden. Spreken in absolute termen als vol en marginaal lijkt door het fluïde karakter van de rechterlijke toetsing dan ook te ongenueanceerd, aangezien de toetsing eerder ‘voller’ dan wel – om in de woorden van Timmerman te blijven – ‘beperkt(er)’ is.

Gelet op het voorgaande hebben de gedachten van Timmerman en Assink in het eerste decennium van de 21^{ste} eeuw tot interessante inzichten geleid.⁶²⁵ De vraag is echter of deze gedachten door

⁶²⁰ Dat beleidsvrijheid geen vaste grootte is en de omvang daarvan afhankelijk is van omstandigheden – zoals een belangenverstrengeling – volgt eveneens uit Timmerman 2006, p. 336-337.

⁶²¹ Assink 2006, p. 310-311. Uit de wetsgeschiedenis is tevens te herleiden dat in geval van een (persoonlijk) tegenstrijdig belang een verdergaande rechterlijke toetsing is vereist (*Kamerstukken II 2010-2011*, 32 887, nr. 3, p. 20-21).

⁶²² Assink 2007, p. 48. Zie in soortgelijke zin ruim één decennium later – met onder meer verwijzing naar Assink – Storm 2018, p. 356.

⁶²³ Assink beschrijft bijvoorbeeld dat bij de toetsing van het ondernemingsbeleid een objectieve redelijkheidstoets wordt gehanteerd waarvan de intensiteit niet altijd gelijk is. De Ondernemingskamer zou in bepaalde gevallen het ondernemingsbeleid ook in vergaande mate inhoudelijk toetsen (Assink 2009, p. 130).

⁶²⁴ Assink 2007, p. 60. In Assink/Slagter 2013, p. 1020 wordt wederom geschreven dat de grens tussen volle en marginale toetsing een (sterk) fluïde karakter heeft.

⁶²⁵ Een soortgelijke gedachtegang behoudt Assink ruim tien jaar later in zijn interessante artikel omtrent marginale toetsing (Assink 2019, p. 205-207).

andere auteurs worden gedeeld.⁶²⁶ In de Asser⁶²⁷ is (bondig) hierover terug te vinden dat de Ondernemingskamer ‘soms moeite heeft’ met de nodige terughoudendheid in acht nemen⁶²⁸ alsmede dat Timmerman kritiek⁶²⁹ heeft op het concept van marginale toetsing.⁶³⁰ Niettemin blijft – ondanks de kritiek van Timmerman – de term marginale toetsing worden gebruikt. Dit gebeurt onder meer bij het maken van onderscheid tussen het marginaal toetsen van de inhoud en het eerder vol(ler) toetsen van de besluitvorming met betrekking tot het beleid.⁶³¹ Daarentegen hebben Assink & De Jongh in 2015 afstand van de term marginale toetsing genomen, omdat zij ‘minder gecharmeerd zijn van die ambigue term’. De eerder door Timmerman gebruikte term ‘beperkte toetsing’ lijkt wel geschikt voor het duiden van terughoudendere rechterlijke toetsing.⁶³²

In het bestuursrecht is een soortgelijke trend als in het ondernemingsrecht waarneembaar. De Raad van State is namelijk in 2017 van de term marginale toetsing afgestapt, aangezien de term een ‘te vrijblijvende opstelling van de rechter suggereert.’⁶³³ Maar dit betekent volgens Smith & Kloosterhuis niet dat het concept van marginale toetsing het bestuursrecht heeft verlaten.⁶³⁴ Assink &

⁶²⁶ Traas lijkt bijvoorbeeld bij de uiteenzetting van Assink omtrent marginale toetsing aan te sluiten, aangezien in die bijdrage de kern van het proefschrift van Assink daaromtrent wordt herhaald (Traas 2010, p. 407-409). Ook Kroeze lijkt zich te kunnen verenigen met de opvatting van Assink, aangezien zij gezamenlijk een bijdrage over terughoudende/marginale toetsing hebben opgesteld, waarin de focus ligt op de rechterlijke toetsing van het ondernemingsbeleid in een enquêteprocedure (Assink & Kroeze 2010, p. 11-32). Verder lijkt Wuisman zich in 2020 ook achter de gedachtegang van Timmerman en Assink te scharen, waardoor deze gedachtegang de heersende leer lijkt te vertegenwoordigen (Wuisman 2020, p. 205-206).

⁶²⁷ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 791.

⁶²⁸ Zie ook Raaijmakers die kritisch is op het (vergaande) ingrijpen van de Ondernemingskamer (Raaijmakers 2002a, p. 440; Raaijmakers 2012, p. 378).

⁶²⁹ In de bijdrage van Van Ginneken & Timmerman 2011, p. 606 is niettemin meermaals de term ‘marginale toetsing’ terug te vinden. Dit illustreert dat het ingewikkeld is om afstand te nemen van een reeds decennialang gehanteerde term.

⁶³⁰ Van Ginneken onderstreept eveneens – met verwijzing naar Timmerman, Assink en Raaijmakers – dat de Ondernemingskamer de neiging heeft ‘om minder terughoudend te toetsen’ (Van Ginneken 2010, p. 45).

⁶³¹ Raadpleeg ook Bulten & Jansen 2015, p. 121 en voetnoot 20; Dahmen 2014, p. 70. De Brauw 2017, p. 241 sluit aan bij hetgeen in de Asser staat en schrijft daarnaast: “Bij toetsing van gedrag wordt wel een onderscheid gemaakt tussen de inhoud van de besluiten en de gekozen koers enerzijds, en de totstandkoming en procedurele aspecten van de besluitvorming anderzijds. Bij de inhoudelijke beoordeling past een marginale toets, een van “objectieve redelijkheid”. Daarbij gaat het erom of de rechter vindt dat het besluit qua inhoud niet (kennelijk) onredelijk is. Het gaat daarbij niet om of het besluit het beste besluit is, maar of het binnen de marge van redelijke alternatieven in de omstandigheden van het geval gekozen kon worden. Bij toetsing van procedurele normen, zal een strengere toets worden gehanteerd.” In 2018 herhaalt de Brauw enigszins zijn eerdere standpunt door aan te geven dat het besluitvormingsproces in rechte kritischer en vollediger wordt getoetst dan de marginaal te toetsen inhoud (De Brauw 2018, p. 50-51).

⁶³² Assink & De Jongh 2015, p. 2-3 en voetnoot 6. Ook Makkink 2020, p. 58 heeft het ‘liever’ over terughoudende toetsing in plaats van marginale toetsing. Verder noemt Blok 2021, p. 213-214 de term marginale toetsing achterhaald en Blok schrijft – net zoals Assink – over fluide toetsing. Overigens geeft Kemp 2015a, p. 241-243 een uiteenzetting van de term marginale toetsing waarbij onder meer beschreven wordt welke auteurs bezwaar hebben tegen deze term. Voorts lijkt Van Schilfgaarde het enigszins verwonderlijk te vinden dat binnen het ondernemingsrecht zomaar over ‘terughoudendheid’ wordt gesproken in het kader van de rechterlijke toetsing van gedrag of het beleid, omdat het begrip oorspronkelijk is ontwikkeld in de context van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook interessant is de beschouwing van Van Schilfgaarde over de ruimte die de rechter laat en hoe het perspectief op de aanwezige ruimte verschuift: “Sprake is dus van een verschuiving in het perspectief op de aanwezige ‘ruimte’. De vraag was aanvankelijk hoe de rechter moet opereren binnen de beperkte ruimte van een regel. In het ondernemingsrecht is een meer gestelde vraag hoe de grenzen moeten worden bepaald van het gebied waarbinnen bestuurders en andere functionarissen zelfstandig mogen opereren. De uitkomst is over het algemeen dat deze grenzen relatief ruim moeten worden getrokken. Het is niet de ruimte maar de toetsing die beperkt is.” Van Schilfgaarde 2016, p. 110-114.

⁶³³ Raad van State, *Jaarverslag 2017*, p. 61.

⁶³⁴ Smith & Kloosterhuis 2022, p. 43.

Timmerman stellen ook dat de bestuursrechter als inspiratie kan dienen voor het vennootschapsrecht, omdat de nieuwe koerswijziging wat betreft toetsingsintensiteit leidt tot een interessant bijgesteld beoordelingskader.⁶³⁵ Overigens kan een (andere) verklaring voor de aversie tegen de term marginale toetsing gevonden worden in hetgeen Willems daarover schrijft:

“Juristen maken graag onderscheid tussen procedurele en inhoudelijke toetsing. De eerste zou een volle toetsing zijn, de tweede een marginale. Dat onderscheid valt echter mijns inziens niet te maken en is eerder misleidend. Natuurlijk, bestuurders moeten het spel netjes spelen en het overtreden van de spelregels leidt al gauw tot de vaststelling dat het genomen besluit niet door de beugel kan. Maar de rechter wil ook alles over de inhoud weten, niet om te beslissen wat hij, rechter, zou doen als hij op basis van die argumenten een keuze zou moeten maken uit verschillende alternatieven of beslissingen, maar wel om ten volle te kunnen beoordelen of de aangevoerde argumenten de genomen beslissing kunnen dragen.”⁶³⁶

De term marginale toetsing wekt dus de indruk dat de rechter niet alle aspecten van het voorliggende geschil meeneemt in zijn beoordeling terwijl daarvan volgens Willems geen sprake zou moeten zijn. Het hanteren van de visie van Van Schilfgaarde – zoals uiteengezet in de paragrafen 4.2 en 4.3 – leidt daardoor mogelijk tot minder verwarring over de rechterlijke toetsing.⁶³⁷ Deze visie houdt in dat de rechter besluiten aan de redelijkheid en billijkheid integraal dient te toetsen en dat de norm telkens zorgt voor een zodanige marge dat de rechter ‘niet al te snel’ tot overschrijding daarvan moet besluiten. Hoeveel marge een norm in concreto laat, behoort de rechter – aldus Van Schilfgaarde – telkens op basis van de omstandigheden van het geval te beoordelen.⁶³⁸ Assink en Timmerman lijken in een recente bijdrage ook dichter bij de decennialang vertolkte opvatting van Van Schilfgaarde te komen. Zij schrijven:

“Waar zo’n marginale toets in de redelijkheidssleutel staat, wat vaak voorkomt, toetst de rechter in wezen integraal daaraan, zij het dat hij daarbij in beginsel niet te snel mag vaststellen dat de marges van die handelingsvrijheid zijn overschreden; daarbij past de rechter terughoudendheid. Zeker bij gebreke aan duidelijke criteria – het kantelpunt van redelijk naar onredelijk is hier geen gegeven, dit moet telkens door de rechter gevonden worden via een feitelijke, multifactor analyse – is deze beperking conceptueel weinig grijpbaar en lastig concretiseerbaar (hanteerbaar). Dat we in

⁶³⁵ Assink & Timmerman 2022, p. 315, voetnoot 13: “Als daarvoor aanleiding is, toetst de bestuursrechter in dit bijgestelde beoordelingskader (1) of het besluit geschikt is om het doel te bereiken, (2) of het een noodzakelijke maatregel is of dat met een minder vergaande maatregel kon worden volstaan, en (3) of de maatregel in het concrete geval evenwichtig is. Daarmee wordt expliciet afstand genomen van het genoemde ‘willekeur’- criterium (zie daarover eerder al o.a. het jaarverslag over 2017, p. 61, te vinden op <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2017/>). Daarbij is wat betreft de intensiteit van de toetsing sprake van een glijdende schaal en een van geval tot gevalbenadering met ruimte voor alle varianten tussen ‘vol’ en ‘terughoudend’, mede afhankelijk van de mate van handelingsvrijheid (beleidsruimte) die de overheid heeft om een besluit te nemen, het doel dat het besluit dient en wat het gewicht daarvan is, alsmede de mate waardoor daardoor belangen van betrokken burgers en bedrijven worden geraakt (zoals het gewicht van die belangen, de nadelige gevolgen van het besluit, en de relevantie van mensenrechten).”

⁶³⁶ Willems 2017, p. 379.

⁶³⁷ De visie van Van Schilfgaarde wordt getrouw vertolkt in de verschillende edities van ‘Van de BV en de NV’.

⁶³⁸ Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 379-382. Gelet op deze visie zou de term marginale toetsing in het enquêterecht eveneens tot weinig verduidelijking leiden (Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 460). In 2007 deelde De Jongh de visie van Van Schilfgaarde (De Jongh 2007a, p. 42).

Nederland in het denken hierover veel verder zijn gekomen dan deze stand van zaken, valt niet goed vol te houden.”⁶³⁹

Kortom, in deze periode lijkt in zijn algemeenheid meer overeenstemming te worden bereikt over hoe de rechter besluiten en het ondernemingsbeleid behoort te toetsen. De terminologie die daarvoor gebruikt wordt, kan niettemin enigszins van elkaar verschillen.⁶⁴⁰ De kern blijft echter dat de rechter op basis van alle feiten en omstandigheden oordeelt over het besluit en het ondernemingsbeleid. De marge die de rechter daarbij overlaat, is afhankelijk van de mate van eenduidigheid van de norm, waardoor de marge bij inhoudelijke aspecten veelal groter is dan bij aspecten rondom de totstandkoming.⁶⁴¹ Een reden daarvoor is dat eenduidige normen secuurder kunnen worden getoetst.⁶⁴² De vraag die nu resteert, is of de hiervoor benoemde rechterlijke toetsing volgens de doctrine afwijkt in verschillende procedurele contexten.

4.4.3 Toetsing in verschillende procedures

Wat betreft meer specifiek de toetsing van besluiten aan art. 2:15 lid 1 sub b BW betoogt Klein Wassink dat als algemeen aanvaard geldt dat bij die toetsing sprake is van een marginale toetsing.⁶⁴³ De rechterlijke toetsingsvrijheid is echter volgens Klein Wassink ruimer bij de toetsing van de inhoud van een besluit ten opzichte van de wijze van totstandkoming, omdat totstandkomingsvereisten nauwkeurig zijn te toetsen en daarbij minder vrije beslissingsruimte bestaat.⁶⁴⁴ Niettemin is slechts ruimte voor vernietiging van een besluit als sprake is van een voldoende ernstige schending van een gedragsnorm en/of indien geen redelijk aandeelhouder – of vennootschapsorgaan – het

⁶³⁹ Assink & Timmerman 2022, p. 314-315.

⁶⁴⁰ Zoals ook in de Asser staat, zal het verschil in benaderingen ten opzichte van hetgeen de heersende leer lijkt, niet leiden tot een verschil in resultaat. Marginale toetsing impliceert namelijk niet dat de rechter geen rekening moet houden met alle bij het geval betrokken belangen, alsmede dat de rechter niet slechts vluchtig naar de omstandigheden van het geval kijkt (Asser/Kroeze 2-I 2021, nr. 308).

⁶⁴¹ Dat eenduidige normen minder terughoudend worden getoetst, lijkt verband te houden met hetgeen Timmerman recentelijk heeft geschreven: “Een fundamenteel idee van het klassieke vennootschapsrecht, terughoudende toetsing door de rechter, kan onder druk komen te staan, wanneer rechters zorgplichtschendingen snel aannemen.” Timmerman 2023b, p. 353.

⁶⁴² Gelet op hetgeen De Kluiver schrijft, lijkt in geval van noodzaakfinanciering sprake te kunnen zijn van een eenduidige norm die de rechter secuurder kan toetsen. De Kluiver 2023, p. 1214 schrijft na het uiteenzetten van de Cicerone-beschikking: “In gevallen als dit heeft een belangenafweging weinig voeten in de aarde. Daarbij helpt dat in de rechtspraak een doctrine met duidelijke criteria is ontwikkeld. Tevens kan worden onderkend dat in deze gevallen ook een notie van algemeen belang een rol speelt. In dit geval is die notie dat ondernemingen te belangrijk zijn om ten onder te laten gaan aan twisten en impasses tussen aandeelhouders.” In het kader van noodzaakfinanciering is verder de bijdrage van Vink relevant (Vink 2023, p. 146-147): “Vergelijkbare gezichtspunten zijn geformuleerd voor de toelaatbaarheid van noodzaakfinanciering. Hoofddregel is dat de algemene vergadering besluit tot uitgifte van aandelen. In bijzondere omstandigheden brengt art. 2:8 BW mee dat een emissie plaatsvindt die niet berust op de statutair voorgeschreven meerderheid. Er zijn geen *hard and fast rules* te formuleren op basis waarvan een noodzaakfinanciering door middel van een onmiddellijke voorziening mogelijk kan worden gemaakt. Wel hanteert de Ondernemingskamer gezichtspunten die in *Inter Access* door de Hoge Raad zijn gesauveerd en die weer terugkomen in de recente beschikking van de Ondernemingskamer inzake *Shell/Cicerone*.”

⁶⁴³ Klein Wassink 2012, p. 96; Assink/Slagter 2013, p. 326-327; Wolf 2013, p. 317 met verwijzing naar Koelemeijer 1999, p. 33 en de daarin aangehaalde literatuur; Nuland 2021, p. 96-97.

⁶⁴⁴ Klein Wassink 2012, p. 96. In het kader van een besluit omtrent de winst onderschrijft Schönau dat de toetsing daarvan marginaal is (Schönau 2012, p. 16). Verder duidt Dortmund dat ‘de toetsing van een besluit aan de redelijkheid en billijkheid een zeker marginaal karakter heeft’ (Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, p. 460-461). Rietveld 2013, p. 272 beschrijft eveneens dat toetsing van een besluit of gedrag van een aandeelhouder marginaal geschiedt. Zie ook Asser/Kroeze 2-I 2021, nr. 308.

bestreden besluit had mogen nemen.⁶⁴⁵ Deze grens zou eerder bereikt kunnen worden indien er voor de minderheidsaandeelhouder grotere belangen op het spel staan of als de meerderheidsaandeelhouder enkel zichzelf via een bepaalde weg bevoordeelt.⁶⁴⁶ Het voorgaande is qua gedachtegang niet nieuw en sluit aan bij hetgeen reeds in paragraaf 4.4.2 beschreven is, waardoor de eensgezindheid over het bredere onderwerp van rechterlijke toetsing duidelijker wordt.⁶⁴⁷

Een vergelijkbare gedachtegang – als bij art. 2:15 lid 1 sub b BW – is in de doctrine waarneembaar over toetsing door de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure en WOR-procedure.⁶⁴⁸ Volgens Bulten en Jansen was en blijft de heersende gedachte binnen het ondernemingsrecht dat de rechter het ondernemingsbeleid terughoudend behoort te toetsen. In deze context is tevens algemeen aanvaard dat de totstandkoming van een besluit ‘vol’ wordt getoetst en de inhoud marginaal.⁶⁴⁹ Het voorgaande onderscheid is ook blijktens de wetsgeschiedenis een vast uitgangspunt in het enquêterecht.⁶⁵⁰ De rechter toetst aldus De Bie Leuveling Tjeenk ‘relatief diepgaander’ of een behoorlijke besluitvorming ten grondslag ligt aan een zakelijke beslissing ten opzichte van de merites van de zakelijke beleidsbeslissingen, waardoor een verschil ontstaat qua toetsingsintensiteit. Als voorbeeld noemt laatstgenoemde de AkzoNobel-beschikking waarin de Ondernemingskamer overweegt dat de juistheid van de gemaakte beleidsafwegingen niet ter beoordeling staat van de Ondernemingskamer.⁶⁵¹ Wel heeft de Ondernemingskamer – volgens De Bie Leuveling Tjeenk – beoordeeld of de wijze waarop de vennootschapsorganen zijn omgegaan met de voorstellen van de bieder ‘de toets der kritiek kan doorstaan.’⁶⁵² Ook benoemt De Bie Leuveling Tjeenk dat de rechter volledig toetst of sprake is van een tegenstrijdig belang.⁶⁵³ Dit wijkt enigszins af van hetgeen Du Bois en Hermans over rechterlijke toetsing in het kader van het enquêterecht schrijven.⁶⁵⁴ Volgens hen wordt het ondernemingsbeleid namelijk beperkt getoetst en de Ondernemingskamer stelt zich minder terughoudend op ten aanzien van mogelijke ongeoorloofde belangenverstrengelingen

⁶⁴⁵ Conclusie A-G Timmerman voor HR 12 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ9145), ECLI:NL:PHR:2013:BZ9145 (*VEB/KLM*), nr. 3.11. Bij de rechter staat de vraag centraal of het vennootschapsorgaan in redelijkheid tot zijn beslissing had kunnen komen (Verdam 2015b, p. 435; Verdam 2017, p. 699).

⁶⁴⁶ Conclusie A-G Timmerman voor HR 12 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ9145), ECLI:NL:PHR:2013:BZ9145 (*VEB/KLM*), nr. 3.10. Zie over het VEB/KLM-arrest van de Hoge Raad eveneens Koster 2014a, p. 97.

⁶⁴⁷ Volgens Bartman hebben de Nederlandse rechters ook voldoende weet van de marginale ruimte bij de toetsing van ondernemingsbeslissingen (S.M. Bartman, annotatie bij HR 17 mei 1991, *JOR* 2022/141 (*Lampe/Tonnema*), nr. 8).

⁶⁴⁸ Recentelijk heeft Vink 2023, p. 144-150 in een waardevolle bijdrage meer inzicht verschaft over de rechterlijke toetsing in een enquêteprocedure. In deze bijdrage staat meer specifiek op pagina 145: “De ruime beoordelingsvrijheid en vergaande bevoegdheden stellen de Ondernemingskamer in staat om effectief te opereren. Tegelijk klinkt ook het algemene bezwaar van open normen. Namelijk dat zij op gespannen voet staan met het belang van rechtszekerheid. Dat bezwaar weegt zwaarder naarmate de rechter dichterbij de huid van de actoren gaat zitten. Juist in besloten verhoudingen, waar bestuurders en aandeelhouders als oprichters of erfgenamen vaak sterk persoonlijk verbonden zijn met de onderneming. Waar familie-, huwelijks- en vriendschapsbanden het handelen sterk beïnvloeden, zal de Ondernemingskamer dit bij haar oordeelsvorming betrekken. Zij stelt zich minder terughoudend op als verstoorde verhoudingen een bedreiging vormen voor de continuïteit van de onderneming, als minderheidsaandeelhouders mogelijk onevenredig worden benadeeld, als bestuurders onheus worden bejegend of als de belangen van werknemers in het gedrang dreigen te komen.”

⁶⁴⁹ Bulten & Jansen 2015, p. 121 en voetnoot 20. Zie ook Garcia Nelen 2020, p. 17-18 met verwijzing naar diverse bronnen.

⁶⁵⁰ *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 887, nr. 3, p. 20. Hierin lijkt een onderscheid tussen ‘terughoudende toetsing’ en een ‘verdergaande toetsing’ te worden gemaakt.

⁶⁵¹ Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, *JOR* 2017/261, m.nt. C.D.J. Bulten (*AkzoNobel*), r.o. 3.19.

⁶⁵² De Bie Leuveling Tjeenk 2018, p. 421.

⁶⁵³ De Bie Leuveling Tjeenk 2018, p. 422.

⁶⁵⁴ Hoogstwaarschijnlijk is dit beperkte verschil qua terminologie verwaarloosbaar gelet op hetgeen in paragraaf 4.4.2 staat.

alsmede de wijze van totstandkoming van het beleid.⁶⁵⁵ Oftewel, laatstgenoemden maken in tegenstelling tot De Bie Leuveling Tjeenk geen gebruik van de term ‘volle/volledige toetsing’.

Wanneer de Ondernemingskamer meer specifiek een medezeggenschapskwestie behandelt in het kader van de Wet op de ondernemingsraden, dan is wederom het onderscheid tussen de toetsing van inhoudelijke en procedurele aspecten waarneembaar. Ingeval beroep op grond van art. 26 WOR door de ondernemingsraad wordt ingesteld, staat centraal of ‘de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.’ Als een procedurele regel met betrekking tot het adviesrecht van de ondernemingsraad wordt geschonden, is er sprake van een volle(re) toetsing die ‘sneller’ leidt tot toewijzing van het beroep van de ondernemingsraad.⁶⁵⁶ De ondernemer moet ook alle kenbare bezwaren en gerechtvaardigde belangen bij de besluitvorming betrekken. Indien dat overeenkomstig de procedurele regels gebeurt, wordt de inhoud van het besluit marginaal getoetst. Niettemin zal de rechter het beroep in volle omvang toetsen met inachtneming van de vraag of de ondernemer zijn beleidsvrijheid op een redelijke wijze heeft uitgeoefend.⁶⁵⁷

Ondanks dat de toetsing van gedrag, het beleid of een besluit aan de redelijkheid en billijkheid op basis van het voorgaande hetzelfde lijkt te geschieden, kan volgens Timmerman de toetsingsintensiteit verschillen afhankelijk van de procedurele context. In een enquêteprocedure staat namelijk (normaliter) het beleid en niet enkel een besluit centraal, waardoor een beperkte schending van verschillende gedragsnormen kan leiden tot toewijzing van het enquêteverzoek. Indien echter een vordering ex art. 2:15 lid 1 sub b BW wordt ingesteld, dan is in beginsel een voldoende gekwalificeerde (ernstige) schending van art. 2:8 BW vereist voor toewijzing.⁶⁵⁸ De Kluiver merkt dit verschil eveneens op naar aanleiding van de toegewezen enquêteprocedure bij KLM, nadat de Hoge Raad één jaar eerder oordeelde dat het bestreden besluit tot reservering van de winst in stand kon worden gelaten.⁶⁵⁹ Verder concluderen Assink en De Jongh hierover:

“Kortom: het procedurele kader beïnvloedt in theorie niet zozeer de juridische inhoud van een gedragsnorm, maar bepaalt in de praktijk veeleer de mate waarin de rechter die gedragsnorm – ingeleurd door het feitencomplex – zal kunnen concretiseren.”⁶⁶⁰

De inhoud van de gedragsnorm zal aldus Assink & De Jongh niet wijzigen door het procedurele kader, maar de wijze van toetsing kan wel verschillen. Desondanks is het uitgangspunt in de verschillende procedures mijns inziens soortgelijk qua toetsing van de inhoud en de wijze van

⁶⁵⁵ Du Bois & Hermans 2022, p. 435.

⁶⁵⁶ Wiersma & Hampsink 2019, p. 170. In Makkink 2020, p. 60 staat dat de toetsing niet marginaal of terughoudend is wat betreft of het medezeggenschapstraject overeenkomstig de wet is geschied. Als dergelijke procedurele regels dus niet worden nageleefd, dient de rechter vol te toetsen. In enigszins andere zin Asser/Kroeze 2-I 2021, nr. 647-648 waarin staat dat niet iedere niet-naleving van een procedurele norm leidt tot een geslaagd beroep van de ondernemingsraad. Hierdoor kan ook gesproken worden van een aanzienlijk minder marginale toets. Zie verder over marginale en volle(re) toetsing: Noordoven 2020, p. 175-176; Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 346-347; Burggraaf 2022, p. 522.

⁶⁵⁷ Wiersma & Hampsink 2019, p. 168. In deze bron wordt ook verwezen naar L.C.J. Sprengers, annotatie bij HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, *AR-updates* 2018/0611 (*OR/Holland Casino*).

⁶⁵⁸ Conclusie A-G Timmerman voor HR 12 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ9145), ECLI:NL:PHR:2013:BZ9145 (*VEB/KLM*), nr. 3.8. Zo ook Oosterhoff 2017, p. 247 met verwijzing naar Timmerman.

⁶⁵⁹ De Kluiver 2014, par. 6.

⁶⁶⁰ Assink & De Jongh 2015, p. 9.

totstandkoming. De inhoud wordt immers in beginsel terughoudender getoetst ten opzichte van de wijze van totstandkoming. Wel resteert de vraag of een vergelijkbaar feitencomplex in verschillende procedures handelen in strijd met art. 2:8 BW oplevert of dat daartussen een discrepantie bestaat.

4.5 Link tussen de wijze van toetsing en functies van art. 2:8 BW

De intensiteit van de rechterlijke toetsing kan verschillen afhankelijk van de functie van de redelijkheid en billijkheid.⁶⁶¹ Wanneer de rechter een binnen de deelrechtsorde bestaande regel interpreteert of aanvult, wordt een reeds bestaande regel verduidelijkt of een aanvulling daarop gecreëerd.⁶⁶² Hoe de rechter vervolgens dat aspect toetst, is afhankelijk van de vraag of de norm samenhangt met de materiële kant of de formele kant. Met inachtneming van hetgeen in paragraaf 4.4.3 – alsmede de daaraan voorafgaande paragrafen – is geschreven, blijkt immers dat de toetsing van een inhoudelijk aspect (materiële kant) veelal terughoudend is.⁶⁶³ De formele kant – het besluitvormingsproces, de wijze van totstandkoming of de voorbereiding – daarentegen behoort de rechter voller te toetsen. Eenzelfde beredenering geldt ingeval de rechter de gedragsregulerende functie hanteert.⁶⁶⁴ Indien de aangehaalde, toegepaste of aangescherpte gedragsnorm (regel) op een formeel aspect ziet, behoort de rechter voller te toetsen in verhouding tot een gedragsnorm die betrekking heeft op een materieel aspect. In dit kader schrijft De Jongh:

“De inhoud van een gedragsnorm hangt altijd af van de omstandigheden van het geval. Daartoe behoren ook de gedragingen en de opstelling van andere vennootschapsactoren. Dit impliceert dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in hoge mate dynamisch zijn: afhankelijk van het verstrijken van de tijd en de opstelling van andere vennootschapsactoren kan de inhoud van de gedragsnorm veranderen en daarmee de toetsingsintensiteit door de rechter.”⁶⁶⁵

Op voorhand lijkt het dus geen uitgemaakte zaak of de rechter terughoudend dan wel voller dient te toetsen, aangezien dat afhankelijk is van de feiten en omstandigheden. Niettemin geeft het eerder geschetste onderscheid tussen de inhoud en wijze van totstandkoming enig richtsnoer en zal de systematische rechtspraakanalyse voor meer duidelijkheid hierover zorgen. Tot slot toetst een rechter terughoudend of een binnen de deelrechtsorde geldende regel buiten toepassing moet worden verklaard vanwege het daaraan ten grondslag liggende onaanvaardbaarheids-vereiste (beperkende werking).⁶⁶⁶ Een bevestiging van deze terughoudende toetsing is onder meer terug te vinden in de wetsgeschiedenis⁶⁶⁷ en literatuur.⁶⁶⁸

⁶⁶¹ De Jongh 2011, p. 611-612.

⁶⁶² Zie de paragrafen 3.3 en 3.4 voor meer informatie over de interpreterende en aanvullende functies.

⁶⁶³ De toetsing is ‘veelal’ terughoudend omdat in onder meer paragraaf 4.4.2 eveneens staat dat bijvoorbeeld een belangenverstrengeling voller wordt getoetst.

⁶⁶⁴ Zie paragraaf 3.6 voor meer informatie over de gedragsregulerende functie.

⁶⁶⁵ De Jongh 2011, p. 611-612.

⁶⁶⁶ Zie paragraaf 3.5 voor meer informatie over de beperkende functie.

⁶⁶⁷ Parl. Gesch. Boek 6 BW 1981, p. 68. Deze bron gaat over de privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid in Boek 6, maar is tevens van belang voor de in Boek 2 gecodificeerde redelijkheid en billijkheid.

⁶⁶⁸ Zie bijvoorbeeld Asser/Kroeze 2-I 2021, nr. 226; Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 41; Van Schilfgaarde 2016, p. 108.

4.6 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de wijzen van toetsing van besluiten, gedrag van de vennootschapsorganen/-actoren en het ondernemingsbeleid in een ondernemingsrechtelijke context uiteengezet. De term ‘marginale toetsing’ heeft decennialang het debat omtrent de rechterlijke toetsing op voornoemd gebied beheerst. De kern van deze term is dat als partijen – zoals vennootschapsactoren – een bepaalde mate van vrijheid hebben, dan dient de rechter die vrijheid tot op zekere hoogte te respecteren, waardoor de rechter slechts marginaal behoort te toetsen. Ondanks dat de term marginale toetsing decennialang is gebruikt, wordt in dit onderzoek afstand van die term genomen, omdat door de jaren heen een telkens negatievere connotatie bij de term marginale toetsing is ontwikkeld. De marginaal toetsende rechter zou namelijk ‘te weinig toetsen’ of het zou een ‘te vrijblijvende opstelling van de rechter suggereren’. Hieronder wordt een ander toetsingskader ontwikkeld dat met name op de visies van Assink, Timmerman en Van Schilfgaarde is gebaseerd, waarbij de termen ‘terughoudende’ of ‘volle(re)’ toetsing centraal staan.⁶⁶⁹ Het creëren van het toetsingskader leidt ook tot beantwoording van de in paragraaf 4.1 geformuleerde onderzoeksvraag: ‘Hoe kunnen de verschillende wijzen van toetsing aan de redelijkheid en billijkheid binnen het ondernemingsrecht worden gedefinieerd en gesignaleerd?’

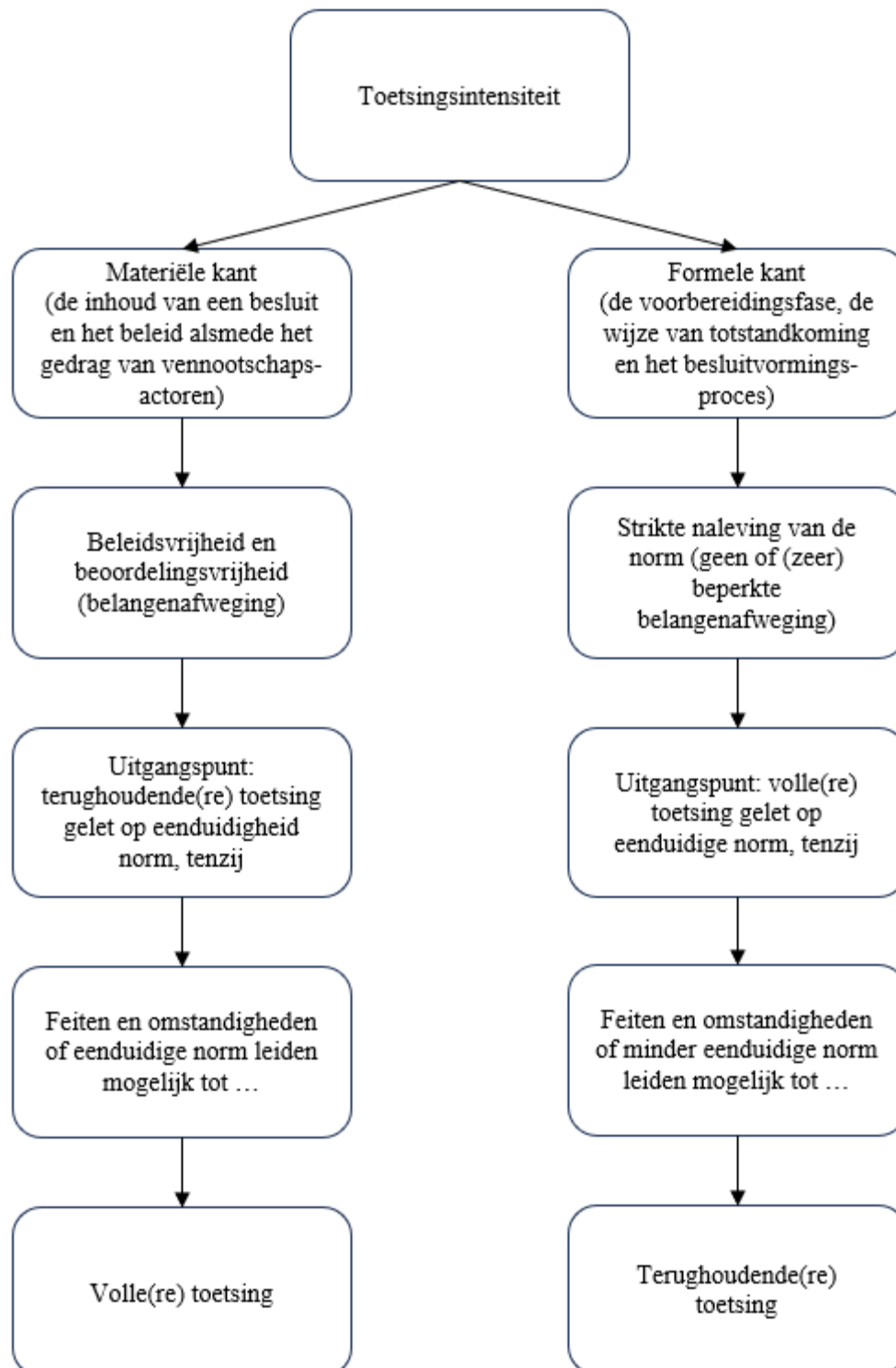
In de kern gaat het erom dat de toetsingsintensiteit van de rechter in kaart moet worden gebracht. Hierbij wordt ter verduidelijking een onderscheid tussen de materiële kant en de formele kant gemaakt. Onder de materiële kant vallen de inhoud van een besluit en het beleid alsmede het gedrag van de vennootschapsorganen/-actoren. De voorbereidingsfase, de wijze van totstandkoming en het besluitvormingsproces behoren daarentegen tot de formele kant. Hoe de rechter beide varianten toetst, wordt eerst uiteengezet en daarna volgt een schematische weergave van dat proces.

Wanneer de materiële kant door een rechter getoetst wordt, is het uitgangspunt dat de rechter de beleidsvrijheid van de vennootschapsactoren in bepaalde mate dient te respecteren, omdat de vennootschapsactoren beoordelingsvrijheid hebben. De rechter dient daardoor op basis van alle feiten en omstandigheden de belangen van de partijen tegen elkaar af te wegen (belangenafweging) en de rechter mag in beginsel niet te snel oordelen dat in strijd met de voorliggende norm is gehandeld. Hierbij heeft de eenduidigheid van de materiële norm eveneens invloed op de mate waarin de rechter terughoudend toetst. Hetzelfde geldt voor de feiten en omstandigheden die zelfs – net zoals een eenduidige norm – kunnen meebrengen dat de rechter vol(ler) toetst. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval indien er mogelijk sprake is van een (ontoelaatbare) belangenverstrengeling.

Bij de formele kant gaat het erom dat de normen strikt worden nageleefd. De rechter toetst daardoor op basis van alle feiten en omstandigheden of de norm is nageleefd en daarvoor is geen – of een (zeer) beperkte – belangenafweging vereist. Hierbij is het uitgangspunt dat sprake is van een eenduidige norm die de rechter secuur(der) kan toetsen waardoor de rechter vol(ler) toetst. Een minder eenduidige norm alsmede de feiten en omstandigheden kunnen echter tot een terughoudendere toetsing leiden. Een voorbeeld hiervan is als de rechter overeenkomstig art. 2:8 lid 2 BW toetst of naleving van een regel in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

⁶⁶⁹ De visies van Borst, Van der Grinten en Maeijer zijn hierbij ook van belang, aangezien zij een duidelijk fundament voor de rechterlijke toetsing hebben gecreëerd.

Kortom, de rechter toetst de uit art. 2:8 BW voortvloeiende normen terughoudend dan wel vol(ler). De normen met betrekking tot de formele kant zijn normaliter eenduidig en de rechter zal daardoor vol(ler) toetsen, tenzij de feiten en omstandigheden aanleiding geven voor een terughoudendere toetsing. Wat betreft materiële normen is sprake van een terughoudende toetsing, waarbij de eenduidigheid van de norm invloed heeft op de mate van terughoudendheid van de rechterlijke toetsing. Daarnaast kunnen de feiten en omstandigheden leiden tot een volle(re) toetsing, waardoor de rechter als het ware een correctie toepast.



Figuur 1. Schematische weergave van toetsingsintensiteit

DEEL II – EMPIRISCH LUIK

Hoofdstuk 5. Methodologie van het empirisch onderzoek

5.1 Inleiding

De systematische rechtspraakanalyse vervult een centrale rol binnen dit onderzoek en vergt een gedetailleerde toelichting van de wijze waarop de data vergaard en verwerkt zijn. Daarom geeft dit hoofdstuk een extensieve uiteenzetting van de doorlopen stappen voor het vergaren van de data.⁶⁷⁰ Wat betreft de methodologie is aansluiting gezocht bij de werkwijze die Hall & Wright aanreiken voor het uitvoeren van een inhoudsanalyse. Hall & Wright benoemen dat onderzoekers via een inhoudsanalyse immense aantallen uitspraken kunnen analyseren om zodoende adequater patronen te ontdekken.⁶⁷¹ Een inhoudsanalyse kan tevens bijdragen aan het inzichtelijk maken van de interactie tussen bepaalde factoren die invloed hebben op de uitkomst van een zaak. Deze erkende methode is daardoor bruikbaar voor het realiseren van het doel van dit onderzoek: meer inzicht verschaffen in de wijze waarop rechtscollages art. 2:8 BW toepassen om bepaalde ondernemingsrechtelijke geschillen te beslechten.

Holsti definieert een inhoudsanalyse als elke techniek waarmee conclusies getrokken kunnen worden door objectief en systematisch specifieke kenmerken van berichten te identificeren.⁶⁷² Bij de toepassing hiervan gaat het om het reduceren van een omvangrijk aantal woorden tot bepaalde categorieën op basis van geselecteerde criteria en coderingsregels.⁶⁷³ Een dergelijke werkwijze leidt ertoe dat het onderzoek in theorie repliceerbaar is, waardoor de bevindingen betrouwbaarder zijn.⁶⁷⁴ De bruikbaarheid van deze methode voor het analyseren van rechterlijke uitspraken blijkt onder meer uit reeds verrichte onderzoeken in de Verenigde Staten.⁶⁷⁵ Het uitvoeren van een inhoudsanalyse is verder in drie fasen onder te verdelen: (i) het selecteren van uitspraken, (ii) het ontwikkelen van een codeerschema en codeboek en (iii) het analyseren en presenteren van de resultaten.⁶⁷⁶

Met inachtneming van deze fasen behandelt paragraaf 5.2 eerst hoe een voorlopige dataset is gecreëerd (fase 1). Vervolgens volgt in paragraaf 5.3 een beschrijving van de ontwikkeling van een voorlopig codeerschema en codeboek (fase 2). Hierna wordt in de volgende paragraaf teruggekeerd naar de eerste fase, omdat het ontwikkelen van een voorlopig codeerschema en codeboek heeft bijgedragen aan het scherper stellen van de afbakening van het onderzoek. In paragraaf 5.4 staan daardoor aanvullende selectiecriteria waarmee de relevantie van de uitspraken in de voorlopige dataset nogmaals is beoordeeld. In paragraaf 5.5 komt het daaropvolgende proces aan bod dat tot een definitief codeerschema en codeboek heeft geleid (fase 2). De toepassing van het definitieve

⁶⁷⁰ Wanneer in dit hoofdstuk naar rechtspraak wordt verwezen, worden alleen de instantie, de datum en het ECLI- of tijdschriftnummer vermeld, omdat de uitspraken slechts illustratief zijn voor de beschrijving en verantwoording van de methodologie.

⁶⁷¹ Hall & Wright 2008, p. 65.

⁶⁷² Holsti 1969, p. 14.

⁶⁷³ Stemler 2000, p. 1.

⁶⁷⁴ Krippendorff 2004, p. 18; Hall & Wright 2008, p. 64.

⁶⁷⁵ Zie bijvoorbeeld Kort 1957, p. 1-12; Gabaldon 2000, p. 307-343; Van Engelen 2008, p. 179-193.

⁶⁷⁶ Hall & Wright 2008, p. 79-85; Vols & Jacobs 2017, p. 93-97. Zie voor verschillende onderzoeken waarin een systematische rechtspraakanalyse terugkomt ook Verbruggen 2021.

codeerschema en codeboek blijkt uit paragraaf 5.6. Tot slot staat in paragraaf 5.7 een afrondende opmerking.⁶⁷⁷

5.2 Selectieproces

5.2.1 Inleiding

Het onderzoek van Koelemeijer over de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid is in 1999 afgerond.⁶⁷⁸ Om deze reden is ervoor gekozen om het onderzoek in tijd af te bakenen vanaf 1 januari 2000 tot en met hetgeen op 1 juli 2023 is gepubliceerd.⁶⁷⁹ Een uitspraak is relevant voor dit empirisch onderzoek als er sprake is van een ondernemingsrechtelijk geschil tussen aandeelhouders, certificaathouders, bestuurders en/of commissarissen binnen een BV⁶⁸⁰ waarin de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid expliciet dan wel impliciet terugkomt in de rechterlijke beoordeling.⁶⁸¹ Van een expliciete toepassing van deze norm is sprake als de rechter de term ‘redelijkheid en billijkheid’ hanteert of specifiek verwijst naar art. 2:8 BW. Bij een impliciete toepassing ontbreken voornoemde verwijzingen en volgt de toepassing van de redelijkheid en billijkheid uit het feit dat de rechter bijvoorbeeld een redelijkheidsoordeel geeft over de redelijkheid van een bepaalde handelswijze of een op art. 2:8 BW gebaseerde gedragsnorm toepast om het geschil te beslechten.⁶⁸² Vanwege deze afbakening zijn zowel dagvaardings- als verzoekschriftprocedures relevant voor dit onderzoek. Verder vallen aansprakelijkheidsprocedures buiten de reikwijdte van het onderzoek, omdat die procedures hoofdzakelijk gaan om de genoegdoening van schade en ter nadere afbakening van het onderzoek.⁶⁸³

⁶⁷⁷ De kwantitatieve en kwalitatieve analyses van de gecodeerde rechtspraak staan in de hoofdstukken 6 tot en met 12.

⁶⁷⁸ Koelemeijer 1999, p. V.

⁶⁷⁹ 1 juli 2023 is de datum waarop de eerste zoekopdracht van de tweede ronde is uitgevoerd voor het in kaart brengen van de relevante rechtspraak (zie paragraaf 5.2.3). Door deze datum zo ver mogelijk op te schuiven kan meer recente rechtspraak in de systematische rechtspraakanalyse worden meegenomen.

⁶⁸⁰ Zoals in paragraaf 1.4 is beschreven, ligt de focus van dit onderzoek op de BV. De reden hiervoor blijft dat de BV – zoals volgt uit de cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (zie hiervoor de volgende link die (nogmaals) op 17 juli 2024 is geraadpleegd: <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/81588NED/line>) – de meest voorkomende rechtspersoon in Nederland is (457.630) ten opzichte van de volgende rechtspersonen: NV (975), coöperatie (3.230) en vereniging/stichting (43.670). Door het aanzienlijke verschil in aantallen is het niet verwonderlijk dat hoofdzakelijk BV's onderwerp zijn van een enquêteprocedure (Hijink & Van de Sandt 2022, p. 71). De Ondernemingskamer hanteert mogelijk ook steeds vaker art. 2:8 BW in een enquêteprocedure (Timmerman 2023b, p. 351), waardoor het onder meer voor de maatschappij waardevol is om de toepassing van art. 2:8 BW binnen BV's exhaustief te onderzoeken.

⁶⁸¹ Een advies van de advocaat-generaal wordt niet betrokken in de systematische rechtspraakanalyse gelet op de focus van het onderzoek op het rechterlijk oordeel, aangezien een dergelijk advies geen rechtsoordeel is.

⁶⁸² In hoofdstuk 2 zijn diverse gedragsnormen uiteengezet die uit art. 2:8 BW voortvloeien. Voorbeelden daarvan zijn (i) zorgplichten en zorgvuldigheidsplichten die leiden tot informatierechten of -plichten, (ii) de gedragsregels die samenhangen met belangenverstrengeling en (iii) het hoorrecht van een bestuurder. Als de rechter termen gebruikt die in relatie staan tot dergelijke (gedrags)normen, kan art. 2:8 BW ‘impliciet’ gebruikt zijn om het geschil te beslechten.

⁶⁸³ Deze afbakening is gedurende de summere bestudering bedacht, omdat art. 2:8 BW in dergelijke procedures bijvoorbeeld terugkomt om te duiden (i) dat op grond van de redelijkheid en billijkheid een verzwaarde maatstaf geldt voor bestuurdersaansprakelijkheid of (ii) dat schending van art. 2:8 BW niet leidt tot een toerekenbare onrechtmatige daad. Het gevolg van deze nadere afbakening is dat een omvangrijk aantal uitspraken nadien bij stap acht ‘als niet van belang zijnde voor het onderzoek’ wordt aangemerkt (zie paragraaf 5.4).

Om de relevante uitspraken op een systematische wijze in kaart te brengen worden de gebruikte selectiecriteria en zoektermen geïdentificeerd en genoteerd. Het selectieproces is onder te verdelen in negen stappen.⁶⁸⁴ De eerste zes stappen staan in de paragrafen 5.2.2, 5.2.3 en 5.2.4 beschreven. De daaropvolgende stappen zeven tot en met negen behandelt paragraaf 5.4.



Figuur 2. Schematische weergave van het selectieproces

5.2.2 Identificatie zoektermen (stappen 1 en 2)

Zoals beschreven komt de redelijkheid en billijkheid zowel expliciet als impliciet voor in de rechtspraak. Wanneer deze norm expliciet in een uitspraak staat, is het veelal eenvoudig om de uitspraak te vinden. Als de toepassing van deze norm daarentegen impliciet is, dan bemoeilijkt dat het zoekproces. Het achterhalen van de ‘correcte’ zoektermen is daardoor vereist om alle relevante uitspraken in kaart te brengen.⁶⁸⁵

Bij enquêteprocedures komt – in tegenstelling tot bij dagvaardingsprocedures – een expliciete verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid niet altijd voor. Een literatuuronderzoek is dan ook noodzakelijk om termen te vinden die verband houden met de redelijkheid en billijkheid. De daarvoor benodigde ondernemingsrechtelijke artikelen en boeken waarin ‘2:8 BW’ of ‘redelijkheid en billijkheid’ terugkomt, zijn via Legal Intelligence gezocht. Vervolgens is de gevonden literatuur scannend gelezen op zoek naar termen die verband houden met de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid alsmede ondernemingsrechtelijke geschillen.⁶⁸⁶ Uiteindelijk heeft het

⁶⁸⁴ Bij stap 5 wordt gefilterd op uitspraken waarin het geschil zich binnen een BV afspeelt, omdat initieel alle uitspraken zijn gezocht waarin art. 2:8 BW terugkomt om een volledige dataset te creëren voor eventueel toekomstig onderzoek.

⁶⁸⁵ Het is ingewikkeld om te bepalen of de ‘correcte’ zoektermen zijn gebruikt. Niettemin zorgt een uitgebreid literatuuronderzoek in combinatie met meerdere zoektermen ervoor dat hoogstwaarschijnlijk alle relevante uitspraken tussen de zoekresultaten staan.

⁶⁸⁶ Abma 2015; Abma e.a. 2017; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019; Assink 2006; Assink 2007; Assink 2008; Assink 2012; Assink 2014; Assink 2015a; Assink e.a. 2015b; Attaïbi 2018; Bakker 2011; Bakker 2013; Bakker 2020; Barbiers 2016; Barneveld 2014; Barneveld 2019; Bartman 2007; Bartman & Dorresteyn 2018; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2020; Blanco Fernández 2017; Boschma 2000; Boschma & Gepken-Jager 2010; Boschma & Schutte-Veenstra 2012; Bosman 2015; De Brauw 2017; De Brauw 2018; De Brauw 2019; Brink 1997; Brons 2020; Bulten & Jansen 2015; Dahmen 2014; Doorduyn 2018; Doorman 2002; Van Duuren 2017; Eikelboom 2009; Eikelboom 2011; Eikelboom 2017a; Eikelboom 2017b; Eikelboom 2018; Evers 2016; Fluit 2017; Van Ginneken 2010; Van Ginneken & Timmerman 2011; Goèdel 2002; Groffen 2006; Hamersma & Mellenbergh 2013; Hanegraaf 2020a; Hanegraaf 2020b; Hanegraaf 2020c; Hanegraaf 2020d; Hanegraaf 2020e; Hezer & Kemp 2018; Holtzer, Strik & Oranje 2016; Huizink 2006; Hulst & Boer 2013; Hurenkamp 2016; De Jongh 2007; De Jongh 2007; De Jongh 2011; De Jongh 2012; De Jongh 2016; De Jongh 2019a; De Jongh 2019c; Kemp 2013; Kemp 2015a; Kemp 2015b; Kemp 2016; Kemperink 2002; Klein Wassink 2012; De Kluiver 2019; Koelemeijer 1994; Koelemeijer 1999; Koelemeijer 2013; Koelemeijer 2015b; Koelemeijer 2018; Van der Korst 2020; Koster 2014a; Koster 2014b; Koster 2015; Kroeze 2013; Kroeze 2019; De Leeuw 2016; Van Leeuwen 2011; Van Leeuwen 2015; Leijten 2019; Lok & Kemp 2015; Meijer 2012; Meurs 2016; Moulen Janssen 2020; Nieuwe Weme & Van Hassel 2010; Nowak 2014; Olaerts 2009; Olaerts 2015; Olaerts 2017; Olden 2014; Oosterhoff 2017; Oosterhoff 2018; Oostwouder & Schrooten 2018; Oostwouder & Wessel 2015; Overkleef 2009; Pitlo/Raaijmakers 2017; Prinsen 2008; Raaijmakers 2002b; Raaijmakers 2012; Raaijmakers 2014; Raaijmakers & Van der Sangen 2014;

literatuuronderzoek de volgende drieënveertig zoektermen opgeleverd: 2:8 BW, 2:15 BW, acquisit*, beëindiging, belangenvermenging, belangenverstrengeling, bevoorde*, billijk*, concurr*, corporate opportunity, dividendbeleid, evenredig*, gerechtvaardigde belangen, informatie*, inlichtingen, marginaal, meerderheid*, minderheid*, machtsmisbruik, misbruik*, noodzaakfinanciering, onaanvaardba*, onnodig, ontsla*, onttrekking*, onzakelijke, overname, patstelling, persoonlijk belang, redelijk*, redelijkheid en billijkheid, related party transaction, reservering, schors*, terughoudend, tegenstrijdig belang, uitkering*, vermenging van belangen, vernietig*, verstrengeling, verwatering, zorgplicht en zorgvuldig*.⁶⁸⁷ Achter sommige zoektermen staat een ‘asterisk (*)’ omdat meerdere variaties van het woord kunnen leiden tot relevante zoekresultaten.

Voor het in kaart brengen van de relevante dagvaardingsprocedures zijn andere zoektermen opgesteld naar aanleiding van de bestudeerde literatuur. Bij het opstellen van de volgende negen zoektermen is rekening gehouden met de afbakening van het onderzoek: 2:8 BW, 2:8 lid 1 BW, 2:8 lid 2 BW, 2:15 BW, 2:15 lid 1 sub b BW, 2:336 BW, 2:336 lid 1 BW, 2:343 BW en 2:343 lid 1 BW.⁶⁸⁸

5.2.3 Zoekopdrachten (stap 3)

Er zijn twaalf zoekopdrachten uitgevoerd om de volledige populatie van gepubliceerde uitspraken in kaart te brengen. De eerste zes zoekopdrachten zijn identiek aan de laatste zes zoekopdrachten qua ingevoerde zoektermen. Het enige verschil tussen de zoekopdrachten is de datum van uitvoering en de periode waarbinnen gezocht is. De eerste zes zoekopdrachten zijn namelijk in de periode van augustus tot december 2020 uitgevoerd om de relevante uitspraken in de periode van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2019 in kaart te brengen (1^e ronde). Vervolgens zijn dezelfde zoektermen op 1 en 2 juli 2023 nogmaals toegepast om de relevante rechtspraak in de periode van 1 januari 2020 tot en met hetgeen gepubliceerd is op de datum van de zoekopdracht – met als uiterlijke publicatiedatum 1 juli 2023 – in kaart te brengen (2^e ronde).⁶⁸⁹ Van deze twaalf

Raaijmakers & Van der Sangen 2015; Raaijmakers & Stoffels 2017; Rijsterborgh & Veldhoen 2015; Van der Sangen 2015; Schild 2007a; Schild 2007b; Schild 2011; Schild 2013; Van Schilfgaarde 2016; Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017; Schoenmaker-Tijsseling 2011; Schönau 2012; Schwarz 2009; Assink/Slagter 2013; Van Solinge, Van Olffen & Nieuwe Weme 2010; Stokkermans 2010; Van Straten 2020; Terstegge 2019; Tervoort e.a. 2017; Thomae & Koster 2018; Tienstra & Oostwouder 2014; Timmerman 2003; Timmerman 2013; Timmerman e.a. 2016; Veenstra 2013; Verdam 2015b; Verdam 2017; Verdam 2019; Verlaan & Van de Beek 2019; Van Vught 2018; Van Vught 2019a; Van Vught 2019b; Van Wijk 2007; Wolf 2013; Wolf 2014; Wolters 2013b; Wolters 2015; Zaal 2014; Zaman 2016; Zaman & Kruisinga 2014.

⁶⁸⁷ De volgende bronnen zijn op publicatiedatum gesorteerd en hebben tot bepaalde zoektermen geleid: Koelemeijer 1999; Boschma 2000; Goedèl 2002; Assink 2007; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 795; Stokkermans 2010; De Jongh 2011; Raaijmakers 2012; Schönau 2012; Hamersma & Mellenbergh 2013; Tienstra & Oostwouder 2014; Koster 2014; Barneveld 2014; Raaijmakers & Van der Sangen 2014; Van Leeuwen 2015; Kemp 2015a; Koelemeijer 2015b; Oostwouder & Wessel 2015; Van der Sangen 2015; Meurs 2016; Evers 2016; Holtzer, Strik & Oranje 2016; Van Schilfgaarde 2016; Abma e.a. 2017; De Brauw 2017; Tervoort e.a. 2017; Eikelboom 2017a; Eikelboom 2017b; Fluit 2017; Attaïbi 2018; Bartman & Dorresteyn 2018; Verdam 2019; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 251; Leijten 2019; Van der Korst 2020; Hanegraaf 2020b; Brons 2020; Moulen Janssen 2020. De voornoemde bronnen hebben overigens veelal tot een zoekterm geleid, omdat deze bronnen eerder zijn bestudeerd dan andere bronnen.

⁶⁸⁸ Bij voornoemde zoektermen zijn zowel de verkorte als voluit geschreven schrijfwijze relevant. Dit betekent dat zowel ‘BW’ als ‘Burgerlijk Wetboek’ relevant zijn.

⁶⁸⁹ Door de looptijd en het doel van het onderzoek is ervoor gekozen om in juli 2023 nogmaals dezelfde zoektermen te gebruiken binnen een recentere periode, zodat de dataset een groter gedeelte van de beschikbare relevante rechtspraak bevat op de publicatiedatum van het proefschrift. De zoekopdrachten in juli 2023 zijn overigens efficiënter en doelmatiger nagelopen, omdat het coderen van rechtspraak tot de nodige ervaring heeft geleid met betrekking tot het identificeren van relevante uitspraken.

zoekopdrachten zijn er acht in Rechtspraak.nl ingevoerd om alle daarop gepubliceerde uitspraken binnen de reikwijdte van het onderzoek te vinden.⁶⁹⁰ Voor de andere vier zoekopdrachten is Legal Intelligence gebruikt, aangezien die database alle enquêtetprocedures bevat en binnen dergelijke procedures staan ondernemingsrechtelijke geschillen (normaliter) centraal.

1. Via Rechtspraak.nl is naar uitspraken gezocht waarin ‘2:15 lid 1 sub b BW’ terugkomt, omdat partijen via dit wetsartikel besluiten kunnen laten vernietigen op grond van de redelijkheid en billijkheid.⁶⁹¹ De zoekopdracht in 2020 heeft tot 562 resultaten geleid en de zoekopdracht in 2023 tot 179 resultaten.⁶⁹²
2. Via Rechtspraak.nl is naar uitspraken gezocht waarin ‘2:8 BW’ wel en ‘2:15 BW’ niet voorkomt.⁶⁹³ Dit heeft 671 zoekresultaten in 2020 opgeleverd en 291 zoekresultaten in 2023.⁶⁹⁴ Deze brede zoekopdracht verkleint de kans dat een relevante uitspraak met betrekking tot de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid buiten de zoekresultaten valt.

⁶⁹⁰ Een beperkt deel van alle uitspraken wordt daadwerkelijk gepubliceerd, omdat rechterlijke instanties overeenkomstig de daarvoor geldende richtlijnen bepalen of een uitspraak geschikt is voor publicatie (de specifieke selectiecriteria zijn te vinden op Rechtspraak.nl onder ‘uitspraken’ en ‘selectiecriteria’). Hierdoor zijn de geselecteerde uitspraken mogelijk niet representatief voor de gehele populatie met daarin alle andere niet gepubliceerde uitspraken. In 2019 was de publicatiegraad toegenomen tot 47 per duizend zaken en in de daaraan voorafgaande jaren was deze publicatiegraad lager, waardoor evident is dat het merendeel van de uitspraken niet wordt gepubliceerd (De Rechtspraak Kengetallen 2019, p. 7-8). Uit het recentere jaarverslag 2022 blijkt dat er 1.373.780 zaken in 2022 zijn afgehandeld waarvan er 49.800 zijn gepubliceerd (De Rechtspraak Jaarverslag 2022, p. 61 en 68). Kortom, in 2022 is 3,625% van het aantal afgehandelde zaken gepubliceerd. Verder heeft de Rechtspraak in haar programma ‘Meer én verantwoord publiceren’ de ambitie geuit om het overgrote deel van de rechtspraak in de toekomst te publiceren, waardoor het voornoemde percentage significant kan toenemen in de komende jaren (Naves, Sicking & Van der Wees 2021, p. 3620-3623).

⁶⁹¹ Via ‘uitspraken.rechtspraak.nl’ wordt gezocht op de termen ~“2:15 BW” ~“2:15 lid 1 sub b BW” ~“2:15 Burgerlijk Wetboek” ~“2:15 lid 1 sub b Burgerlijk Wetboek” (11 augustus 2020). De aanhalingstekens zijn hierbij van belang aangezien hierdoor letterlijk naar hetgeen ertussen staat wordt gezocht. Daarnaast is de tilde (~) van belang aangezien daardoor een van de termen in de uitspraak moet terugkomen. Verder wordt naar ‘gepubliceerde uitspraken’ binnen de periode van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2019 gezocht. Het belang van de aanhalingstekens en de tilde geldt tevens voor de andere zoekopdrachten die via Rechtspraak.nl zijn uitgevoerd.

⁶⁹² Via ‘uitspraken.rechtspraak.nl’ wordt gezocht op de termen ~“2:15 BW” ~“2:15 lid 1 sub b BW” ~“2:15 Burgerlijk Wetboek” ~“2:15 lid 1 sub b Burgerlijk Wetboek” (1 juli 2023). Hierbij wordt naar ‘gepubliceerde uitspraken’ binnen de periode van 1 januari 2020 tot en met 1 juli 2023 gezocht.

⁶⁹³ Via ‘uitspraken.rechtspraak.nl’ wordt gezocht op de termen ~“2:8 BW” ~“2:8 lid 1 BW” ~“2:8 lid 2 BW” ~“2:8 Burgerlijk Wetboek” ~“2:8 lid 1 Burgerlijk Wetboek” ~“2:8 lid 2 Burgerlijk Wetboek” ~“2:15 lid 1 sub b BW” ~“2:15 BW” ~“2:15 lid 1 sub b Burgerlijk Wetboek” ~“2:15 Burgerlijk Wetboek” (19 augustus 2020). Hierbij wordt naar ‘gepubliceerde uitspraken’ binnen de periode van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2019 gezocht.

⁶⁹⁴ Via ‘uitspraken.rechtspraak.nl’ wordt gezocht op de termen ~“2:8 BW” ~“2:8 lid 1 BW” ~“2:8 lid 2 BW” ~“2:8 Burgerlijk Wetboek” ~“2:8 lid 1 Burgerlijk Wetboek” ~“2:8 lid 2 Burgerlijk Wetboek” ~“2:15 lid 1 sub b BW” ~“2:15 BW” ~“2:15 lid 1 sub b Burgerlijk Wetboek” ~“2:15 Burgerlijk Wetboek” (1 juli 2023). Hierbij wordt naar ‘gepubliceerde uitspraken’ binnen de periode van 1 januari 2020 tot en met 1 juli 2023 gezocht.

3. Ook zijn naar uitspraken in het kader van de wettelijke uitstotingsregeling gezocht.⁶⁹⁵ De gebruikte zoektermen hebben in 2020 en 2023 respectievelijk 44 en 29 resultaten opgeleverd.⁶⁹⁶
4. Tevens zijn de wettelijke uittredingsgeschillen in kaart gebracht.⁶⁹⁷ De daarvoor toegepaste zoektermen hebben in 2020 en 2023 respectievelijk tot 87 en 56 resultaten opgeleverd.⁶⁹⁸
5. Via Legal Intelligence is in het tijdschrift ‘Actuele Rechtspraak Ondernemingspraktijk’ (ARO) gezocht, omdat de ARO onder meer alle enquêteprocedures vanaf 2002 tot en met heden bevat. Om efficiënt in de ARO naar relevante uitspraken te zoeken zijn de in paragraaf 5.2.1 geformuleerde zoektermen ingevoerd. Dit heeft in 2020 tot 2520 zoekresultaten geleid.⁶⁹⁹ De daaropvolgende zoekopdracht in 2023 heeft in 417 zoekresultaten geresulteerd.⁷⁰⁰
6. Deze zoekopdracht is noodzakelijk om de enquêteprocedures van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2001 te achterhalen, want de ARO bevat geen uitspraken van voor 1 januari 2002. Om deze reden is via Legal Intelligence gezocht naar alle uitspraken waarin de term ‘Ondernemingskamer’ terugkomt. Daarnaast kunnen een of meerdere zoektermen van de

⁶⁹⁵ Via ‘uitspraken.rechtspraak.nl’ wordt gezocht op de termen ~“2:336 BW” ~“2:336 lid 1 BW” ~“2:336 Burgerlijk Wetboek” ~“2:336 lid 1 Burgerlijk Wetboek” (27 oktober 2020). Hierbij wordt naar ‘gepubliceerde uitspraken’ binnen de periode van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2019 gezocht.

⁶⁹⁶ Via ‘uitspraken.rechtspraak.nl’ wordt gezocht op de termen ~“2:336 BW” ~“2:336 lid 1 BW” ~“2:336 Burgerlijk Wetboek” ~“2:336 lid 1 Burgerlijk Wetboek” (2 juli 2023). Hierbij wordt naar ‘gepubliceerde uitspraken’ binnen de periode van 1 januari 2020 tot en met 1 juli 2023 gezocht.

⁶⁹⁷ Via ‘uitspraken.rechtspraak.nl’ wordt gezocht op de termen ~“2:343 BW” ~“2:343 lid 1 BW” ~“2:343 Burgerlijk Wetboek” ~“2:343 lid 1 Burgerlijk Wetboek” (28 oktober 2020). Hierbij wordt naar ‘gepubliceerde uitspraken’ binnen de periode van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2019 gezocht.

⁶⁹⁸ Via ‘uitspraken.rechtspraak.nl’ wordt gezocht op de termen ~“2:343 BW” ~“2:343 lid 1 BW” ~“2:343 Burgerlijk Wetboek” ~“2:343 lid 1 Burgerlijk Wetboek” (2 juli 2023). Hierbij wordt naar ‘gepubliceerde uitspraken’ binnen de periode van 1 januari 2020 tot en met 1 juli 2023 gezocht.

⁶⁹⁹ Via de functie uitgebreid zoeken in Legal Intelligence wordt op 3 november 2020 gezocht naar ARO-uitspraken in de periode van 1 januari 2002 tot en met 3 november 2020. Voor deze periode is gekozen omdat een deel van de gewezen uitspraken in 2019 pas in 2020 verschijnt in de ARO. Daarnaast is gezocht op: ?(2:8 BW) ?(2:15 BW) ?(acquisit*) ?(beëindiging) ?(belangenvermenging) ?(belangenverstremgeling) ?(bevoorde*) ?(billijk*) ?(concurr*) ?(corporate opportunity) ?(dividendbeleid) ?(evenredig*) ?(gerechtvaardigde belangen) ?(informatie*) ?(inlichtingen) ?(marginaal) ?(meerderheid*) ?(minderheid*) ?(machtsmisbruik) ?(misbruik*) ?(noodzaakfinanciering) ?(onaanvaardba*) ?(onnodig) ?(ontsla*) ?(onttrekking*) ?(onzakelijke) ?(overname) ?(patstelling) ?(persoonlijk belang) ?(redelijk*) ?(redelijkheid en billijkheid) ?(related party transaction) ?(reservering) ?(schors*) ?(terughoudend) ?(tegenstrijdig belang) ?(uitkering*) ?(vermenging van belangen) ?(vernietig*) ?(verstrengeling) ?(verwatering) ?(zorgplicht) ?(zorgvuldig*). Deze termen zijn als ‘zoektermen’ ingevoerd en niet als ‘letterlijke tekst’ zodat het aantal resultaten groter is en de kans kleiner is dat bepaalde relevante uitspraken buiten beschouwing worden gelaten.

⁷⁰⁰ Via de functie uitgebreid zoeken in Legal Intelligence wordt op 2 juli 2023 gezocht naar ARO-uitspraken binnen de periode van 1 januari 2020 tot en met 1 juli 2023. Daarnaast is gezocht op: ?(2:8 BW) ?(2:15 BW) ?(acquisit*) ?(beëindiging) ?(belangenvermenging) ?(belangenverstremgeling) ?(bevoorde*) ?(billijk*) ?(concurr*) ?(corporate opportunity) ?(dividendbeleid) ?(evenredig*) ?(gerechtvaardigde belangen) ?(informatie*) ?(inlichtingen) ?(marginaal) ?(meerderheid*) ?(minderheid*) ?(machtsmisbruik) ?(misbruik*) ?(noodzaakfinanciering) ?(onaanvaardba*) ?(onnodig) ?(ontsla*) ?(onttrekking*) ?(onzakelijke) ?(overname) ?(patstelling) ?(persoonlijk belang) ?(redelijk*) ?(redelijkheid en billijkheid) ?(related party transaction) ?(reservering) ?(schors*) ?(terughoudend) ?(tegenstrijdig belang) ?(uitkering*) ?(vermenging van belangen) ?(vernietig*) ?(verstrengeling) ?(verwatering) ?(zorgplicht) ?(zorgvuldig*). Hierbij is van de optie ‘Zoeken met thesaurus’ gebruikgemaakt, omdat de opties ‘zoektermen’ en ‘letterlijke tekst’ zijn verdwenen. Ook is de optie ‘Zoeken met booleaans en wildcards’ niet mogelijk aan de hand van de gecreëerde zoektermen.

vijfde zoekopdracht eveneens in de uitspraak staan.⁷⁰¹ Dit heeft 254 zoekresultaten in de eerste ronde opgeleverd.⁷⁰² Verder zijn dezelfde zoektermen in 2023 nogmaals toegepast om de relevante rechtspraak in kaart te brengen die op 2 juli 2023 (nog) niet in de ARO is gepubliceerd.⁷⁰³ Dit heeft 86 resultaten opgeleverd.

Gezamenlijk leiden de twaalf zoekopdrachten tot 5196 zoekresultaten.

Opdracht	Periode 2000-2019	Periode ⁷⁰⁴ 2020-2023	Gezamenlijke zoekresultaten
1	562	179	741
2	671	291	962
3	44	29	73
4	87	56	143
5	2520	417	2937
6	254	86	340
Totaal	4138	1058	5196

Tabel 1. Overzichtstabel aantal zoekresultaten

5.2.4 Van summier bestudering naar voorlopige dataset (stappen 4, 5 en 6)

Elke uitspraak (zoekresultaat) is afzonderlijk summier bestudeerd om te achterhalen of de uitspraak van belang is voor het onderzoek.⁷⁰⁵ Hierbij zijn telkens de volgende gegevens genoteerd: (i) jaar, (ii) datum uitspraak, (iii) ECLI-nummer of tijdschriftartikel, (iv) gebruikte zoekterm, (v) instantie en (vi) relevantie. Een uitspraak is (voorlopig) relevant indien de vennootschapsrechtelijke

⁷⁰¹ Via de functie uitgebreid zoeken in Legal Intelligence wordt op 26 augustus 2020 gezocht naar ‘Rechtspraak’ van het ‘Gerechtshof Amsterdam’ binnen de periode van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2001. Daarnaast is gezocht op: +(Ondernemingskamer)?(2:8 BW)?(2:15 BW)?(belangenverstremgeling)?(corporate opportunity)?(dividendbeleid)?(evenredig*)?(informatie*)?(marginaal)?(meerderheids*)?(minderheid*)?(misbruik*)?(noodzaakfinanciering)?(onaanvaardba*)?(ontsla*)?(overname)?(redelijk*)?(redelijkheid en billijkheid)?(reservering)?(terughoudend)?(tegenstrijdig belang)?(vernietig*)?(verstremgeling)?(zorgplicht)?(zorgvuldig*).

⁷⁰² Omdat ‘Ondernemingskamer’ als zoekterm is gebruikt die in de uitspraken moet terugkomen, is de kans aanwezig dat een omvangrijk deel van de resultaten niet van belang is voor het onderzoek, aangezien bepaalde uitspraken in meerdere tijdschriften staan.

⁷⁰³ Op 2 juli 2023 zijn de volgende zoektermen in Legal Intelligence ingevoerd binnen de periode van 1 februari 2023 tot en met 1 juli 2023: +(Ondernemingskamer)?(2:8 BW)?(2:15 BW)?(belangenverstremgeling)?(corporate opportunity)?(dividendbeleid)?(evenredig*)?(informatie*)?(marginaal)?(meerderheids*)?(minderheid*)?(misbruik*)?(noodzaakfinanciering)?(onaanvaardba*)?(ontsla*)?(overname)?(redelijk*)?(redelijkheid en billijkheid)?(reservering)?(terughoudend)?(tegenstrijdig belang)?(vernietig*)?(verstremgeling)?(zorgplicht)?(zorgvuldig*). De zoekopdracht bestrijkt een ruimere periode dan noodzakelijk – gelet op de reeds gedane zoekopdrachten in 2023 – zodat de kans kleiner is dat een relevante uitspraak buiten de dataset valt. Verder is binnen de zoekresultaten op ‘Nederland/Rechtspraak’ en ‘Overheidspublicaties’ gefilterd, omdat de actueelste rechtspraak normaliter eerst op Rechtspraak.nl staat alvorens de uitspraak in een tijdschrift wordt opgenomen. Hierbij kan worden opgemerkt dat de actueelste uitspraak dateert van 28 juni 2023 (ECLI:NL:RBDHA:2023:9268).

⁷⁰⁴ Deze periode is beperkt tot hetgeen gepubliceerd was op de dag van de zoekopdrachten tot en met (uiterlijk) 1 juli 2023.

⁷⁰⁵ Summiere bestudering betekent dat in de uitspraken gezocht is naar de ingevoerde zoektermen. Indien bijvoorbeeld de term ‘redelijkheid en billijkheid’ of ‘zorgplicht’ expliciet in de uitspraak staat, dan is de uitspraak als relevant bestempeld. Na de nadere bestudering van de uitspraak (fase 8) kan echter blijken dat de term slechts werd aangehaald door een partij zonder dat de rechter inhoudelijk daarop is ingegaan. Overigens geldt het voorgaande alleen voor de zoekopdrachten die in 2020 zijn uitgevoerd.

redelijkheid en billijkheid in de rechterlijke beoordeling terugkomt.⁷⁰⁶ Ook zijn bij de relevante uitspraken genoteerd (i) binnen welke rechtsvorm het geschil zich afspeelt, (ii) of de procedure met een dagvaarding of verzoekschrift is ingeleid en (iii) of het een eerste- of tweedefasebeschikking betreft in geval van een enquêteprocedure. Bij twijfel is een uitspraak altijd als relevant bestempeld, aangezien deze uitspraken na het opstellen van het voorlopig codeerschema en codeboek nogmaals zijn beoordeeld gelet op de nadere afbakening.⁷⁰⁷ Overigens is elke uitspraak slechts één keer in de dataset opgenomen, waardoor het aantal uitspraken in de dataset lager is dan het aantal zoekresultaten. Hieronder volgt specifiek per zoekopdracht waarom bepaalde uitspraken ‘als niet van belang zijnde voor het empirisch onderzoek’ zijn bestempeld.⁷⁰⁸

Zoekopdracht 1: art. 2:15 lid 1 sub b BW (Rechtspraak.nl)

- De uitspraak bevat enkel een verwijzing naar art. 2:15 lid 1 sub a BW,⁷⁰⁹ art. 2:15 BW wordt slechts benoemd om duidelijk te maken dat dit artikel niet van toepassing is,⁷¹⁰ de focus ligt op een buitenlandse rechtsvorm,⁷¹¹ naar art. 2:15 of 2:8 BW is verwezen zonder daarover (inhoudelijk) te oordelen,⁷¹² het rechtscollege komt niet toe aan de inhoudelijke beoordeling⁷¹³ door overschrijding van de vervaltermijn ex art. 2:15 lid 5 BW,⁷¹⁴ de redelijkheid en billijkheid uit Boek 6 staat centraal⁷¹⁵ of een van de artt. 4:215 BW,⁷¹⁶ 6:215 BW⁷¹⁷ of 7:215 BW⁷¹⁸ speelt enkel een rol in de uitspraak, omdat Rechtspraak.nl op de invoerdatum geen rekening houdt met de dubbele punt in de zoekopdracht.

⁷⁰⁶ Hierbij moet rekening met de afbakening van het onderzoek worden gehouden, zoals beschreven in paragraaf 5.2.1: “Een uitspraak is van belang voor het onderzoek als er sprake is van een ondernemingsrechtelijk geschil tussen aandeelhouders, certificaathouders, bestuurders en/of commissarissen binnen een BV waarin de redelijkheid en billijkheid expliciet dan wel impliciet terugkomt in de rechterlijke beoordeling. (...) Verder is ervoor gekozen om aansprakelijkheidsprocedures buiten de reikwijdte van het onderzoek te laten vallen, omdat die procedures vooral gaan om de genoegdoening van schade.”

⁷⁰⁷ Zie paragraaf 5.4.2 voor de nadere afbakening.

⁷⁰⁸ De volgorde van de zoekopdrachten zoals beschreven in paragraaf 5.2.3 wordt aangehouden. Verder zijn de voorbeelden gebaseerd op de zoekresultaten van de zoekopdrachten in 2020, maar deze voorbeelden dienen ter illustratie van alle zoekopdrachten.

⁷⁰⁹ Hof Leeuwarden 18 juni 2003, ECLI:NL:GHLEE:2003:AG9590.

⁷¹⁰ Rb. Dordrecht 21 maart 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BA3465.

⁷¹¹ HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574.

⁷¹² Rb. Amsterdam 8 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6181; Rb. Rotterdam (vzr.) 8 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016: 2659; Rb. Overijssel 22 maart 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1504; Rb. Amsterdam (vzr.) 28 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1480.

⁷¹³ Rb. Amsterdam 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN4965.

⁷¹⁴ Rb. Rotterdam 2 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP6276.

⁷¹⁵ Rb. Amsterdam (vzr.) 28 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ1117.

⁷¹⁶ Rb. Amsterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP4360.

⁷¹⁷ Hof Leeuwarden 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU1892.

⁷¹⁸ Rb. Rotterdam 13 februari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC6331.

Zoekopdracht 2: art. 2:8 BW (Rechtspraak.nl)

- Art. 2:8 BW is enkel aangehaald zonder daarover inhoudelijk te oordelen,⁷¹⁹ art. 2:8 BW komt in relatie tot het aansprakelijk stellen van een partij terug,⁷²⁰ de ondernemingsraad stelt de vordering in,⁷²¹ art. 2:8 BW staat niet in de uitspraak maar enkel het getal 28⁷²² of een van de artt. 1:28 BW,⁷²³ 3:28 BW⁷²⁴ of 7:28 BW⁷²⁵ staat centraal in de uitspraak vanwege de eerdergenoemde reden bij de eerste zoekopdracht.

Zoekopdracht 3: art. 2:336 BW (Rechtspraak.nl)

- Art. 2:336 BW komt enkel terug in de verwijzing naar een andere uitspraak,⁷²⁶ het gaat om een machtigingsverzoek ex art. 2:353 BW,⁷²⁷ de competentie van de rechterlijke instantie staat centraal⁷²⁸ of de Hoge Raad verwerpt het beroep ex art. 81 RO.⁷²⁹

Zoekopdracht 4: art. 2:343 BW (Rechtspraak.nl)

- De competentie van de rechterlijke instantie staat centraal,⁷³⁰ de uitspraak bevat enkel een verwijzing naar art. 2:343 BW,⁷³¹ er bestaat discussie over het waarderen van de aandelen⁷³² of de uitspraak gaat alleen over de benoeming van een deskundige.⁷³³

Zoekopdracht 5: Enquêteprocedures 2002 – 2019 (Legal Intelligence)

- In de uitspraak staat/staan centraal: een 403-verklaring,⁷³⁴ het enkel verwijzen van een geschil naar de Ondernemingskamer,⁷³⁵ de koopprijs van de aandelen,⁷³⁶ de oproep voor het

⁷¹⁹ Middels deze zoekopdracht dienen hoofdzakelijk de dagvaardingsprocedures in kaart te worden gebracht waarin art. 2:8 BW in de rechterlijke beoordeling staat. Doordat de focus van de zoekopdracht hoofdzakelijk op dagvaardingsprocedures ligt, is een uitspraak niet van belang voor het onderzoek als art. 2:8 BW, de redelijkheid en billijkheid of een redelijkheidsoordeel niet expliciet in het oordeel staat. Om deze reden vallen de volgende uitspraken bijvoorbeeld buiten de reikwijdte van het onderzoek: Rb. Rotterdam 12 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP5407; Rb. Noord-Holland (vzr.) 19 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:4124; Rb. Oost-Brabant 5 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:CA2363; Rb. Overijssel 22 maart 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1419; Rb. Oost-Brabant (vzr.) 7 maart 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1127.

⁷²⁰ Zoals eerder aangekaart is deze afbakening gedurende de summiere bestudering aangebracht om de focus van het onderzoek scherper te stellen: Rb. Arnhem 18 mei 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT8708; Rb. Zwolle-Lelystad 8 juli 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BP7387; Rb. Rotterdam 30 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2599; Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:830; Rb. Den Haag 28 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211; Hof Amsterdam 12 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4066.

⁷²¹ Rb. 's-Hertogenbosch (pres.) 18 januari 2001, ECLI:NL:RBSHE:2001:AA9538.

⁷²² Rb. Leeuwarden 8 januari 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AF3048.

⁷²³ Rb. Den Haag 12 juli 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:AQ7020.

⁷²⁴ Rb. Dordrecht 16 september 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BJ7230.

⁷²⁵ Rb. Arnhem 15 augustus 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB3639.

⁷²⁶ Rb. Leeuwarden (pres.) 16 maart 2000, ECLI:NL:RBLEE:2000:AA5281.

⁷²⁷ Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4160.

⁷²⁸ Rb. Den Haag 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BD1244.

⁷²⁹ HR 13 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4969.

⁷³⁰ Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1470.

⁷³¹ Hof Den Haag 30 maart 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT2998; Rb. Rotterdam 19 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN1343; Hof Den Haag 27 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU3371.

⁷³² Hof Amsterdam (OK) 21 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7345.

⁷³³ Rb. Gelderland 9 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2951; Rb. Gelderland 18 mei 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2868.

⁷³⁴ HR 28 juni 2002, ARO 2002/103.

⁷³⁵ Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2002, ARO 2002/72.

⁷³⁶ Hof Amsterdam (OK) 3 januari 2002, ARO 2002/1.

verhoren van een accountant,⁷³⁷ de hoogte van de onderzoekskosten of andere kosten,⁷³⁸ de beëindiging van een geschil (eventueel na een minnelijke regeling) aangezien daarin geen inhoudelijke beoordeling terugkomt,⁷³⁹ een uitkoopprocedure,⁷⁴⁰ een WOR-procedure,⁷⁴¹ de ontvankelijkheid van een partij,⁷⁴² een machtigingsverzoek ten aanzien van het onderzoeksverslag,⁷⁴³ nakoming van een onmiddellijke voorziening waarbij een link tussen de feiten en beoordeling ontbreekt,⁷⁴⁴ een procedure zoals bedoeld in de artt. 999 tot en met 1002 Rv,⁷⁴⁵ jaarrekening technische aspecten en geen enquêteprocedure,⁷⁴⁶ een wraking van de Ondernemingskamer,⁷⁴⁷ het aanwijzen van een deskundige/accountant inzake een fusie of splitsing,⁷⁴⁸ het verzoek om een getuige te horen,⁷⁴⁹ de intrekking van het enquêteverzoek waardoor een inhoudelijke beoordeling ontbreekt,⁷⁵⁰ een actie ex 2:316 BW,⁷⁵¹ aanpassing van de inwerkingtreding of geldingsduur van de getroffen voorzieningen,⁷⁵² de verwerping van het cassatieberoep ex art. 81 RO,⁷⁵³ het enquêteverzoek van de curator⁷⁵⁴ of een verzoek tot het verlenen van inzage in de boeken aan de enquêteurs.⁷⁵⁵

Zoekopdracht 6: Enquêteprocedures 2000 – 2001 (Legal Intelligence)

- Bij deze zoekopdracht zijn om dezelfde redenen als bij de vijfde zoekopdracht uitspraken als niet van belang zijnde voor het onderzoek bestempeld.⁷⁵⁶

Zoals beschreven in paragraaf 5.2.3 leiden de zoekopdrachten tot 5196 resultaten. Na de summiere bestudering van de uitspraken blijkt dat het aantal unieke uitspraken lager ligt (4679), omdat bepaalde uitspraken meerdere keren in de zoekresultaten terugkomen.⁷⁵⁷ Van deze 4679 uitspraken lijkt in 2050 uitspraken de redelijkheid en billijkheid een rol te spelen. In de 2050 uitspraken staan verschillende rechtsvormen centraal. Gelet op de afbakening van het onderzoek zijn vervolgens alle geschillen binnen BV's uit deze dataset gesorteerd, waardoor er 1315 relevante resultaten overblijven voor de nadere bestudering. Van deze resultaten met betrekking tot BV's gaat het in 989 gevallen om een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer. Hierdoor ligt het aantal (unieke)

⁷³⁷ Hof Amsterdam (OK) 3 januari 2002, *ARO* 2002/25.

⁷³⁸ Hof Amsterdam (OK) 4 januari 2002, *ARO* 2002/12; Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2011, *ARO* 2011/152.

⁷³⁹ Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2002, *ARO* 2002/20; Hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2002, *ARO* 2002/139.

⁷⁴⁰ Hof Amsterdam (OK) 31 januari 2002, *ARO* 2002/21.

⁷⁴¹ Hof Amsterdam (OK) 11 april 2002, *ARO* 2002/87.

⁷⁴² Hof Amsterdam (OK) 18 juli 2002, *ARO* 2002/137.

⁷⁴³ Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2002, *ARO* 2002/67.

⁷⁴⁴ Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2002, *ARO* 2002/98.

⁷⁴⁵ Hof Amsterdam (OK) 1 augustus, *ARO* 2002/142.

⁷⁴⁶ Hof Amsterdam (OK) 21 november 2002, *ARO* 2002/188.

⁷⁴⁷ Hof Amsterdam (OK) 18 maart 2004, *ARO* 2004/50.

⁷⁴⁸ Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2004, *ARO* 2004/71.

⁷⁴⁹ Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2004, *ARO* 2004/8.

⁷⁵⁰ Hof Amsterdam (OK) 5 december 2005, *ARO* 2005/213.

⁷⁵¹ Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2005, *ARO* 2005/132.

⁷⁵² Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2007, *ARO* 2007/181; Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2010, *ARO* 2010/117.

⁷⁵³ HR 15 december 2006, *ARO* 2007/1.

⁷⁵⁴ Hof Amsterdam (OK) 19 september 2019, *ARO* 2019/174.

⁷⁵⁵ Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2009, *ARO* 2009/46.

⁷⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 3 oktober 2001, *JOR* 2001/264; Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2001, *JOL* 2001/630; Hof Amsterdam (OK) 25 juli 2001, *JOL* 2001/613; Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2001, *JOR* 2001/89; Hof Amsterdam (OK) 25 januari 2001, *JOR* 2001/82; Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2000, *JOR* 2000/209; Hof Amsterdam (OK) 13 januari 2000, *JOR* 2000/96A.

⁷⁵⁷ Dit getal kan lager liggen aangezien bepaalde ARO-nummers naar dezelfde uitspraak verwijzen en mogelijk zijn niet alle dubbele uitspraken eruit gefilterd.

geschillen lager. De reden hiervoor is dat de Ondernemingskamer verschillende uitspraken kan doen in de eerste en tweede fase van de enquêteprocedure. Er zijn bijvoorbeeld 118 uitspraken waarin het gaat om de tweede fase van een enquêteprocedure. Het aantal ‘unieke’ geschillen is gelet daarop maximaal 1197.⁷⁵⁸ Het aantal relevante uitspraken binnen BV’s zal overigens afnemen door de aanvullende selectiecriteria en nadere bestudering van de uitspraken, want de uitspraken zijn voorlopig summier bestudeerd en bij enige twijfel als relevant bestempeld.⁷⁵⁹

Zoekopdracht⁷⁶⁰	Aantal gevonden (unieke) uitspraken⁷⁶¹	Aantal uitspraken m.b.t. art. 2:8 BW (alle rechtspersonen)	Aantal relevante uitspraken BV’s
1	741	379	76
2	929	570	279
3	57	30	30
4	98	43	42
5	2631	974	846
6	223	54	42
Totaal	4679	2050	1315

Tabel 2. Overzichtstabel gevonden en relevante uitspraken

Van het totaal aantal relevante uitspraken binnen BV’s (1315) zijn er 290 met een dagvaarding ingeleid. De resterende 1025 relevante uitspraken zijn met een verzoekschrift ingeleid. Van de 1025 uitspraken die met een verzoekschrift zijn ingeleid, gaat het in 988 uitspraken om een enquêteprocedure. Vanwege het omvangrijke aantal enquêteprocedures is besloten om een onderscheid te maken tussen ‘enquêteprocedures’ en ‘overige verzoekschriftprocedures’. Onder de laatste categorie vallen bijvoorbeeld beschikkingen van de Hoge Raad of bepaalde ontslagprocedures waarin de procedure via het arbeidsrecht is ingestoken.

Soort	Aantal uitspraken m.b.t. art. 2:8 BW (alle rechtspersonen)	Aantal relevante uitspraken BV’s
Dagvaardingsprocedures	653	290
Enquêteprocedures	1143	988
Overige verzoekschriftprocedures	254	37
Totaal	2050	1315

Tabel 3. Overzichtstabel (relevante) dagvaardingsprocedures, enquêteprocedures en overige verzoekschriftprocedures

⁷⁵⁸ In paragraaf 5.4.2 staat hoe enquêteprocedures met een eerste- en tweedefasebeschikking finaal in de dataset zijn opgenomen.

⁷⁵⁹ Zie paragraaf 5.4 voor de aanvullende selectiecriteria en voetnoot 705 voor de betekenis van ‘summiere bestudering’.

⁷⁶⁰ Dit betreffen zowel de zoekopdrachten in 2020 als in 2023, waarbij de zoekopdrachten op basis van dezelfde zoektermen worden samengevoegd.

⁷⁶¹ Het aantal gevonden uitspraken ziet op de (unieke) uitspraken die niet gevonden zijn in een van de voorgaande zoekopdrachten.

5.3 Een voorlopig codeerschema en codeboek creëren

5.3.1 Inleiding

Zoals beschreven in de inleiding van dit hoofdstuk is het opstellen van een voorlopig codeerschema en codeboek vereist voor het nader afbakenen van het onderzoek. Deze paragraaf behandelt daarom eerst de standaard vormgeving van de tweede fase van een inhoudsanalyse (paragraaf 5.3.2). Hierna volgt in paragraaf 5.3.3 een uiteenzetting van het doorlopen proces dat tot een voorlopig codeerschema en codeboek heeft geleid.

5.3.2 Theoretische weergave fase 2 inhoudsanalyse

In de tweede fase van een inhoudsanalyse staat het ontwikkelen van een codeerschema en codeboek centraal. Deze fase is vervolgens weer onder te verdelen in vier aparte stappen. Alvorens nader op deze stappen in te gaan is het belangrijk om te duiden dat het ontwikkelen van een codeerschema en codeboek een iteratief proces is. Hierdoor zal veelal naar een eerdere stap worden teruggegaan totdat het gewenste eindresultaat bereikt is.⁷⁶² De vier stappen zijn:

1. Een voorlopige set variabelen creëren, evalueren en aanscherpen.
2. Het opstellen van een codeerschema en codeboek alsmede met behulp van codeurs de betrouwbaarheid daarvan testen.
3. Het aanpassen van het codeerschema en het codeboek op basis van de gezamenlijke codeersessies en herhaaldelijk de betrouwbaarheid daarvan controleren alsmede de codeurs verder trainen.
4. De gefinaliseerde versie van het codeerschema en het codeboek toepassen om de geselecteerde uitspraken te coderen en afsluitend een laatste betrouwbaarheidstest uitvoeren.⁷⁶³

Het creëren van een voorlopige set variabelen kan op een inductieve, deductieve of gecombineerde wijze geschieden. Wanneer onderzoekers inductief werken, lezen zij eerst een deel van de geselecteerde uitspraken en noteren zij de relevante kenmerken (variabelen) van de uitspraken. Indien onderzoekers opteren voor een deductieve werkwijze, dan gaan de onderzoekers op basis van het theoretisch kader de diverse variabelen vaststellen en vervolgens de jurisprudentie coderen. Deze werkwijzen zijn te combineren waardoor een mix tussen inductief en deductief ontstaat.⁷⁶⁴ In deze fase – evenals in latere fasen – zullen de initiële variabelen naar alle waarschijnlijkheid meermaals wijzigen, omdat het model telkens geëvalueerd en aangepast moet worden. De onderzoeker kan hierbij kiezen om dicht bij de daadwerkelijke tekst te blijven, zodat de nuance in een stuk tekst niet verloren gaat en vooringenomenheid wordt voorkomen.⁷⁶⁵ Vervolgens kan de onderzoeker in plaats van descriptief meer interpretatief werken door bepaalde variabelen samen te voegen, zodat de variabelen minder snel overlappen.⁷⁶⁶ Hierna is het mogelijk om op basis van de voorgaande informatie een codeerschema en codeboek op te stellen. Het codeerschema fungeert als invulmodel en

⁷⁶² Krippendorff 2004, p. 85-86; Saldaña 2009, p. 8.

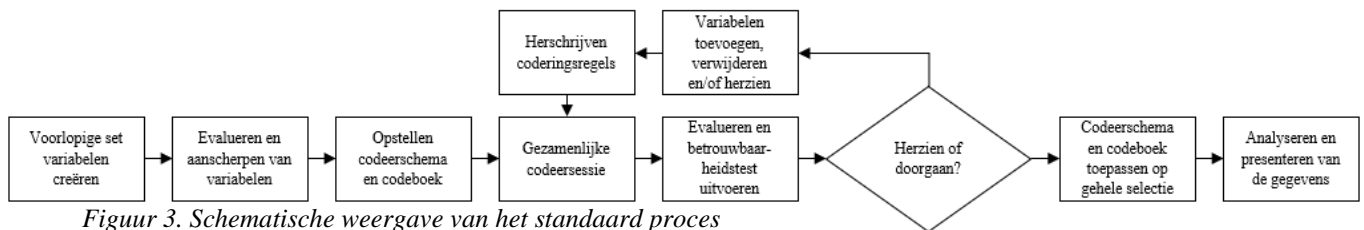
⁷⁶³ Hall & Wright 2008, p. 107-117; Krippendorff 2004, p. 129-130.

⁷⁶⁴ Miles & Huberman 2014, p. 81-82; Vols & Jacobs 2017, p. 95. Uit paragraaf 5.3.3 blijkt dat in dit onderzoek zowel inductief als deductief te werk is gegaan (mix).

⁷⁶⁵ Livermore & Rockmore 2019, p. 12; Yung 2010, p. 1196-1197; Edwards & Livermore 2009, p. 1924-1926.

⁷⁶⁶ Lawlor 1972, p. 259-264.

het codeboek geeft regels alsmede strategieën, zodat de codeur de uitspraken consequent kan coderen in het codeerschema. Om de betrouwbaarheid en repliceerbaarheid van het onderzoek te waarborgen moeten verschillende codeurs een aantal uitspraken aan de hand van het codeboek coderen.⁷⁶⁷ Het kiezen van codeurs dient niet willekeurig te gebeuren, aangezien personen met soortgelijke achtergrondkennis accurater teksten kunnen coderen op vergelijkbare wijze.⁷⁶⁸ Er zijn verschillende methoden om te achterhalen of de codeurs volgens bepaalde standaarden consequent hebben gecodeerd.⁷⁶⁹ Tot slot is het cruciaal om het codeerschema en het codeboek aan te passen – alsmede de codeurs verder trainen – totdat het mogelijk is om beide documenten te finaliseren. Wanneer de documenten gefinaliseerd zijn, kan de onderzoeker – of de codeurs – alle geselecteerde uitspraken coderen.



Figuur 3. Schematische weergave van het standaard proces

5.3.3 Het doorlopen proces

Voorafgaand aan het opstellen van de variabelen (codes) is allereerst een overzichtelijke structuur voor het codeerschema gecreëerd. Omdat het coderen van rechterlijke uitspraken centraal staat in het empirisch deel, is bij de structuur van dergelijke uitspraken aangesloten.⁷⁷⁰ Hierdoor zijn de volgende categorieën (thema's) bedacht waaronder de variabelen vallen: (i) algemene informatie, (ii) partijen, (iii) vordering, verweer en gronden, (iv) feiten, (v) beoordeling, (vi) beslissing van het rechtscollege en (vii) bijzonderheden. Vervolgens is per thema onderzocht welke informatie van belang is in het kader van het onderzoek.

Het eerste thema (algemene informatie) bevat informatie (variabelen) om het analyseren van de data te vereenvoudigen. De partijen staan centraal in het tweede thema, zodat inzichtelijk wordt tussen welke partijen het geschil zich afspeelt alsmede welke rol zij binnen de vennootschap vervullen. De positie van partijen binnen de vennootschap heeft namelijk invloed op het geschil, aangezien partijen in een gelijkwaardige positie anders kunnen handelen dan wanneer er sprake is van een machtsonevenwicht.⁷⁷¹ Verder zijn aparte variabelen opgesteld voor informatie over de vorderingen/verzoeken, verweren en aangevoerde gronden. Om variabelen te creëren voor de thema's 'feiten' en 'beoordeling' is de gebruikte literatuur uit paragraaf 5.2.2 in combinatie met de onderzoeken van Cools e.a. en Lafarre e.a. geraadpleegd.⁷⁷² Dit leidde (initieel) tot de volgende negen typen ondernemingsrechtelijke geschillen (variabelen): (i) informatieverstrekking, (ii) dividend-

⁷⁶⁷ Hall & Wright 2008, p. 112-116; Epstein & King 2002, p. 86-87; Rantanen 2016, p. 257-259.

⁷⁶⁸ Krippendorff 2004, p. 129.

⁷⁶⁹ De bekendste methoden om de betrouwbaarheid tussen codeurs te testen zijn de Scott's pi, Cohen's kappa en Krippendorff's alpha. Zie hierover: Scott 1955, p. 321-325; Cohen 1960, p. 37-46; Krippendorff 1980. Overigens is in dit onderzoek besloten om niet de betrouwbaarheid tussen de codeurs te onderzoeken, omdat uitsluitend de onderzoeker alle relevante uitspraken codeert. Een nadere verklaring hiervoor staat in paragraaf 5.5.3.

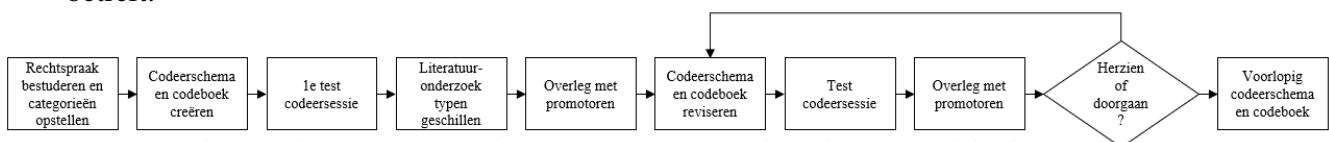
⁷⁷⁰ Gelet hierop is allereerst inductief gewerkt, aangezien de kenmerken (structuur) van de bronnen (rechtspraak) zijn onderzocht.

⁷⁷¹ Dit volgt uit het deductief onderzoek dat gedaan is om de correcte zoektermen in kaart te brengen (paragraaf 5.2.2).

⁷⁷² Cools e.a. 2009, p. 74; Lafarre e.a. 2018, p. 58-60.

/reserveringsbeleid, (iii) beleid, (iv) belangenverstrengeling, (v) structuurwijziging, (vi) beëindiging, uittreding of uitstoting, (vii) in strijd handelen met wet of statuten, (viii) ontslag of schorsing bestuurder en (ix) overige. Door bij zowel de feiten als de beoordeling te noteren welke tekstdelen over een bepaald type geschil gaan, is het eenvoudiger om een link te leggen tussen de feiten en de rechterlijke beoordeling. Voorts zijn onder het thema ‘beslissing van het rechtscollege’ codes over getroffen voorzieningen en de uitkomst van de procedure geplaatst. Tot slot staat onder het thema ‘bijzonderheden’ een gelijknamige variabele voor het noteren van de informatie waarvoor nog geen variabele bestaat.

De eerste conceptversie bestaat uit 55 variabelen. Aan de hand van deze versie heb ik twintig willekeurige uitspraken uit de voorlopige dataset – periode 2018 tot en met 2019 – gecodeerd.⁷⁷³ De vergaarde informatie is vervolgens gebruikt voor het aanpassen/-scherpen van de eerste versie van het codeerschema en het codeboek.⁷⁷⁴ Daarnaast hebben het bestuderen van meer literatuur over de hiervoor genoemde acht typen geschillen en het bespreken van het codeerschema en het codeboek geleid tot een tweede conceptversie.⁷⁷⁵ Deze tweede versie is daarna toegepast voor het coderen van tachtig uitspraken⁷⁷⁶ en middels de derde conceptversie zijn veertig uitspraken gecodeerd,⁷⁷⁷ waarna de vierde conceptversie is opgesteld. Dit benadrukt nogmaals dat het een iteratief proces betreft.



Figuur 4. Schematische weergave initiële proces van creëren codeerschema en codeboek

Het aanpassen en aanscherpen van variabelen is onderdeel van het hierboven beschreven proces. Dit heeft onder meer tot het toevoegen van type 6 (beëindiging, uittreding en uitstoting) aan type 5 (structuurwijziging) geleid. Deze aanpassing leidt tot een eenvoudigere structuur. Ook is type 7 (in strijd handelen met wet of statuten) verwijderd omdat een geschil veelal niet zozeer gaat over het

⁷⁷³ Indien de hoofdtekst geen informatie bevat over het gezamenlijk coderen van de uitspraken, dan zijn de uitspraken enkel door de auteur gecodeerd.

⁷⁷⁴ Het aanpassen van het codeerschema heeft tot het gevolg dat het bijbehorende codeboek eveneens wordt aangepast, aangezien beide documenten op elkaar zijn afgestemd.

⁷⁷⁵ Voor het literatuuronderzoek zijn de volgende bronnen geraadpleegd: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019; Assink e.a. 2015b; Attaïbi 2018; Bartman & Dorresteyn 2018; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2020; De Bie Leuveling Tjeenk 2018; Bier 2012a; De Boer 2020; Boschma & Schutte-Veenstra 2012; Bosman 2015; Brons 2020; Bulten 2011; Bulten & Jansen 2015; Buziau 2019; Eikelboom 2017a; Eikelboom 2017b; Evers 2016; Goedël 2002; Van de Graaf 2020; Hanegraaf 2020a; Hanegraaf 2020d; Van Hassel & Nieuwe Weme 2010; Hoeba 2018; Huizink 2006; De Jongh 2011; De Jongh 2019a; De Jongh 2019c; Kemp 2015a; Kemp 2015b; Koelemeijer 1999; Koelemeijer 2018; Van der Korst 2007; Van der Korst 2020; Koster 2014a; Koster 2015; De Leeuw 2016; Van Leeuwen 2015; Leijten 2019; Lok 2018; Lok & Kemp 2015; Meijer 2012; Van Meurs 2016; Moulen Janssen 2020; Mussche 2019; Nowak 2014; Parl. Gesch. Flex-BV, deel II 2012; Oosterhoff 2017; Oostwouder & Wessel 2015; Prinsen 2013; Raaijmakers & Van der Sangen 2014; Van der Sangen 2003; Van Schilfgaarde 2016; Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017; Schoenmaker-Tijsseling 2011; Schönau 2012; Assink/Slagter 2013; Stokkermans 2010; Van Straten 2020; Tervoort e.a. 2017; Timmerman 2003; Timmerman 2009; Timmerman 2013; Timmerman 2014; Verdam 1995; Verdam 2015b; Wassink 2012; Wees & Eikelboom 2018; Wuisman 2015; Wuisman 2020.

⁷⁷⁶ De uitspraken zijn tussen de periode 2000 tot en met 2019 willekeurig gekozen waarbij rekening is gehouden met een spreiding qua jaartallen alsmede dagvaardings- en enquêteprocedures.

⁷⁷⁷ De uitspraken zijn wederom tussen de periode 2000 tot en met 2019 willekeurig gekozen waarbij rekening is gehouden met een spreiding qua jaartallen alsmede dagvaardings- en enquêteprocedures. Ook is getracht om niet nogmaals een eerder gecodeerde uitspraak te selecteren.

handelen in strijd met de wet of statuten, maar eerder betrekking heeft op een van de andere typen geschillen. Tot slot is type 9 weggehaald aangezien deze variabele geen informatie bevat naar aanleiding van de testsessies. Door voornoemde aanpassingen ligt de focus van het onderzoek meer specifiek op ondernemingsrechtelijke geschillen tussen aandeelhouders, certificaathouders, bestuurders en/of commissarissen die onder de volgende typen geschillen vallen:

Nr.	Type geschil	Beknopte toelichting
1	Informatieverstrekking	Een partij stelt dat de informatieverstrekking richting hem/haar gebrekkig of onjuist is.
2	Belangenverstrengeling	De bestuurder heeft uiteenlopende conflicterende belangen, waardoor (minimaal) ‘vraagtekens’ ontstaan bij uitgevoerde en/of toekomstige handelingen/transacties.
3	Winstbestemming	Onenigheid bestaat omtrent het uitkeren of het reserveren van de winst.
4	Strategie en beleid	Er bestaat geen overeenstemming over gemaakte financiële, commerciële en/of sociale beslissingen met uitzondering van beslissingen omtrent de winstbestemming.
5	Structuurwijziging	Er bestaat een geschil over het wijzigen van de aandelenstructuur, statuten of ondernemingsstructuur. Hieronder vallen ook geschillen omtrent het ontbinden van de vennootschap of het – in ruime zin – willen beëindigen van de samenwerking. ⁷⁷⁸
6	Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder	Er bestaat geen overeenstemming over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een of meerdere bestuurders.

Tabel 4. Typen ondernemingsrechtelijke geschillen

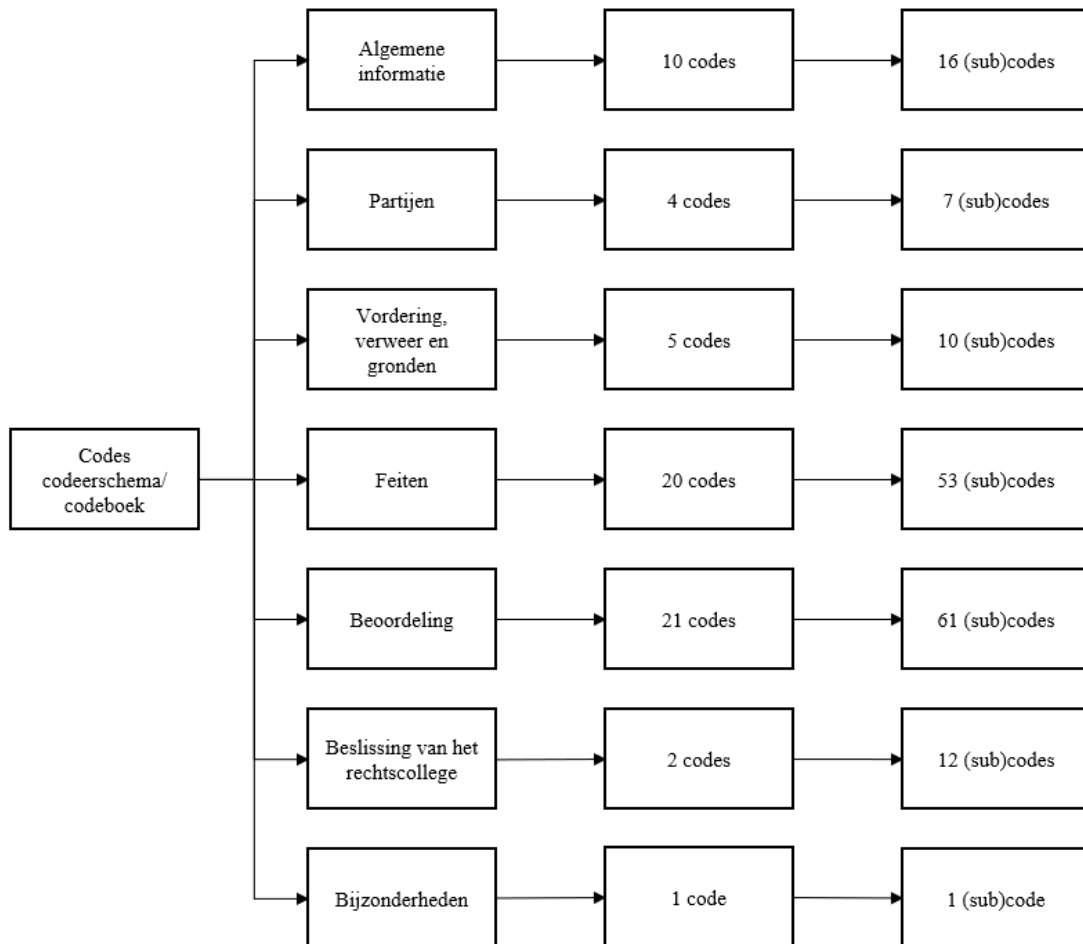
Doordat het codeerschema en het codeboek verschillende keren zijn aangepast, zijn er aan het einde van deze fase 63 codes verdeeld over zeven thema's.⁷⁷⁹ Ook zijn 40 van de 63 codes in subcodes onderverdeeld, waardoor het totaal aantal (sub)codes substantieel hoger is (160).⁷⁸⁰ Een code onder het thema ‘feiten’ gaat bijvoorbeeld over type 6 (ontslag, schorsing of benoeming bestuurder) en onder de subcodes van dat type geschil valt informatie over de totstandkoming van het besluit, het hoorrecht en de materiële gronden voor het ontslag, de schorsing of het benoemingsbesluit. Dezelfde subcodes met betrekking tot hetzelfde type geschil staan eveneens onder het thema ‘beoordeling’. Verder staan onder het thema ‘feiten’ bijvoorbeeld codes zoals: structuur, familieverhouding, financiële positie, aandeelhoudersovereenkomst en – zoals hiervoor geïllustreerd – meer specifieke codes ten aanzien van de gevalstypen in tabel 4. Het potentiële belang van de algemenere codes met betrekking tot de feiten – die niet gerelateerd zijn aan de gevalstypen – is gebleken uit de literatuurstudie en naar aanleiding van de testsessies. Deze algemenere codes zien logischerwijs niet op alle mogelijke feiten en omstandigheden om het codeboek overzichtelijk te houden. Dit is

⁷⁷⁸ Met ‘in ruime zin’ wordt bedoeld dat het niet alleen gaat om twee aandeelhouders die uit elkaar willen via een uitredingsprocedure, maar onder deze categorie valt bijvoorbeeld ook een aandeelhouder die het faillissement van de vennootschap wil aanvragen of zijn aandelenbelang wil overdragen. Hierbij is het logischerwijs van belang dat de rechter art. 2:8 BW toepast om het geschil te beslechten.

⁷⁷⁹ Zoals aan het begin van deze paragraaf is beschreven, zijn de volgende zeven thema's bedacht: (i) algemene informatie, (ii) partijen, (iii) vordering, verweer en gronden, (iv) feiten, (v) beoordeling, (vi) beslissing van het rechtscollege en (vii) bijzonderheden.

⁷⁸⁰ De auteur beschikt zowel over de vierde conceptversie van het codeboek als over de andere conceptversies van het codeboek waaruit het aantal codes per versie blijkt.

echter niet problematisch omdat de relevantie van bepaalde feiten en omstandigheden – voor de beslechting van een type geschil door toepassing van art. 2:8 BW – zal blijken uit het rechterlijk oordeel. Een rechter kan bijvoorbeeld bij het formuleren van een norm aanhalen dat de norm met name van belang is vanwege de familierechtelijke betrekking tussen de aandeelhouders. Die informatie zal vervolgens onder het thema ‘beoordeling’ bij het centraal staande gevalstype worden gecodeerd, waardoor dergelijke informatie niet verloren raakt.



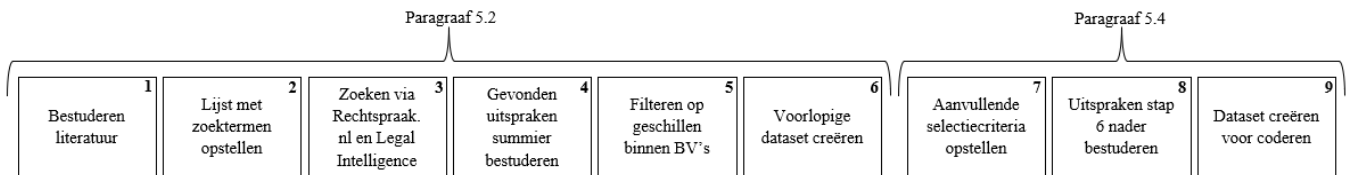
Figuur 5. Overzicht aantal codes

5.4 Afronding selectieproces

5.4.1 Inleiding

Het opstellen van een voorlopig codeerschema en codeboek zorgt voor meer kennis over de redelijkheid en billijkheid binnen bepaalde typen geschillen. Naar aanleiding daarvan zijn aanvullende selectiecriteria opgesteld om de relevante uitspraken met betrekking tot die typen geschillen binnen BV's uit de voorlopige dataset te destilleren (paragraaf 5.4.2). De voorlopige dataset is dan ook nader bestudeerd – rekening houdend met de aangescherpte afbakening van het onderzoek – om de relevantie van de uitspraken te beoordelen voor het empirisch onderzoek. Hierna volgt in paragraaf 5.4.3 een uiteenzetting van hoeveel uitspraken de systematische analyse bevat, waarbij het nog steeds mogelijk is dat een deel van de uitspraken afvalt. De redenen hiervoor zijn dat tijdens het

daadwerkelijke codeerproces alle uitspraken tot in detail worden bestudeerd en in de eerdere fasen is bij enige twijfel altijd een uitspraak als relevant bestempeld.



Figuur 6. Herhaling: schematische weergave van het selectieproces

5.4.2 Aanvullende selectiecriteria (stap 7)

Zoals beschreven in paragraaf 5.2.1 is een uitspraak van belang voor het onderzoek als er sprake is van een ondernemingsrechtelijk geschil tussen aandeelhouders, certificaathouders, bestuurders en/of commissarissen binnen een BV waarin de redelijkheid en billijkheid expliciet dan wel impliciet terugkomt in de rechterlijke beoordeling.⁷⁸¹ Onder het begrip ‘ondernemingsrechtelijk geschil’ vallen de in paragraaf 5.3.3 genoemde typen geschillen, waardoor meer duidelijkheid bestaat over de afbakening van de systematische rechtspraakanalyse.⁷⁸²

De redelijkheid en billijkheid moet vanwege de voorgaande afbakening terugkomen in een van de genoemde typen ondernemingsrechtelijke geschillen (tabel 4). Een andere afbakening heeft betrekking op enquêteprocedures. Vanwege de uiteenlopende uitspraken die de Ondernemingskamer in één procedure kan doen, is besloten om één uitspraak per enquêteprocedure op te nemen in de uiteindelijke dataset. De desbetreffende uitspraak dient daarnaast te gaan over het verzoek tot vaststelling van wanbeleid of over een aspect in een eerdere fase van de enquêteprocedure zoals het verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken. Hierdoor valt bijvoorbeeld een uitspraak over het treffen van nadere voorzieningen na de vaststelling van wanbeleid buiten de reikwijdte van het onderzoek. Ingeval in meerdere beschikkingen van dezelfde procedure art. 2:8 BW voorkomt, dan geldt als uitgangspunt dat de tweedefasebeschikking leidend is waarin het gaat om de vaststelling van wanbeleid. Indien er geen tweedefasebeschikking is, dan is de eerstefasebeschikking leidend met een oordeel over het toe- of afwijzen van het enquêteverzoek.⁷⁸³ Overigens blijven – zoals beschreven in paragraaf 5.2.1 – aansprakelijkheidsprocedures buiten de reikwijdte van de systematische rechtspraakanalyse vallen.⁷⁸⁴

5.4.3 Dataset creëren voor het coderen (stappen 8 en 9)

Met inachtneming van de voorgaande afbakening zijn alle uitspraken in de voorlopige dataset nader bestudeerd. Bij de bestudering daarvan is ervoor gekozen om een onderscheid te maken tussen

⁷⁸¹ Een geschil tussen vruchtgebruikers en blooteigenaren van aandelen wordt in het kader van het onderzoek beschouwd als een geschil tussen aandeelhouders, waardoor dergelijke geschillen binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen.

⁷⁸² Dit is in overeenstemming met de typen ondernemingsrechtelijke geschillen die in hoofdstuk 2 zijn behandeld.

⁷⁸³ Door het opnemen van één uitspraak per enquêteprocedure blijft de dataset bestaan uit unieke geschillen bij verschillende rechterlijke instanties.

⁷⁸⁴ Deze afbakening is gedurende de summier bestudering bedacht, waardoor een groot deel van de uitspraken in de voorlopige dataset in eerste instantie niet op basis van deze afbakening eruit is gefilterd.

dagvaardingsprocedures, enquêteprocedures en overige verzoekschriftprocedures.⁷⁸⁵ De reden hiervoor is dat het efficiënter is om soortgelijke uitspraken achter elkaar te bestuderen vanwege de overeenkomende structuur. Bij elke uitspraak is de relevantie daarvan genoteerd. Bij een relevante uitspraak is ook genoteerd (i) of een uitspraak daaraan is voorafgegaan,⁷⁸⁶ (ii) in welke rechtsoverweging(en) van het rechterlijk oordeel de redelijkheid en billijkheid expliciet dan wel impliciet staat en (iii) onder welk gevalstype(n) de uitspraak valt. Hieronder volgt een uiteenzetting van de analyse per procedure.⁷⁸⁷

Een dagvaardingsprocedure zal veelal binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen als de rechter inhoudelijk oordeelt over een vordering ex art. 2:15 lid 1 sub b BW, art. 2:336 BW of art. 2:343 BW vanwege de daarin terugkerende typen geschillen. Indien in de (reconventionele) vordering van partijen een van de voornoemde artikelen staat, is het vervolgens van belang om te onderzoeken of de rechter daarop inhoudelijk ingaat en de redelijkheid en billijkheid daarbij betreft.⁷⁸⁸ Wanneer een van de voornoemde artikelen in de uitspraak ontbreekt, is onderzocht of de redelijkheid en billijkheid terugkomt in de vordering of in de rechterlijke beoordeling. Veelvuldig zijn dergelijke uitspraken als niet van belang zijnde voor het onderzoek bestempeld, omdat enige link met de redelijkheid en billijkheid ontbreekt.⁷⁸⁹ Ook kan het een geschil betreffen dat niet onder een van de centraal staande ondernemingsrechtelijke geschillen valt.⁷⁹⁰ Daarnaast zijn onder meer een behoorlijk aantal aansprakelijkheidsprocedures alsnog als niet van belang zijnde voor het onderzoek bestempeld.⁷⁹¹

⁷⁸⁵ Met ‘overige verzoekschriftprocedures’ wordt bedoeld: verzoekschriftprocedures niet zijnde enquêteprocedures die door de Ondernemingskamer beslecht worden. Hieronder vallen bijvoorbeeld uitspraken van de Hoge Raad naar aanleiding van een enquêteprocedure. Ook uitspraken van de rechtbank inzake het ontslag van een bestuurder kunnen met een verzoekschrift zijn ingeleid als het vennootschapsrechtelijk element een onderdeel vormt van de discussie over het arbeidsrechtelijk ontslag van de bestuurder of als de verzoeker foutief de procedure met een verzoekschrift heeft ingeleid (zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2903; Rb. Limburg 9 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:125).

⁷⁸⁶ Hiervan is sprake bij hoger beroep, bij cassatie of in een (tweede fase) enquêteprocedure.

⁷⁸⁷ Dit geldt uitsluitend voor de relevante rechtspraak die in kaart is gebracht naar aanleiding van de zoekopdrachten in 2020. De reden hiervoor is dat de zoekopdrachten in 2023 zijn gedaan nadat de uitspraken in de periode van 2000 tot en met 2019 zijn gecodeerd. Door deze werkwijze kon in 2023 secuurder worden beoordeeld of een uitspraak binnen de reikwijdte van het onderzoek valt.

⁷⁸⁸ Onder meer de volgende uitspraken zijn – ondanks dat art. 2:15 lid 1 sub b BW, art. 2:336 BW of art. 2:343 BW in de uitspraak terugkomt – daardoor niettemin als niet van belang zijnde voor het onderzoek bestempeld: Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 31 juli 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BK1905; Rb. ’s-Hertogenbosch 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN4528; Rb. Utrecht 21 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY3997; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 23 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4056; Rb. Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9651; Rb. Amsterdam 3 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5819; Hof ’s-Hertogenbosch 20 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2816; Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:450.

⁷⁸⁹ Door deze afbakening zijn bijvoorbeeld de volgende uitspraken als niet van belang zijnde voor het onderzoek aangemerkt: Rb. Amsterdam 17 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BI2613; Rb. Amsterdam 24 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BQ5075; Rb. Leeuwarden 19 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY7610; Rb. Gelderland 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6873; HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2578; Rb. Rotterdam (vzr.) 14 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1717; Rb. Midden-Nederland 27 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1254.

⁷⁹⁰ Wanneer enkel een aandeelhouder met de vennootschap concurreert, valt de uitspraak buiten de reikwijdte van het onderzoek aangezien het geen belangenverstremgeling van een bestuurder betreft, zoals beschreven in tabel 4. Zie Rb. Overijssel (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4741.

⁷⁹¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam (vzr.) 16 juli 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ3645; Rb. Almelo 16 november 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BU6134; Hof ’s-Hertogenbosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW1098; Rb. Midden-Nederland 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4781; Rb. Amsterdam 30 september

De voorlopige dataset bevat 35 verzoekschriftprocedures die geen betrekking hebben op een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer. Allereerst is bij deze uitspraken onderzocht of de uitspraak binnen het beschreven kader past.⁷⁹² Als een uitspraak daarbinnen past, is het vervolgens van belang of de verzoeker/gedaagde een beroep doet op de redelijkheid en billijkheid in het verzoek of het verweer.⁷⁹³ Hierna volgt een bestudering van de rechterlijke beoordeling om te achterhalen of de redelijkheid en billijkheid in samenhang met een van de gevalstypen voorkomt.

Voor het bestuderen van de enquêteprocedures is een andere benadering gekozen. Een enquêteprocedure kan bestaan uit twee fasen en meerdere beschikkingen, terwijl het feitelijk gaat om één enquêteprocedure waarin hetzelfde ondernemingsrechtelijke geschil speelt.⁷⁹⁴ Om te voorkomen dat hetzelfde geschil dubbel in de resultaten staat, is – overeenkomstig paragraaf 5.4.2 – ervoor gekozen om één beschikking per enquêteprocedure te coderen. Ingeval er een tweedefasebeschikking is – die valt binnen de reikwijdte van het onderzoek – dan wordt de eerstefasebeschikking onder het kopje ‘Vervolg op’ aan de uitspraak in de tweede fase toegevoegd, zodat duidelijk is dat de uitspraken zien op dezelfde enquêteprocedure. Verder valt een enquêteprocedure niet binnen de reikwijdte van het onderzoek als de vakbond de procedure aanhangig maakt, omdat het geschil dan niet speelt tussen de betrokkenen zoals bedoeld in art. 2:8 BW.⁷⁹⁵

Indien de uitspraak over het toe- dan wel afwijzen van het enquêteverzoek gaat, wordt eerst de ‘beslissing’ van de Ondernemingskamer onderzocht. De reden hiervoor is dat voorzichtigheid vereist is ten aanzien van uitspraken waarin het enquêteverzoek wordt afgewezen, omdat het rechtscollege daarin (hoofdzakelijk) oordeelt dat de feiten geen gegronde redenen opleveren om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen.⁷⁹⁶ In beide fasen volgt daarna een analyse van het rechterlijk oordeel (de gronden van de beslissing) om te beoordelen of de Ondernemingskamer inhoudelijk de redelijkheid en billijkheid toepast of in zijn oordeel betreft. Als daarvan geen sprake

2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6932; Rb. Noord-Nederland 13 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:5067; Rb. Den Haag 5 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:12021.

⁷⁹² Een oordeel van de Hoge Raad naar aanleiding van een enquêteprocedure valt bijvoorbeeld buiten de reikwijdte van het onderzoek als het in de uitspraak gaat om het verduidelijken van de ontvankelijkheidseisen, de maatstaf voor de onderzoekskosten of de maatstaf voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen: HR 8 april 2011, *ARO* 2011/66; HR 29 maart 2013, *ARO* 2013/97; HR 11 april 2014, *ARO* 2014/100; HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:597.

⁷⁹³ Onder meer de volgende uitspraken zijn niet van belang voor het onderzoek ondanks dat een beroep op art. 2:8 BW wordt gedaan: Rb. Amsterdam 7 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9104; Rb. Amsterdam 21 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:10100; Rb. Amsterdam 14 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9598.

⁷⁹⁴ Wanneer dergelijke uitspraken niet worden samengevoegd, leidt dat tot vertroebeling van de resultaten, omdat die geschillen dan als het ware dubbel worden geteld gelet op het feit dat dezelfde rechterlijke instantie er meerdere keren over oordeelt.

⁷⁹⁵ Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928; Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2013, *ARO* 2013/155.

⁷⁹⁶ In bijvoorbeeld de volgende uitspraken constateert de Ondernemingskamer slechts dat de feiten geen aanleiding vormen voor toewijzing van het enquêteverzoek: Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2002, *ARO* 2002/30; Hof Amsterdam (OK) 28 november 2003, *ARO* 2003/184; Hof Amsterdam (OK) 20 januari 2004, *ARO* 2004/19; Hof Amsterdam (OK) 2 augustus 2005, *ARO* 2005/155; Hof Amsterdam (OK) 2 augustus 2006, *ARO* 2006/147; Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2007, *ARO* 2007/66; Hof Amsterdam (OK) 7 november 2008, *ARO* 2008/168; Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2009, *ARO* 2009/17; Hof Amsterdam (OK) 17 september 2010, *ARO* 2010/141; Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/54; Hof Amsterdam (OK) 22 mei 2012, *ARO* 2012/80; Hof Amsterdam (OK) 3 september 2014, *ARO* 2014/180; Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2015, *ARO* 2015/227; Hof Amsterdam (OK) 13 april 2016, *ARO* 2016/114; Hof Amsterdam (OK) 21 mei 2017, *ARO* 2017/119; Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2018, *ARO* 2018/97; Hof Amsterdam (OK) 18 december 2019, *ARO* 2020/26.

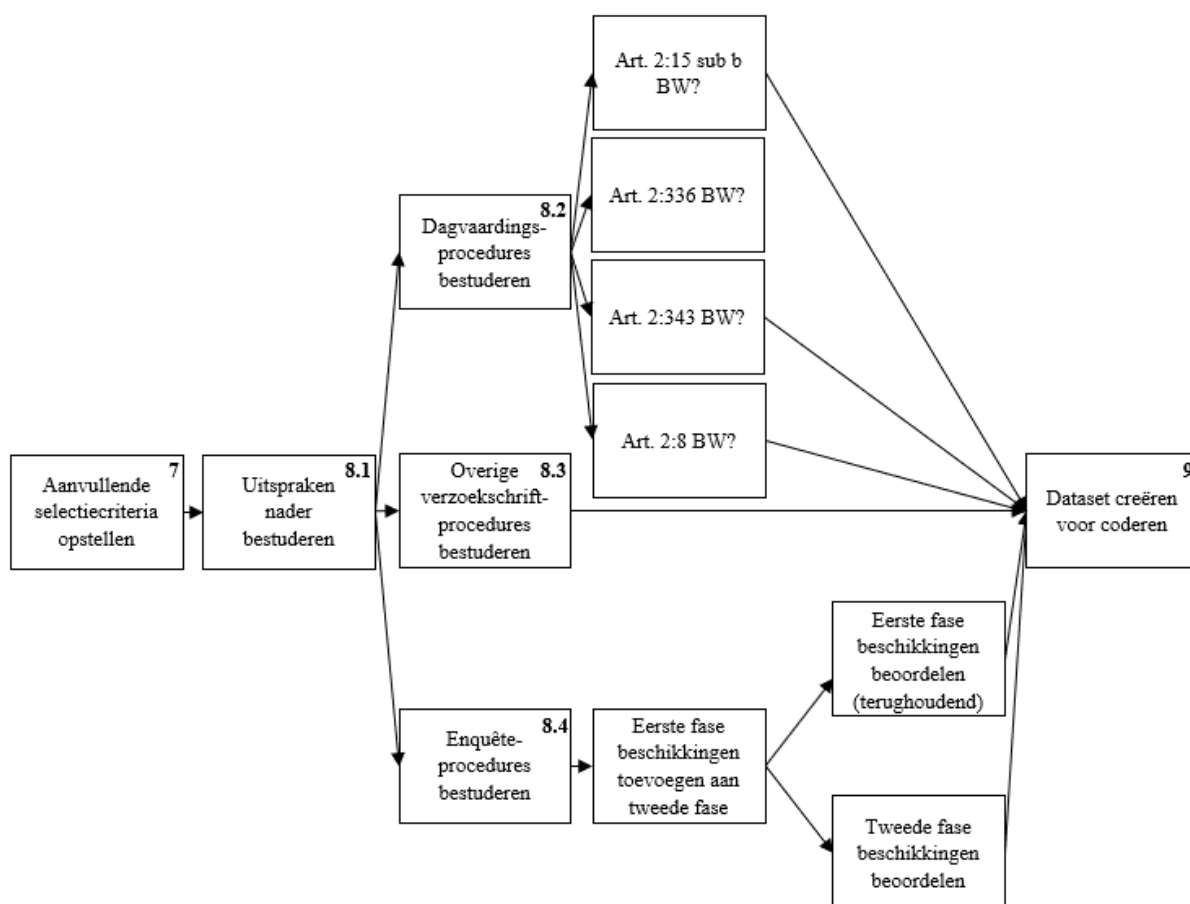
is, dan valt de uitspraak buiten de reikwijdte van het onderzoek.⁷⁹⁷ Hierbij blijft het van belang om rekening te houden met de geformuleerde typen geschillen. Zo zijn bijvoorbeeld uitspraken als niet van belang zijnde voor het onderzoek aangemerkt als daarin slechts een (ernstige) impasse wordt vastgesteld – die leidt tot handelen in strijd met art. 2:8 BW – en een link met een van de gevalstypen ontbreekt.⁷⁹⁸

Tot slot is gedurende het voorgaande proces twee keer een selectie van twijfelgevallen met twee vennootschapsjuristen getoetst, zodat meer eenduidigheid ontstaat omtrent de relevantie van uitspraken in de dataset.⁷⁹⁹ Gelet op het voorgaande is (globaal) stap 8 schematisch in de volgende deelstappen onder te verdelen:

⁷⁹⁷ Voorbeelden van uitspraken waarin art. 2:8 niet terugkomt, zijn: Hof Amsterdam (OK) 8 maart 2001, *JOR* 2001/107; Hof Amsterdam (OK) 26 november 2002, *ARO* 2002/178; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2003, *ARO* 2004/1; Hof Amsterdam (OK) 16 april 2004, *ARO* 2004/57; Hof Amsterdam (OK) 16 november 2005, *ARO* 2005/195; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2006, *ARO* 2006/196; Hof Amsterdam (OK) 12 juli 2007, *ARO* 2007/119; Hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *ARO* 2008/190; Hof Amsterdam (OK) 19 juni 2009, *ARO* 2009/106; Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2011, *ARO* 2011/167; Hof Amsterdam (OK) 11 december 2012, *ARO* 2013/6; Hof Amsterdam (OK) 24 juli 2013, *ARO* 2013/26; Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/85; Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2015, *ARO* 2015/163; Hof Amsterdam (OK) 12 december 2016, *ARO* 2017/61; Hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/50; Hof Amsterdam (OK) 6 september 2018, *ARO* 2018/201; Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84.

⁷⁹⁸ Hof Amsterdam (OK) 16 november 2000, *JOR* 2001/9; Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2001, *JOL* 2001/607; Hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/9; Hof Amsterdam (OK) 20 juni 2003, *ARO* 2003/110; Hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/192; Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2007, *ARO* 2007/84; Hof Amsterdam (OK) 1 juli 2008, *ARO* 2008/124; Hof Amsterdam (OK) 30 november 2009, *ARO* 2009/182; Hof Amsterdam (OK) 7 december 2010, *ARO* 2011/1; Hof Amsterdam (OK) 31 mei 2011, *ARO* 2011/88; Hof Amsterdam (OK) 20 juni 2012, *ARO* 2012/100; Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2013, *ARO* 2013/27; Hof Amsterdam (OK) 25 november 2014, *ARO* 2015/24; Hof Amsterdam (OK) 16 september 2015, *ARO* 2015/209; Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2016, *ARO* 2016/177; Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *ARO* 2018/90; Hof Amsterdam (OK) 20 september 2019, *ARO* 2019/175.

⁷⁹⁹ Doordat de redelijkheid en billijkheid immers – zoals beschreven in paragraaf 5.2.1 – impliciet in enquêteprocedures kan voorkomen, is het niet altijd evident of een uitspraak binnen het geschetste kader valt.



Figuur 7. Schematische weergave stappen 7 tot en met 9

Het nader bestuderen van de 1315 uitspraken in samenhang met de aangescherpte afbakening heeft ertoe geleid dat 589 uitspraken resteren gelet op de reikwijdte van het onderzoek. Het aantal uitspraken dat daadwerkelijk gecodeerd wordt, kan uiteindelijk lager liggen. De grondigste bestudering vindt immers plaats tijdens het finale codeerproces, waardoor alsnog kan blijken dat de redelijkheid en billijkheid geen rol speelt in de uitspraak met inachtneming van de afbakening van het onderzoek. Ook is tijdens die fase meer kennis aanwezig omtrent de redelijkheid en billijkheid en de typen ondernemingsrechtelijke geschillen. Hierdoor is het mogelijk om de relevantie van de uitspraken accurater te beoordelen.⁸⁰⁰

Soort	Aantal uitspraken voor nadere bestudering	Aantal uitspraken voor het coderen
Dagvaardingsprocedures	290	150
Enquêteprocedures	988	428
Overige verzoekschriftprocedures	37	11
Totaal	1315	589

Tabel 5. Aantal uitspraken dataset voor coderen

⁸⁰⁰ Een andere reden blijft dat uitspraken bij twijfel altijd als relevant zijn bestempeld om de kans te verkleinen dat een relevante uitspraak niet wordt gecodeerd.

5.5 Finalisering codeerschema en codeboek

5.5.1 Inleiding

In paragraaf 5.3.3 staat een beschrijving van hoe het voorlopige codeboek en codeerschema zijn opgesteld om een dataset voor het coderen op te zetten. Deze paragraaf behandelt de doorlopen stappen voor het finaliseren van het codeboek en het codeerschema. Allereerst is het vierde concept van beide documenten aangepast (paragraaf 5.5.2). Vervolgens hebben andere codeurs aan de hand van het vijfde concept een aantal uitspraken gecodeerd (paragraaf 5.5.3). Dit heeft tot de zesde conceptversie geleid waarmee de codeurs (wederom) uitspraken hebben gecodeerd. Na deze stap zijn de documenten gefinaliseerd (paragraaf 5.5.4).

5.5.2 Van concept 4 naar 5

Door het finaliseren van de dataset is wederom een groot aantal uitspraken bestudeerd. Dit heeft nieuwe inzichten opgeleverd, waardoor met behulp van het vierde concept van het codeerschema en codeboek twaalf willekeurige uitspraken zijn gecodeerd. Voor dit aantal is gekozen zodat van elk type geschil twee uitspraken worden gecodeerd en om te controleren of de doorgevoerde wijzigingen tot verduidelijking van de documenten hebben geleid. Na het coderen van de uitspraken zijn het codeboek en het codeerschema wederom aangepast. De voornaamste wijziging betreft het verwijderen van de codes 40 tot en met 50.⁸⁰¹ De codes 40 tot en met 50 behoorden tot het thema ‘rechterlijke beoordeling’ en deze codes hadden betrekking op bijvoorbeeld de structuur, de financiële positie, een bemiddelingspoging en de samenwerkingsovereenkomst. De reden voor het verwijderen van deze codes is dat het onderzoek gaat over de werking van art. 2:8 BW en hoe de rechter die norm toepast om bepaalde typen ondernemingsrechtelijke geschillen te beslechten. De codes 40 tot en met 50 hebben geen betrekking op bepaalde typen geschillen en onder het thema ‘feiten’ staan codes met dezelfde strekking. Gelet hierop maken de (oude) codes 40 tot en met 50 bij nader inzien enkel het codeboek en het codeerschema onnodig uitgebreider en complexer.⁸⁰²

5.5.3 Eerste gezamenlijke codeersessies

Voor de eerste gezamenlijke codeersessie zijn vijf personen benaderd waarvan vier personen verbonden zijn aan het departement Private, Business & Labour Law van Tilburg University. Alle personen (hierna: codeurs) hebben een ondernemingsrechtelijke achtergrond en houden zich hoofdzakelijk bezig met ondernemingsrechtelijke vraagstukken. Hierdoor begrijpen zij de materie en is het voor hen eenvoudiger om de uitspraken te coderen overeenkomstig het codeboek.

Voor de gezamenlijke codeersessie zijn vier willekeurige uitspraken geselecteerd. Twee uitspraken betreffen dagvaardingsprocedures en de andere twee uitspraken zijn enquêteprocedures. Ik heb eerst deze uitspraken gecodeerd waarna de uitspraken verdeeld zijn over de vijf codeurs. Drie codeurs hebben één dagvaardingsprocedure en één enquêteprocedure gekregen en de overige twee uitspraken (één dagvaardingsprocedure en één enquêteprocedure) zijn naar de twee andere codeurs

⁸⁰¹ Zie bijlage I (Deel codeboek concept 4 (juni 2021)) voor de codes 40 tot en met 50 die in deze fase zijn verwijderd.

⁸⁰² Zie bijlage I voor de codes 20 tot en met 30 binnen het thema ‘feiten’ met dezelfde strekking als de oude codes 40 tot en met 50.

gestuurd. Door deze werkwijze worden meerdere uitspraken gecodeerd en coderen minimaal twee codeurs dezelfde uitspraak. Overigens bestaan de groepen in ieder geval uit één persoon met meerdere decennia werkervaring op het gebied van het ondernemingsrecht en één persoon – of twee personen – met minder dan één decennium werkervaring.

Naast de uitspraken hebben de codeurs het codeerschema en het codeboek ontvangen. Het document waarin het codeboek staat, bevat een inleiding in het onderzoek, een beschrijving van het codeboek met diverse opmerkingen alsmede een plan van aanpak (voorgestelde werkwijze). Ook staan bij de verschillende codes veelal een tip en voorbeeld(en) om de codes te verduidelijken. De voorbeelden bij de codes zijn niet afkomstig uit de uitspraken die voor de gezamenlijke codeersessie zijn geselecteerd om beïnvloeding van de codeurs te voorkomen. Verder is de codeurs de mogelijkheid geboden om voorafgaand aan het coderen van de uitspraken met de onderzoeker in gesprek te gaan om onder meer het proces en eventueel de codes te verduidelijken.

De vijf codeurs hebben binnen een periode van drie weken de toegewezen uitspraken gecodeerd. Hierna zijn de resultaten in samenhang bestudeerd en is met elke codeur binnen één week een gesprek ingepland. Tijdens het gesprek zijn de resultaten besproken om te achterhalen waarom bepaalde informatie onder de verschillende codes is geplaatst alsmede welke codes onduidelijk waren en volgens hen eventueel aangepast/-gescherpt moesten worden. Uiteindelijk is het merendeel van de codes hetzelfde gebleven, maar sommige codes – met uitzondering van twee codes – zijn direct na afloop van alle gesprekken aangepast. De codes omtrent de wijze van toetsing en functies van de redelijkheid en billijkheid bleken namelijk tijdens de testsessie de nodige complicaties op te leveren, waardoor uitgebreid onderzoek naar beide aspecten is gedaan alvorens de codes aan te passen. Het voorgaande heeft tot de zesde conceptversie van het codeerschema en het codeboek geleid.

Wat betreft deze gezamenlijke codeersessie volgt een laatste opmerking. Er is geen methode toegepast om de betrouwbaarheid tussen de codeurs te testen.⁸⁰³ Hiervoor is gekozen omdat dezelfde persoon alle relevante uitspraken in de dataset zal coderen.⁸⁰⁴ Verder betreft het (hoofdzakelijk) een kwalitatief empirisch onderzoek, waardoor het volgens sommigen onmogelijk of minder belangrijk is om de betrouwbaarheid tussen codeurs te testen.⁸⁰⁵

5.5.4 *Tweede gezamenlijke codeersessie*

Voor de tweede gezamenlijke codeersessie zijn zes personen benaderd waarvan vijf personen verbonden zijn aan het departement Private, Business & Labour Law van Tilburg University. Van de zes personen waren er vijf tevens betrokken bij de eerste gezamenlijke codeersessie. De codeur die

⁸⁰³ De in paragraaf 5.3.2 genoemde methoden (Scott's pi, Cohen's kappa en Krippendorff's alpha) zijn daardoor niet toegepast. Volgens Hall & Wright is het ook niet verplicht om middels statistiek de betrouwbaarheid te testen. De betrouwbaarheid kan ook gewaarborgd worden door het gedetailleerd beschrijven van het coderingsproces (Hall & Wright 2008, p. 112-113).

⁸⁰⁴ De meerwaarde van het controleren van de betrouwbaarheid wordt door Bazeley & Jackson in twijfel getrokken als één persoon alle data codeert, aangezien het volgens hen belangrijker is dat de codeur bijhoudt hoe diegene over de data denkt, de gemaakte keuzes opschrijft en bijhoudt welke data voor een conclusie wordt gebruikt (Bazeley & Jackson 2013, p. 93).

⁸⁰⁵ Hruschka e.a. 2004, p. 308.

niet bij de eerdere sessie was betrokken, heeft eveneens een ondernemingsrechtelijke achtergrond en houdt zich onder meer bezig met ondernemingsrechtelijke vraagstukken.

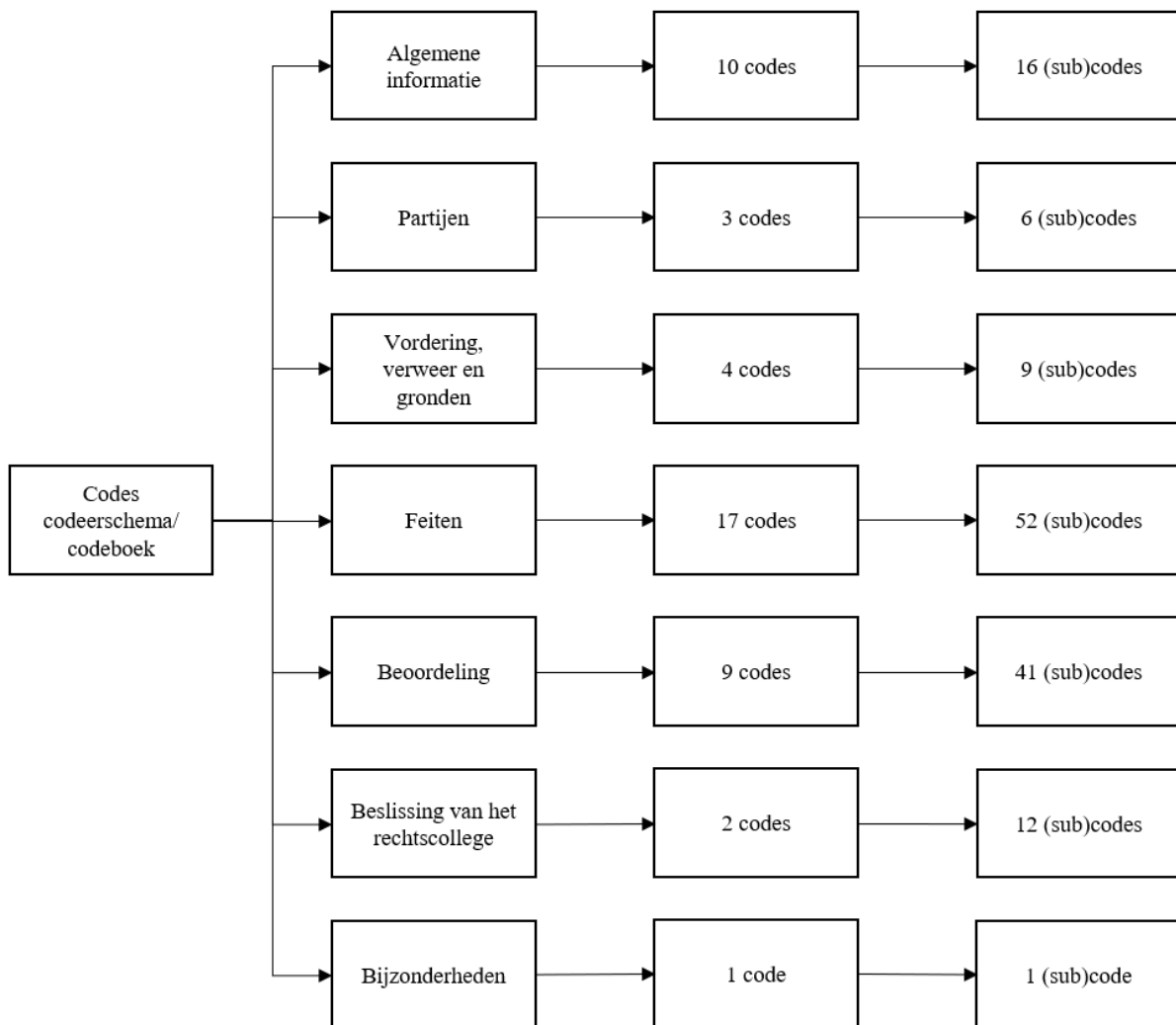
Voor deze gezamenlijke codeersessie zijn wederom vier willekeurige uitspraken geselecteerd. Dit betreffen allemaal enquêteprocedures aangezien de dagvaardingsprocedures in de voorgaande sessie tot minder complicaties hebben geleid. Ik heb wederom deze uitspraken eerst gecodeerd, waarna de uitspraken verdeeld zijn over de zes codeurs zodat drie codeurs telkens dezelfde twee uitspraken coderen. Voor deze werkwijze is weer gekozen om te achterhalen of de codeurs verschillende of soortgelijke problemen ervaren tijdens het coderen van dezelfde uitspraak. Naast de uitspraken hebben de codeurs ook de zesde conceptversie van het codeerschema en het codeboek – inclusief aanvullende tips en opmerkingen – ontvangen.

De zes codeurs hebben binnen één maand de toegewezen uitspraken gecodeerd. Hierna zijn de resultaten in samenhang bestudeerd en is met elke codeur binnen één week een gesprek ingepland. Tijdens het gesprek zijn de resultaten besproken om te achterhalen waarom bepaalde informatie onder de verschillende codes is geplaatst alsmede welke codes onduidelijk waren en volgens hen eventueel moeten worden aangepast/aangescherpt. Uiteindelijk zijn de codes inhoudelijk grotendeels hetzelfde gebleven, aangezien bij sommige codes enkel de beschrijving is verduidelijkt na afloop van alle gesprekken. Het voorgaande heeft tot de finale versie van het codeerschema en het codeboek geleid waarmee de relevante rechtspraak wordt gecodeerd. Verder bestaat het codeboek na de beschreven stappen in deze paragraaf (5.5) nog steeds uit zeven overkoepelende thema's. Het aantal codes is daarentegen afgenomen tot 46 en het totaal aantal (sub)codes is afgenomen tot 137.⁸⁰⁶

Hierbij valt op te merken dat de subcodes van de typen ondernemingsrechtelijke geschillen corresponderen met de genoemde elementen van de behandelde gevalstypen in hoofdstuk 2 waarin de redelijkheid en billijkheid terugkomt. Hierdoor is een bepaalde mate van overlap waarneembaar tussen het theoretisch kader en het codeboek.⁸⁰⁷ Of de resultaten daadwerkelijk overeenkomen met het beschreven kader volgt uit hoofdstuk 13. Het definitieve codeboek is te raadplegen in bijlage II.

⁸⁰⁶ Uit paragraaf 5.3.3 blijkt dat er voorheen 61 codes waren en het totaal aantal (sub)codes was 159.

⁸⁰⁷ Dit is overigens niet verwonderlijk gelet op het feit dat zowel inductief als deductief te werk is gegaan bij het creëren van de codes.



Figuur 8. Overzicht definitief aantal (sub)codes

5.6 Toepassing codeerschema en codeboek

5.6.1 Inleiding

Hieronder volgt eerst een korte beschrijving van de gebruikte programma's voor het coderen van de informatie alsmede het aantal uitspraken dat middels deze programma's is gecodeerd (paragraaf 5.6.2). Daaropvolgend staat in paragraaf 5.6.3 het doorlopen proces om inzichtelijk te maken dat het wederom een iteratief proces betreft in plaats van een lineair proces. Ook zijn gedurende het codeerproces bepaalde keuzes gemaakt en deze keuzes worden als laatste beschreven (paragraaf 5.6.4).

5.6.2 Gehanteerde programma's en definitief aantal gecodeerde uitspraken

Gedurende de test codeersessies is uitsluitend met Excel gewerkt, aangezien het codeerschema in Excel is gecreëerd. Om de informatie overzichtelijker weer te geven en te kunnen vergelijken is ervoor gekozen om eveneens ATLAS.ti te gebruiken.⁸⁰⁸ Op deze manier kunnen de verzamelde

⁸⁰⁸ Dit betreft versie 23 van ATLAS.ti die gedurende de onderzoeksperiode meermaals is geüpdatet.

gegevens via beide programma's worden geanalyseerd. Ook heeft dit ertoe geleid dat uitspraken nauwkeuriger zijn bestudeerd, omdat de informatie op verschillende plaatsen is gecodeerd. Ook zorgt het werken met twee programma's ervoor dat het eenvoudiger is om verschillende (foutieve) coderingen te signaleren. Door deze secure bestudering van de rechtspraak is eveneens gebleken dat bepaalde uitspraken alsnog buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen – zoals in paragraaf 5.4 is beschreven – omdat de redelijkheid en billijkheid achteraf bezien niet in de rechterlijke beoordeling voorkomt. Een specifiekere reden voor het lagere aantal gecodeerde uitspraken is dat het rechtscollege in een deel van de uitspraken het geschil op basis van de stel- en motiveringsplicht heeft afgedaan, waardoor het rechtscollege niet toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van het geschil. Hierdoor is een geschil veelal alsnog als niet van belang zijnde voor het onderzoek aangemerkt, zelfs als een partij aanvoert dat het gedrag van de wederpartij in strijd is met art. 2:8 BW. Door het voorgaande is het aantal gecodeerde uitspraken (424) lager, dan het aantal uitspraken dat zich in de dataset voor het coderen bevindt (589).⁸⁰⁹

Soort	Aantal uitspraken dataset voor coderen	Aantal gecodeerde uitspraken
Dagvaardingsprocedures	150	120
Enquêteprocedures	428	294
Overige verzoekschriftprocedures	11	10
Totaal	589	424

Tabel 6. Aantal gecodeerde uitspraken

5.6.3 Het doorlopen codeerproces

Het codeerproces heeft ongeveer vier maanden in beslag genomen. Gedurende deze maanden lag de focus hoofdzakelijk op het coderen van de uitspraken, zodat het coderen van de uitspraken op een consistente wijze verloopt. Voorafgaand aan het coderen van de uitspraken zijn allereerst alle codes uit het codeboek en alle uitspraken van de dataset in ATLAS.ti geplaatst. Ik heb vervolgens alle uitspraken in chronologische volgorde nagelopen en tegelijkertijd in zowel ATLAS.ti als Excel gecodeerd aan de hand van het codeboek. Wanneer twijfel over een codering bestond, is daarover een opmerking geplaatst in het Excel-bestand waarin alle uitspraken staan. Deze twijfelgevallen zijn nadien nogmaals nagelopen. Verder is een document opgesteld waarin de gemaakte keuzes zijn beschreven evenals aspecten waarover van gedachten dient te worden gewisseld. Dit document is aan de promotores voorgelegd om daar tot een gezamenlijke beoordeling over te komen. Afrondend zijn alle uitspraken nogmaals bestudeerd. Bij deze laatste bestudering lag de focus op het rechterlijk oordeel. Deze werkwijze zorgt ervoor dat de kans groter is dat het rechterlijk oordeel

⁸⁰⁹ De 424 gecodeerde uitspraken vertegenwoordigen de populatie van gepubliceerde uitspraken met inachtneming van de afbakening van het onderzoek. Hierbij dient er rekening mee te worden gehouden – zoals beschreven in voetnoot 690 (paragraaf 5.2.3) – dat een beperkt deel van alle uitspraken daadwerkelijk wordt gepubliceerd. Alhoewel dit aantal de afgelopen jaren is toegenomen, zorgt dit ervoor dat bepaalde relevante niet gepubliceerde uitspraken mogelijk niet in de dataset zitten. Dit aspect geldt hoofdzakelijk voor dagvaardingsprocedures, aangezien nagenoeg alle enquêteprocedures (verzoekschriftprocedures) vanaf 2002 tot en met heden in de ARO staan (zie uitgebreid hierover de voetnoten 823 en 830).

correct is gecodeerd en de kans kleiner is dat een relevante uitspraak buiten beschouwing is gelaten. Het totale proces heeft door deze werkwijze circa vijf maanden geduurd.

5.6.4 *Gemaakte keuzes*

Tijdens het in paragraaf 5.6.3 beschreven proces zijn bepaalde keuzes gemaakt om consistent te coderen. Deze keuzes hebben betrekking op de codes gerelateerd aan het rechterlijk oordeel en veelal één bepaald gevalstype.⁸¹⁰

Bij type 1 (informatieverstrekking) is gekozen om de 'hoeveelheid' verstrekte informatie aan te merken als 'materieel gedrag' met betrekking tot de wijze van toetsing (code 42.3). Hieronder valt de situatie waarin de rechter oordeelt dat er geen, te weinig of voldoende informatie wordt verstrekt aan de partij die stelt dat de informatieverstrekking jegens hem onvoldoende is. Wanneer de rechter oordeelt dat informatie te laat is verstrekt, dan is er sprake van een formeel aspect (code 42.2) aangezien dat element verband houdt met de wijze waarop informatie is verstrekt. Verder zijn de codes 'informatie buiten vergadering' (code 35.3) en 'spontane/zelfstandige informatieplicht' (code 35.4) als niet exclusief beschouwd, omdat het maken van onderscheid tussen beide codes niet altijd consequent mogelijk is vanwege de verwevenheid van informatie in het rechterlijk oordeel.

Als een geschil betrekking heeft op belangenverstremgeling (type 2), dan hanteert de Ondernemingskamer met enige regelmaat het begrip 'ontoelaatbare belangenverstremgeling' of een gelijk-luidende term. Wanneer het gedrag van een bestuurder volgens de rechter tot een dergelijke kwalificatie leidt, dan is dat oordeel gelijkgesteld met een schending van art. 2:8 BW. Hetzelfde geldt voor de situatie waarin de rechter oordeelt dat de handeling of transactie niet 'marktconform' of niet 'at arm's length' is, aangezien dat oordeel – dus niet de feitelijke vaststelling daarvan – een redelijkheidsoordeel omvat over een betaling of vergoeding.

Met betrekking tot type 3 (winstbestemming) zijn geen aanvullende keuzes gemaakt in tegenstelling tot bij type 4 (strategie en beleid). Bij geschillen binnen de reikwijdte van type 4 hanteert de Ondernemingskamer de volgende maatstaf: 'geen redelijk handelend bestuurder'. Deze maatstaf is tijdens het coderen als een uit art. 2:8 BW voortvloeiende gedragsnorm beschouwd. Indien de Ondernemingskamer deze maatstaf in haar oordeel gebruikt, dan wordt in feite beoordeeld of het gedrag in strijd of in overeenstemming met de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid is.

Bij type 5 (structuurwijziging) zijn twee aanvullende keuzes gemaakt. De eerste keuze heeft betrekking op geschillen over noodzaakfinanciering. Of noodzaakfinanciering mogelijk is, is veelal afhankelijk van de financiële toestand van de vennootschap en de resterende opties voor het verkrijgen van financiële middelen. Wanneer de rechter deze voorwaarden naloopt, dan loopt de rechter als het ware de (materiële) ingangsvoorwaarden voor noodzaakfinanciering na in het rechterlijk oordeel. Dit is aangemerkt als de toetsing van een materieel aspect (code 42.3), omdat het gaat om de feitelijke constellatie waarin de vennootschap zich bevindt.

De tweede keuze gaat daarentegen over de wettelijke geschillenregelsprocedures. Wanneer art. 2:8 BW expliciet in het rechterlijk oordeel van een uitstotings- of uittredingsprocedure

⁸¹⁰ Zie de codes 35 tot en met 42 van het codeboek in bijlage II.

terugkomt, dan is de uitspraak logischerwijs van belang voor het onderzoek. Minder duidelijk is de situatie waarin art. 2:8 BW niet expliciet in de uitspraak staat. Niettemin is ervoor gekozen om het gedrag dat leidt tot toewijzing van een uitstotings- of uittredingsvordering aan te merken als in strijd handelen met art. 2:8 BW. Voor een uitstotings- en uittredingsvordering geldt namelijk een strenge maatstraf, waardoor dergelijk gedrag normaliter minimaal gelijkstaat aan een schending van art. 2:8 BW.⁸¹¹ Verder is de laatstgenoemde situatie onder code 39.5 (beëindiging) geplaatst, omdat het geschil uiteindelijk gaat om het willen beëindigen van de samenwerking.⁸¹²

Tot slot zijn twee globale keuzes gemaakt die niet gebonden zijn aan een specifiek gevalstype. Allereerst is een schending van het gelijkheidsbeginsel (art. 2:201 BW) gelijkgesteld met een schending van art. 2:8 BW, omdat het gelijkheidsbeginsel als het ware een geïnstitutionaliseerde vorm is van de redelijkheid en billijkheid.⁸¹³

Ten tweede is ervoor gekozen om een duidelijk onderscheid te maken tussen de gedragsregulerende en interpreterende functies, want in bepaalde uitspraken formuleert de rechter eerst een gedragsnorm waarna de rechter toetst of overeenkomstig de gedragsnorm is gehandeld. Deze toetsing kan beschouwd worden als de interpretatie van een tussen partijen geldende regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dit wordt echter als onwenselijk beschouwd omdat daardoor een dubbele codering zou ontstaan. In een dergelijk geval gaat het ook hoofdzakelijk om de toepassing van de gedragsregulerende functie om het geschil te beslechten, waardoor in die situatie de interpreterende functie een ondergeschikte rol vervult.

5.7 Afrondende opmerking

In dit hoofdstuk is de gehanteerde methodologie met betrekking tot de systematische rechtspraak-analyse extensief uiteengezet. Zoals uit de beschrijving blijkt, is het een iteratief proces geweest waarbij telkens naar een eerdere stap is teruggegaan om een zorgvuldig proces te waarborgen. Het doel van deze werkwijze was om te borgen dat in de vervolgfase sprake is van een exhaustieve

⁸¹¹ Deze indruk ontstaat ook op basis van de ‘Memorie van toelichting bij het Voorontwerp bij het wetsvoorstel aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure’. In het voorontwerp werd de redelijkheid en billijkheid namelijk opgenomen als criterium voor uittreding, waarbij de opmerking is gemaakt dat het moet gaan om ‘zodanig in strijd handelen met de redelijkheid en billijkheid dat toewijzing gerechtvaardigd is’. Verder is expliciet besloten om de redelijkheid en billijkheid niet als materiële voorwaarde voor uitstoting op te nemen, omdat de eisen voor uitstoting strikter zijn dan de eisen voor uittreding en het handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid onvoldoende is voor uitstoting (Memorie van toelichting bij voorontwerp, p. 11-12). Voorts blijkt uit de ‘Memorie van toelichting Wetsvoorstel aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure, p. 17-18’ dat de wetgever toch niet overgaat tot expliciete benoeming van de redelijkheid en billijkheid in art. 2:343 BW. De redenen hiervoor zijn dat meer duidelijkheid is ontstaan over de reikwijdte van de uittredingsregeling en dat betwijfeld kan worden of de redelijkheid en billijkheid daadwerkelijk ruimer is dan het huidige criterium voor uittreding.

⁸¹² In de kern kan het geschil – in een eerdere fase – betrekking hebben op een ander gevalstype, maar als art. 2:8 BW niet expliciet wordt genoemd, is het ingewikkeld om te stellen dat binnen het andere gevalstype in strijd met art. 2:8 BW is gehandeld.

⁸¹³ Zie over de verwantschap van het gelijkheidsbeginsel aan de destijds geldende goede trouw: *Kamerstukken II* 1978-1979, 15 304, nr. 3, p. 10. Voorts schrijft Timmerman in dit kader: “Soms is de redelijkheid en billijkheid gesteld in een bijzondere wetsbepaling. Een voorbeeld hiervan is de in art. 2:92/201 BW vervatte eis tot gelijke behandeling van aandeelhouders. Het vereiste van gelijke behandeling van aandeelhouders vloeit voort uit de redelijkheid en billijkheid van art.2:8 BW.” Timmerman, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 8 – Burgerlijk Wetboek Boek 2, aant. 4 (online, bijgewerkt tot 20-02-2024).

analyse van rechtspraak binnen een afgebakend gebied.⁸¹⁴ De analyse en presentatie van de resultaten – fase drie van een inhoudsanalyse – worden in de hoofdstukken 6 tot en met 12 behandeld.

⁸¹⁴ Zoals uit voetnoot 809 (paragraaf 5.6.2) volgt, is een beperking van de dataset dat mogelijk niet alle relevante uitspraken zijn gepubliceerd. Daarnaast bestaat in theorie de mogelijkheid – ondanks dat het codeboek uit 137 (sub)codes bestaat – dat bepaalde relevante informatie niet is gecodeerd, omdat de informatie niet valt te scharen onder de codes in het codeboek.

Hoofdstuk 6. Kwantitatieve gegevens uit dataset

6.1 Inleiding

Het coderen van 424 uitspraken aan de hand van het codeboek heeft veel gegevens opgeleverd. Dit hoofdstuk geeft een kwantitatieve weergave van de gecodeerde uitspraken om inzichtelijk te maken hoeveel informatie is vergaard voor de kwalitatieve analyse. Het ordenen van de gegevens heeft ook tot aanscherping en aanvulling van de onderzoeksvragen in paragraaf 1.2 geleid. De resultaten uit dit hoofdstuk geven daardoor enige sturing aan het vervolgonderzoek. Wat betreft de structuur van dit hoofdstuk is aansluiting gezocht bij de thema's van het codeboek (zie paragraaf 5.3.3). Alvorens in te gaan op de specifieke thema's volgt in paragraaf 6.2 een globale uiteenzetting van het aantal coderingen per programma (Excel/ATLAS.ti). De daaropvolgende paragrafen gaan over de thema's: algemene informatie (paragraaf 6.3), feiten en beoordeling (paragraaf 6.4) en de beslissing van het rechtscollege (paragraaf 6.5).⁸¹⁵ Vervolgens bevat paragraaf 6.6 ter afsluiting van het hoofdstuk een overzicht van de feitelijke bevindingen.

6.2 Totale aantal coderingen

In totaal zijn er 424 uitspraken gecodeerd. Het codeboek bestaat uit 46 codes – die in zeven thema's zijn onderverdeeld – en het totaal aantal (sub)codes is 137.⁸¹⁶ 16.311 cellen van het Excel-bestand bevatten relevante informatie met betrekking tot rechtspraak. In ATLAS.ti zijn daarentegen 16.387 stukken tekst gecodeerd.⁸¹⁷ Een gecodeerde tekst kan in beide programma's bestaan uit woord(en), zin(nen) of alinea('s). In één uitspraak kunnen meerdere stukken tekst van belang zijn voor één code, waardoor in ATLAS.ti dezelfde code meermaals bruikbaar kan zijn in één uitspraak terwijl in Excel daarvoor één cel beschikbaar is.⁸¹⁸ Dit aspect leidt tot een discrepantie in het aantal coderingen in Excel en ATLAS.ti.⁸¹⁹

⁸¹⁵ Het thema 'partijen' wordt niet apart uiteengezet, aangezien de kern daarvan behandeld wordt bij 'algemene informatie' vanwege de codes 9.1 en 9.2. Verder wordt het thema 'vordering/verzoek en verweer' niet behandeld, omdat de daarin gecodeerde informatie sterk uiteenloopt en met name bedoeld is om een volledig beeld van een uitspraak te kunnen schetsen.

⁸¹⁶ Zie hiervoor paragraaf 5.5.4 en bijlage II.

⁸¹⁷ Een stuk tekst kan onder verschillende codes zijn gecodeerd, aangezien het stuk tekst informatie kan bevatten over bijvoorbeeld een type geschil en een functie van de redelijkheid en billijkheid.

⁸¹⁸ Zie bijlage III voor een uitgebreid overzicht van alle coderingen in Excel en ATLAS.ti.

⁸¹⁹ In voetnoot 2250 (bijlage III) wordt dit eveneens toegelicht. Overigens geldt als uitgangspunt dat de gecodeerde informatie in beide programma's identiek is.

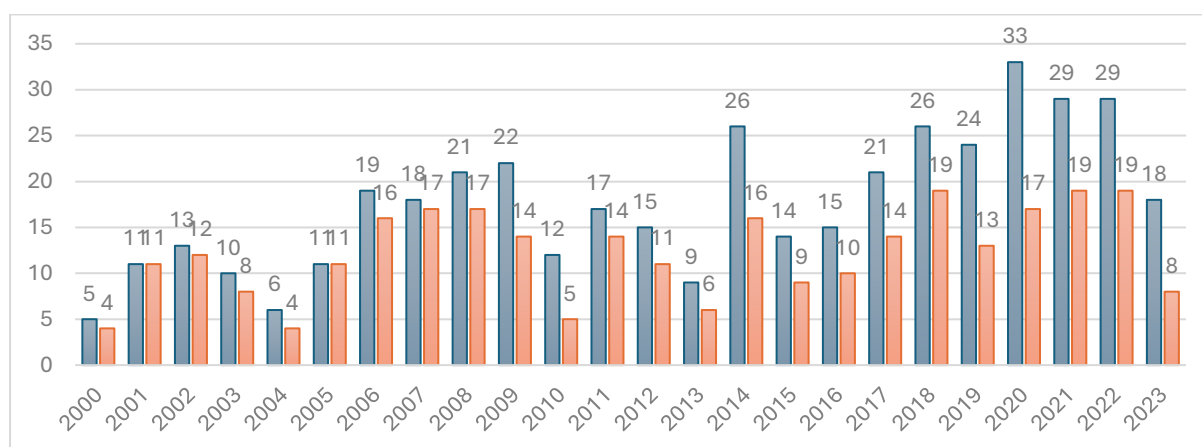
6.3 Algemene informatie

6.3.1 Inleiding

Het thema algemene informatie bestaat uit tien codes en deze paragraaf behandelt (een deel van) die codes.⁸²⁰ In de eerste drie paragrafen staan meer algemene aspecten centraal die invloed kunnen hebben op de andere codes en mogelijk relevant zijn voor de kwalitatieve analyse. Voornoemde aspecten zijn: het jaar waarin de uitspraak is gewezen (paragraaf 6.3.2), door welke rechterlijke instantie het geschil is beslecht (paragraaf 6.3.3) en wat voor procedure het betreft (paragraaf 6.3.4). Vervolgens volgt informatie over meer fundamentele codes die betrekking hebben op de kern van het onderzoek: de typen ondernemingsrechtelijke geschillen (paragraaf 6.3.5), de betrokkenen en verhoudingen (paragraaf 6.3.6), de functies van art. 2:8 BW (paragraaf 6.3.7) en de wijze van toetsing (paragraaf 6.3.8). Ook kan het combineren van kwantitatieve gegevens gerelateerd aan bepaalde codes tot inzichten leiden. Daarom bevat paragraaf 6.3.9 informatie over de verbanden tussen bepaalde codes.

6.3.2 Jaar (code 1)

Het jaarlijkse aantal uitspraken is relevant om trends te kunnen detecteren. Van de 424 gecodeerde uitspraken dateert de oudste uitspraak van 14 januari 2000 en de recentste gecodeerde uitspraak dateert van 10 mei 2023. Per jaar is het gemiddeld aantal gecodeerde uitspraken 17,67.⁸²¹ In 2020 zijn de meeste uitspraken gecodeerd (33), in 2000 het laagste aantal (5), wat het sterk uiteenlopende aantal uitspraken per jaar treffend illustreert. De donkerkleurige staven geven weer hoeveel uitspraken er van een bepaald jaar zijn gecodeerd, de lichtkleurige het aantal gecodeerde enquêteprocedures bij de Ondernemingskamer. Hierdoor wordt duidelijk dat een groot deel van de gecodeerde rechtspraak enquêteprocedures betreft, minimaal 40% per jaar tot zelfs alle zaken in 2001 en 2005.



Grafiek 1. Aantal gecodeerde uitspraken per jaar

⁸²⁰ De codes over de exacte datum van de uitspraak, het ECLI-nummer of tijdschriftnummer en rechters zijn namelijk hoofdzakelijk bedoeld om een uitspraak eenvoudig(er) terug te vinden en de daaronder gecodeerde informatie is divers.

⁸²¹ Wanneer 2023 niet wordt meegenomen – vanwege de tijdsafbakening van het empirisch onderzoek – dan is het gemiddelde 17,65.

6.3.3 *Rechterlijke instantie (code 4.1)*

De uitspraken zijn door achtentwintig verschillende rechterlijke instanties gedaan. De Ondernemingskamer is hierbij – ondanks dat het een bijzondere Kamer is binnen het Hof Amsterdam – als aparte categorie geclassificeerd vanwege het belang van de Ondernemingskamer voor het onderzoek. Dat de Ondernemingskamer voor het onderzoek belangrijk is, blijkt ook uit het feit dat 71% (301) van het aantal gecodeerde uitspraken door de Ondernemingskamer is gedaan. Daarna volgen de Rechtbank Amsterdam en het Hof Amsterdam – niet zijnde de Ondernemingskamer – met respectievelijk twintig en tien uitspraken, waardoor bijna 80% van de gecodeerde uitspraken in Amsterdam is gedaan (78,07%). Deze uitkomst is minder verwonderlijk gelet op de cijfers die de Rechtspraak in 2020 heeft gepubliceerd.⁸²² Daaruit blijkt namelijk dat de publicatiegraad per 1.000 relevante uitspraken van de Rechtbank Amsterdam en het Hof Amsterdam beduidend hoger ligt dan de publicatiegraad van de andere rechterlijke instanties.⁸²³ Tevens heeft de Wet herziening gerechtelijke kaart ertoe geleid dat bepaalde rechterlijke instanties zijn verdwenen of samengevoegd. Deze herstructureringen affecteren de resultaten in de onderstaande tabel.

⁸²² De Rechtspraak Kengetallen 2019, p. 40.

⁸²³ De gemiddelde publicatiegraad van de Rechtbank Amsterdam in de periode van 2017 tot en met 2019 is 38 en de publicatiegraad in 2019 is 44 (de hierna genoemde gemiddelden zijn eveneens gebaseerd op de periode van 2017 tot en met 2019). Vervolgens heeft de Rechtbank Den Haag een gemiddelde publicatiegraad van 29 en de tweede hoogste publicatiegraad in 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam (32). De laagste gemiddelde publicatiegraad heeft de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (16) en de laagste publicatiegraad in 2019 heeft de Rechtbank Oost-Brabant (18). Wat betreft de gerechtshoven is het Hof Amsterdam leidend met een gemiddelde publicatiegraad van 330 en een publicatiegraad in 2019 van (circa) 370. Hierna volgt het Hof 's-Hertogenbosch met een gemiddelde van 233 en een publicatiegraad in 2019 van (circa) 240. De laagste gemiddelde publicatiegraad heeft het Hof Den Haag (123). De publicatiegraad van het Hof Den Haag is in 2019 toegenomen tot (circa) 135. Overigens zijn de cijfers enigszins verouderd, waardoor de huidige publicatiegraad van de verschillende rechterlijke instanties hoger kan liggen. Niettemin geven de cijfers enig inzicht in een deel van de onderzochte periode.

Rechterlijke instantie	Aantal uitspraken
Rechtbank Almelo	1
Rechtbank Amsterdam	20
Rechtbank Arnhem	2
Rechtbank Breda	2
Rechtbank Den Haag	8
Rechtbank Dordrecht	1
Rechtbank Gelderland	7
Rechtbank Haarlem	2
Rechtbank Leeuwarden	1
Rechtbank Limburg	7
Rechtbank Maastricht	1
Rechtbank Midden-Nederland	9
Rechtbank Noord-Holland	9
Rechtbank Noord-Nederland	2
Rechtbank Oost-Brabant	5
Rechtbank Overijssel	7
Rechtbank Rotterdam	8
Rechtbank Utrecht	5
Rechtbank Zeeland-West-Brabant	1
Rechtbank Zutphen	1
Rechtbank Zwolle-Lelystad	1
Hof Amsterdam	10
Hof Amsterdam (OK)	301
Hof Arnhem-Leeuwarden	2
Hof Den Haag	2
Hof 's-Hertogenbosch	3
Hof Leeuwarden	1
Hoge Raad	5
Totaal	424

Tabel 7. Overzicht rechterlijke instanties

De Ondernemingskamer heeft zeven uitspraken in hoger beroep gedaan in een geschillenregelings-procedure. Hierdoor komt het aantal uitspraken in eerste aanleg op 404 uit, waarvan 294 uitspraken door de Ondernemingskamer zijn geweest. De resterende twintig uitspraken betreffen hoger beroep of cassatie. Gelet hierop gaat een gecodeerde uitspraak veelal over de beslechting van een geschil in eerste aanleg.

Aspect	Aantal
Eerste aanleg (exclusief OK) (uitsluitend OK)	404 (110) (294)
Beroep	20
Totaal	424

Tabel 8. Overzicht eerste aanleg en beroep

6.3.4 Dagvaarding of verzoekschrift (code 5) en soort procedure (code 6)

Partijen kunnen ondernemingsrechtelijke geschillen op uiteenlopende manieren trachten te beslechten. Een geschil over de winstbestemming kan bijvoorbeeld in een art. 2:15 BW-procedure, enquêteprocedure, geschillenregelingsprocedure of kort geding aan bod komen. Om deze reden volgt hieronder eerst hoe vaak de verschillende procedures zijn gecodeerd.⁸²⁴ Deze informatie kan vervolgens in combinatie met andere gegevens worden gebruikt om te achterhalen in welke procedures de beslechting van bepaalde typen geschillen plaatsvindt.

Respectievelijk zijn 113 en 311 uitspraken met een dagvaarding en verzoekschrift ingeleid. De gecodeerde uitspraken zijn eveneens onderverdeeld in de categorieën: art. 2:15 BW-procedure (36), enquêteprocedure (299), geschillenregelingsprocedure (29), kort geding (48) en overige procedure (12).⁸²⁵ Bij enquêteprocedures is een nader onderscheid aangebracht door te noteren of de uitspraak valt in de eerste of tweede fase van de procedure. 248 uitspraken hebben betrekking op de eerste fase en 51 uitspraken op de tweede fase. Bij de art. 2:15 BW-procedure is het opmerkelijk dat er twee uitspraken met een verzoekschrift zijn ingeleid.⁸²⁶ De rechter oordeelde namelijk dat het aanhangig maken van de procedure op grond van art. 7:686a lid 2 en 3 BW bij verzoekschrift mogelijk is, omdat de verzoeken voldoende verband houden met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁸²⁷ Voorts geldt de categorie ‘overige procedure’ als restcategorie. Een voorbeeld van een dagvaardingsprocedure in deze categorie is de zaak waarin de rechtbank oordeelt dat een aandeelhouder op basis van art. 2:8 BW moet meewerken aan het ontbinden van de vennootschap.⁸²⁸ Een voorbeeld van een verzoekschriftprocedure in voornoemde categorie is de zaak waarin de rechtsgeldigheid van het ontslagbesluit aan bod komt – vanwege de arbeidsrechtelijke invalshoek van de procedure – en de verzoeker niet verzoekt om de vernietiging daarvan ex art. 2:15 BW.⁸²⁹

⁸²⁴ Dit onderzoek gaat niet in op de effectiviteit noch de efficiëntie van de onderscheiden rechtsgangen.

⁸²⁵ Vijf uitspraken van de Hoge Raad naar aanleiding van een enquêteprocedure zijn meegenomen als enquêteprocedures, waardoor 294 van de 299 enquêteprocedures uitspraken van de Ondernemingskamer betreffen.

⁸²⁶ Rb. Midden-Nederland 24 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2547, r.o. 5.1; Rb. Limburg 9 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:125, r.o. 4.6.

⁸²⁷ In de eerste uitspraak komt de vernietigbaarheid van het ontslagbesluit op basis van het hoorrecht aan bod. De tweede uitspraak gaat onder meer over de vernietigbaarheid van het ontslagbesluit op basis van de raadgevende stem in relatie tot de redelijkheid en billijkheid, waarbij de verweerster stelt dat een beroep op vernietiging niet mogelijk is vanwege art. 2:8 lid 2 BW.

⁸²⁸ Rb. Amsterdam 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AZ0410 (*Interroyal Amsterdam*), r.o. 4.3-4.5.

⁸²⁹ Rb. Midden-Nederland 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2903, r.o. 4.3.

Code	Ingeleid met DV	Ingeleid met VZ	Totaal
Art. 2:15 BW-procedure	34	2	36
Enquêteprocedure	0	299	299
1 ^e fase		(248)	
2 ^e fase		(51)	
Geschillenregelingsprocedure	29	0	29
Kort geding	47	0	47
Overige procedure	8	4	12
Totaal	119	305	424

Tabel 9. Overzicht dagvaardings-/verzoekschriftprocedures⁸³⁰

6.3.5 Typen ondernemingsrechtelijke geschillen (code 8)

Zoals uit onder meer paragraaf 5.3.3 blijkt, staan de volgende typen ondernemingsrechtelijke geschillen in dit onderzoek centraal: (i) informatieverstrekking, (ii) belangenverstrengeling, (iii) winstbestemming, (iv) strategie en beleid, (v) structuurwijziging en (vi) ontslag, schorsing of benoeming bestuurder.

In één uitspraak kunnen meerdere typen geschillen voorkomen.⁸³¹ Hierdoor ligt het aantal gesignaleerde geschillen – waarin de redelijkheid en billijkheid terugkomt – hoger dan het aantal gecodeerde uitspraken. Het aantal gesignaleerde typen geschillen is namelijk 505, waardoor het

⁸³⁰ In bijlage IV is de informatie uit deze tabel per jaartal opgesplitst. Het aantal gecodeerde dagvaardingsprocedures is in de periode tot en met 2007 relatief laag ten opzichte van de periode daarna. Een mogelijke oorzaak daarvan is het aantal gepubliceerde uitspraken en de publicatiegraad van rechtspraak in de eerdere periode. Het aantal gepubliceerde uitspraken en de publicatiegraad zijn namelijk de afgelopen jaren toegenomen. De tabel lijkt een afspiegeling van deze ontwikkeling te zijn. Voor verzoekschriftprocedures in zijn algemeenheid geldt mogelijk hetzelfde, alleen is dat op basis van de beschikbare gegevens uit het onderzoek niet te concluderen. Wat betreft enquêteprocedures is het aantal uitspraken redelijk stabiel met uitzondering van enkele jaren (2000, 2004, 2010 en 2013). Ook is het aantal gepubliceerde enquêteprocedures ten opzichte van de dagvaardingsprocedures in de periode tot en met 2008 aanzienlijk. De reden hiervoor is dat enquêteprocedures (normaliter) altijd gepubliceerd worden in een tijdschrift zoals de ARO. Verder lijkt het aantal gecodeerde geschillenregelingsprocedures stabiel te worden vanaf 2020, maar dat kan tevens te maken hebben met het aantal gepubliceerde uitspraken en de reikwijdte van het onderzoek. Eenzelfde opmerking is eveneens te maken voor de gecodeerde kortgedingprocedures. Zoals opgemerkt houdt het voorgaande mogelijk verband met de publicatiegraad dus wat betreft de publicatie het volgende. In 2007 is het aantal gepubliceerde uitspraken 8.320 en de publicatiegraad per 1.000 relevante uitspraken is 8. Het eerstvolgende jaar waarvan informatie beschikbaar is, is 2011. In dat jaar is het aantal gepubliceerde uitspraken 11.860 en de publicatiegraad is 15. Vervolgens blijven het aantal gepubliceerde uitspraken en de publicatiegraad redelijk stabiel en in 2017 is sprake van een sterke toename, aangezien het aantal gepubliceerde uitspraken is toegenomen tot 14.092 en de publicatiegraad tot 24 (De Rechtspraak Kengetallen 2017, p. 50). De volgende noemenswaardige toename is in 2020. Het aantal gepubliceerde uitspraken en de publicatiegraad zijn respectievelijk toegenomen tot 22.500 en 50. Tot slot zijn beide aspecten in 2021 toegenomen tot 27.000 en 54 (De Rechtspraak Jaarverslag 2021, p. 63). Hierbij dient opgemerkt te worden dat in de rapporten een onderscheid wordt gemaakt tussen gepubliceerde uitspraken inclusief en exclusief vreemdelingenzaken, omdat vreemdelingenzaken vrijwel altijd worden gepubliceerd. De hiervoor genoemde cijfers volgen uit de tabel zonder vreemdelingenzaken om een evenwichtiger beeld te schetsen. Overigens is van het jaar 2022 eveneens informatie beschikbaar, maar daarin staan niet dezelfde tabellen (informatie) waardoor het maken van een vergelijking niet mogelijk is (De Rechtspraak Jaarverslag 2022, p. 68-69). Een reden voor deze andere aanpak is mogelijk dat eind 2021 het programma Meer en verantwoord publiceren van de Rechtspraak van start is gegaan.

⁸³¹ In bijvoorbeeld de Poststate-beschikking komen de gevalstypen informatieverstrekking (secundair), belangenverstrengeling (secundair) en winstbestemming (primair) terug. Het gevalstype winstbestemming is in tegenstelling tot de twee andere gevalstypen als primair aangemerkt, omdat meerdere rechtsoverwegingen van het rechterlijk oordeel betrekking hebben op de winstbestemming terwijl de Ondernemingskamer bondig is met betrekking tot de twee andere gevalstypen (Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, ARO 2010/104 (Poststate Beheer), r.o. 3.8-3.15). Zie ook de codes 8.1 en 8.2 van het 'Definitief codeboek' (bijlage II).

gemiddeld aantal geschillen ruim twintig per jaar is. Van de onderzochte gevalstypen komen geschillen over belangenverstrengeling het vaakst voor (170) en geschillen over de winstbestemming het minst (19) in de onderzochte periode. Ruim een derde van het aantal gesignaleerde geschillen gaat daardoor over belangenverstrengeling en slechts ongeveer een op de vijftientig geschillen gaat over de winstbestemming. Verder zijn de meeste typen geschillen in 2020 geconstateerd (39). Op een tweede plaats komt 2014 (37). Het noemenswaardige hierbij is dat er 33 uitspraken van 2020 zijn gecodeerd en ‘slechts’ 26 uitspraken van 2014. Niettemin liggen beide jaren qua aantal geconstateerde typen geschillen dicht bij elkaar. De reden hiervoor is dat van 2014 zes uitspraken zijn gecodeerd met twee gevalstypen en twee uitspraken met respectievelijk drie en vier gevalstypen. Dit dient wel enigszins genuanceerd te worden, omdat de vier nagenoeg identieke Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad in 2014 zijn geweest en in deze beschikkingen komen telkens twee gevalstypen terug. Ook blijft 2013 – waarvan negen uitspraken zijn gecodeerd – afwijken van de omliggende jaren qua aantal gesignaleerde typen geschillen.

Jaar	Informatieverstrekking	Belangenverstrengeling	Winstbestemming	Strategie en beleid	Structuurwijziging	Ontslag, schorsing of benoeming	Totaal
2000	1	3	0	0	2	0	6
2001	1	8	0	0	2	0	11
2002	3	8	0	0	3	1	15
2003	2	3	0	3	2	1	11
2004	0	3	0	1	2	1	7
2005	2	10	0	0	0	0	12
2006	3	8	0	3	8	1	23
2007	3	10	0	0	6	3	22
2008	1	8	2	2	4	6	23
2009	4	9	0	2	8	5	28
2010	1	3	2	2	2	4	14
2011	3	8	1	2	6	1	21
2012	3	8	1	0	4	3	19
2013	1	3	0	2	1	3	10
2014	7 ⁸³²	11	4	2	9	4	37
2015	2	4	1	1	4	3	15
2016	2	4	0	2	3	5	16
2017	5	5	1	3	5	5	24
2018	9	7	1	2	6	9	34
2019	4	7	3	3	8	6	31
2020	7	14	0	1	10	7	39
2021	6	13	1	2	10	4	36
2022	8	8	1	2	8	5	32
2023	1	5	1	0	7	5	19
Totaal	79	170	19	35	120	82	505

Tabel 10. Overzicht typen geschillen

6.3.6 Betrokkenen en verhoudingen (code 9)

De betrokken partijen bij een type geschil kunnen invloed op de rechterlijke beoordeling. Het is dan ook voor de kwalitatieve analyse van belang om het type betrokkene te identificeren. Hetzelfde geldt voor de verhoudingen tussen de betrokkenen – zoals meerderheidsbelang/minderheidsbelang – indien er sprake is van een geschil waarbij aan beide kanten aandeelhouders of certificaathouders betrokken zijn.

In het codeboek zijn elf voorbeelden genoemd van partijen die bij het geschil betrokken kunnen zijn, maar daarbij is aangegeven dat het een niet-limitatieve lijst betreft van geschillen tussen aandeelhouders, certificaathouders, bestuurders en commissarissen. Het aantal verschillende variaties is dan ook vele malen hoger, aangezien het codeerschema 114 variaties bevat. Bij de verschillende

⁸³² Inzake Cancun heeft de Hoge Raad viermaal een nagenoeg identieke uitspraak gewezen, waardoor het aantal gecodeerde uitspraken hoger is ten opzichte van de omliggende jaren. Hetzelfde geldt voor het jaar 2014 onder type 5 (structuurwijziging).

variaties correspondeert het eerste deel met de eisende/verzoekende partij en het tweede deel met de gedaagde/verweerder.⁸³³ Tabel 11 bevat het gereduceerd overzicht.⁸³⁴ Het aantal variaties is in deze tabel tot 36 beperkt. De variaties waaronder meer dan tien uitspraken zijn geplaatst, zijn in aflopende volgorde als volgt: aandeelhouder vs. aandeelhouder/bestuurder (149), aandeelhouder/oud-bestuurder vs. aandeelhouder/bestuurder (89), aandeelhouder/bestuurder vs. aandeelhouder/bestuurder (65), bestuurder vs. aandeelhouder (26), certificaathouder vs. certificaathouder/bestuurder (17) en aandeelhouder/bestuurder vs. aandeelhouder (13). Wat opvalt aan deze opsomming is dat het geschil zich 251 keer afspeelt tussen een aandeelhouder – die eventueel voorheen bestuurder was – en een aandeelhouder/bestuurder.⁸³⁵ In deze situatie kan sprake zijn van een machtsonevenwicht, omdat niet beide kanten van het geschil een bestuursfunctie bekleden waardoor de ene kant van het geschil voor bepaalde zaken – zoals informatie – afhankelijk is van de andere kant.

⁸³³ Als in de tabel staat ‘aandeelhouder vs. aandeelhouder/bestuurder’, dan betekent dat dat de aandeelhouder het geschil aanhangig heeft gemaakt jegens de aandeelhouder/bestuurder. Hierbij kan het zijn dat de andere partij zowel de hoedanigheid van aandeelhouder als bestuurder bezit of dat de aandeelhouder en bestuurder verschillende partijen zijn waarmee de initiërende partij een conflict heeft. Van het omgekeerde is er sprake als in de tabel ‘aandeelhouder/bestuurder vs. aandeelhouder’ staat.

⁸³⁴ In het Excel-bestand is een nadere categorisering aangebracht waarbij geen rekening wordt gehouden met het verschil tussen bijvoorbeeld aandeelhouder of aandeelhouders. Ook blijft buiten beschouwing of een partij meerdere hoedanigheden heeft of dat bijvoorbeeld de aandeelhouder en bestuurder – die aan dezelfde kant van het geschil staan – verschillende personen/entiteiten zijn. Verder is een pandhouder, vruchtgebruiker, stemrechtloze aandeelhouder en blooteigenaar als aandeelhouder aangemerkt. Ook is een niet-uitvoerende bestuurder als commissaris bestempeld.

⁸³⁵ In deze situatie kan de aandeelhouder tevens bestuurder zijn, maar het is eveneens mogelijk dat de aandeelhouder en bestuurder aparte personen/entiteiten zijn.

Variatie	A.	Variatie	A.	Variatie	A.	Variatie	A.
Aandeelhouder vs aandeelhouder	4	Aandeelhouder/bestuurder vs aandeelhouder/bestuurder	65	Aandeelhouder/oud-bestuurder vs aandeelhouder/bestuurder/commissaris	1	Certificaathouder vs aandeelhouder/bestuurder	2
Aandeelhouder vs aandeelhouder/bestuurder	149	Aandeelhouder/bestuurder vs aandeelhouder/bestuurder/commissaris	1	Aandeelhouder/oud-bestuurder vs aandeelhouder/commissaris	1	Certificaathouder vs bestuurder	4
Aandeelhouder vs aandeelhouder/bestuurder/commissaris	2	Aandeelhouder/bestuurder vs aandeelhouder/commissaris	3	Aandeelhouder/oud-bestuurder vs aandeelhouder/-oud-bestuurder	1	Certificaathouder vs bestuurder/commissaris	1
Aandeelhouder vs aandeelhouder/commissaris	2	Aandeelhouder/bestuurder vs aandeelhouder/oud-bestuurder	3	Aandeelhouder/oud-commissaris vs aandeelhouder/bestuurder	1	Certificaathouder vs certificaathouder/bestuurder	17
Aandeelhouder vs aandeelhouder/oud-bestuurder	3	Aandeelhouder/bestuurder vs certificaathouder	1	Bestuurder vs aandeelhouder	26	Certificaathouder/bestuurder vs aandeelhouder	1
Aandeelhouder vs bestuurder	1	Aandeelhouder/bestuurder/commissaris vs aandeelhouder/oud-bestuurder	1	Bestuurder vs aandeelhouder/bestuurder	3	Certificaathouder/bestuurder vs certificaathouder/bestuurder	5
Aandeelhouder vs bestuurder/commissaris	1	Aandeelhouder/certificaathouder vs aandeelhouder/certificaathouder/bestuurder	1	Bestuurder vs Aandeelhouder/commissaris	3	Certificaathouder/commissaris vs certificaathouder/bestuurder/commissaris	1
Aandeelhouder vs commissaris	2	Aandeelhouder/oud-bestuurder vs aandeelhouder	6	Bestuurder vs commissaris	4	Certificaathouder/oud-bestuurder vs certificaathouder/bestuurder	4
Aandeelhouder/bestuurder vs aandeelhouder	13	Aandeelhouder/oud-bestuurder vs aandeelhouder/bestuurder	89	Bestuurder/commissaris vs commissaris	1	Certificaathouder/oud-bestuurder vs certificaathouder/bestuurder/commissaris	1

Tabel 11. Overzicht betrokkenen bij geschil⁸³⁶

⁸³⁶ De 'A.' staat voor 'aantal' en is vanwege de omvang van de tabel afgekort.

Tabel 11 is te omvangrijk voor het combineren van gegevens uit de tabellen. Het samenvoegen van bepaalde variaties – overeenkomstig de onderstaande beschrijving – is daardoor vereist om de gegevens uit bepaalde tabellen in paragraaf 6.3.9 overzichtelijk te combineren en weer te geven.

Allereerst wordt het onderscheid tussen de variaties qua ‘eiser/verzoeker’ en ‘gedaagde/verweerder’ opgeheven.⁸³⁷ Ten tweede wordt de variatie oud-bestuurder onder de variatie bestuurder geschaard, omdat in het geschil het ontslag van de oud-bestuurder ter discussie staat. Ten derde komt de toevoeging (oud-bestuurder) te vervallen, waardoor het geschil bijvoorbeeld bestaat tussen de aandeelhouder en aandeelhouder/bestuurder in plaats van aandeelhouder(/oud-bestuurder) en aandeelhouder/bestuurder.⁸³⁸ Ten vierde wordt een certificaathouder met een aandeelhouder gelijkgesteld. Als laatste vervallen de categorieën waarin een commissaris terugkomt, met uitzondering van de uitspraken waarin een van de twee partijen enkel de hoedanigheid van commissaris bezit. Hiervoor is gekozen gelet op het beperkte aantal uitspraken onder de categorieën waarin (minimaal) een kant van het geschil naast de hoedanigheid van commissaris een andere hoedanigheid heeft. Met inachtneming van deze uitgangspunten resteren er zes categorieën. Van deze zes categorieën komen de categorieën aandeelhouder vs. aandeelhouder/bestuurder (257) en aandeelhouder/bestuurder vs. aandeelhouder/bestuurder (113) duidelijk het vaakst voor in de gecodeerde uitspraken (87,26%). Hierdoor speelt het geschil in het merendeel van de gevallen tussen aandeelhouders waarvan minimaal aan een kant van het geschil een bestuurder is betrokken.

Variatie	Aantal
Aandeelhouder vs. aandeelhouder	8
Aandeelhouder vs. aandeelhouder/bestuurder	257
Aandeelhouder vs. bestuurder	36
Aandeelhouder/bestuurder vs. aandeelhouder/bestuurder	113
Aandeelhouder/bestuurder vs. bestuurder	3
Aandeelhouder of bestuurder vs. commissaris	7
Totaal	424

Tabel 12. Overzicht betrokkenen gecombineerd

Uit de tabellen 11 en 12 blijkt dat in 378 uitspraken een aandeelhouder (of certificaathouder) aan beide kanten van het geschil is betrokken. Een vervolgvraag is daarom hoe de verhoudingen zijn tussen de betrokken aandeelhouders of certificaathouders. De verhoudingen zijn in 375 uitspraken genoteerd⁸³⁹ en in totaal zijn er 378 verhoudingen genoteerd.⁸⁴⁰ Met verhoudingen wordt op de

⁸³⁷ Dit onderscheid kan relevant zijn voor de kwalitatieve analyse, maar voor nu is het met name van belang welke partijen (globaal) in een geschil tegenover elkaar staan.

⁸³⁸ Deze toevoeging ontbreekt ook in tabel 11, maar deze toevoeging wordt nu op een andere manier opgesplitst dan in tabel 11 is gebeurd.

⁸³⁹ In twee gevallen betreft het een geschil tussen onder meer de certificaathouder(s) en de 100%-aandeelhouder (stichting administratiekantoor), waardoor de verhoudingen tussen hen niet vergelijkbaar zijn (Hof Amsterdam 8 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:631 (*ITP Holland/International Trade Promotions*); Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:91 (*RBOC “Fort Markenbinnen”*)). In een ander geval staan de pandhouder en de aandeelhouder/bestuurder in het geschil centraal (Hof Amsterdam (OK) 14 april 2020, *ARO 2020/93 (Apotheek Schiemon)*).

⁸⁴⁰ In drie uitspraken zijn twee verschillende verhoudingen genoteerd, omdat het enquêteverzoek betrekking heeft op meerdere vennootschappen en de verhoudingen binnen die vennootschappen niet hetzelfde zijn tussen de betrokken partijen. Zie Hof Amsterdam (OK) 9 november 2009, *ARO 2009/167 (iBiz)*; Hof Amsterdam (OK) 21

omvang van het ‘aandelenbelang’ van de betrokken partijen in een BV bedoeld. Hebben zij een gelijkwaardig belang (50/50-verhouding) of heeft een van de partijen een meerderheidsbelang (minderheid/meerderheid)?⁸⁴¹ Een gelijkwaardig belang is in 87 uitspraken waarneembaar. Het aantal waargenomen ongelijke verhoudingen (minderheid/meerderheid) is ten opzichte van het aantal gelijke verhoudingen hoger, aangezien daarvan sprake is in 289 uitspraken. Dit is – net zoals bij tabel 12 – een indicatie van een machtsonevenwicht. Daarentegen speelt het geschil in een relatief beperkt aantal uitspraken (2) tussen partijen waarvan geen van de partijen een meerderheidsbelang houdt.

Verhouding	Aantal
50/50-verhouding	87
Meerderheid/minderheid	25
Minderheid/meerderheid	264
Minderheid/minderheid	2
Totaal	378

Tabel 13. Overzicht verhoudingen

6.3.7 Functies van art. 2:8 BW (codes 10.1 en 41)

De functies van de redelijkheid en billijkheid vervullen net zoals de typen geschillen een belangrijke rol in dit onderzoek. Een globale beschrijving van hoe vaak de functies zijn waargenomen, is daardoor van belang voor het maken van vergelijkingen in paragraaf 6.3.9.

Wat betreft de functies van de redelijkheid en billijkheid is een onderscheid gemaakt tussen de interpreterende, aanvullende, beperkende en gedragsregulerende functies. In alle gecodeerde uitspraken is minimaal een van de voornoemde functies in het oordeel gesignaleerd. In bepaalde gevallen worden er meerdere functies gesignaleerd en dat heeft veelal te maken met het feit dat meerdere gevalstypen in de uitspraak zijn waargenomen. Ook kan het rechtscollege uiteenlopende functies toepassen om één type geschil te beslechten. Achtereenvolgens van hoog naar laag zijn de volgende functies gesignaleerd: gedragsregulerend (480), interpreterend (118), beperkend (30) en aanvullend (18), waardoor er in totaal 646 functies van art. 2:8 BW zijn waargenomen. Dit betekent dat de gedragsregulerende en interpreterende functies respectievelijk in 74,30% en 18,27% van het totaal aantal waarnemingen gesignaleerd zijn. Hierdoor vallen bijna nagenoeg alle gesignaleerde functies onder de voornoemde twee functies (92,57%). De interpreterende en gedragsregulerende functies lijken daardoor een omvangrijke rol te vervullen bij het beslechten van ondernemingsrechtelijke geschillen, terwijl de rol van de aanvullende en beperkende functies marginaal is.

december 2012, ARO 2013/10 (*Modulo Béton Nederland*); Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ARO 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*).

⁸⁴¹ Het eerste woord correspondeert telkens met de eisende/verzoekende partij en het tweede woord met de andere centraal staande partij (gedaagde, verweerder of belanghebbende). Dit betekent dat bij ‘meerderheid/minderheid’ de eisende/verzoekende partij de meerderheid van de aandelen houdt en bij ‘minderheid/meerderheid’ is het tegenovergestelde het geval.

Functies art. 2:8 BW⁸⁴²	Aantal
Interpreterend	118
Aanvullend	18
Beperkend	30
Gedragregulerend	480
Totaal	646

Tabel 14. Overzicht functies art. 2:8 BW

6.3.8 Wijze van toetsing (codes 10.2 en 42)

Om dezelfde reden als bij de functies van art. 2:8 BW – zie paragraaf 6.3.7 – is het belangrijk om het aantal gesignaleerde aspecten met betrekking tot de wijze van toetsing uiteen te zetten.

In het thema ‘algemene informatie’ is als laatste onder code 10.2 genoteerd welke aspecten (materiële/formeel) het rechtscollege heeft getoetst en hoe die aspecten zijn getoetst. Het rechtscollege kan niet alleen uiteenlopende aspecten toetsen ten aanzien van verschillende typen geschillen in dezelfde uitspraak, maar ook verschillende aspecten toetsen met betrekking tot één type geschil. Een belangenverstrengeling kan bijvoorbeeld enkel centraal staan in het geschil waarbij zowel formele als materiële aspecten vol worden getoetst. In die situatie kunnen de daarop betrekking hebbende rechtsoverwegingen – als deze tenminste aansluitend zijn – gezamenlijk de code ‘volle(re) toetsing’ (code 42.4) krijgen en de aparte rechtsoverwegingen de code ‘formele kant’ (code 42.2) of ‘materiële kant’ (code 42.3). De verschillende elementen met betrekking tot de wijze van toetsing zijn respectievelijk 239 (formele kant), 400 (materiële kant), 444 (volle(re) toetsing) en 182 (terughoudende toetsing) keer gecodeerd. Tevens is in zes uitspraken een toetsing van het geschil aan art. 2:8 BW niet geconstateerd. Niettemin zijn deze uitspraken van belang voor het onderzoek, omdat het rechtscollege daarin een op art. 2:8 BW gebaseerde gedragsnorm aanhaalt zonder daaraan te toetsen.⁸⁴³ Deze uitspraken tellen daardoor niet mee voor deze variabele, maar de informatie over de gedragsnormen in die uitspraken kan relevant zijn voor de ontwikkeling van dergelijke normen alsmede de functies van art. 2:8 BW.

Wijze van toetsing⁸⁴⁴	Aantal
Formele kant	239
Materiële kant	400
Volle(re) toetsing	444
Terughoudende toetsing	182
Totaal	1265

Tabel 15. Overzicht wijze van toetsing

⁸⁴² De informatie is afkomstig uit ATLAS.ti en de voorgaande tabellen zijn gebaseerd op informatie uit het Excelbestand. De reden om deze tabel te baseren op informatie uit ATLAS.ti is dat één functie meerdere keren kan terugkomen in één uitspraak, omdat bijvoorbeeld ten aanzien van de typen belangenverstrengeling en winstbestemming gedragsnormen worden geformuleerd.

⁸⁴³ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2022, ARO 2022/152 (*Jan Meijer-Vastgoed*), r.o. 3.4 waarin het rechtscollege een uit art. 2:8 BW voortvloeiende gedragsnorm aanhaalt om te duiden dat de minderheidsaandeelhouder in de toekomst door die norm wordt beschermd.

⁸⁴⁴ Deze informatie is eveneens afkomstig uit ATLAS.ti.

Op basis van code 10.2 in het Excel-bestand is achterhaald hoe de formele en materiële kant overlappen qua volle(re) en terughoudende toetsing.⁸⁴⁵ Uit de onderstaande tabel volgt dat zowel bij formele als materiële aspecten onder omstandigheden een volle(re) toetsing voorkomt. Een terughoudende toetsing is echter hoofdzakelijk waarneembaar bij de toetsing van de materiële kant (91,57%). Het is daardoor niet verwonderlijk dat de toetsing van formele aspecten bijna uitsluitend vol(ler) geschiedt (93,10%). Materiële aspecten worden daarentegen gelijkwaardiger zowel voller als terughoudend getoetst. Ook de statistische toets Chi-kwadraat toont een significant verschil in toetsing van de geschillen. Deze niet-parametrische toets vergelijkt het aantal effectieve observaties in tabel 16 met deze die theoretisch zouden worden verwacht.⁸⁴⁶ Als de afwijkingen groot zijn, houdt dit in dat er een significant verschil bestaat in de wijze van toetsing van de materiële dan wel de formele kant. De materiële kant wordt significant meer terughoudend getoetst dan de formele kant (X^2 , $N=557$) = 80,11, $p < 0,001$.

	Formele kant	Materiële kant	Totaal
Volle(re) toetsing	189	202	391
Terughoudende toetsing	14	152	166
Totaal	203	354	557

Tabel 16. Verhouding tussen toetsingsvormen⁸⁴⁷

6.3.9 Combinaties van codes

6.3.9.1 Inleiding

Vanwege de focus van dit onderzoek op bepaalde ondernemingsrechtelijke geschillen wordt nu meer specifiek onderzocht hoe de informatie met betrekking tot de typen geschillen zich verhoudt tot andere gecodeerde informatie. Achtereenvolgens staan de volgende combinaties van codes met de gevalstypen centraal: rechterlijke instantie (paragraaf 6.3.9.2), (soort) procedure (paragraaf

⁸⁴⁵ Code 10.2 in het Excel-bestand verschaft een samenvatting van de wijze waarop in het geschil is getoetst, waardoor de afzonderlijke codes – zoals blijkt uit tabel 15 – vaker in ATLAS.ti zijn gecodeerd. Als bijvoorbeeld in de rechtsoverwegingen 3.4 en 3.7 van een uitspraak een materieel element terughoudend is getoetst, dan zijn beide rechtsoverwegingen apart gecodeerd en is bij code 10.2 eenmaal ‘materieel; terughoudend’ ingevoerd.

⁸⁴⁶ Een niet-parametrische toets is een toets die niet steunt op onderliggende veronderstellingen van de verdeling van de populatie.

⁸⁴⁷ De gegevens uit tabel 16 volgen wederom uit het Excel-bestand. Hierbij kunnen per uitspraak meerdere toetsingsvarianten meetellen, omdat de wijze van toetsing per type geschil in het bestand staat genoteerd. Verder blijft na bestudering van deze tabel onduidelijkheid of de rechterlijke toetsing door de jaren heen is veranderd. In de grafiek in bijlage V is daardoor per jaar zichtbaar hoe de gecodeerde uitspraken door het rechtscollege aan art. 2:8 BW zijn getoetst. Hieruit blijkt dat een formele/volle toetsing structureel terugkomt en de hoeveelheid daarvan lijkt sterk gerelateerd aan het aantal gecodeerde uitspraken per jaar zoals in grafiek 1 is weergegeven. Alleen de jaren 2008 en 2009 vertonen enige afwijking. Verder komt de formele/terughoudende toetsing sporadisch terug in de periode 2006 tot en met 2009 en 2017 tot en met 2023. Wat betreft de materiële/volle toetsing geldt hetzelfde als bij de formele/volle toetsing, alleen wijken de jaren 2006 en 2020 enigszins af gelet op het aantal uitspraken dat van beide jaren is gecodeerd. Hetzelfde geldt niet voor de materiële/terughoudende toetsing, omdat deze toetsingsvorm relatief weinig – en in 2005 zelfs niet – is gesignaleerd in de periode van 2001 tot en met 2003. Ook de jaren 2009, 2012 en 2019 zijn enigszins afwijkend. In 2009 en 2019 is het aantal constatering hoger dan in de omliggende jaren gelet op het aantal gecodeerde uitspraken en het tegenovergestelde geldt voor 2012.

6.3.9.3), betrokkenen en verhoudingen (paragraaf 6.3.9.4) alsmede functies van art. 2:8 BW en wijze van toetsing (paragraaf 6.3.9.5).⁸⁴⁸

6.3.9.2 Rechterlijke instantie (code 4.1) en typen geschillen (code 8)

In deze paragraaf staan twee tabellen. De eerste tabel (17) richt zich op de rechterlijke instanties en typen geschillen. De tweede tabel (18) gaat over het onderscheid tussen uitspraken in eerste aanleg en uitspraken in hoger beroep of cassatie.

⁸⁴⁸ Hierbij dient opgemerkt te worden dat de totaal aantallen kunnen afwijken van de eerdere uiteenzetting. De redenen hiervoor zijn – zoals reeds is beschreven – (i) dat meerdere typen geschillen in één uitspraak kunnen terugkomen en (ii) dat meerdere functies alsmede verschillende toetsingen betrekking kunnen hebben op één type geschil.

Rechterlijke instantie	Type 1	Type 2	Type 3	Type 4	Type 5	Type 6
Rb. Almelo	0	0	0	0	1	0
Rb. Amsterdam	0	1	1	1	8	9
Rb. Arnhem	0	0	0	0	0	2
Rb. Breda	0	0	0	0	2	0
Rb. Den Haag	2	1	2	1	5	1
Rb. Dordrecht	0	0	0	0	0	1
Rb. Gelderland	0	0	0	0	3	4
Rb. Haarlem	0	0	0	0	0	2
Rb. Leeuwarden	0	0	1	0	0	0
Rb. Limburg	1	0	0	0	3	3
Rb. Maastricht	0	0	0	0	0	1
Rb. Midden-Nederland	0	0	0	0	3	6
Rb. Noord-Holland	1	0	1	0	5	4
Rb. Noord-Nederland	0	0	0	0	0	2
Rb. Oost-Brabant	0	1	0	0	4	1
Rb. Overijssel	1	1	0	0	3	2
Rb. Rotterdam	0	1	1	1	1	5
Rb. Utrecht	0	0	0	0	2	3
Rb. Zeeland-West-Brabant	0	0	0	0	0	1
Rb. Zutphen	0	0	0	0	0	1
Rb. Zwolle-Lelystad	0	0	0	0	0	1
Hof Amsterdam	0	0	0	3	3	4
Hof Amsterdam (OK)	70	164	12	28	70	25
Hof Arnhem-Leeuwarden	0	0	0	0	2	1
Hof Den Haag	0	0	1	0	0	1
Hof 's-Hertogenbosch	0	0	0	1	1	1
Hof Leeuwarden	0	0	0	0	0	1
Hoge Raad	4	1	0	0	4	0

Tabel 17. Rechterlijke instanties en typen geschillen

De genoemde typen in tabel 17 zijn gelet op het codeboek: informatieverstrekking (type 1), belangenverstrengeling (type 2), winstbestemming (type 3), strategie en beleid (type 4), structuurwijziging (type 5) en ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (type 6).

Uit tabel 17 volgt dat de Ondernemingskamer de meerderheid van de gecodeerde geschillen over de informatieverstrekking (88,61%), belangenverstrengeling (96,47%), de winstbestemming (63,15%), de strategie en het beleid (80%) alsmede een structuurwijziging (58,33%) heeft beslecht. De Ondernemingskamer heeft enkel bij geschillen over het ontslag, de schorsing of benoeming van de bestuurder een kleinere rol ten opzichte van de andere gezamenlijke rechterlijke instanties (30,49%). Het omvangrijke deel van de geschillen dat de Ondernemingskamer beslecht, zorgt ervoor dat het aantal verschillende rechterlijke instanties in de dataset beperkt is ten aanzien van geschillen over de informatieverstrekking (6), belangenverstrengeling (7), de winstbestemming (7) alsmede de strategie en het beleid (6).⁸⁴⁹ Bij geschillen over een structuurwijziging (17) en over het

⁸⁴⁹ Bij geschillen over de winstbestemming geeft het aantal rechterlijke instanties enigszins een vertekend beeld, omdat deze categorie het minste uitspraken bevat (19).

ontslag, de schorsing of benoeming van de bestuurder (24) is een grotere variatie van rechterlijke instanties waarneembaar. Ook de statistische toets Chi-kwadraat toont dit significant verschil (X^2 , $N=480$) = 165,04, $p < 0,001$. De niet-parametrische toets wijst uit dat geschillen inzake informatieverstrekking en belangenverstrengeling significant vaker voor de Ondernemingskamer worden gebracht dan geschillen over de winstbestemming, een structuurwijziging of het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. Geschillen over de strategie en het beleid worden vaker aan de Ondernemingskamer voorgelegd.

Op basis van tabel 17 is het vervolgens mogelijk om tabel 18 te creëren waaruit het onderscheid tussen geschillen in eerste aanleg en hoger beroep of cassatie blijkt. Bij het creëren van de onderstaande tabel is wel rekening gehouden met de zeven uitspraken die de Ondernemingskamer in het kader van een geschillenregelingsprocedure heeft gedaan. Uit de tabel volgt dat slechts één uitspraak in beroep is behandeld over een belangenverstrengeling of de winstbestemming. Hetzelfde geldt in de kern ook voor het type informatieverstrekking, omdat vier uitspraken de verschillende beschikkingen van de Hoge Raad inzake Cancun betreffen. Bij de andere typen geschillen zijn er meer uitspraken in beroep gedaan dan bij de voornoemde typen geschillen: strategie en beleid (5), structuurwijziging (13) en ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (8). Verder is hoofdzakelijk het aantal uitspraken in eerste aanleg – met of zonder uitspraken van de Ondernemingskamer – groter dan het aantal uitspraken in beroep. Een uitzondering hierop is enkel waarneembaar bij type 4 (strategie en beleid).

Aspect	Informatieverstrekking	Belangenverstrengeling	Winstbestemming	Strategie en beleid	Structuurwijziging	Ontslag, schorsing of benoeming B.
Eerste aanleg	75	169	18	30	104	74
Eerste aanleg excl. OK	5	5	6	3	40	49
Eerste aanleg enkel OK	70	164	12	27	64	25
Beroep	4	1	1	5	16	8

Tabel 18. Eerste aanleg/beroep en typen geschillen

6.3.9.3 Procedure(s) (codes 5 en 6) en typen geschillen (code 8)

Alle typen geschillen komen in zowel dagvaardings- als verzoekschriftprocedures terug. Geschillen over de informatieverstrekking (93,67%), belangenverstrengeling (97,06%) alsmede de strategie en het beleid (77,14%) zijn hoofdzakelijk in verzoekschriftprocedures beslecht. Een wat evenwichtiger verhouding – gelet op het percentage verzoekschriftprocedures van het totaal aantal procedures – bestaat ten aanzien van geschillen over de winstbestemming (63,16%), een structuurwijziging (56,66%) en het ontslag, de schorsing of benoeming van de bestuurder (37,80%). Verder is – zoals uit tabel 12 is af te leiden – een groot deel van de procedures door de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure beslecht. Art. 2:15 BW-procedures komen daarentegen minder vaak voor en in

dergelijke procedures zijn geen geschillen over de informatieverstrekking waargenomen. De procedures gaan hoofdzakelijk over het ontslag, de schorsing of benoeming van de bestuurder (23) maar ook een aantal keer over belangenverstrengeling (2), de winstbestemming (2), de strategie en het beleid (5) en een structuurwijziging (8). Bij geschillenregelingsprocedures komen de typen geschillen ongeveer even vaak terug (2/3) met uitzondering van geschillen over een structuurwijziging (26) of het ontslag, de schorsing of benoeming van de bestuurder (0). De reden voor het hoge aantal procedures waarin een structuurwijziging terugkomt, houdt overigens verband met de gemaakte keuzes tijdens het codeerproces (paragraaf 5.6.3), omdat een geschillenregelingsprocedure vaak als beëindiging van de samenwerking is gecodeerd (type 5: structuurwijziging). Tot slot hebben de gecodeerde kortgedingprocedures veelal betrekking op een geschil over een structuurwijziging (16) en het ontslag, de schorsing of benoeming van de bestuurder (28). Deze twee typen geschillen bedragen gezamenlijk 91,67% van het totaal aantal kortgedingprocedures.

Aspect	Type 1	Type 2	Type 3	Type 4	Type 5	Type 6
Dagvaarding	5	5	7	8	52	51
Verzoekschrift	74	165	12	27	68	31
Art. 2:15 BW-procedure	0	2	2	5	8	23
Enquêteprocedure	74	165	12	27	68	24
Geschillenregelingsprocedure	2	2	3	2	26	0
Kort geding	3	0	0	1	16	28
Overige procedure	0	1	2	0	2	7

Tabel 19. Procedure(s) en typen geschillen

De genoemde typen in tabel 19 zijn gelet op het codeboek: informatieverstrekking (type 1), belangenverstrengeling (type 2), winstbestemming (type 3), strategie en beleid (type 4), structuurwijziging (type 5) en ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (type 6).

6.3.9.4 Typen geschillen (code 8), betrokkenen en verhoudingen (code 9)

Uit tabel 20 blijkt dat geschillen over de informatieverstrekking (type 1), belangenverstrengeling (type 2), de winstbestemming (type 3), de strategie en het beleid (type 4) en een structuurwijziging (type 5) hoofdzakelijk – of zelfs exclusief in geval van type 3 – afspelen tussen aandeelhouders waarbij aan minimaal een van de twee kanten van het geschil een bestuurder is betrokken. Ook is bij voornoemde geschillen veelal sprake van een minderheid/meerderheid-situatie (tabel 21). Beide aspecten kunnen afzonderlijk en gecombineerd leiden tot een situatie waarin een van de twee kanten van het geschil meer macht heeft. Verder is 48% van de geconstateerde 50/50-verhoudingen qua aandelenbelang waarneembaar bij geschillen over belangenverstrengeling.⁸⁵⁰ Ten aanzien van geschillen over de winstbestemming (type 3) speelt het geschil hoofdzakelijk tussen een aandeelhouder en een aandeelhouder/bestuurder (89,47%). Tevens is in 75% van de gevallen sprake van een minderheid/meerderheid-situatie waardoor de verhoudingen vaak niet gelijkwaardig zijn. Als laatste komen bij type 6 (ontslag, schorsing en benoeming bestuurder) hoofdzakelijk – of zelfs exclusief – de volgende variaties voor: (i) aandeelhouder vs. bestuurder, (ii) aandeelhouder/bestuurder vs. bestuurder en (iii) aandeelhouder of bestuurder vs. commissaris. Dit is niet verwonderlijk gelet op de kern van dit type geschil. Het gaat immers over het ontslaan, schorsen of benoemen

⁸⁵⁰ In die situatie zal het niet altijd gaan om een geschil tussen twee aandeelhouders/bestuurders. Bij belangenverstrengeling zijn er namelijk achtenveertig 50/50-verhoudingen waargenomen en het geschil speelt vijfendertig keer tussen twee aandeelhouders/bestuurders.

van de bestuurder, waardoor de bestuurder veelal niet op dezelfde lijn zit als de partij met de ontslag- of schorsingsbevoegdheid.

Type geschil ⁸⁵¹	A vs. A	A vs. A/B	A. vs. B	A/B vs. A/B	A/B vs. B	A B vs. C
Informatie	2	49	4	22	0	1
Belangen	4	127	4	35	0	0
Winst	0	17	0	2	0	0
Strategie	0	25	2	8	0	0
Structuur	4	82	2	31	0	1
Ontslag	0	11	28	35	5	3
Totaal⁸⁵²	10	311	40	133	5	5

Tabel 20. Verhouding tussen typen geschillen en betrokkenen

De variaties in tabel 20 zijn op de volgende wijze afgekort: aandeelhouder vs. aandeelhouder (A vs. A), aandeelhouder vs. aandeelhouder/bestuurder (A vs. A/B), aandeelhouder vs. bestuurder (A vs. B), aandeelhouder/bestuurder vs. aandeelhouder/bestuurder (A/B vs. A/B), aandeelhouder/bestuurder vs. bestuurder (A/B vs. B) en aandeelhouder of bestuurder vs. commissaris (A B vs. C).

Type geschil ⁸⁵³	50/50-verhouding	Meerderheid/minderheid	Minderheid/meerderheid	Minderheid/minderheid
Informatie	13	6	54	1
Belangen	48	5	116	0
Winst	5	0	15	0
Strategie	6	4	21	1
Structuur	21	14	81	1
Ontslag	7	1	40	0
Totaal⁸⁵⁴	100	30	327	3

Tabel 21. Verhouding tussen typen geschillen en verhoudingen tussen partijen

6.3.9.5 Typen geschillen (code 8), functies en wijze van toetsing (code 10)

Bij tabel 22 valt op dat geen terughoudende toetsing bij geschillen over de informatieverstrekking is gesignaleerd en de toetsing hoofdzakelijk betrekking heeft op materiële aspecten. Een beperkte rol voor de terughoudende toetsing is eveneens weggelegd bij geschillen over een belangenverstremgeling (2,26%), maar het aantal getoetste formele en materiële aspecten is gelijkwaardiger bij dergelijke geschillen (49,15/50,85%). Bij beide typen geschillen is ook duidelijk een grotere rol weggelegd voor de gedragsregulerende functie ten opzichte van de andere functies (tabel 23). De gedragsregulerende functie heeft eveneens de overhand bij geschillen over de winstbestemming (89,47%) en het rechtscollege toetst bij dergelijke geschillen veelal een materieel aspect (88,89%).

⁸⁵¹ De typen geschillen zijn als volgt afgekort: informatieverstrekking (informatie), belangenverstremgeling (belangen), winstbestemming (winst), strategie en beleid (strategie), structuurwijziging (structuur) en ontslag, schorsing en benoeming bestuurder (ontslag).

⁸⁵² De totaalaantallen in deze tabel zijn hoger dan de aantallen in tabel 12, omdat één uitspraak meerdere keren kan meetellen als daarin meerdere typen geschillen staan.

⁸⁵³ De typen geschillen zijn op eenzelfde manier als bij tabel 20 afgekort.

⁸⁵⁴ De totaalaantallen in deze tabel zijn hoger dan de aantallen in tabel 13, omdat één uitspraak meerdere keren kan meetellen als daarin meerdere typen geschillen staan.

De toetsing is daarentegen vaker terughoudend (83,33%) dan vol (16,67%). Hetzelfde qua toetsing geldt voor geschillen over ‘strategie en beleid’ (64,10%) en ‘structuurwijziging’ (51,88%), aangezien het aantal terughoudende toetsingen hoger is dan het aantal volle toetsingen. Het rechtscollege toetst bij geschillen over de strategie en het beleid (82,05%) en een structuurwijziging (66,17%) ook vaker een materieel aspect. Verder is bij type 6 (ontslag, schorsing of benoeming bestuurder) een evenwichtiger beeld waarneembaar met betrekking tot zowel de toetsing van formele en materiële aspecten (54,63/45,37%) als de volle en terughoudende toetsing (50,93/49,07%). Een groot deel van het aantal gesignaleerde beperkende functies komt mede terug bij voornoemd gevalstype (58,62%). Voorts speelt de interpreterende functie bij de laatste drie typen geschillen een grotere rol. Dit is zowel qua aantal als verhoudingsgewijs ten opzichte van de gedragsregulerende functie bij de eerste drie typen geschillen. De aanvullende functie is voorts hoofdzakelijk bij geschillen over een structuurwijziging (55,56%) waargenomen.

Tot slot vloeit uit de statistische toets Chi-kwadraat voort dat er een significant verschil is in toetsing van de onderscheiden typen (X^2 , $N=552$) = 70,883 $p < 0,001$). De niet-parametrische toets wijst – overeenkomstig tabel 22 – uit dat voor alle geschillen de formele toetsing minder frequent plaatsvindt dan de materiële toetsing en het omgekeerde geldt voor geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. Een uitzondering qua significantie betreft geschillen over een structuurwijziging waar het verschil niet significant is. Gelijkaardige statistisch significante verschillen zijn bij alle gevalstypen aangetroffen in de volle en terughoudende toetsing (X^2 , $N=552$) = 192,601 $p < 0,001$).

Gevalstype ⁸⁵⁵	Formele kant	Materiële kant	Volle toetsing	Terughoudende toetsing
Informatieverstrekking	4	73	77	0
Belangenverstrengeling	87	90	173	4
Winstbestemming	2	16	3	15
Strategie en beleid	7	32	14	25
Structuurwijziging	45	88	64	69
Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder	59	49	55	53
Totaal	204	348	386	166

Tabel 22. Verhouding tussen gevalstypen en wijze van toetsing

⁸⁵⁵ De informatie in deze tabel wijkt enigszins af van de informatie in de voorgaande tabellen met betrekking tot de wijze van toetsing en functies van art. 2:8 BW, omdat deze informatie afkomstig is uit het Excel-bestand terwijl de informatie in tabel 14 afkomstig is uit ATLAS.ti. Alhoewel dezelfde informatie in beide programma's is gecodeerd, kunnen de aantallen afwijken omdat in Excel alle informatie van één uitspraak met betrekking tot een bepaalde code in één cel moet worden geplaatst. Bij ATLAS.ti bestaat daarentegen de mogelijkheid om één code meermaals toe te passen in één uitspraak (zie paragraaf 6.2). Dat is bijvoorbeeld in ATLAS.ti nodig als de functie op verschillende plaatsen in de uitspraak terugkomt, waardoor het aantal coderingen onder de desbetreffende code in ATLAS.ti toeneemt ten opzichte van het aantal coderingen in Excel.

Gevalstype ⁸⁵⁶	Interpreterend	Aanvullend	Beperkend	Gedragsregulerend
Informatieverstrekking	3	3	0	74
Belangenverstrengeling	6	3	1	160
Winstbestemming	1	0	1	17
Strategie en beleid	13	1	3	21
Structuurwijziging	50	10	7	69
Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder	31	1	17	47
Totaal	104	18	29	388

Tabel 23. Verhouding tussen gevalstypen en functies

6.4 Feiten en beoordeling

6.4.1 Inleiding

De gecodeerde feiten en rechterlijke beoordelingen vormen een fundamenteel element van de systematische rechtspraakanalyse. Voor het maken van een deugdelijke kwalitatieve analyse is het van belang dat er voldoende informatie beschikbaar is voor het maken van vergelijkingen en het leggen van verbanden. Om voornoemde reden behandelt deze paragraaf de codes van de thema's 'feiten' en 'beoordeling' om in kaart te brengen hoe vaak de verschillende codes met betrekking tot onder meer de typen geschillen zijn waargenomen. De structuur van deze paragraaf is als volgt. Paragraaf 6.4.2 focust zich op een deel van de codes 18 tot en met 27 die gaan over feiten die niet aan een van de gevalstypen zijn gekoppeld. Vervolgens linkt paragraaf 6.4.3 de informatie uit de voorgaande paragraaf met de typen ondernemingsrechtelijke geschillen. Afsluitend staat in paragraaf 6.4.4 zowel het aantal coderingen bij de feiten als de rechterlijke beoordeling onder de verschillende gevalstypen centraal.

6.4.2 Feiten exclusief gevalstypen (codes 18 tot en met 27)

De codes 18 tot en met 27 bevatten algemene aspecten die invloed kunnen hebben op de beoordeling van het ondernemingsrechtelijk geschil. Omdat in dit hoofdstuk enkel de nadruk ligt op het aantal keren dat bepaalde codes zijn toegepast, is ervoor gekozen om niet alle codes op te nemen in tabel 24.⁸⁵⁷ Dat sprake is van een samenwerkings- of aandeelhoudersovereenkomst kan bijvoorbeeld meerwaarde hebben, maar dat belangrijke bepalingen daaruit ook gecodeerd zijn, is voor dit hoofdstuk – waarin geen kwalitatieve analyse plaatsvindt – minder relevant. Daarom is ervoor gekozen om de volgende codes in een tabel te verwerken: familieverhouding (code 18.2), financiële positie (code 18.4), verstandhouding tussen partijen (code 19.1), impasse (code 19.2), bemiddelingspoging (code 20.1), gerechtelijke procedure (code 20.2), uittreding (code 21.1), uitstoting (code 21.2), samenwerkings-/aandeelhoudersovereenkomst (code 24.1), andere overeenkomst (code 25.1) en tegenstrijdigheden tussen wet, statuten en/of overeenkomst (code 26).⁸⁵⁸

⁸⁵⁶ Hetzelfde geldt voor deze tabel waardoor de informatie enigszins afwijkt van de informatie in tabel 15.

⁸⁵⁷ Een overzicht van alle coderingen in Excel en ATLAS.ti staat in bijlage III.

⁸⁵⁸ De informatie over de codes volgt uit het Excel-bestand.

Uit tabel 24 blijkt dat de code familieverhouding 112 keer is waargenomen, waardoor in 26,42% van de gecodeerde uitspraken een familieverhouding is gesignaleerd. Hierdoor bevat het codeerschema de nodige informatie over dergelijke verhoudingen voor het leggen van verbanden. Hetzelfde geldt tot op zekere hoogte voor de codes financiële positie (178/ 41,98%), verstandhouding tussen partijen (184/ 43,40%), gerechtelijke procedure (179/ 42,22%), uittreding (89/ 20,99%), samenwerkings-/aandeelhoudersovereenkomst (116/ 27,36%) en andere overeenkomst (133/ 31,37%). Deze codes komen namelijk eveneens veelvuldig terug in de gecodeerde rechtspraak, waardoor er voldoende informatie voor dit promotieonderzoek en voor vervolgonderzoek beschikbaar is. Dit geldt echter niet voor alle codes, aangezien een impasse slechts zes keer in de feitelijke weergave van het geschil expliciet is geconstateerd. Verder is de wens om een aandeelhouder ‘uit te stoten’ (code 21.2) minder vaak gesignaleerd (25), dan een aandeelhouder die wil uittreden (89). Dit vertoont overeenkomsten met het aantal zoekresultaten dat op basis van art. 2:343 BW en 2:336 BW is gevonden (zie paragraaf 5.2.3), omdat de zoekterm art. 2:343 BW tot (bijna) twee keer zoveel zoekresultaten heeft geleid.⁸⁵⁹ Als laatste is door middel van code 26 achterhaald of er in de gecodeerde uitspraken tegenstrijdigheden bestaan tussen de wet, statuten en/of overeenkomst. Daarvan lijkt weinig sprake te zijn gelet op het aantal coderingen (3).

Nr.	Code	Aantal
18.2	Familieverhouding	112
18.4	Financiële positie	178
19.1	Verstandhouding tussen partijen	184
19.2	Impasse	6
20.1	Bemiddelingspoging(en)	37
20.2	Gerechtelijke procedure(s)	179
21.1	Uittreding	89
21.2	Uitstoting	25
24.1	Samenwerkings-/Aandeelhoudersovereenkomst	116
25.1	Andere overeenkomst	133
26.	Tegenstrijdigheden tussen wet, statuten en/of overeenkomst	3

Tabel 24. Overzicht deel feiten

6.4.3 Verhouding tussen algemene codes en gevalstypen

In de voorgaande paragraaf zijn elf algemene codes uiteengezet die vallen onder het thema feiten. Deze paragraaf legt een link tussen die feiten en de verschillende gevalstypen om te achterhalen of bepaalde codes vaker voorkomen bij bepaalde gevalstypen. Hierbij geldt – zoals bij eerdere tabellen – dat het totaal aantal bij elke code hoger kan liggen dan in tabel 24, omdat er meerdere typen geschillen in een uitspraak kunnen voorkomen waardoor één uitspraak voor zowel type 1 als type 2 kan meetellen. Dit is direct zichtbaar bij code 18.2 (familieverhouding), aangezien het totaal aantal in tabel 25 (144) bij deze code hoger ligt, dan het totaal aantal in tabel 24 (112). Ook is het relevant om het totaal aantal – zoals uiteengezet in tabel 10 – gesignaleerde typen geschillen te herhalen, omdat de verhoudingen tussen de typen geschillen van belang zijn voor de onderstaande

⁸⁵⁹ De indruk ontstaat daardoor dat een partij vaker wil uittreden dan dat een poging wordt gedaan om een partij uit te stoten. Dat uittredingsvorderingen vaker worden ingesteld, kan overigens ook verband houden met de materiële voorwaarden daarvoor, aangezien die voorwaarden minder zwaar zijn dan de voorwaarden voor uitstoting.

tabel: informatieverstrekking (79), belangenverstremgeling (170), winstbestemming (19), strategie en beleid (35), structuurwijziging (120) en ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (82).

Gelet op de hiervoor genoemde aantallen komt een familieverhouding (code 18.2) relatief vaak voor bij geschillen over de winstbestemming (47,37%) en de informatieverstrekking (43,04%).⁸⁶⁰ Bij geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder is een familieverhouding daarentegen procentueel het minst vaak waargenomen (13,41%).

De financiële positie van de vennootschap (code 18.4) is met enige regelmaat uit de uitspraak af te leiden. Met name bij geschillen over de informatieverstrekking (58,23%), belangenverstremgeling (49,41%) en een structuurwijziging (51,67%) is dat het geval. Bij de andere gevalstypen komt de financiële positie in minder dan 1 op de 3 uitspraken terug.⁸⁶¹ Op basis van de aantallen blijft echter onduidelijk of deze positie positief dan wel negatief is.

Wat betreft code 19.1 (verstandhouding tussen partijen) is het de vraag of hiermee voldoende rekening gehouden kan worden tijdens de kwalitatieve analyse. De code komt namelijk meermaals terug, maar uit het feit dat een gerechtelijke procedure is gestart, volgt impliciet dat de verhouding tussen de partijen verstoord is. Verder is code 19.2 (impasse) slechts enkele keren bij verschillende typen geschillen gesignaleerd waardoor daarover weinig is op te merken.

Bij de codes 20.1 (bemiddelingspoging) en 20.2 (gerechtelijke procedure) valt daarentegen op dat het aantal bemiddelingspogingen verhoudingsgewijs bij de geschillen over de winstbestemming, de strategie en het beleid en een structuurwijziging aanmerkelijk lager is, dan het aantal keer dat partijen reeds een gerechtelijke procedure (code 20.2) jegens elkaar hebben geëntameerd. Bij geschillen over de informatieverstrekking, belangenverstremgeling en het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder is de verhouding namelijk ongeveer 1 op de 4 en bij de drie daarvoor genoemde geschillen is dat minimaal 1 op de 6.

De codes over uittreding (21.1) en uitstoting (21.2) komen bij alle gevalstypen terug. Met name de code voor uittreding is meermaals bij alle gevalstypen toegepast. Informatie is daarentegen aanzienlijk minder vaak onder de code voor uitstoting geplaatst. Bij geschillen over de strategie en het beleid is dat zelfs slechts eenmaal gebeurd.

Of partijen een samenwerkings-/of aandeelhoudersovereenkomst (code 24.1) hebben gesloten, kan van belang zijn aangezien partijen daarin nadere afspraken kunnen maken die – onder omstandigheden – gelden binnen de deelrechtsorde van de vennootschap. Of het rechtscollege daarmee in haar beoordeling ook rekening houdt, moet nog blijken, maar bij de verschillende typen geschillen hebben partijen in ieder geval dergelijke overeenkomsten gesloten. Hetzelfde geldt voor de inhoud van een andere overeenkomst (code 25.1), aangezien die in theorie relevant kan zijn voor de beslechting van het geschil. Ook is veelvuldig onder code 25.1 gecodeerd, waardoor daaronder de nodige informatie bij alle gevalstypen is geplaatst.

⁸⁶⁰ Bij respectievelijk belangenverstremgeling, strategie en beleid en structuurwijziging zijn de percentages 31,18, 22,86 en 24,17%.

⁸⁶¹ Bij respectievelijk winstbestemming, strategie en beleid en ontslag, schorsing of benoeming bestuurder zijn de percentages 21,05, 31,43 en 19,51%.

Tot slot is het opmerkelijk dat code 26 (tegenstrijdigheden tussen wet, statuten en/of overeenkomst) enkel bij geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder voorkomt.

Code	Type 1	Type 2	Type 3	Type 4	Type 5	Type 6	Totaal
Familieverhouding (code 18.2)	34	53	9	8	29	11	144
Financiële positie (code 18.4)	46	84	4	11	62	16	223
Verstandhouding (code 19.1)	43	78	5	16	55	31	228
Impasse (code 19.2)	0	2	0	2	2	0	6
Bemiddelingspoging (code 20.1)	10	18	1	1	11	5	46
Gerechtelijke procedure (code 20.2)	43	72	6	20	54	18	213
Uittreding (code 21.1)	26	37	5	8	29	11	116
Uitstoting (code 21.2)	6	11	2	1	6	6	32
Samenwerkingsovereenkomst (code 24.1)	20	42	2	18	35	24	141
Andere overeenkomst (code 25.1)	25	52	5	10	33	28	153
Tegenstrijdigheden (code 26)	0	0	0	0	0	3	3

Tabel 25. Relatie tussen bepaalde feiten en typen geschillen⁸⁶²

De genoemde typen in tabel 25 zijn gelet op het codeboek: informatieverstrekking (type 1), belangenverstrengeling (type 2), winstbestemming (type 3), strategie en beleid (type 4), structuurwijziging (type 5) en ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (type 6).

6.4.4 Feiten en beoordeling gevalstypen

6.4.4.1 Inleiding

Deze paragraaf bevat informatie over het aantal keer dat de specifiekere codes gerelateerd aan de gevalstypen zijn toegepast. Dit gebeurt om weer te geven of voldoende informatie beschikbaar is voor de kwalitatieve analyse. Hieronder volgt een beschrijving per gevalstype.

⁸⁶² Sommige codes zijn enigszins afgekort omwille van de beschikbare ruimte in de tabel. De codes zijn voluit: familieverhouding (code 18.2), financiële positie (code 18.4), verstandhouding tussen partijen (code 19.1), impasse (code 19.2), bemiddelingspoging (code 20.1), gerechtelijke procedure (code 20.2), uittreding (code 21.1), uitstoting (code 21.2), samenwerkings-/aandeelhoudersovereenkomst (code 24.1), andere overeenkomst (code 25.1) en tegenstrijdigheden tussen wet, statuten en/of overeenkomst (code 26).

6.4.4.2 Informatieverstrekking

Tien subcodes hebben betrekking op geschillen over de informatieverstrekking. Onder deze subcodes is zowel onder het thema feiten als het thema beoordeling meermaals gecodeerd, zodat er voldoende vergelijkingsmateriaal is voor de kwalitatieve analyse. Ook is het aantal constatering bij de codes onder de feiten en beoordeling relatief gelijk. Hierbij dient – zoals beschreven in paragraaf 5.6.4 – (nogmaals) te worden opgemerkt dat de codes ‘informatie buiten vergadering’ (code 35.3) en ‘zelfstandige informatieplicht’ (code 35.4) als niet exclusief zijn beschouwd. Bepaalde informatie is daardoor zowel onder code 35.3 als code 35.4 geplaatst.

Code feiten	Aantal	Code beoordeling	Aantal
Code 28.1: Informatieverstrekking algemeen	30	Code 35.1: Informatieverstrekking algemeen	17
Code 28.2: Verzoek binnen vergadering	16	Code 35.2: Verzoek binnen vergadering	10
Code 28.3: Verzoek buiten vergadering	28	Code 35.3: Verzoek buiten vergadering	27
Code 28.4: Spontane/zelfstandige plicht vennootschap/bestuur	22	Code 35.4: Spontane/zelfstandige plicht vennootschap/bestuur	36
Code 28.5: Informatie bestuurders onderling	8	Code 35.5: Informatie bestuurders onderling	12
Totaal	104	Totaal	102

Tabel 26. Type 1: feiten/beoordeling⁸⁶³

6.4.4.3 Belangenverstremgeling

Voor type 2 (belangenverstremgeling) zijn veertien subcodes gecreëerd. Het aantal keren dat de verschillende codes zijn toegepast, loopt sterk uiteen. Zo is code 29.7 (zorgvuldige scheiding van belangen) bijvoorbeeld geen enkele keer gebruikt, terwijl informatie (ruim) meer dan honderd keer onder drie andere codes is geplaatst. Dat geen informatie onder code 29.7 is gecodeerd, vormt overigens geen complicatie. De focus van het onderzoek ligt immers op de rechterlijke toepassing van art. 2:8 BW en onder de codes 36.1 tot en met 36.7 is veelvuldig informatie geschaard.

⁸⁶³ De codes gerelateerd aan de gevalstypen hebben bij de feiten en de rechterlijke beoordeling dezelfde naam gekregen zodat het eenvoudiger is om een link tussen de feiten en de beoordeling te leggen.

Code feiten	Aantal	Code beoordeling	Aantal
Code 29.1: Belangenverstrengeling algemeen	146	Code 36.1: Belangenverstrengeling algemeen	109
Code 29.2: Onttrekking	15	Code 36.2: Onttrekking	9
Code 29.3: Openheid van zaken	73	Code 36.3: Openheid van zaken	108
Code 29.4: Inschakelen derde	16	Code 36.4: Inschakelen derde	47
Code 29.5: Informatieverstrekking i.h.k.v. goedkeuring algemene vergadering	3	Code 36.5: Informatieverstrekking i.h.k.v. goedkeuring algemene vergadering	8
Code 29.6: Onthouding	2	Code 36.6: Onthouding	9
Code 29.7: Zorgvuldige scheiding van belangen	0	Code 36.7: Zorgvuldige scheiding van belangen	4
Totaal	255	Totaal	294

Tabel 27. Type 2: feiten/beoordeling

6.4.4.4 Winstbestemming

Geschillen over de winstbestemming zijn het minst gesignaleerd (19) in de onderzochte uitspraken (zie tabel 10). Een logisch gevolg daarvan is dat het aantal coderingen onder de codes 30 en 37 beperkt is. Wel is het noemenswaardig dat de gecodeerde rechtspraak geen informatie bevat die onder de codes 30.4 en 37.4 (weigering goedkeuring) valt. Het is dan ook de vraag of een rechtscollege in de toekomst art. 2:8 BW zal toepassen ter beslechting van het geschil indien een bestuurder weigert om goedkeuring te geven in het kader van de uitkeringstest (art. 2:216 lid 2 BW).

Code feiten	Aantal	Code beoordeling	Aantal
Code 30.1: Winstbestemming	12	Code 37.1: Winstbestemming	13
Code 30.2: Gronden voor of tegen winstuitkering	7	Code 37.2: Gronden voor of tegen winstuitkering	5
Code 30.3: Gronden voor of tegen reservering	7	Code 37.3: Gronden voor of tegen reservering	9
Code 30.4: Weigering goedkeuring (uitkeringstest)	0	Code 37.4: Weigering goedkeuring (uitkeringstest)	0
Totaal	26	Totaal	27

Tabel 28. Type 3: feiten/beoordeling

6.4.4.5 Strategie en beleid

Bij type 4 (strategie en beleid) is een hoger aantal coderingen waarneembaar ten opzichte van type 3 (winstbestemming). Niettemin blijft het aantal coderingen – zie tabel 29 – beperkt ten opzichte van het aantal coderingen bij de andere typen geschillen. Dit heeft wederom te maken met het

aantal gecodeerde uitspraken (35) waarin een geschil over de strategie en het beleid is waargenomen. Wel zijn de verschillende codes meermaals toegepast waardoor de nodige informatie is vergaard.

Code feiten	Aantal	Code beoordeling	Aantal
Code 31.1: Strategie en beleid algemeen	27	Code 38.1: Strategie en beleid algemeen	9
Code 31.2: Gronden voor	10	Code 38.2: Gronden voor	21
Code 31.3: Gronden tegen	5	Code 38.3: Gronden tegen	11
Totaal	42	Totaal	41

Tabel 29. Type 4: feiten/beoordeling

6.4.4.6 Structuurwijziging

Ten opzichte van de twee hiervoor behandelde typen geschillen is type 5 (structuurwijziging) aanzienlijk vaker gesignaleerd (120). Het bijzondere van type 5 is dat de subcodes van code 32 uiteenloperender zijn dan de codes bij de andere gevalstypen. Hierdoor valt een grotere variatie aan uiteenlopende geschillen onder type 5. Met name code 32.5 (beëindiging) is ruim geformuleerd, zodat daaronder tevens uittredings- en uitstotingsprocedures vallen – overeenkomstig hetgeen in paragraaf 5.6.4 staat – waarin het rechtcollege een dergelijke vordering toewijst. Deze ruimere formulering lijkt ertoe te hebben geleid dat geschillen over het beëindigen van de samenwerking het vaakst (53) binnen type 5 zijn gesignaleerd. Daarnaast zijn de andere codes – met uitzondering van de codes 32.3 en 39.3 (statuten) – veelvuldig toegepast. Gelet hierop is voldoende informatie vergaard voor de kwalitatieve analyse, alleen zal die analyse ten aanzien van geschillen over een statutenwijziging beperkt zijn.

Code feiten	Aantal	Code beoordeling	Aantal
Code 32.1: Structuurwijziging algemeen	19	Code 39.1: Structuurwijziging algemeen	7
Code 32.2: Aandelenstructuur	40	Code 39.2: Aandelenstructuur	42
Code 32.3: Statuten	1	Code 39.3: Statuten	2
Code 32.4: Ondernemingsstructuur	29	Code 39.4: Ondernemingsstructuur	30
Code 32.5: Beëindiging	39	Code 39.5: Beëindiging	53
Totaal	128	Totaal	134

Tabel 30. Type 5: feiten/beoordeling

6.4.4.7 Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder

Tabel 31 bevat een weergave van het aantal coderingen van de codes 33 en 40 (ontslag, schorsing of benoeming bestuurder). Uit deze tabel volgt dat de formele aspecten met betrekking tot het ontslagbesluit vaker centraal staan in het geschil dan de materiële aspecten. Alle codes – behalve de codes 33.6 en 40.6 (materiële gronden benoemingsbesluit) – komen ook frequent voor, waardoor de beschikbare informatie toereikend is voor een kwalitatieve analyse.

Code feiten	Aantal	Code beoordeling	Aantal
Code 33.1: Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (/commissaris) algemeen	37	Code 40.1: Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (/commissaris) algemeen	26
Code 33.2: Hoorrecht	20	Code 40.2: Hoorrecht	28
Code 33.3: Totstandkoming besluit	72	Code 40.3: Totstandkoming besluit	37
Code 33.4: Materiële gronden ontslagbesluit	37	Code 40.4: Materiële gronden ontslagbesluit	28
Code 33.5: Materiële gronden schorsingsbesluit	12	Code 40.5: Materiële gronden schorsingsbesluit	10
Code 33.6: Materiële gronden benoemingsbesluit	1	Code 40.6: Materiële gronden benoemingsbesluit	2
Totaal	179	Totaal	131

Tabel 31. Type 6: feiten/beoordeling

6.5 Beslissing van het rechtscollege

6.5.1 Voorzieningen enquêteprocedure

Voorafgaand aan het beschrijven van hetgeen in tabel 32 staat, is het van belang om te benadrukken dat er 294 uitspraken van de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure zijn gecodeerd. In 72,88% van de gevallen heeft een partij daardoor een voorziening verzocht ten aanzien van een of meerdere bestuurders. Een voorziening ten aanzien van de aandelen is minder vaak gesignaleerd (40,34%), maar deze voorziening is wel verhoudingsgewijs het vaakst toegewezen als een partij daarom heeft verzocht (44,54%). De statistische toets Chi-kwadraat toont evenwel aan dat deze verschillen in aantallen niet statistisch significant zijn (X^2 , $N=581$) = 7,034 $p < 0,134$). Verder zijn er 100 voorzieningen verzocht of gewezen die niet onder de andere vier codes vallen. Voorbeelden hiervan zijn: (i) het buiten werking stellen van een statutaire bepaling,⁸⁶⁴ (ii) een accountant benoemen,⁸⁶⁵ (iii) het voorkeursrecht uitsluiten⁸⁶⁶ en (iv) het ontbinden van de vennootschap en het aanstellen van een vereffenaar.⁸⁶⁷

⁸⁶⁴ Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 2002, ARO 2002/151 (*Case Packing*), r.o. 4.

⁸⁶⁵ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2004, ARO 2004/34 (*Headscanning Patent*), r.o. 1.1 onder 2.a.

⁸⁶⁶ Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, ARO 2011/85 (*Rhodes Holding Netherlands*), r.o. 4.

⁸⁶⁷ Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2017, ARO 2017/78 (*Nieuwendijk Monumenten*), r.o. 4.

Voorziening	Toegewezen ⁸⁶⁸	Afgewezen	Totaal
T.a.v. bestuurder	91	124	215
T.a.v. commissaris	28	41	69
T.a.v. aandelen	53	66	119
T.a.v. besluiten	26	52	78
Overige	30	70	100
Totaal	228	353	581

Tabel 32. Af-/toegewezen voorzieningen enquêteprocedure

6.5.2 Beslissing

Zojuist is nogmaals aangehaald dat er 294 uitspraken van de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure zijn gecodeerd. Dit aantal verdient enige verduidelijking gelet op hetgeen in tabel 33 staat, want uit tabel 33 volgt dat het aantal toe-/afgewezen enquêteverzoeken en oordelen inzake wanbeleid gezamenlijk 279 bedraagt. Het totaal aantal ‘enquêteprocedures’ is niettemin 294, omdat in vijftien uitspraken het verzoek is aangehouden waarna de procedure is geëindigd. Verder zijn er 119 procedures ingeleid met een dagvaarding en de eerste drie categorieën zijn gezamenlijk 85. Het verschil tussen deze aantallen is met name ontstaan door kortgedingprocedures, waarin deze aspecten niet terugkomen maar art. 2:8 BW wel.

Gelet op de voorgaande aantallen is het niet verwonderlijk dat er evident het vaakst onder code 45.5 (toewijzing/afwijzing enquêteverzoek) is gecodeerd (233). Veelal is een enquêteprocedure ook toegewezen (67,81%). Ook is het aantal gecodeerde uitspraken waarin de Ondernemingskamer wanbeleid vaststelt, vele malen hoger dan de uitspraken waarin het rechtscollege een dergelijk verzoek afwijst. De verhouding tussen het aantal toegewezen (27) en afgewezen (7) geschillenregulingsprocedures is tevens ongelijk. De reden daarvoor heeft onder meer te maken met de gemaakte keuzes in dit onderzoek. Een op grond van art. 2:336/343 BW toegewezen vordering is immers altijd – overeenkomstig paragraaf 5.6.4 – gecodeerd en een afgewezen vordering is enkel gecodeerd als art. 2:8 BW expliciet in de uitspraak staat. Tot slot is sporadisch onder code 45.3 (verklaring voor recht) gecodeerd (14). De verschillen moeten voorzichtig worden geïnterpreteerd. Uit de Chi-kwadraat volgt namelijk niet dat de toewijzing bij de geschillenregelingsprocedure of het enquêteverzoek meer voorkomt, doch wel het oordeel inzake het wanbeleid en omgekeerd de afwijzing van de vernietiging van het besluit ex art. 2: 15 lid 1 sub b BW (X^2 , N=370) = 22,974 $p < 0,001$).

	Vernietiging besluit ex art. 2:15 lid 1 sub b BW		Verklaring voor recht		Oordeel inzake geschillenregulingsprocedure		Toe-/afwijzing enquêteverzoek		Oordeel inzake wanbeleid	
	T	A	T	A	T	A	T	A	T	A
Toe-/afwijzing	19	24	10	4	27	7	158	75	41	5
Totaal T/A	43		14		34		233		46	

Tabel 33. Beslissing gecodeerde uitspraken⁸⁶⁹

⁸⁶⁸ Een niet specifiek verzochte maar wel door de Ondernemingskamer getroffen voorziening wordt als een toegewezen voorziening beschouwd.

⁸⁶⁹ Wanneer de informatie uit tabel 33 per jaar wordt uiteengezet, dan ontstaat het beeld dat het aantal beslissingen inzake dagvaardingsprocedures is toegenomen overeenkomstig de hogere publicatiegraad van de afgelopen jaren

6.6 Afronding

6.6.1 Inleiding

In totaal werden 424 uitspraken gecodeerd die 505 ondernemingsrechtelijke geschillen bevatten, waarbij het aantal signaleringen per gevalstype uiteenloopt van 19 tot en met 170. De volgende paragrafen geven een overzicht van de bevindingen naar aanleiding van de tabellen en de daarbij behorende informatie. Achtereenvolgens komen aan bod: algemene informatie (paragraaf 6.6.2), feiten en beoordeling (paragraaf 6.6.3) en beslissing van het rechtscollege (paragraaf 6.6.4).

6.6.2 Algemene informatie

6.6.2.1 Inleiding

De focus in deze paragraaf ligt allereerst op de rechterlijke instantie en soort procedure (paragraaf 6.6.2.2). Vervolgens volgt in paragraaf 6.6.2.3 een overzicht van de bevindingen met betrekking tot de betrokkenen en verhoudingen tussen partijen. Daarna komen de functies van art. 2:8 BW en wijze van toetsing in paragraaf 6.6.2.4 aan bod.

6.6.2.2 Rechterlijke instanties en soort procedure

In paragraaf 6.3.9 zijn meermaals vergelijkingen met meerdere codes gemaakt. Daaruit blijkt dat verschillende rechterlijke instanties oordelen over geschillen die onder hetzelfde gevalstypen vallen. Met name geschillen over een structuurwijziging en het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder zijn door een behoorlijk aantal verschillende instanties beslecht middels een uitspraak. Het aantal verschillende instanties betreft namelijk respectievelijk 17 en 24. Verder is het merendeel van de gevalstypen door de Ondernemingskamer beslecht. Niettemin hebben rechtbanken eveneens een behoorlijk aantal van de gecodeerde uitspraken gewezen en met name ten opzichte van hoger beroep en cassatie.

Verder leidt het omvangrijke aantal enquêteprocedures (299) ertoe dat het merendeel van de gecodeerde uitspraken met een verzoekschrift is ingeleid. Dagvaardingsprocedures zijn echter ook veelvuldig gecodeerd (119) en de rechtscolleges oordelen in dergelijke procedures – net zoals in verzoekschriftprocedures – over alle typen geschillen. De verschillende soorten dagvaardingsprocedures hebben hoofdzakelijk mede betrekking op alle gevalstypen.

6.6.2.3 Betrokkenen en verhoudingen

Verder gaat een deel van de gecodeerde informatie over de partijen die in het geschil centraal staan. Daaruit volgt dat het geschil veelvuldig – bij alle typen geschillen – speelt tussen partijen die zich in een ongelijke verhouding bevinden. Van een ongelijke verhouding is er sprake als het geschil zich afspeelt tussen aandeelhouders, waarbij een aandeelhouder tevens de bestuursfunctie bekleedt

(zie bijlage VI en paragraaf 6.3.4). Verder is een bepaalde verklaring voor het aantal toe- en afgewezen vorderingen/verzoeken niet te geven, aangezien dat op toeval kan berusten en verband kan houden met de afbakening van het onderzoek alsmede de gebruikte zoektermen.

of als de bestuurder zich verbindt aan één kant van het geschil. Een andere veelvoorkomende situatie – die verband houdt met een ongelijke verhouding – is als een van de partijen – alleen of tezamen – een meerderheid van de stemrechten in de algemene vergadering kan uitoefenen. Dergelijke verhoudingen zorgen ervoor dat een afhankelijkheidsrelatie kan ontstaan, omdat een aandeelhouder bijvoorbeeld afhankelijk is van informatie van de bestuurder of de meerderheidsaandeelhouder voor het nemen van een besluit in de algemene vergadering. Daarentegen is een gelijkwaardige verhouding inzake het aandelenbelang – en veelal stemrechten – (50/50-verhouding) ook bij alle gevalstypen gesignaleerd. Overigens is het opmerkelijk dat de partijen met een geschil over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder (hoogstwaarschijnlijk) in bepaalde uitspraken evenveel stemrechten hebben, aangezien een ontslag-, schorsings- of benoemingsbesluit met een meerderheid van de stemrechten moet zijn aangenomen. Voorts speelt het geschil zelden tussen partijen met beiden een minderheidsbelang (3). Het bestaan van een ongelijke verhouding kan daardoor een oorzaak zijn voor het ontstaan en/of escaleren van het geschil.

6.6.2.4 Functies en wijze van toetsing

Tot slot bevat het thema ‘algemene informatie’ gegevens over de gesignaleerde functies van art. 2:8 BW en de wijze waarop de rechtscolleges toetsten.⁸⁷⁰ Wat betreft de functies van art. 2:8 BW is de gedragsregulerende functie het vaakst geconstateerd (388) en daarna de interpreterende functie (104). Beide functies zijn ook meerdere keren bij de verschillende gevalstypen gesignaleerd en de gedragsregulerende functie komt verhoudingsgewijs hoofdzakelijk terug bij geschillen over de informatieverstrekking, belangenverstrengeling en de winstbestemming. Tevens speelt de interpreterende functie verhoudingsgewijs een omvangrijkere rol bij de typen 4 (strategie en beleid), 5 (structuurwijziging) en 6 (ontslag, schorsing of benoeming bestuurder). Verder is de beperkende functie 29 keer waargenomen en in 17 van de 29 gevallen gaat het om een geschil over het ontslag, de schorsing of benoeming van een bestuurder. Daarnaast is de aanvullende functie het minst vaak (18) gesignaleerd waarvan het merendeel voorkomt bij een geschil over een structuurwijziging (10). Dit kan een indicatie zijn dat de regels bij geschillen over een structuurwijziging nog niet volledig zijn uitgekristalliseerd.

Bij de wijze van toetsing is een volle toetsing in ongeveer gelijke aantallen geconstateerd bij het toetsen van formele (189) en materiële (202) aspecten. Een terughoudende toetsing komt echter met name voor bij de toetsing van materiële aspecten (152) gelet op het geringe aantal terughoudende toetsingen van formele aspecten (14). Een terughoudende toetsing is niet waargenomen bij geschillen over de informatieverstrekking, terwijl 73 van de 78 getoetste elementen gaan over materiële aspecten. Bij geschillen over belangenverstrengeling(en) toetst het rechtscollege veelal evenmin terughoudend (4), maar zowel formele (87) als materiële (90) aspecten komen in dergelijke geschillen aan bod. Deze constatering is opvallend aangezien formele aspecten blijkens hoofdstuk 4 veelal gelinkt worden aan een volle(re) toetsing en materiële aspecten aan een terughoudende toetsing. De andere typen geschillen zijn wat betreft geconstateerde aantallen volle(re) en terughoudende toetsingen van materiële en formele aspecten gelijkwaardiger, omdat formele aspecten vaker vol(ler) worden getoetst en materiële aspecten vaker terughoudend.

⁸⁷⁰ Alle informatie in deze paragraaf volgt uit de tabellen 16, 22 en 23.

6.6.3 Feiten en beoordeling

De codes onder de thema's feiten en beoordeling bevatten in zijn algemeenheid informatie afkomstig uit meerdere uitspraken. Hierdoor is een veelheid aan informatie beschikbaar voor de kwalitatieve analyse. De codes onder voornoemde thema's gaan hoofdzakelijk over de typen geschillen, maar onder het thema feiten staan tevens codes die verband houden met meer algemene aspecten die in elke uitspraak kunnen terugkomen.

Paragraaf 6.4.3 behandelt deze algemenere codes in relatie tot de verschillende gevalstypen. Het gaat in die paragraaf om de volgende algemenere codes: familieverhouding (112), financiële positie (178), verstandhouding tussen partijen (184), impasse (6), bemiddelingspoging (37), gerechtelijke procedure (179), uittreding (89), uitstoting (25), samenwerkings-/aandeelhoudersovereenkomst (116), andere overeenkomst (133) en tegenstrijdigheden tussen wet, statuten en/of overeenkomst (3). Zoals blijkt uit deze opsomming is elke code meermaals toegepast en komen de codes over een impasse en 'tegenstrijdigheden' het minst vaak voor. Wat betreft de code over tegenstrijdigheden is het opmerkelijk dat deze code enkel voorkomt bij type 6 (ontslag, schorsing of benoeming bestuurder).

Naast de algemenere codes zijn er codes die meer specifiek betrekking hebben op de typen geschillen. Deze specifiekere codes komen zowel bij de feiten als beoordeling van een gevalstype terug om het maken van vergelijkingen te vereenvoudigen. Slechts enkele codes zijn niet toegepast. Code 29.7 (zorgvuldige scheiding van belangen) is hiervan een voorbeeld terwijl code 36.7 (zorgvuldige scheiding van belangen) vier keer is waargenomen. Mogelijk heeft het rechtscollege bepaalde zorgvuldigheidsmaatregelen gecreëerd waarmee de partijen geen rekening hebben gehouden, zodat daarover geen informatie staat onder de feiten maar wel onder het rechterlijk oordeel. Verder is geen informatie onder de codes 30.4 en 37.4 (weigeren goedkeuring) geplaatst. Hierdoor ontstaat de indruk dat de redelijkheid en billijkheid tot op heden niet is toegepast om een geschil te beslechten over een bestuurder die weigert om goedkeuring te geven in het kader van de uitkeringstest (art. 2:216 lid 2 BW). Voorts is het opvallend dat geschillen over een benoemingsbesluit verhoudingsgewijs zelden voorkomen ten opzichte van geschillen over een ontslag- of schorsingsbesluit. Een verklaring hiervoor kan zijn dat een benoeming minder vaak leidt tot onenigheid ten opzichte van ontslag of schorsing, aangezien bij ontslag of schorsing een partij zijn positie verliest of dreigt te verliezen terwijl een benoeming (in principe) daartoe niet leidt.⁸⁷¹

6.6.4 Voorzieningen en beslissing van het rechtscollege

Naast de beslissing van het rechtscollege zijn de getroffen voorzieningen door de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure behandeld in paragraaf 6.5. Uit deze paragraaf volgt dat in 71,91% van de gecodeerde enquêteprocedures een partij een voorziening verzoekt ten aanzien van een of meerdere bestuurders. Mogelijk houdt deze voorziening verband met uitspraken waarin er sprake is van een ongelijke verhouding vanwege de rol van de bestuurder in het geschil. De verhoudingen tussen de aandeelhouders in zijn algemeenheid hebben potentieel ook invloed op het verzoek om de aandelen ten titel van beheer over te dragen. Een meerderheidsaandeelhouder kan bijvoorbeeld

⁸⁷¹ Dit is niet geheel zwart-wit. Het benoemen van een partij als bestuurder kan namelijk de verhouding in het bestuur veranderen of als eerste stap dienen alvorens enige tijd later tot schorsing en/of ontslag wordt overgegaan.

zowel de benodigde besluitvorming blokkeren als een ‘ongewenste’ besluitvorming doordrukken, waardoor een partij een dergelijk verzoek indient. Overigens kunnen minderheidsaandeelhouders onder omstandigheden eveneens een besluitvorming blokkeren als daarvoor een gekwalificeerde meerderheid is vereist. In die situatie kan het gewenst zijn om het aandelenbelang van de minderheidsaandeelhouder over te dragen ten titel van beheer.

Tot slot is het aantal gecodeerde uitspraken waarin wanbeleid is vastgesteld (41) noemenswaardig ten opzichte van het aantal uitspraken waarin een dergelijk verzoek is afgewezen (5). Een mogelijke verklaring hiervoor is dat partijen op basis van het onderzoeksverslag kunnen bepalen om een verzoek tot vaststelling van wanbeleid in te dienen. Van het onderzoeksverslag zou daardoor enige voorspellende waarde kunnen uitgaan wat betreft of een dergelijk verzoek wordt ingediend. Indien het onderzoeksverslag geen indicatie voor een eventueel wanbeleidsoordeel geeft, zal het indienen van het verzoek minder opportuun zijn. Dit is logisch vanuit het oogpunt van de kosten die gerelateerd zijn aan het verzoek.

Hoofdstuk 7. Informatieverstrekking

7.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat meer specifiek over het kwalitatief analyseren van de gecodeerde informatie onder het gevalstype informatieverstrekking. De focus ligt hierbij op hetgeen in de rechtsoverwegingen van de uitspraken staat. Deze rechtsoverwegingen worden in samenhang geanalyseerd. Dit gebeurt enerzijds om de werking van art. 2:8 BW binnen het gevalstypen te achterhalen. Anderzijds zorgt de analyse ervoor dat zichtbaar(der) wordt hoe rechtscolleges de voornoemde norm toepassen om de geschillen te beslechten.⁸⁷²

De structuur van dit hoofdstuk is als volgt. Allereerst beschrijft paragraaf 7.2 globaal welke algemene normen en constateringenvoortvloeien uit het rechterlijk oordeel. Op basis daarvan wordt inzichtelijk dat een informatieplicht op uiteenlopende manieren kan gelden voor de betrokken partijen. Daaropvolgend behandelt paragraaf 7.3 meer specifiek bepaalde normen om de nuances met betrekking tot die normen en de toepassing van art. 2:8 BW te verduidelijken. Hierin is bijvoorbeeld waarneembaar dat een informatieplicht veelal ontstaat in besloten verhoudingen als de informatiezoekende aandeelhouder – in tegenstelling tot de andere aandeelhouder(s) – niet in het bestuur is vertegenwoordigd. Hierna belicht paragraaf 7.4 de feiten die de rechtscolleges meermaals aanhalen – of van belang achten – voor de beslechting van het geschil door toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Een familieverhouding is in dit verband relevant omdat het onder omstandigheden invloed heeft op de geldende informatieplicht. Vervolgens staan achtereenvolgens de gesignaleerde functies van art. 2:8 BW en de wijze van toetsing centraal in de paragrafen 7.5 en 7.6. Opvallend is met betrekking tot die paragrafen dat nagenoeg uitsluitend de gedragsregulerende functie is gesignaleerd en uitsluitend een volle toetsing van met name materiële aspecten. Afsluitend volgt in paragraaf 7.7 een overzicht van de bevindingen.

7.2 Algemene normen en constateringenvoortvloeien

7.2.1 Inleiding

De rechtscolleges formuleren veelvuldig vergelijkbare zorg(vuldigheids)plichten voor de vennootschap – en veelal meer specifiek het bestuur – die leiden tot een informatieverplichting richting de (minderheids)aandeelhouder(s). Op deze vergelijkbare plichten en uitspraken met een expliciete verwijzing naar art. 2:8 BW ligt de focus eerst in paragraaf 7.2.2. Daarna behandelt paragraaf 7.2.3 uitspraken waarin een redelijkheidsoordeel staat of een verplichting zonder expliciete verwijzing naar art. 2:8 BW.⁸⁷³ Vervolgens gaat paragraaf 7.2.4 in op de normen en constateringenvoortvloeien gerelateerd aan de informatieverstrekking tussen bestuurders onderling.

⁸⁷² Informatie daarover is immers essentieel voor het kunnen beantwoorden van de centrale onderzoeksvraag in paragraaf 1.2.

⁸⁷³ Van een uitspraak zonder expliciete verwijzing naar art. 2:8 BW is eveneens sprake als de term ‘zorg(vuldigheids)plicht’ ontbreekt en enkel de term ‘zorgvuldigheid’ in de uitspraak terugkomt.

7.2.2 Zorg(vuldigheids)plichten en art. 2:8 BW

Reeds in 2000 is waarneembaar ‘dat de (besloten) vennootschap een bijzondere zorgvuldigheid in acht dient te nemen jegens haar minderheidsaandeelhouders en naar behoren openheid van zaken moet verschaffen.’ Deze verplichting weegt volgens de Ondernemingskamer zelfs zwaarder indien de minderheidsaandeelhouder voorheen alle aandelen van de vennootschap hield en rechten ontleent uit een overnameovereenkomst.⁸⁷⁴ De term ‘bijzondere zorgvuldigheid’ in relatie tot een informatieplicht voor het bestuur van de vennootschap – of meerderheidsaandeelhouder – jegens de minderheidsaandeelhouder zonder bestuursfunctie is tevens waarneembaar in latere rechtspraak.⁸⁷⁵ Hierdoor kan worden verwacht dat de vennootschap de minderheidsaandeelhouder ruimhartig van informatie voorziet.⁸⁷⁶

Het in acht nemen van een ‘bijzondere zorgvuldigheid’ houdt verband met de zorgvuldigheidsplicht die op het bestuur van de vennootschap – of de STAK – kan rusten om de belangen van de minderheidsaandeelhouder – die geen onderdeel (meer) uitmaakt van het bestuur – voldoende in het oog te houden en gelet daarop zorgvuldig te handelen.⁸⁷⁷ Alhoewel de Flora Beheer-beschikking uit 2001 dateert, is het oordeel vergelijkbaar met de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad waarin terugkomt dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders een zorgvuldigheidsplicht voor het bestuur kan meebrengen om de aandeelhouder(s) te informeren.⁸⁷⁸ Een dergelijke uit art. 2:8 BW voortvloeiende zorgvuldigheidsplicht(-/norm) blijft gelden ondanks een passieve opstelling van de aandeelhouder, zodat de vennootschap of meerderheidsaandeelhouder geen misbruik mag maken van die passiviteit.⁸⁷⁹

Uit de voorgaande twee alinea’s blijkt dat er verschillende termen zijn die met elkaar verband houden in het kader van een informatieplicht. De termen ‘bijzondere zorgvuldigheid’, ‘zorgvuldigheidsplicht’ en ‘zorgvuldigheidsnorm’ zijn reeds gebruikt. De meerwaarde van deze uiteenlopende termen moet echter niet overschat worden, aangezien de uitkomst (verplichtingen) soortgelijk is. Een ander voorbeeld hiervan is dat een bijzondere zorgplicht op de vennootschap kan rusten die leidt tot een informatieplicht ten opzichte van de (minderheids)aandeelhouder waarnaar de rechtscolleges mede verwijzen met de term ‘zorgvuldigheids(ver)plicht(ing)’.⁸⁸⁰ Verder kan een bijzondere zorgplicht aanleiding geven voor een verplichting voor de raad van commissarissen. Indien een aandeelhouder namelijk bevreesd is dat de vennootschapsorganen niet de bijzondere zorgplicht jegens hem in acht nemen, dan behoort de raad van commissarissen ‘datgene te doen wat in

⁸⁷⁴ Hof Amsterdam (OK) 22 december 2000, *JOR* 2001/32 (*Outdoor Life Products*), r.o. 3.2. In deze zaak heeft de vennootschap blijkens rechtsoverweging 3.3 aan haar informatieplicht voldaan, aangezien zij medewerking heeft verleend aan een namens de minderheidsaandeelhouder ingesteld onderzoek naar de vraag of de meerderheidsaandeelhouder de vennootschap heeft leeggehaald.

⁸⁷⁵ Hof Amsterdam (OK) 5 december 2003, *ARO* 2003/185 (*Van Doorn Corporate Development Group*), r.o. 3.7.

⁸⁷⁶ Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2018, *ARO* 2018/101 (*RAB Retail Vastgoed*), r.o. 3.6. In de uitspraak staat dat de vennootschap de minderheidsaandeelhouder ‘desgevraagd ruimhartig voorziet van relevante informatie met betrekking tot de vennootschap waarvan zij redelijkerwijs mag aannemen dat de minderheidsaandeelhouder daarover niet beschikt.’

⁸⁷⁷ Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2001, *JOR* 2001/204 (*Flora Beheer*), r.o. 3.2.

⁸⁷⁸ HR 4 april 2014, *ECLI:NL:HR:2014:797/799/804* (*Cancun Holding*), r.o. 4.7.2; HR 4 april 2014, *ECLI:NL:HR:2014:808* (*Cancun Holding*), r.o. 4.6.3.

⁸⁷⁹ Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/5 (*Teka*), r.o. 3.9 en 3.12.

⁸⁸⁰ Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, *ARO* 2002/58 (*Broadnet*), r.o. 3.2-3.3; Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, *ARO* 2021/153 (*Allure Energie*), r.o. 4.10.

redelijkheid van hem kan worden verwacht om de bezorgdheid bij de minderheidsaandeelhouder weg te nemen.⁸⁸¹

Hetgeen hiervoor is beschreven, is illustratief voor de veelheid aan termen die de rechtscolleges hanteren in de context van een geschil over de informatieverstrekking. Niettemin zijn een behoorlijk aantal oordelen qua terminologie vergelijkbaar indien de verhouding tussen de partijen ‘ongelijk’ is. De rechtscolleges overwegen namelijk meermaals dat op (het bestuur van) de vennootschap – en/of de aandeelhouder/bestuurder – een bijzondere zorgplicht rust jegens de (minderheids)aandeelhouder die geen bestuursfunctie bekleedt, waardoor een (ruimhartige) informatieplicht in verschillende bewoordingen ontstaat.⁸⁸² Hierdoor kan de aandeelhouder recht krijgen op (meer) informatie buiten het verband van de algemene vergadering.⁸⁸³ De plicht kan ook betrekking hebben op het deugdelijk vastleggen van gegevens⁸⁸⁴ of het informeren van de minderheidsaandeelhouder indien de meerderheidsaandeelhouder ergens op aanstuurt.⁸⁸⁵ Het voornoemde informatierecht brengt echter niet met zich mee dat de aandeelhouder informatie dient te krijgen die in beginsel slechts het bestuur aangaat.⁸⁸⁶

Overigens gebruiken rechtscolleges niet altijd de term ‘bijzondere zorgplicht’. Zij verwijzen namelijk (recentelijk) met enige regelmaat expliciet naar art. 2:8 BW als grondslag.⁸⁸⁷ Hierbij overwegen de rechtscolleges dat de redelijkheid en billijkheid in een besloten verhouding kan meebrengen dat het bestuur van de vennootschap (uit eigen beweging en op vragen van de aandeelhouder) ook buiten het verband van de algemene vergadering ruimhartig informatie moet verschaffen aan de (minderheids)aandeelhouder/niet-bestuurder.⁸⁸⁸ In dit kader is onder omstandigheden een familieverhouding een relevante factor voor de voornoemde verplichting.⁸⁸⁹

⁸⁸¹ Hof Amsterdam (OK) 7 mei 2008, *ARO* 2008/89 (*Vialle Alternative Fuel Systems*), r.o. 3.5-3.6. In casu moest de raad van commissarissen de vragen over de nieuwe managementovereenkomst voldoende toelichten. Ook moesten de feiten ten grondslag liggende aan de beslissing voor de overeenkomst inzichtelijk worden gemaakt. Hierdoor kon de raad van commissarissen niet volstaan met slechts in te gaan op de hoofdlijnen van de overeenkomst.

⁸⁸² In paragraaf 7.3 komen de verschillende bewoordingen en details uitgebreider aan bod. De volgende rechtspraak gaat onder meer hierover: Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/6 (*Secure Internet Machines*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 3 april 2014, *ARO* 2009/82 (*Broekmans Assurantien*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 1 september 2017, *ARO* 2018/1 (*Totalplast*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194 (*Monitus*), r.o. 3.10; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, *ARO* 2019/29 (*JBNT Management*), r.o. 3.14; Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, *ARO* 2019/105 (*L'Étoile Properties Netherlands*), r.o. 3.15-3.16.

⁸⁸³ Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2003, *ARO* 2003/128 (*Wireless*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 4 december 2018, *ARO* 2019/41 (*Korsten*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (*Bosal Nederland*), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2020, *ARO* 2020/190 (*Verweij Mungra Vastgoed*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 25 februari 2022, *ARO* 2022/69 (*Beleggingsmaatschappij D.I.G.*), r.o. 3.20.

⁸⁸⁴ Hof Amsterdam (OK) 6 juli 2006, *ARO* 2006/137 (*Taxi Centrale Amsterdam*), r.o. 3.33. Wanneer gegevens namelijk niet deugdelijk zijn vastgelegd, kan het ingewikkeld zijn om de andere partij correct te informeren.

⁸⁸⁵ Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *ARO* 2012/113 (*Cancun Holding*), r.o. 3.40.1.

⁸⁸⁶ In casu heeft de aandeelhouder geen recht op informatie over de inkooprijzen per productgroep (Hof Amsterdam (OK) 23 mei 2019, *ARO* 2019/135 (*Massxess*), r.o. 3.7 en 3.10).

⁸⁸⁷ Hof Amsterdam (OK) 20 september 2021, *ARO* 2021/171 (*GCRI*), r.o. 3.8; Rb. Den Haag (vzr.) 6 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3129, r.o. 4.3.

⁸⁸⁸ Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.4; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/118 (*Cloud Solutions +*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 2 december 2022, *ARO* 2023/1 (*Zoncol Solargroup*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2023, *ARO* 2023/39 (*Ministerie van Voedingszaken*), r.o. 3.15. Zie eerder in soortgelijke zin Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2021, *ARO* 2021/38 (*FCC Advisory*), r.o. 3.8.

⁸⁸⁹ Hof Amsterdam (OK) 21 december 2021, *ARO* 2022/27 (*Holwerda*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, *ARO* 2022/60 (*Beheer- en beleggingsmaatschappij Blei Zwartsluis*), r.o. 3.6-3.7.

Wat betreft de term ‘bijzondere zorgplicht’ is het opvallend dat de rechtscolleges de daaruit voortvloeiende informatieplicht – zoals hiervoor is uiteengezet – benoemen en daarbij aanvullend overwegen ‘dat het bestuur in het bijzonder dient te voorkomen dat een vermenging van belangen plaatsvindt.’⁸⁹⁰ De rechtscolleges toetsen deze elementen – de bijzondere zorgplicht en vermenging van belangen – overigens niet per se gezamenlijk, waardoor deze los van elkaar kunnen staan in dezelfde uitspraak.⁸⁹¹ Een andere variatie op de voornoemde overweging is dat de bijzondere zorgplicht ertoe leidt dat meer/ruimhartig openheid moet worden betracht jegens de minderheidsaandeelhouder die geen bestuurder is. ‘Dit geldt in het bijzonder – of des te meer – indien er sprake is van (mogelijke) belangenverstremgeling.’⁸⁹² Ondanks deze toevoeging met betrekking tot belangenverstremgeling hoeft een dergelijk aspect niet verder in het rechterlijk oordeel voor te komen.⁸⁹³ Een belangenverstremgeling vormt daardoor een element waarmee de rechter onder omstandigheden rekening dient te houden, aangezien dat blijkt de geformuleerde norm invloed heeft op de informatieplicht.

Naast de hiervoor geformuleerde zorg(vuldigheids)plichten is art. 2:8 BW ook waarneembaar in andere aspecten met betrekking tot de informatieverstrekking. Zo kunnen de omstandigheden met zich meebrengen dat de aandeelhouder van de holding op grond van art. 2:8 BW recht heeft op de enkelvoudige jaarrekening van de dochtervennootschap, omdat de benodigde informatie niet volgt uit de geconsolideerde jaarcijfers.⁸⁹⁴ Verder heeft de Ondernemingskamer in de M&M-beschikking geoordeeld dat een aandeelhouder niet in strijd met art. 2:8 BW handelt door op grond van art. 2:220 BW een aandeelhoudersvergadering via de voorzieningenrechter af te dwingen. Hierbij weegt mee dat aandeelhouders recht hebben om tijdens de algemene vergadering te worden geïnformeerd.⁸⁹⁵ Voorts kunnen de volgende gedragingen niet met art. 2:8 BW verenigbaar zijn: (i) het onkundig houden van een aandeelhouder over een belangrijke overeenkomst,⁸⁹⁶ (ii) het weigeren om een gemachtigde advocaat tot de algemene vergadering toe te laten⁸⁹⁷ of (iii) het bewerkstelligen dat de vertegenwoordigers van een aandeelhouder niet kunnen deelnemen aan een aandeelhoudersvergadering.⁸⁹⁸

⁸⁹⁰ Hof Amsterdam (OK) 20 april 2005, ARO 2005/64 (*CallActive*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 15 november 2005, ARO 2005/194 (*Global Green*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, ARO 2009/84 (*Triple E*), r.o. 3.2.

⁸⁹¹ Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, ARO 2021/153 (*Allure Energie*), r.o. 4.7 en 4.10; Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2007, ARO 2007/103 (*2H Media*), r.o. 3.7-3.8.

⁸⁹² Hof Amsterdam (OK) 10 april 2018, ARO 2018/112 (*Aeon Plaza Hotels Holding*), r.o. 3.5; Rb. Overijssel 24 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2192 (*SCW/Logistance*), r.o. 4.4; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2020, ARO 2021/12 (*HLO Energie*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, ARO 2021/153 (*Allure Energie*), r.o. 4.10. Opvallend is dat een soortgelijke overweging ook waarneembaar is in een uitspraak waarin het rechtscollege de term ‘bijzondere zorgplicht’ niet gebruikt en eveneens niet verwijst naar art. 2:8 BW: Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2020, ARO 2020/114 (*Wagenborg Bulk Terminal*), r.o. 3.8.

⁸⁹³ Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, ARO 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.24.

⁸⁹⁴ Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2006, ARO 2006/47 (*Beheermaatschappij Trial*), r.o. 3.5.

⁸⁹⁵ Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2016, ARO 2016/72 (*M&M Holding*), r.o. 3.4. In casu was jarenlang geen algemene vergadering bijeengeroepen en het bestuur gaf geen gevolg aan het verzoek van de aandeelhouder tot het houden van een algemene vergadering zonder daarvoor een zwaarwichtig belang aan te voeren dat zich daartegen zou verzetten.

⁸⁹⁶ Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2015, ARO 2015/82 (*Proxy*), r.o. 4.14. In deze uitspraak werd het gedrag in strijd met de vennootschappelijke goede trouw geacht in plaats van de redelijkheid en billijkheid. Dit is mogelijk een verschrijving die geen ingrijpende consequenties met zich meebrengt, aangezien de objectieve goede trouw – zoals volgt uit paragraaf 3.2 – vergelijkbaar is met de redelijkheid en billijkheid.

⁸⁹⁷ Hof Amsterdam (OK) 26 september 2002, ARO 2002/153 (*Bolle Technofast*), r.o. 3.5.

⁸⁹⁸ Rb. Den Haag 8 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3000 (*DPB/MNP*), r.o. 4.8.

7.2.3 Redelijkheidsoordeel en andere verplichtingen

Uit paragraaf 7.2.2 blijkt dat zorg(vuldigheids)plichten of andere plichten die expliciet op art. 2:8 BW worden gebaseerd, veelvuldig voorkomen bij geschillen over de informatieverstrekking. Een uitspraak bevat echter niet altijd een uitdrukkelijke verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid. In deze paragraaf volgen normen en constateringingen waarbij het rechtscollege gedrag afkeurt en/of een verplichting uiteenzet zonder expliciet te verwijzen naar art. 2:8 BW.

Een meermaals gebruikte overweging is dat de vennootschap ‘in redelijke mate (tijdig) inzicht moet verschaffen’ aan een (minderheids)aandeelhouder die geen bestuurder is.⁸⁹⁹ Als de vennootschap daarentegen te maken krijgt met aandeelhouders die tevens afnemers zijn van de vennootschap, dan kan extra zorgvuldigheid worden gevergd van de vennootschap bij het beantwoorden van vragen van de aandeelhouders.⁹⁰⁰ Beide overwegingen zijn verschillend, maar in lijn met hetgeen in paragraaf 7.2.2 is uiteengezet aangezien de omstandigheden kunnen meebrengen dat het belang van het deugdelijk informeren van de aandeelhouder met een informatieachterstand naar de voorgrond kan treden. De gekozen bewoording wijkt slechts enigszins af. Hetzelfde geldt voor het oordeel dat de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder onder de gegeven omstandigheden de minderheidsaandeelhouder gedurende het boekjaar had moeten inlichten – tijdens of buiten de algemene vergadering – over de tegenvallende resultaten.⁹⁰¹ De veranderende financiële situatie geeft overigens vaker aanleiding voor het (uitvoeriger) moeten informeren van de (minderheids)aandeelhouder.⁹⁰² Naast mindere financiële resultaten kunnen geconstateerde onregelmatigheden eveneens een reden vormen om de aandeelhouders – evenals de commissarissen – te informeren.⁹⁰³

Een andere zaak maakt ook inzichtelijk dat het beweerdelijk verstrekken van de gevraagde informatie in het verweerschrift tegen het ingediende enquêteverzoek niet in overeenstemming is met de eisen van behoorlijke informatieverstrekking.⁹⁰⁴ Verder geven uiteenlopende omstandigheden – zoals het beëindigen van een belangrijke overeenkomst, het nemen van belangrijke besluiten bij een dochtervennootschap of het ingrijpend wijzigen van de governancestructuur – aanleiding om te oordelen dat de andere (minderheids)aandeelhouder(s) van informatie hadden moeten worden voorzien, waardoor – bij gebreke daarvan – onjuist tegen die partij/groep is gehandeld.⁹⁰⁵

7.2.4 Informatieverstrekking tussen bestuurders

In verschillende bewoordingen komt terug dat de bestuurders – die veelal tevens aandeelhouders zijn – elkaar dienen te informeren. Een medebestuurder heeft bijvoorbeeld recht op informatie om

⁸⁹⁹ Hof Amsterdam (OK) 2 juli 2002, ARO 2002/93 (*Engineering Systems International*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, ARO 2006/145 (*TriQorp*), r.o. 3.5.

⁹⁰⁰ Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2009, ARO 2009/119 (*Bergmont*), r.o. 3.15.

⁹⁰¹ Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2012, ARO 2012/28 (*Mojo Theater*), r.o. 3.7.

⁹⁰² Hof Amsterdam (OK) 25 november 2014, ARO 2015/22 (*Goodfood Holding*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 20 oktober 2016, ARO 2017/45 (*Ekopon*), r.o. 4.21.

⁹⁰³ Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, ARO 2018/58 (*ZED+*), r.o. 4.16.

⁹⁰⁴ Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, ARO 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.15.

⁹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, ARO 2007/135 (*Callisto*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2011, ARO 2011/97 (*Rickley International*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ARO 2018/53 (*Intergamma*), r.o. 3.26; Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2013, ARO 2013/46 (*Associated Asset Management Corporation*), r.o. 3.12.

tot een verantwoorde besluitvorming te kunnen komen.⁹⁰⁶ Ook moet een bestuurder inzicht in de financiële administratie ontvangen, aangezien hij als (mede)bestuurder van de vennootschap redelijkerwijs daarop aanspraak kan maken.⁹⁰⁷ Cruciale financiële informatie behoort daardoor niet aan de bestuurder te worden onthouden, omdat hij zijn bestuurstaak adequaat moet kunnen uitoefenen.⁹⁰⁸

In soortgelijke zin oordeelt het rechtscollege dat de financiële gang van zaken onderdeel uitmaakt van het collectieve takenpakket van het bestuur, waardoor het belangrijk is voor een behoorlijke taakvervulling dat de medebestuurder daarover informatie verkrijgt.⁹⁰⁹ Het beperken van een bestuurder in zijn toegang tot de administratie is dan ook incorrect.⁹¹⁰ Hetzelfde geldt voor het creëren van obstakels die het verkrijgen van informatie bemoeilijken, aangezien de medebestuurder actief zorg moet dragen voor opheffing van de obstakels.⁹¹¹ Een terughoudende informatieverstrekking aan de bestuurder is gelet hierop onbegrijpelijk.⁹¹² Hierbij kan van belang zijn dat de bestuurders tijdig transparantie betrachten jegens de medebestuurder.⁹¹³ Kortom, uit de rechtspraak volgt dat een bestuurder alle benodigde informatie moet kunnen verkrijgen en kunnen raadplegen om zijn taak naar behoren te kunnen verrichten.

De grondslag van de voorgaande verplichting is niet evident op basis van de behandelde rechtspraak, omdat de rechtscolleges niet expliciet daarnaar verwijzen. Niettemin staat het gedrag van de partijen telkens centraal en dat gedrag wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Dit blijkt duidelijker uit twee uitspraken van voorzieningenrechters. Zo oordeelt de voorzieningenrechter in 2020 dat op de bestuurder en de vennootschap op grond van art. 2:8 BW de verplichting rust om de medebestuurder informatie te verstrekken.⁹¹⁴ Twee jaar later acht een andere rechter het redelijk dat de medebestuurder inloggegevens verkrijgt voor de toegang tot de systemen van de vennootschap. Dit oordeel volgt nadat is uiteengezet dat de partijen zich overeenkomstig art. 2:8 BW jegens elkaar dienen te gedragen, alsmede dat de bestuurder op grond van art. 2:9 BW tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke taakuitoefening.⁹¹⁵

7.3 De codering ten gronde

7.3.1 Inleiding

Paragraaf 7.2 heeft globaal inzicht verschaft in hoe art. 2:8 BW terugkomt in geschillen over de informatieverstrekking. Bepaalde aspecten met betrekking tot de aangehaalde normen blijven echter onderbelicht. Onduidelijk blijft bijvoorbeeld wat de rechtscolleges bedoelen met het ruimhartig verstrekken van informatie. Deze paragraaf verschaft meer inzicht daarover door de normen en de constatering uitbreider uiteen te zetten. Hierbij wordt aansluiting gezocht bij de codes in het

⁹⁰⁶ Hof Amsterdam (OK) 4 november 2009, ARO 2009/164 (*3ple-Media*), r.o. 3.6.

⁹⁰⁷ Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2014, ARO 2012/62 (*VOC Detachering*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, ARO 2019/30 (*Casa Della Gioia*), r.o. 3.8.

⁹⁰⁸ Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, ARO 2011/107 (*Waterspreng*), r.o. 3.4.

⁹⁰⁹ Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2018, ARO 2018/79 (*Opwerk Uitzendbureau/Trinity Investment Group*), r.o. 3.7.

⁹¹⁰ Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2018, ARO 2018/140 (*DMBH Vastgoed Beheer*), r.o. 3.5.

⁹¹¹ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2020, ARO 2020/60 (*GHK Holding*), r.o. 3.6.

⁹¹² Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2021, ARO 2021/101 (*Holding Inbetween Ham*), r.o. 3.7.

⁹¹³ Hof Amsterdam (OK) 6 april 2017, ARO 2017/104 (*New Company Investments*), r.o. 3.5.

⁹¹⁴ Rb. Noord-Holland (vzr.) 10 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5363 (*Paulus Loot*), r.o. 4.5.

⁹¹⁵ Rb. Limburg (vzr.) 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:8270 (*Isy/D.T.F.G.*), r.o. 4.14 en 4.17.

codeboek, waardoor achtereenvolgens aan bod komen: verzoek binnen vergadering (paragraaf 7.3.2), verzoek buiten vergadering (paragraaf 7.3.3), spontane/zelfstandige plicht vennootschap/bestuur (paragraaf 7.3.4), informatie bestuurders onderling (paragraaf 7.3.5) en overige (paragraaf 7.3.6). Onder ‘overige’ wordt onder meer informatie geplaatst die onder de algemene code omtrent de informatieverstrekking is gecodeerd.

7.3.2 *Verzoek binnen vergadering*

De informatie die onder deze code is gecodeerd, heeft betrekking op de redelijkheid van verzoeken van aandeelhouders binnen vergadering en ook op de wijze waarop de gevraagde informatie wordt verstrekt. Dit tweede element komt in de AAMC-beschikking terug waarin de meerderheidsaandeelhouder – met een 51%-aandelenbelang – verzoekt om informatie over de specificatie van de omzet zoals vermeld in de concept-jaarstukken die de bestuurder – met een aandelenbelang van 49% – vervolgens niet verstrekt. Naar aanleiding hiervan overweegt de Ondernemingskamer dat het onbegrijpelijk is dat de bestuurder op de gestelde vragen geen antwoord kon of wilde geven, aangezien redelijkerwijs had mogen worden verwacht dat het bestuur een dergelijke vraag kon beantwoorden in de algemene vergadering. Gelet hierop oordeelt de Ondernemingskamer dat de meerderheidsaandeelhouder niet naar behoren is geïnformeerd.⁹¹⁶

Deze uitspraak illustreert dat het bestuur rekening moet houden met welke vragen de aandeelhouder kan stellen tijdens de algemene vergadering, zodat de informatieverstrekking aan de aandeelhouder deugdelijk verloopt.

De informatieverstrekking over de (concept)jaarstukken geeft in de Van Doorn-beschikking tevens aanleiding voor een kritisch oordeel van de Ondernemingskamer:

“De verzoeken van de minderheidsaandeelhouder informatie te verschaffen - over de financiële gang van zaken van de vennootschap en haar dochtervennootschappen - worden door de vennootschap - en haar meerderheidsaandeelhouder - onvoldoende gehonoreerd. Hierbij geldt dat de meerderheidsaandeelhouder, Van Doorn Gemeenschappelijk Bezit, en het bestuur van de vennootschap een bijzondere zorgvuldigheid in acht dienen te nemen jegens IFS als minderheidsaandeelhouder, hetgeen te meer geldt nu de conceptjaarrekeningen over 2001 en 2002 een goedkeurende verklaring van een accountant ontberen en onvoldoende inzicht is geboden in de (status van) de jaarrekening 2000. Weliswaar heeft de vennootschap in oktober 2003 schriftelijk gereageerd op de vragen van IFS omtrent de (concept)-jaarrekeningen doch daarbij zijn niet alle vragen beantwoord en voor het overige hebben vele antwoorden meer het karakter van polemieken dan van informatieverstrekking.”⁹¹⁷

Uit de geciteerde rechtsoverweging volgt dat onder meer het bestuur bijzondere zorgvuldigheid jegens de minderheidsaandeelhouder moet betrachten. Hierdoor worden strengere eisen aan de beantwoording van de vragen van de aandeelhouder gesteld. Een ‘ongelijke verhouding’⁹¹⁸ ligt hier

⁹¹⁶ Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2013, ARO 2013/46 (*Associated Asset Management Corporation*), r.o. 3.12 en 3.18.

⁹¹⁷ Hof Amsterdam (OK) 5 december 2003, ARO 2003/185 (*Van Doorn Corporate Development Group*), r.o. 3.7. Zie rechtsoverweging 2.11 van de voorgaande uitspraak voor de feiten waaruit blijkt dat de minderheidsaandeelhouder vragen heeft gesteld in de algemene vergadering.

⁹¹⁸ Overeenkomstig paragraaf 6.6.2.3 kan van een ongelijke verhouding sprake zijn als het geschil speelt tussen aandeelhouders, waarbij een aandeelhouder tevens de bestuursfunctie bekleedt of als de bestuurder zich verbindt aan één kant van het geschil. Een andere veelvoorkomende situatie – die verband houdt met een ongelijke

aan de basis van de informatieplicht, waarbij het in casu bovendien van belang is dat de conceptjaarrekeningen ‘een goedkeurende verklaring van een accountant ontberen’.⁹¹⁹

Een vergelijkbaar oordeel is waarneembaar in de RRV-beschikking die bijna vijftien jaar later gewezen is. In deze zaak stelt de minderheidsaandeelhouder – die na een juridische fusie geen onderdeel meer uitmaakt van het bestuur – onvoldoende informatie te hebben gekregen naar aanleiding van de tijdens de algemene vergadering gestelde vragen omtrent de verkoop van participaties en een belastingschuld van de vennootschap.⁹²⁰ Het rechtscollege oordeelt dat onder de gegeven omstandigheden van de twee bestuurders – die gezamenlijk een meerderheidsbelang houden – wordt verwacht dat zij bijzondere zorgvuldigheid betrachten met betrekking tot de belangen van de minderheidsaandeelhouder en ervoor zorgen dat haar belangen niet onnodig of onevenredig worden geschaad. De verhouding in casu is daardoor ongelijk en dat zorgt ervoor dat de voornoemde norm ‘te meer geldt’, waarbij het van belang is dat de aanvankelijke samenwerking op basis van gelijkwaardigheid was ingestoken. Het voorgaande brengt mee dat van de vennootschap mag worden verwacht dat zij de minderheidsaandeelhouder ‘desgevraagd ruimhartig voorziet van relevante informatie met betrekking tot de vennootschap waarvan zij redelijkerwijs mag aannemen dat de minderheidsaandeelhouder daarover niet beschikt.’⁹²¹ Onder meer deze ruimhartige informatieverplichting leidt ertoe dat de Ondernemingskamer kritische kanttekeningen plaatst bij de informatieverstrekking over de (inhoud van de) vaststellingsovereenkomst, de getroffen betalingsregeling, het pandrecht dat ten gunste van de Belastingdienst is getroffen en de verwachte periode waarbinnen een crediteur zal betalen.⁹²²

Uit deze uitspraak volgt (wederom) dat de verhouding tussen partijen qua functie en aandelenbezit meeweegt bij de uitoefening van de bestuursfunctie en de mate waarin de minderheidsaandeelhouder recht heeft op informatie.⁹²³ Meer specifiek leiden de voornoemde elementen in samenhang met de beoogde samenwerking tot de verplichting om ruimhartig informatie te verstrekken aan de minderheidsaandeelhouder. Hierdoor behoren informatieverzoeken van de minderheidsaandeelhouder eerder ingewilligd te worden. De nadruk komt daardoor tevens te liggen op hoe de tijdens de algemene vergadering gestelde vragen zijn beantwoord.⁹²⁴

verhouding – is als een van de partijen – alleen of tezamen – een meerderheid van de stemrechten in de algemene vergadering kan uitoefenen.

⁹¹⁹ Hof Amsterdam (OK) 5 december 2003, ARO 2003/185 (*Van Doorn Corporate Development Group*), r.o. 3.7.

⁹²⁰ Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2018, ARO 2018/101 (*RAB Retail Vastgoed*), r.o. 2.4, 2.17 en 3.1.3.

⁹²¹ Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2018, ARO 2018/101 (*RAB Retail Vastgoed*), r.o. 3.6.

⁹²² Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2018, ARO 2018/101 (*RAB Retail Vastgoed*), r.o. 3.8. Overigens leiden de genoemde aspecten er niet toe dat het enquêteverzoek wordt toegewezen, omdat de minderheidsaandeelhouder in de enquêteprocedure de relevante informatie heeft verkregen.

⁹²³ Een soortgelijk oordeel is waarneembaar in de Zonocol Solargroup-beschikking. In deze zaak verzoekt de minderheidsaandeelhouder – die als bestuurder is geschorst – informatie over een overboeking van de vennootschap aan de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder en de gestelde terugbetaling en verrekening. De laatstgenoemde partij blijft tijdens de zitting bij de Ondernemingskamer volharden om de verzochte inlichtingen van de minderheidsaandeelhouder in de algemene vergadering niet te verstrekken, zolang de minderheidsaandeelhouder niet voldoet aan haar betalingsverplichting op grond van een kort geding vonnis. Dit gebeurt ondanks dat de Ondernemingskamer de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder wijst op haar zorgvuldigheidsplicht om ook buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering ruimhartig informatie te verstrekken (Hof Amsterdam (OK) 2 december 2022, ARO 2023/1 (*Zoncol Solargroup*), r.o. 3.6-3.8).

⁹²⁴ Onder omstandigheden geldt hetzelfde voor hoe vragen van certificaathouders moeten worden beantwoord die tevens door hun positie afhankelijk zijn van de informatieverstrekking van bestuurders. Zie daarover Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, ARO 2022/60 (*Beheer- en beleggingsmaatschappij Blei Zwartsluis*), r.o. 3.6-3.7 en 3.11-3.12.

Het belang van het (deugdelijk) beantwoorden van de gestelde vragen komt tevens terug in de Aeon Plaza-beschikking, aangezien de bestuurder in de desbetreffende zaak ondanks concrete vragen van de minderheidsaandeelhouder bepaalde zaken over de verschillende posities van de bestuurder niet heeft gemeld.⁹²⁵ De Ondernemingskamer is onder meer daardoor van oordeel dat de bestuurder niet de geveerde openheid van zaken geeft. Op de bestuurder – die mede meerderheidsaandeelhouder is – rust namelijk een bijzondere zorgplicht om ruimhartig informatie te verstrekken aan de minderheidsaandeelhouder vanwege de ongelijke verhouding en de daardoor ontstane informatievoorsprong. Deze plicht geldt des te meer als mogelijk sprake is van belangenverstrengeling.⁹²⁶

In soortgelijke zin oordeelt de Ondernemingskamer in de L'Étoile-beschikking dat op het bestuur – dat bestaat uit twee aandeelhouders met gezamenlijk een meerderheidsbelang – van de vennootschap jegens de als bestuurder ontslagen minderheidsaandeelhouder een bijzondere zorgplicht rust om die aandeelhouder van informatie te voorzien. Dit heeft implicaties voor een tijdens de algemene vergadering gestelde vraag van de minderheidsaandeelhouder over de hoogte en toedeling van een acquisitie fee. Het bestuur beantwoordt deze vraag namelijk met een enkele verwijzing naar een gesloten overeenkomst zonder duidelijkheid te verschaffen over de inhoud daarvan. Dit antwoord is volgens de Ondernemingskamer niet verenigbaar met de bijzondere zorgplicht, omdat het bestuur jegens de minderheidsaandeelhouder ruimhartig openheid dient te betrachten.⁹²⁷

De voorgaande uitspraken illustreren dat het bestuur tot op zekere hoogte moet anticiperen op de vragen die een aandeelhouder tijdens de algemene vergadering kan stellen. Indien de bestuurder(s) tevens – alleen of tezamen – een meerderheidsbelang houden, vloeit uit art. 2:8 BW een (bijzondere) zorg(vuldheids)plicht voort die ertoe leidt dat zij ruimhartig informatie moeten verstrekken aan de minderheidsaandeelhouder. Dit zorgt ervoor dat de bestuurder(s) de gestelde (specifieke) vragen van de minderheidsaandeelhouder – die veelal gerelateerd zijn aan financiële zaken – dienen te beantwoorden. Hierbij kunnen de bestuurder(s) onder omstandigheden bijvoorbeeld niet volstaan met de enkele verwijzing naar een document zonder duidelijkheid te verschaffen over de inhoud daarvan. Een gedetailleerdere informatieverstrekking kan daardoor vereist zijn, zodat de informatieasymmetrie tussen de partijen (daadwerkelijk) afneemt.

7.3.3 Verzoek buiten vergadering

7.3.3.1 Inleiding

Een aandeelhouder kan buiten vergadering een verzoek doen voor het verkrijgen van informatie. Wanneer dit verzoek ter discussie staat in een gerechtelijke procedure, kan het rechtscollege expliciet oordelen dat de aandeelhouder buiten vergadering recht kan hebben op informatie (paragraaf 7.3.3.2). Vervolgens behandelt paragraaf 7.3.3.3 de uitspraken waarin uit de feiten en de gronden van de beslissing blijkt of de aandeelhouder recht heeft op informatie naar aanleiding van de buiten vergadering gestelde vragen. Afrondend volgt in paragraaf 7.3.3.4 een overzicht van de twee voorgaande paragrafen.

⁹²⁵ Ondanks de concrete vragen van de minderheidsaandeelhouder heeft de (indirect) meerderheidsaandeelhouder/bestuurder niet gemeld wat zijn betrokkenheid is bij een project en dat laatstgenoemde de *ultimate beneficial owner* is van de meerderheidsaandeelhouder van de vennootschap.

⁹²⁶ Hof Amsterdam (OK) 10 april 2018, ARO 2018/112 (*Aeon Plaza Hotels Holding*), r.o. 3.5.

⁹²⁷ Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, ARO 2019/105 (*L'Étoile Properties Netherlands*), r.o. 3.15-3.16.

7.3.3.2 Expliciete benoeming buiten vergadering

Een duidelijk voorbeeld van het benoemen van het informatierecht buiten vergadering betreft de Synpact-beschikking. In deze uitspraak overweegt de Ondernemingskamer:

“De Ondernemingskamer overweegt in het algemeen ten aanzien van het informatierecht van aandeelhouders dat de hoofdregel is dat het bestuur van een vennootschap haar aandeelhouders door middel van de jaarrekening informeert en dat de aandeelhouders in de algemene vergadering van aandeelhouders aan het bestuur informatie kunnen vragen en dat het bestuur in beginsel gehouden is deze informatie te verschaffen. Buiten de algemene vergadering van aandeelhouders hebben de aandeelhouders in beginsel geen recht op het verkrijgen van de bedoelde informatie. Van deze hoofdregel dient - onder meer - te worden afgeweken in een situatie als de onderhavige, waarin sprake is van een besloten vennootschap met een joint venturekarakter met drie aandeelhouders van wie er twee gezamenlijk optrekken en de meerderheid van de stemrechten in de algemene vergadering van aandeelhouders vertegenwoordigen en die tevens in het bestuur van de vennootschap voorzien. In dat geval rust er op het bestuur van de vennootschap een bijzondere zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder die geen bestuurder is en dient jegens hem meer openheid te worden betracht met betrekking tot de informatie waarop een aandeelhouder als zodanig geen recht heeft. Dit geldt in het bijzonder indien sprake is van (mogelijke) belangenverstrengeling.”⁹²⁸

Gelet op de bovenstaande rechtsoverweging is de hoofdregel dat een aandeelhouder buiten de algemene vergadering geen recht heeft op informatie. Niettemin kan een ongelijke verhouding ervoor zorgen dat op het bestuur een bijzondere zorgplicht rust jegens de minderheidsaandeelhouder, waardoor de laatstgenoemde partij recht kan hebben op informatie buiten de algemene vergadering.⁹²⁹ Aan deze bijzondere zorgplicht is in de Synpact-beschikking voldaan, omdat het bestuur in en buiten de algemene vergadering de minderheidsaandeelhouder adequaat heeft geïnformeerd. Er waren zelfs speciale informatieve vergaderingen georganiseerd. De minderheidsaandeelhouder heeft dan ook de benodigde informatie gekregen die van belang is voor het beoordelen van het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en de door haar gedreven onderneming. De Ondernemingskamer merkt tevens op dat de vennootschap niet gehouden was om te voldoen aan alle informatieverzoeken, aangezien er zowel in omvang als gedetailleerdheid veel meer informatie werd gevraagd dan de vennootschap in redelijkheid kon verschaffen.⁹³⁰

Deze uitspraak maakt de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht inzichtelijker. De Ondernemingskamer acht het namelijk van belang dat de aandeelhouder door middel van de verkregen informatie het beleid en de gang van zaken van de vennootschap alsmede de door haar gedreven onderneming kan beoordelen. Wanneer de informatieverzoeken verder reiken dan noodzakelijk is voor het voornoemde doel, dan bestaat de mogelijkheid dat de vennootschap niet meer gehouden is om de verzochte informatie te verstrekken. In lijn hiermee oordeelt de Ondernemingskamer in

⁹²⁸ Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *ARO* 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.24.

⁹²⁹ Dit volgt tevens uit de *L'Étoile*-beschikking, aangezien sinds het ontslag van de minderheidsaandeelhouder – als bestuurder van de vennootschap – op (het bestuur van) de vennootschap een bijzondere zorgplicht rust om de minderheidsaandeelhouder van informatie te voorzien. Deze zorgplicht leidt ertoe dat ruimhartig openheid moet worden betracht met betrekking tot de informatieverzoeken van de minderheidsaandeelhouder. Laatstgenoemde heeft blijkens het rechterlijk oordeel zowel tijdens de algemene vergadering als daarbuiten om informatie verzocht. De wijze waarop de bestuurders op die verzoeken hebben gereageerd, acht de Ondernemingskamer niet in overeenstemming met de bijzondere zorgplicht (Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, *ARO* 2019/105 (*L'Étoile Propriétés Netherlands*), r.o. 3.15-3.16).

⁹³⁰ Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *ARO* 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.25.

de Korsten-beschikking dat de minderheidscertificaathouder – die medebestuurder is van de STAK – over voldoende informatie beschikt om zich een beeld te kunnen vormen van de stand van zaken van de vennootschap en om te kunnen deelnemen aan het overleg binnen het bestuur van de STAK.⁹³¹

De Bosal-beschikking betreft een ander voorbeeld van een uitspraak waarin het recht op informatie buiten vergadering (expliciet) terugkomt. In deze uitspraak is het van belang dat de (i) minderheidsaandeelhouder als bestuurder is ontslagen en een optierecht heeft uitgeoefend, (ii) de meerderheidsaandeelhouder (bestaand uit één familie) in het bestuur is vertegenwoordigd en (iii) er transacties tussen de (entiteiten van de) familie en de vennootschap worden verricht.⁹³² Naar aanleiding hiervan overweegt de Ondernemingskamer:

“Onder deze omstandigheden geldt niet als uitgangspunt dat aandeelhouders buiten algemene vergaderingen van aandeelhouders geen recht hebben op het verstrekken van door hen afzonderlijk verlangde informatie (HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976 (ASMI)). In plaats daarvan dient in de gegeven omstandigheden de vennootschap uit hoofde van haar zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder uit hoofde van artikel 2:8 BW (HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (Zwagerman)), uit eigen beweging en op vragen van de minderheidsaandeelhouder ook buiten het verband van een aandeelhoudersvergadering transparantie te betrachten. Dit betekent dat Bosal vragen van [A] over het beleid en de gang van zaken slechts onbeantwoord kan laten indien daarvoor een voldoende zwaarwegende reden bestaat.”⁹³³

De gegeven omstandigheden zorgen er in casu voor dat de minderheidsaandeelhouder buiten vergadering vragen mag stellen en dat die vragen over het beleid en de gang van zaken slechts onbeantwoord mogen blijven indien daarvoor een ‘voldoende zwaarwegende reden bestaat.’⁹³⁴ Met inachtneming van deze rechtsregel heeft de Ondernemingskamer kritiek op de ‘timing’ en inhoudelijke beantwoording van de honderddertien gestelde vragen buiten vergadering. Sommige vragen zijn namelijk zodanig summier beantwoord dat de ‘verlangde informatie in wezen niet is verstrekt.’⁹³⁵ Het deugdelijk beantwoorden van de vragen staat daarom wederom centraal in de beoordeling of het bestuur heeft voldaan aan zijn informatieplicht. Deze informatieplicht lijkt wel tot op zekere hoogte verweven te zijn met een potentiële belangenverstrengeling. Dit kan daardoor invloed hebben op het rechterlijk oordeel.⁹³⁶

⁹³¹ De minderheidscertificaathouder heeft namelijk de specificatie van de rekening-courantverhoudingen tussen de bestuurders en de vennootschap ontvangen alsmede een overzicht van de tussentijdse cijfers. Verder staat eerder in dezelfde rechtsoverweging dat op het bestuur van de vennootschap een bijzondere zorgplicht rust jegens de minderheidscertificaathouder. Dit brengt onder meer mee dat het bestuur binnen redelijke grenzen aan die partij ook buiten de aandeelhoudersvergaderingen informatie moet verstrekken (Hof Amsterdam (OK) 4 december 2018, ARO 2019/41 (*Korsten*), r.o. 3.9).

⁹³² Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (*Bosal Nederland*), r.o. 3.4-3.5 en 3.17.

⁹³³ Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (*Bosal Nederland*), r.o. 3.18.

⁹³⁴ Gelet hierop lijkt wederom – zoals in de Synpact-beschikking – dat beantwoording van de vragen essentieel is zodat de aandeelhouder/niet-bestuurder zich een correct beeld kan vormen van het beleid en de gang van zaken van de vennootschap.

⁹³⁵ Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (*Bosal Nederland*), r.o. 2.17-2.18 en 3.19-3.21. In rechtsoverweging 3.21 geeft de Ondernemingskamer een aantal voorbeelden van vragen die niet deugdelijk zijn beantwoord.

⁹³⁶ Zie ook de MvV-beschikking waarin de Ondernemingskamer onder meer verwijst naar de Zwagerman- en Bosal-beschikkingen (Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2023, ARO 2023/39 (*Ministerie van Voedingszaken*), r.o. 3.15).

Het mogelijke bestaan van een belangenverstremgeling is echter niet per se leidend voor een ruimhartige informatieplicht buiten vergadering, aangezien in de Holwerda-beschikking een ongelijke verhouding binnen de familievennootschap ook daarvoor aanleiding geeft.⁹³⁷ De omstandigheden van het geval zijn daardoor essentieel voor een dergelijke verplichting.

Het belang van de omstandigheden van het geval volgt ook uit de VMV-beschikking, aangezien in die uitspraak de term ‘belangenverstremgeling’ – of een gelijkkluidende term – en een familieverhouding ontbreken. Niettemin overweegt de Ondernemingskamer:

“(…) Buiten de algemene vergadering van aandeelhouders hebben de aandeelhouders in beginsel geen recht op het verkrijgen van de bedoelde informatie. Van deze hoofdregel dient - onder meer - te worden afgeweken in een situatie als de onderhavige, waarin sprake is van een besloten vennootschap met twee aandeelhouders van wie er een de meerderheid van de stemrechten in de algemene vergadering van aandeelhouders vertegenwoordigt en die tevens enig bestuurder van de vennootschap is. In dat geval rust op het bestuur van de vennootschap een bijzondere zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder die geen bestuurder is en dient het bestuur redelijke vragen van de minderheidsaandeelhouder ook buiten het verband van een aandeelhoudersvergadering adequaat te beantwoorden.”⁹³⁸

Uit de rechtsoverweging volgt dat de ongelijke verhouding in de BV ervoor zorgt dat het bestuur de redelijke vragen van de minderheidsaandeelhouder buiten vergadering adequaat moet beantwoorden.⁹³⁹ Aan deze bijzondere zorgplicht ‘om de nodige openheid te betrachten met betrekking tot de gang van zaken in de vennootschap en haar minderheidsaandeelhouder desgewenst de nodige informatie te verstrekken’ heeft het bestuur niet voldaan. De beantwoording van de vragen van de minderheidsaandeelhouder over bepaalde betalingen verschaft immers niet de vereiste duidelijkheid, omdat de exacte grondslagen van de betalingen ontbreken.⁹⁴⁰ Daarentegen kan wel aan de ruimhartige informatieplicht worden voldaan indien de bestuurder – met (niet) een meerderheidsbelang – de andere aandeelhouder in de gelegenheid stelt om de financiële administratie van de vennootschap in te zien.⁹⁴¹

Meer inzicht in de reikwijdte van de ruimhartige informatieverplichting volgt eveneens uit de Cloud Solutions-beschikking. Volgens de Ondernemingskamer leidt art. 2:8 BW in deze zaak tot een ruimhartige informatieverplichting vanwege de aard van de onderneming, de besloten verhouding en het feit dat een van de drie aandeelhouders niet meer in het bestuur is vertegenwoordigd.⁹⁴² Deze verplichting gaat echter niet zover dat het bestuur informatie op detailniveau moet verstrekken aan de – als bestuurder ontslagen – aandeelhouder die concurrerende activiteiten ontplooit. Concurrentiegevoelige informatie hoeft daardoor ook niet verstrekt te worden in de gegeven

⁹³⁷ Hof Amsterdam (OK) 21 december 2021, *ARO 2022/27 (Holwerda)*, r.o. 3.3. Zie de rechtsoverwegingen 3.4 en 3.5 voor de gestelde vragen en beantwoording daarvan waardoor overeenkomstig art. 2:8 BW is gehandeld.

⁹³⁸ Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2020, *ARO 2020/190 (Verweij Mungra Vastgoed)*, r.o. 3.5.

⁹³⁹ Dit is in overeenstemming met de hiervoor uiteengezette Synpact-beschikking, waarin de rechtsregel tevens terugkomt met de aanvulling dat die verplichting in het bijzonder geldt indien er sprake is van (mogelijke) belangenverstremgeling.

⁹⁴⁰ Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2020, *ARO 2020/190 (Verweij Mungra Vastgoed)*, r.o. 3.7-3.11.

⁹⁴¹ Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO 2022/51 (Vriens Food & Company)*, r.o. 4.4.

⁹⁴² Deze uitspraak illustreert daardoor tevens dat een belangenverstremgeling niet noodzakelijk is voor het ontstaan van de desbetreffende informatieplicht. Verder komt de Ondernemingskamer tot een soortgelijk oordeel in de volgende uitspraak: Hof Amsterdam (OK) 2 december 2022, *ARO 2023/1 (Zoncol Solargroup)*, r.o. 3.7.

conflicteuze situatie. Hierbij is wel van belang dat het weigeren van een informatieverzoek met redenen omkleed moet zijn. Tevens dient het bestuur informatie te verstrekken als het mogelijk is om de informatie geschoond van concurrentiegevoelige en vertrouwelijke elementen te overhandigen.⁹⁴³

In casu voldoet het bestuur niet aan de voornoemde informatieplicht vanwege een te terughoudend beleid wat betreft de informatieverstrekking. De aandeelhouder heeft namelijk recht op informatie over de financiële situatie van de vennootschap en dochtervennootschap. Zodra de gevraagde documenten waren opgesteld, had het bestuur de documenten moeten verstrekken eventueel zonder bepaalde concurrentiegevoelige informatie.⁹⁴⁴ Hieruit blijkt wederom de kracht van het informatierecht voor de minderheidsaandeelhouder die geen onderdeel uitmaakt van het bestuur. Zelfs als die partij concurrerende activiteiten ontplooit, blijft dat recht (bijna) in volle omvang bestaan.

Verder kan het moeten beantwoorden van buiten de algemene vergadering gestelde vragen voortvloeien uit een tussen de partijen gesloten overeenkomst. In de Care-beschikking hebben de vennootschap, meerderheidsaandeelhouder/bestuurder en minderheidsaandeelhouder een aandeelhoudersovereenkomst gesloten waarin een informatie- en overlegverplichting is vastgelegd. Deze overeenkomst – alsmede het besloten karakter van de vennootschap – zorgt ervoor dat de Ondernemingskamer overweegt dat de voornoemde verplichtingen ook bestaan ‘buiten het kader van een (formele) aandeelhoudersvergadering.’⁹⁴⁵

7.3.3.3 Impliciete benoeming buiten vergadering

De Synpact-beschikking (2011) is de eerste beschikking uit de dataset waarin het recht op informatie buiten het verband van de algemene vergadering (zeer) expliciet terugkomt. Dit betekent echter niet dat de Ondernemingskamer zich niet eerder heeft uitgelaten over informatieverzoeken van een aandeelhouder buiten de vergadering.⁹⁴⁶ In de SIM-beschikking stelt de minderheidsaandeelhouder – die ontslagen is als bestuurder – buiten de vergadering de nodige vragen.⁹⁴⁷ Het bestuur reageert op deze verzoeken door telkens de beschikbare cijfers en andere (gedetailleerde management)informatie te versturen. Naar aanleiding hiervan oordeelt de Ondernemingskamer dat niet kan worden gezegd ‘dat (het bestuur van) SIM haar bijzondere zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder heeft geschonden.’⁹⁴⁸

Een ander voorbeeld betreft de Bergmont-beschikking. In die zaak oordeelt de Ondernemingskamer dat de informatievoorziening aan en communicatie met de aandeelhouders die tevens afnemers zijn, extra zorgvuldig dient te geschieden. Dat het bestuur de vragen van de aandeelhouder – die voor de algemene vergadering zijn gesteld – niet heeft beantwoord, geeft er blijk van dat

⁹⁴³ Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ARO 2022/118 (*Cloud Solutions +*), r.o. 3.7-3.8.

⁹⁴⁴ Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ARO 2022/118 (*Cloud Solutions +*), r.o. 2.11-2.12 en 3.9.

⁹⁴⁵ Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, ARO 2017/72 (*Care*), r.o. 3.5.

⁹⁴⁶ Zie in aanvulling op de SIM- en Bergmont-beschikkingen ook de Global Green-beschikking, waarin de ongelijke verhouding leidt tot een bijzondere zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder om de (buiten vergadering) verzochte informatie te verstrekken. In casu lijkt een belangenverstrengeling tevens op de achtergrond te spelen, wat mogelijk invloed heeft op het rechterlijk oordeel (Hof Amsterdam (OK) 15 november 2005, ARO 2005/194 (*Global Green*), r.o. 2.8 en 3.4).

⁹⁴⁷ Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, ARO 2008/6 (*Secure Internet Machines*), r.o. 2.2-2.3, 2.7-2.8 en 2.26-2.27.

⁹⁴⁸ Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, ARO 2008/6 (*Secure Internet Machines*), r.o. 3.4.

het bestuur ‘zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van zijn taken en verantwoordelijkheden.’⁹⁴⁹

Zoals beschreven dateren de voorgaande uitspraken van voor de Synpact-beschikking. De JBNT-beschikking daarentegen is ruim zeven jaar na de Synpact-beschikking geweest. Niettemin ontbreekt in die uitspraak een duidelijke verwijzing naar het recht op informatie buiten vergadering. In casu hebben de aandeelhouders een echtscheidingsprocedure aanhangig gemaakt en slechts een van de twee aandeelhouders blijft fungeren als bestuurder. Hierdoor rust op de bestuurder een bijzondere zorgplicht die ertoe leidt dat ruimhartig informatie moet worden verstrekt aan de andere aandeelhouder. De Ondernemingskamer oordeelt dat de bestuurder aanvankelijk in de informatievoorziening tekort is geschoten, omdat een groot deel van de (buiten vergadering) gestelde vragen – die nodig zijn om een oordeel te kunnen vormen over de financiële situatie van de vennootschap – pas na indiening van het verzoekschrift zijn beantwoord.⁹⁵⁰

De bijzondere zorgplicht leidt in de voorgaande uitspraak tot de verplichting om ruimhartig informatie te verstrekken. Deze informatieplicht zorgt ervoor dat de aandeelhouder in de gegeven omstandigheden zich een oordeel moet kunnen vormen over de financiële situatie van de vennootschap aan de hand van gegevens over bijvoorbeeld de rekening-courantverhouding en onroerende zaken van de groepsmaatschappijen.⁹⁵¹

In dit kader is de HLO Energie-beschikking mede relevant, aangezien die uitspraak meer inzicht verstrekt in het ‘ruimhartig’ verstrekken van informatie. In deze zaak overweegt de Ondernemingskamer namelijk eerst dat op de bestuurders van de vennootschap een bijzondere zorgplicht rust, waardoor zij ruimhartig dienen te zijn met betrekking tot het verstrekken van relevante informatie over de vennootschap aan de minderheidsaandeelhouder. Vervolgens blijkt dat zij deze ruimhartigheid niet steeds hebben betracht, omdat sommige vragen niet, slechts summier of ontwijkend zijn beantwoord. Daarnaast is sommige informatie te laat gedeeld ‘die nodig is om inzicht te verkrijgen in de feiten en omstandigheden die voor het beoordelen van het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en de door haar gedreven onderneming van belang zijn.’⁹⁵²

De HLO Energie-beschikking sluit daardoor aan bij hetgeen in de Synpact-beschikking staat. Of overeenkomstig de bijzondere zorgplicht ‘ruimhartig’ informatie is verstrekt, is daardoor mede afhankelijk van het antwoord op de vraag of de aandeelhouder op basis van de verkregen informatie het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming kan beoordelen.

⁹⁴⁹ Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2009, ARO 2009/119 (*Bergmont*), r.o. 2.27 en 3.14-3.15.

⁹⁵⁰ Hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, ARO 2019/29 (*JBNT Management*), r.o. 2.13-2.16 en 3.14. Uit de uitspraak blijkt dat de minderheidsaandeelhouder informatie verzocht over de rekening-courantverhouding, de vennootschapsstructuur, onroerende zaken van de groepsmaatschappijen en kunst die de vennootschap in eigendom heeft.

⁹⁵¹ Deze uitspraak vertoont nauwe verwantschap met de in paragraaf 7.3.3.2 behandelde beschikking waarin de gehuwde aandeelhouders tevens willen scheiden: Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, ARO 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.4. Verder komt een gebrekkige beantwoording van de vragen over de (met name financiële) gang van zaken terug in de Broekman-beschikking, waardoor de handelswijze van het bestuur niet verenigbaar lijkt met de daarvoor in de rechtsoverweging geformuleerde bijzondere zorgplicht (Hof Amsterdam (OK) 3 april 2014, ARO 2009/82 (*Broekmans Assurantien*), r.o. 3.3).

⁹⁵² Hof Amsterdam (OK) 27 november 2020, ARO 2021/12 (*HLO Energie*), r.o. 3.9-3.10. De bijzondere zorgplicht geldt net zoals in de Synpact-beschikking te meer als (mogelijk) sprake is van belangenverstrengeling.

Een duidelijke verwijzing naar het recht op informatie buiten de algemene vergadering ontbreekt verder in de Allure-beschikking. Niettemin sluit het rechterlijk oordeel eveneens naadloos aan op het oordeel in de Synpact-beschikking. Ook is de uitspraak illustratief voor de wijze waarop de Ondernemingskamer het oordeel over het tegenstrijdig belang en de informatievoorziening soms splitst, aangezien beide onderdelen in de uitspraak onder aparte kopjes staan.⁹⁵³ Wel blijft het tegenstrijdig belang enige invloed hebben op de informatieplicht, want het tegenstrijdig belang leidt – overeenkomstig onder meer de Synpact-beschikking – tot een ‘te meer geldende’ informatieplicht:

“Op grond van artikel 2:8 BW moeten de vennootschap en degenen die krachtens de wet en de statuten bij haar organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Uit deze regel vloeit onder meer voort dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders. In een situatie als de onderhavige, waarin slechts een van de beide aandeelhouders ook bestuurder is, rust daarom op (het bestuur van) de vennootschap een bijzondere zorgplicht. Die zorgplicht brengt mee dat het bestuur van Allure jegens Holding als aandeelhouder die geen deel uitmaakt van het bestuur, ruimhartig openheid van zaken moet verschaffen met betrekking tot het reilen en zeilen van Allure. Dit geldt te meer als - zoals hiervoor is overwogen - (mogelijk) sprake is van tegenstrijdige belangen.”⁹⁵⁴

Aan deze ruimhartige informatieplicht heeft het bestuur in casu niet voldaan, omdat de benodigde ruimhartigheid niet is betracht. Hiervoor heeft het bestuur als (zwaarwegende) reden aangevoerd dat de aandeelhouder – met een aandelenbelang van 50% – actief is in dezelfde branche, de aandeelhouder een geschil heeft met de vennootschap en het vervaardigen van de gevraagde documenten niet mogelijk is vanwege de daaraan verbonden kosten. Volgens de Ondernemingskamer ziet de gevraagde informatie echter hoofdzakelijk op het verleden en op de interne (financiële) verantwoording. Hierdoor gaan de aangedragen argumenten niet op. Tevens had het bestuur deze ‘zwaarwegende gronden’ aan de aandeelhouder moeten mededelen. Dit heeft het bestuur echter niet gedaan. In plaats daarvan heeft het bestuur de vragen van de aandeelhouder niet dan wel slechts summier of ontwijkend beantwoord, waardoor de aandeelhouder onvoldoende is geïnformeerd over de gang van zaken.⁹⁵⁵

Kortom, feitelijk heeft het bestuur in de Allure-beschikking ervoor gezorgd dat de aandeelhouder niet ruimhartig is geïnformeerd over het reilen en zeilen van de vennootschap.⁹⁵⁶ Slechts door het aanvoeren van een voldoende zwaarwegende grond kan van die informatieplicht – overeenkomstig de Bosal- en Cloud Solutions-beschikkingen – worden afgeweken. Hierbij is het van belang dat het bestuur de zwaarwegende grond aan de aandeelhouder mededeelt.⁹⁵⁷ Overigens kan

⁹⁵³ Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, *ARO* 2021/153 (*Allure Energie*), r.o. 4.7 en 4.10.

⁹⁵⁴ Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, *ARO* 2021/153 (*Allure Energie*), r.o. 4.10.

⁹⁵⁵ Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, *ARO* 2021/153 (*Allure Energie*), r.o. 4.10.

⁹⁵⁶ Dit is in overeenstemming met de hiervoor behandelde Synpact- en Korsten-beschikkingen waaruit respectievelijk volgt dat de aandeelhouder aan de hand van de verkregen informatie ‘het beleid en de gang van zaken van de vennootschap kan beoordelen’ alsmede dat de minderheidsaandeelhouder over voldoende informatie moet beschikken ‘om zich een beeld te kunnen vormen van de stand van zaken’. Een soortgelijk oordeel is verder waarneembaar in de – eerder behandelde – HLO Energie-beschikking en de FCC Advisory-beschikking (Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2021, *ARO* 2021/38 (*FCC Advisory*), r.o. 3.8).

⁹⁵⁷ De grond om af te wijken van de informatieplicht is in overeenstemming met de grondslag voor het niet verstrekken van de gevraagde inlichtingen in de algemene vergadering (art. 2:217 lid 2 BW).

het niet redelijk zijn om de informatieverstrekking afhankelijk te maken van een geheimhoudingsverklaring als een zwaarwegende grond ontbreekt.⁹⁵⁸

Binnen één maand na de Allure-beschikking is de GCRI-beschikking geweest waarin de zojuist geciteerde rechtsoverweging op soortgelijke wijze staat. In deze uitspraak maakt de Ondernemingskamer inzichtelijker wat de reikwijdte is van het informatierecht en hetgeen de aandeelhouder mag verzoeken. Het bestuur moet namelijk ruimhartig informatie verschaffen over het reilen en zeilen van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Indien de vennootschap een houdstervennootschap is, heeft de voornoemde informatieplicht mede betrekking op de algemene gang van zaken van haar deelneming en de besluiten die door de houdstervennootschap worden genomen. Dit geldt temeer als de bestuurder van de houdstervennootschap tevens de (middellijk) bestuurder is van de vennootschap waarin de aandelen worden gehouden.⁹⁵⁹ De ruimhartige informatieverstrekking aan de aandeelhouder over de vennootschap en haar 31,75%-deelneming gaat echter niet zo ver dat de aandeelhouder recht heeft op inzage in de voorwaarden van een door de deelneming met de bank gesloten kredietovereenkomst. Hierdoor kan de vennootschap volstaan met de mededeling dat een dergelijke overeenkomst is gesloten en het beantwoorden van eventuele naar aanleiding daarvan ontstane vragen. Dit staat overigens los van de vraag of de vennootschap überhaupt over die overeenkomst kan beschikken en of de vennootschap die mag delen.⁹⁶⁰

7.3.3.4 Overzicht

Resumerend is de kern van de behandelde uitspraken in de paragrafen 7.3.3.2 en 7.3.3.3 over de informatieverzoeken buiten vergadering als volgt. Een aandeelhouder kan vanwege verschillende feiten en omstandigheden recht hebben op beantwoording van de door hem gestelde vragen buiten vergadering. De voornaamste redenen voor het ontstaan van dat recht – en een (ruimhartige) informatieplicht voor het bestuur – is dat er sprake is van een besloten verhouding waarbij de informatiezoekende aandeelhouder – in tegenstelling tot de andere aandeelhouders – niet vertegenwoordigd is in het bestuur. Hierbij kunnen familieverhoudingen relevant zijn, omdat die tevens kunnen leiden tot een informatievoorsprong voor bepaalde partijen. De informatieplicht van het bestuur geldt daardoor feitelijk om een mogelijke informatieachterstand op te heffen. Een ruimhartige informatieverstrekking ziet daardoor erop dat de aandeelhouder/niet-bestuurder voldoende geïnformeerd wordt over de vennootschap, zodat die aandeelhouder in staat is om het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te kunnen beoordelen. Een summiere beantwoording van de gestelde vragen kan ertoe leiden dat niet conform de norm is gehandeld, omdat het voorgaande – met betrekking tot het beleid en de gang van zaken – duidelijk dient te zijn. Ingeval er sprake is van een (potentiële) belangenverstremming, dan kan de voornoemde informatieplicht te meer gelden. Onder deze verplichting uitkomen is ook slechts kansrijk als daarvoor een voldoende zwaarwichtige reden bestaat, waardoor het rechtscollege zelden instemt met het niet beantwoorden van bepaalde vragen. Als voorbeeld geldt dat zelfs het verrichten van concurrerende activiteiten niet zonder meer voldoende grond vormt om een aandeelhouder de gevraagde informatie pertinent te weigeren. Een weigering dient namelijk met redenen omkleed te

⁹⁵⁸ Hof Amsterdam (OK) 1 september 2017, *ARO* 2018/1 (*Totalplast*), r.o. 3.6.

⁹⁵⁹ Hof Amsterdam (OK) 20 september 2021, *ARO* 2021/171 (*GCRI*), r.o. 3.8.

⁹⁶⁰ Hof Amsterdam (OK) 20 september 2021, *ARO* 2021/171 (*GCRI*), r.o. 3.10.

zijn en indien mogelijk moet de informatie geschoond van concurrentiegevoelige en vertrouwelijke elementen worden overgelegd.

7.3.4 Spontane/zelfstandige plicht vennootschap/bestuur

De paragrafen 7.3.2 en 7.3.3 geven weer hoe (het bestuur van) de vennootschap behoort te reageren op informatieverzoeken van de (minderheids)aandeelhouder zowel binnen als buiten de algemene vergadering. Deze paragraaf gaat meer specifiek over de plicht die op (het bestuur van) de vennootschap kan rusten om uit eigen beweging (spontaan) informatie te verstrekken aan de aandeelhouder.

In de CallActive-beschikking is een proactief handelend bestuur waarneembaar dat tijdens de algemene vergadering benoemt – zo volgt uit de notulen – dat hij een bijzondere informatieverplichting heeft jegens de aandeelhouder die niet in het bestuur is vertegenwoordigd. Hierdoor verstrekt het bestuur een gedetailleerd overzicht van de kosten en baten in een bepaalde periode. Daarnaast schetst het bestuur in chronologische volgorde de gebeurtenissen in dezelfde periode.⁹⁶¹ De Ondernemingskamer stelt voorop dat in de voornoemde situatie op (het bestuur van) de vennootschap een bijzondere zorgplicht rust ‘in – met name – die zin dat openheid dient te worden betracht met betrekking tot al die gegevens waarop de derde aandeelhouder als zodanig geen recht heeft en dat het bestuur in het bijzonder dient te voorkomen dat een vermenging van belangen plaatsvindt.’⁹⁶² Voorts lijkt de Ondernemingskamer bij de beoordeling van de informatieverstrekking rekening te houden met de hiervoor genoemde handelswijze van het bestuur die eraan bijdraagt dat in dit geval niet in strijd met de bijzondere zorgplicht is gehandeld.⁹⁶³ Hierbij is het van belang dat de minderheidsaandeelhouder niet duidelijk toelicht welke (verzochte) informatie zij niet heeft ontvangen.⁹⁶⁴

Een proactieve houding van het bestuur is in de Callisto-beschikking daarentegen niet waarneembaar. In casu heeft de enige contractspartij van de vennootschap in 2004 de overeenkomst opgezegd kort nadat een bestuurder – met een aandelenbelang van 33% – ontslag heeft genomen.⁹⁶⁵ Door deze opzegging is de onderneming van de vennootschap feitelijk beëindigd en daarover is de afgetreden bestuurder (pas) eind 2005 geïnformeerd. Volgens de Ondernemingskamer had de minderheidsaandeelhouder – gelet op haar ontslag als bestuurder en het belang van de overeenkomst – onmiddellijk op de hoogte gebracht moeten worden van de beëindiging van de overeenkomst. De

⁹⁶¹ Hof Amsterdam (OK) 20 april 2005, ARO 2005/64 (CallActive), r.o. 2.18.

⁹⁶² Hof Amsterdam (OK) 20 april 2005, ARO 2005/64 (CallActive), r.o. 3.4. Een soortgelijke overweging is waarneembaar in de Global Green-beschikking, waarin de Ondernemingskamer oordeelt dat (het bestuur van) de vennootschap zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de bijzondere zorgplicht door geen openheid van zaken te geven over bepaalde geldstromen (Hof Amsterdam (OK) 15 november 2005, ARO 2005/194 (Global Green), r.o. 3.4). Het is in de voornoemde beschikking niet uitgesloten dat een mogelijke vermenging van belangen invloed heeft op het rechterlijk oordeel. Hetzelfde geldt voor de Aeon Plaza-beschikking waarin een belangenverstrengeling op de achtergrond aanwezig lijkt te zijn. In casu overweegt de Ondernemingskamer – na het uiteenzetten van de bijzondere zorgplicht – dat er sprake is van een falende informatievoorziening en een van de kritiekpunten is dat de bestuurder uit eigen beweging niet voldoende openheid van zaken heeft betracht (Hof Amsterdam (OK) 10 april 2018, ARO 2018/112 (Aeon Plaza Hotels Holding), r.o. 3.5).

⁹⁶³ In de 2H Media-beschikking acht de Ondernemingskamer het niet aannemelijk dat de handelswijze van het bestuur in strijd is met de bijzondere zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder. Hierbij speelt een rol dat het bestuur maandelijks uitgebreide *financial report packages* en wekelijkse rapportages van de omzetcotwikkeling doorstuurt (Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2007, ARO 2007/103 (2H Media), r.o. 3.7-3.8).

⁹⁶⁴ Hof Amsterdam (OK) 20 april 2005, ARO 2005/64 (CallActive), r.o. 3.11.

⁹⁶⁵ Hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, ARO 2007/135 (Callisto), r.o. 2.2 en 2.5.

handelswijze van de vennootschap is in het algemeen dan ook onaanvaardbaar. Niettemin leidt dat onder de gegeven omstandigheden niet tot toewijzing van het enquêteverzoek. De handelswijze van de minderheidsaandeelhouder was namelijk voor de contractspartij de reden om de relatie met de vennootschap te beëindigen.⁹⁶⁶ Desondanks maakt deze uitspraak inzichtelijk dat de vennootschap onder omstandigheden onmiddellijk haar aandeelhouder – die geen onderdeel (meer) uitmaakt van het bestuur – behoort in te lichten.

De Ondernemingskamer is ook kritisch op de informatieverstrekking in de Mojo Theater-beschikking. In deze zaak is de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder reeds enige tijd op de hoogte van de (zeer) negatieve ontwikkeling van de resultaten. Echter, het bestuur heeft de minderheidsaandeelhouder daarover pas in mei 2010 geïnformeerd, terwijl het op de weg van de vennootschap had gelegen om de minderheidsaandeelhouder in de loop van 2009 daarover op de hoogte te stellen.⁹⁶⁷

De Mojo Theater en Callisto-beschikkingen illustreren dat de Ondernemingskamer het van belang acht dat de (minderheids)aandeelhouder – die niet vertegenwoordigd is in het bestuur – geen informatieachterstand heeft ten opzichte van de andere aandeelhouders/bestuurders over zaken die van belang zijn voor het voortbestaan van de vennootschap.⁹⁶⁸ Tevens kunnen minder ingrijpende zaken aanleiding geven voor een kritisch oordeel van het rechtscollege. Het in het ongewisse laten van een minderheidsaandeelhouder over het ontslag van een bestuurder van de dochtervennootschap – terwijl de meerderheidsaandeelhouder daarvan op de hoogte is – kan in een bepaalde situatie namelijk zelfs sterk meewegen voor de overweging dat er sprake is van een ernstige miskenning van de zorgplicht die op het bestuur rust.⁹⁶⁹ Ook kan het onder omstandigheden niet tijdig en voldoende informeren van de 50%-aandeelhouder – die geen bestuursfunctie bekleedt – over een voorgenomen verhuizing en het aangaan van een verstrekkende samenwerking – waarvoor een overeenkomst is gesloten – de nodige vragen oproepen in het kader van de bijzondere zorgplicht.⁹⁷⁰ Hierdoor wordt nogmaals het belang van het opheffen van een informatieachterstand benadrukt indien er sprake is van een ongelijke (besloten) verhouding.⁹⁷¹

⁹⁶⁶ Hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, *ARO* 2007/135 (*Callisto*), r.o. 3.9. Uit rechtsoverweging 2.4 blijkt dat de minderheidsaandeelhouder – althans de daarachter zittende natuurlijke persoon – onder meer onduidelijke financiële transacties met zijn (failliete) broers was aangegaan, in forse financiële moeilijkheden was geraakt, in een gerechtelijke procedure verzeild was geraakt wegens een onttrekking en de afgelopen jaren verzuimd had BTW af te dragen.

⁹⁶⁷ Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2012, *ARO* 2012/28 (*Mojo Theater*), r.o. 3.7.

⁹⁶⁸ In soortgelijke zin oordeelt de Ondernemingskamer in de Ekopon-beschikking dat de nijpende financiële positie van de vennootschap ervoor zorgt dat het op de weg van het bestuur had gelegen uit eigen beweging en met regelmaat de (minderheids)aandeelhouder over de stand van zaken in te lichten (Hof Amsterdam (OK) 20 oktober 2016, *ARO* 2017/45 (*Ekopon*), r.o. 4.21). In de ZED+-beschikking komt eveneens een vergelijkbare verplichting terug. De Ondernemingskamer oordeelt namelijk – net zoals de onderzoekers – dat het op de weg van het bestuur had gelegen om de aandeelhouders en de raad van commissarissen direct op de hoogte te stellen van de door de accountant geconstateerde onregelmatigheden bij de ‘aandeelhouder’ van de vennootschap (Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, *ARO* 2018/58 (*ZED+*), r.o. 4.16).

⁹⁶⁹ Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *ARO* 2012/113 (*Cancun Holding*), r.o. 3.40.1.

⁹⁷⁰ Hof Amsterdam (OK) 3 april 2014, *ARO* 2009/82 (*Broekmans Assurantien*), r.o. 3.4. Een verplaatsingsbesluit staat ook centraal in de Teka-beschikking. Over de potentiële negatieve fiscale gevolgen is de aandeelhouder – die geen onderdeel (meer) van het bestuur uitmaakt – namelijk niet geïnformeerd. De Ondernemingskamer plaatst daardoor in het licht van de zorgvuldigheidsnorm van art. 2:8 BW vraagtekens bij de wijze waarop het besluit is voorbereid en daarover is gecommuniceerd. Het had namelijk op de weg van het bestuur gelegen om ook de andere aandeelhouder tijdig in te lichten, zodat die partij passende maatregelen kon treffen (Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/5 (*Teka*), r.o. 3.12).

⁹⁷¹ Subtieler blijkt dit uit de Wireless-beschikking waarin op de vennootschap een bijzondere zorgplicht rust om de minderheidsaandeelhouder ‘zodanig te informeren dat zij voldoende inzicht krijgt in het gevoerde beleid, voor zover dit haar positie raakt.’ Deze zorgplicht ontstaat omdat er sprake is van een

Een ongelijke verhouding vervult in andere rechtspraak eveneens een belangrijke rol. In de Proxy-beschikking heeft de (indirect-)minderheidsaandeelhouder een afgeleid belang in het vermogen van een vennootschap onder firma (vof). In 2007 hebben er besprekingen plaatsgevonden voor de afwikkeling van het vermogen van de vof. Deze besprekingen hebben tot een vaststellingsovereenkomst geleid. De minderheidsaandeelhouder is hierover pas in 2010 telefonisch op de hoogte gesteld. De bestuurders van de vennootschap hadden namelijk geen positieve verwachtingen van de deelname en inbreng van de minderheidsaandeelhouder, waardoor die partij onkundig is gelaten over de voornoemde gang van zaken. Er is zelfs geen poging gedaan om de minderheidsaandeelhouder bij de besprekingen te betrekken. De Ondernemingskamer acht deze handelswijze in strijd met de vennootschappelijke goede trouw, omdat de minderheidsaandeelhouder een afgeleid belang in het vermogen van de vof had ‘en dus ook recht op inzicht in de wijze waarop dat vermogen zou worden vereffend.’⁹⁷²

Voorts is de Bosal-beschikking – die reeds in paragraaf 7.3.3.2 is geciteerd en behandeld – van belang voor deze paragraaf. In de uitspraak overweegt de Ondernemingskamer dat de uit art. 2:8 BW voortvloeiende zorgplicht meebrengt dat de vennootschap ‘uit eigen beweging en op vragen van de minderheidsaandeelhouder ook buiten het verband van een aandeelhoudersvergadering transparantie dient te betrachten.’⁹⁷³ Het recht van een aandeelhouder op informatie buiten de algemene vergadering is daardoor tweeledig. Enerzijds kan het zijn dat de vennootschap zelfstandig (uit eigen beweging) informatie moet verstrekken⁹⁷⁴ en anderzijds heeft de aandeelhouder onder omstandigheden recht op beantwoording van de door hem buiten vergadering gestelde vragen.⁹⁷⁵

Het betrachten van transparantie buiten de vergadering doet het bestuur in de D.I.G.-beschikking onder meer door de minderheidsaandeelhouder – die geen bestuursfunctie vervult – op de hoogte te houden van mogelijke aan- en verkopen van vastgoed. Doordat er echter snel geschakeld moet worden op de vastgoedmarkt, kan het bestuur soms de minderheidsaandeelhouder slechts minder dan één dag van tevoren informeren over een mogelijke (ver)koop. De op art. 2:8 BW gebaseerde informatieplicht schendt het bestuur dan ook niet door de minderheidsaandeelhouder niet steeds ruim van tevoren te informeren.⁹⁷⁶ Dit is geen onverwachte uitkomst aangezien het bestuur bereidwillig is om informatie te verstrekken. Een schending van de bijzondere zorgplicht lijkt namelijk enkel reëel bij een tegenwerkend bestuur of een bestuur dat door onmacht dan wel onkunde niet de vereiste informatie kan verstrekken.

Afrondend is de APM-beschikking illustratief voor een deugdelijke informatieverstrekking. In deze zaak is er sprake van een familieverhouding die invloed heeft op de wijze waarop de bestuurder

meerderheidsaandeelhouder/bestuurder en de waarde van de vennootschap zou binnen een kort tijdsbestek aanzienlijk zijn gedaald waarbij bepaalde afspraken nadelig kunnen uitwerken voor de minderheidsaandeelhouder. Zie hierover Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2003, *ARO* 2003/128 (*Wireless*), r.o. 3.4.

⁹⁷² Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2015, *ARO* 2015/82 (*Proxy*), r.o. 2.2, 2.35 en 4.14.

⁹⁷³ Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (*Bosal Nederland*), r.o. 3.18.

⁹⁷⁴ Indien een besluit verstrekking (negatieve) gevolgen kan hebben voor de aandeelhouder die geen bestuurder is, dan kan dat ertoe leiden dat een hoge mate van transparantie moet worden betracht jegens die partij, waardoor de vennootschap uit eigen beweging (bij de totstandkoming van het besluit) informatie moet verstrekken. De uitwerking van deze plicht is gelet hierop afhankelijk van de feiten en omstandigheden (Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2023, *ARO* 2023/39 (*Ministerie van Voedingszaken*), r.o. 3.15).

⁹⁷⁵ Dit volgt ook uit Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.4; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/118 (*Cloud Solutions +*), r.o. 3.7.

⁹⁷⁶ Hof Amsterdam (OK) 25 februari 2022, *ARO* 2022/69 (*Beleggingsmaatschappij D.I.G.*), r.o. 3.20-3.21.

zorgvuldigheid moet betrachten jegens de certificaathouder.⁹⁷⁷ Meer specifiek overweegt de Ondernemingskamer:

“Die te betrachten zorgvuldigheid brengt in de gegeven omstandigheden mee dat Marie-Claire ervoor waakt dat verstrengeling van belangen optreedt en dat zij Pieter c.s. - met inachtneming van de door vader bewust gekozen beperkingen van zeggenschaps- en informatierechten - in beginsel ruimhartig van informatie voorziet. De mate waarin Marie-Claire Pieter c.s. concreet van informatie dient te voorzien is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zo dient Marie-Claire meer informatie te verstrekken als er een reëel risico op belangenverstrengeling bestaat, als bepaalde informatie aan Pieter c.s. is toegezegd of gebruikelijk met hen werd gedeeld en ook wanneer belangrijke beslissingen worden genomen die van wezenlijke invloed kunnen zijn op de toekomst van de onderneming.”⁹⁷⁸

De mate waarin het bestuur ruimhartig informatie moet verstrekken, is dus afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In deze zaak wil de bestuurder initieel een omvangrijk vermogensbestanddeel overdragen aan de certificaathouder (Pieter). Dit voorstel zorgt in samenhang met de familieverhouding ervoor dat de bestuurder uitvoeriger de certificaathouder op de hoogte moet houden van de onderhandelingen en andere ontwikkelingen met betrekking tot dat vermogensbestanddeel. Dienovereenkomstig handelt de bestuurder door onder meer een groot aantal documenten ter beschikking te stellen, contacten te leggen en gesprekken aan te gaan. Kortom, de certificaathouder is geïnformeerd en geconsulteerd over de gang van zaken, waardoor de certificaathouder ‘meer dan ruimhartig is geïnformeerd’ over de gang van zaken rondom het vermogensbestanddeel.⁹⁷⁹ Gelet op het ‘positieve’ oordeel van de Ondernemingskamer loont het als het bestuur niet terughoudend is wat betreft de informatieverstrekking.

Samenvattend blijkt uit deze paragraaf dat hoofdzakelijk een ongelijke verhouding aanleiding geeft voor het ontstaan van de spontane plicht, en met name als één aandeelhouder daardoor een informatieachterstand heeft ten opzichte van de andere aandeelhouders. Over het exacte ontstaan van de zelfstandige plicht bestaat echter geen duidelijkheid. Wel lijkt het ontstaan daarvan in bepaalde situaties samen te hangen met ingrijpende omstandigheden die invloed kunnen hebben op het voortbestaan van de vennootschap, zoals een (drastisch) financieel verslechterde situatie. Daarentegen hoeft het voortbestaan van de vennootschap niet per se op het spel te staan voor het ontstaan van de spontane plicht. Zo kan onder omstandigheden – die verband houden met de bestaande informatieasymmetrie tussen de aandeelhouders in een besloten verhouding – het ontslag van een bestuurder van een dochtervennootschap of een voorgenomen verhuizing en het aangaan van een verstrekkende samenwerking mede ingrijpend genoeg zijn voor het ontstaan van de plicht. Omdat het voorgaande geen sluitend kader geeft met betrekking tot de vraag wanneer de plicht ontstaat, is het proactief verstrekken van informatie aan de aandeelhouder(s)/niet-bestuurder bevorderlijk voor een handelswijze die in overeenstemming is met de zorg(vuldigheids)plicht.

⁹⁷⁷ Hof Amsterdam (OK) 14 december 2022, ARO 2023/3 (*Aerdenhoutse Participatie Maatschappij*), r.o. 3.5. Overigens komt in deze uitspraak de term ‘verstrengeling van belangen’ en ‘belangenverstrengeling’ terug, maar gelet op de focus van het rechterlijk oordeel en de feiten – die zich toespitsen op de informatieplicht – lijkt het mogelijk om daarvan te abstraheren, waardoor deze uitspraak onder dit gevalstype is gecodeerd.

⁹⁷⁸ Hof Amsterdam (OK) 14 december 2022, ARO 2023/3 (*Aerdenhoutse Participatie Maatschappij*), r.o. 3.6.

⁹⁷⁹ Hof Amsterdam (OK) 14 december 2022, ARO 2023/3 (*Aerdenhoutse Participatie Maatschappij*), r.o. 3.7-3.8.

7.3.5 Informatie bestuurders onderling

Uit paragraaf 7.2.4 volgt dat de rechtscolleges veelal geen grondslag benoemen voor de informatieplicht van bestuurders onderling. Niettemin zijn er twee uitspraken van voorzieningenrechtshouders waarin art. 2:8 BW als grondslag voor een dergelijke verplichting terugkomt. Hierdoor ontstaat de indruk dat art. 2:8 BW als basis kan dienen voor de desbetreffende informatieplicht. Bestuurders dienen zich immers jegens elkaar overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid te gedragen.

In de *International Kessel*-beschikking heeft de originele meerderheidsaandeelhouder zijn aandelenbelang tot 41% afgebouwd ter aflossing van een schuld en ter verbetering van de vermogenspositie van de vennootschap. De andere twee aandeelhouders houden 51 en 8% van de aandelen en de drie aandeelhouders fungeren tevens als bestuurders van de vennootschap.⁹⁸⁰

De 41%-aandeelhouder/bestuurder klaagt dat haar informatie wordt onthouden. Zij krijgt maandelijks van de vennootschap de mogelijkheid om ten kantore van de onderneming een managementrapportage in te zien, maar de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder wil de 41%-aandeelhouder/bestuurder geen informatie verstrekken over opdrachten. Naar aanleiding hiervan oordeelt de Ondernemingskamer dat ‘de ter inzage gelegde informatie niet de informatie is die gebruikelijk aan een bestuurder ter beschikking wordt gesteld en dat die informatie onvoldoende is om een bestuurder het van hem geveerde inzicht in de toekomst van de onderneming te verschaffen.’⁹⁸¹ Dit oordeel van de Ondernemingskamer illustreert het gebrek aan duidelijkheid over de grondslag van de informatieplicht. Wel staat het gedrag van partijen centraal, waardoor de invloed van art. 2:8 BW merkbaar is. Dit geldt tevens voor de *3ple-Media*-beschikking waarin de Ondernemingskamer oordeelt:

“Deakins heeft er als medebestuurder recht op dat hem die informatie wordt verstrekt die nodig is om tot een verantwoorde besluitvorming te komen. Betwijfeld kan worden of Manda Deakins die informatie - ondanks herhaalde verzoeken van Deakins daartoe - heeft verstrekt. Manda's verklaring dat die informatie vanwege personeelsgebrek of vanwege onvoldoende middelen niet verstrekt is, acht de Ondernemingskamer - gelet op het grote belang voor een medebestuurder om adequaat geïnformeerd te worden - niet afdoende.”⁹⁸²

Uit dit oordeel blijkt dat de bestuurder recht heeft op informatie om tot een verantwoorde besluitvorming te komen. Dit recht om adequaat geïnformeerd te worden is van groot belang, waardoor het rechtscollege redenen voor het niet verstrekken van de verzochte informatie snel onvoldoende kan achten. Een tussen de bestuurders gemaakte taakverdeling brengt in het voorgaande geen verandering. Wanneer een bestuurder met de financiële administratie belast is, dan dient de andere bestuurder ‘in beginsel steeds toegang te hebben tot de door hem nuttig of nodig geachte gegevens uit de administratie en desgewenst over de onderliggende bescheiden te kunnen beschikken.’⁹⁸³ Een bestuurder heeft namelijk ‘het recht om zich een eigen oordeel te vormen over de financiële

⁹⁸⁰ Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2009, *ARO* 2009/85 (*International Kessel*), r.o. 2.6, 2.11, 2.15, 2.20 en 2.22.

⁹⁸¹ Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2009, *ARO* 2009/85 (*International Kessel*), r.o. 3.4.

⁹⁸² Hof Amsterdam (OK) 4 november 2009, *ARO* 2009/164 (*3ple-Media*), r.o. 3.6.

⁹⁸³ Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, *ARO* 2011/107 (*Waterspreng*), r.o. 3.4. Zie in soortgelijke zin hierover Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2018, *ARO* 2018/140 (*Opwerk Uitzendbureau/Trinity Investment Group*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, *ARO* 2019/30 (*Casa Della Gioia*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2021, *ARO* 2021/101 (*Holding Inbetween Ham*), r.o. 3.7.

situatie van de vennootschap en moet daartoe overeenkomstig hetgeen in die situatie redelijkerwijs passend is te worden geïnformeerd.⁹⁸⁴

In aanvulling op dat een bestuurder recht heeft op het verkrijgen van informatie, is het van belang dat de bestuurder tijdig informatie verkrijgt. Dit volgt uit de NCI-beschikking waarin binnen de vennootschap het voornemen is ontstaan om vanwege bedrijfseconomische redenen het assortiment uit te breiden. De Ondernemingskamer oordeelt:

“De Ondernemingskamer treedt niet in dit - op zichzelf bezien - vermogensrechtelijke geschil, maar constateert wel dat het om een onderwerp gaat dat tot collegiaal bestuursoverleg binnen Holding noopte (...) De Ondernemingskamer is van oordeel dat van Pascom en Balide in een eerder stadium meer transparantie jegens hun medebestuurder Vanes had mogen worden verwacht en dat over de besluitvorming over de ontwikkeling van een nieuwe behandelbank deugdelijk bestuursoverleg had moeten worden gevoerd.”⁹⁸⁵

Wanneer collegiaal bestuursoverleg over een onderwerp vereist is, dan is het volgens de Ondernemingskamer van belang dat alle bestuurders tijdig daarvan op de hoogte zijn. Het oordeel ziet daarvoor niet enkel op een afname van de tussen bestuurders ontstane informatieasymmetrie, maar het ziet tevens op een beperking van de tijdsduur dat een bestuurder over bepaalde aspecten een informatievoorsprong heeft ten opzichte van andere bestuurder(s).

Niet alleen de Ondernemingskamer heeft zich ooit uitgelaten over deze materie – informatieverschaffing tussen bestuurders onderling – maar ook de voorzieningenrechter gezien de twee hierna volgende uitspraken. In de Paulus Loot-uitspraak heeft een formeel bestuurder zich meer dan vijftien jaar als bestuurder afzijdig gehouden van de vennootschap, waarbij onduidelijk was op welk (virtueel) adres hij bereikbaar was. Op het moment dat de voornoemde bestuurder ‘terugkomt’ en om informatie verzoekt, is de medebestuurder niet bereidwillig om de gevraagde informatie te verstrekken.⁹⁸⁶ De rechtbank oordeelt hierover:

“[eiser] is immers nog steeds formeel statutair bestuurder. [eiser] heeft dan ook in beginsel recht op die informatie die hem als bestuurder toekomt en waarover hij niet kan beschikken zonder medewerking van Paulus Loot c.s. Omdat [gedaagde2] als medebestuurder degene is die feitelijk kan zorgen dat aan [eiser] informatie wordt verstrekt, rust die verplichting op grond van artikel 2:8 BW naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet alleen op Paulus Loot, maar ook op [gedaagde2]. Paulus Loot c.s. diende nadat haar bij brief van 27 december 2019 daarom is verzocht, informatie te verstrekken aan [eiser].”⁹⁸⁷

In de kern gaat het erom dat een statutair bestuurder recht heeft op informatie en dat de medebestuurder op grond van art. 2:8 BW de gevraagde informatie moet verstrekken als de informatiezoekende bestuurder anders daarover niet kan beschikken. Dit uitgangspunt sluit aan bij de rechtspraak van de Ondernemingskamer die in deze paragraaf (7.3.5) is behandeld, waarbij de

⁹⁸⁴ Zie hierover de VOC-beschikking. In de desbetreffende zaak had de bestuurder vanwege de taakverdeling geen inzicht in de financiële administratie, maar daar diende hij wel inzicht in te krijgen (Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2014, *ARO* 2012/62 (*VOC Detachering*), r.o. 3.3-3.4).

⁹⁸⁵ Hof Amsterdam (OK) 6 april 2017, *ARO* 2017/104 (*New Company Investments*), r.o. 3.5.

⁹⁸⁶ Rb. Noord-Holland (vzr.) 10 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5363 (*Paulus Loot*), r.o. 4.3-4.5.

⁹⁸⁷ Rb. Noord-Holland (vzr.) 10 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5363 (*Paulus Loot*), r.o. 4.5.

voorzieningenrecht – in tegenstelling tot de Ondernemingskamer – expliciet de grondslag van de informatieplicht aanhalen.⁹⁸⁸ Voorts is uit deze paragraaf gebleken dat de informatie waarop de bestuurder recht heeft, onder omstandigheden tijdig dient te worden verstrekt om de bestaande informatieasymmetrie tussen de bestuurders te beperken.

7.3.6 Overige

Bepaalde elementen passen niet in de voorgaande categorisering (paragrafen 7.3.2 – 7.3.5), maar zijn niettemin relevant in het kader van hoe de rechter art. 2:8 BW toepast om het geschil over de informatieverstrekking te beslechten. Een voorbeeld daarvan zijn uitspraken waarin onduidelijkheid bestaat over de door de aandeelhouder gestelde vragen, want uit de feiten is niet altijd af te leiden of een vraag binnen of buiten vergadering is gesteld, waardoor de uitspraken niet in de paragrafen 7.3.2 en 7.3.3 passen. Ook passen de uitspraken overigens niet in de paragrafen 7.3.4 en 7.3.5, omdat het respectievelijk niet gaat om een (spontane) plicht om uit eigen beweging informatie te verstrekken of over de informatieverstrekking tussen de bestuurders onderling.

Wanneer op de vennootschap een zorgvuldigheidsplicht rust, dan blijft die plicht logischerwijs onverminderd gelden ingeval uit de uitspraak niet expliciet blijkt op welk moment de vragen zijn gesteld. Hierdoor moet de minderheidsaandeelhouder voldoende ruimte krijgen om vragen te stellen en is het van belang dat de vennootschap uitvoerig en serieus daarop ingaat. Indien de aandeelhouder vervolgens een niet bevredigend antwoord ontvangt, dan heeft de vennootschap niet per se de zorgvuldigheidsplicht geschonden. De aandeelhouder kan namelijk zodanig uitvoerig en gedetailleerde vragen stellen dat niet in redelijkheid kan worden volgehouden dat hij recht heeft op – volledige – beantwoording daarvan. Dit kan met name het geval zijn als de vragen betrekking hebben op de operationele gang van zaken van een werkmaatschappij terwijl de aandeelhouder een (kleine) concurrent is van de vennootschap.⁹⁸⁹

(Nog) meer inzicht in de reikwijdte van het op art. 2:8 BW gebaseerde informatierecht geeft de Ondernemingskamer in de BBBZ-beschikking. In deze beschikking staan eerst verschillende omstandigheden die aanleiding vormen voor het ontstaan van een zorgvuldigheidsverplichting van de vennootschap jegens bepaalde certificaathouders om hen ruimhartig van informatie te voorzien. Hierdoor moeten zij niet enkel informatie krijgen over het dividendbeleid en de grondslagen daarvoor maar tevens over andere belangrijke zaken zoals de financiële positie van de vennootschap, het beleggingsbeleid en de impact van investeringen of van de gestegen gasprijzen.⁹⁹⁰ Vervolgens blijkt uit de uitspraak dat de certificaathouders kwartaalcijfers krijgen, alleen dat bepaalde vragen onbeantwoord blijven met betrekking tot de voornoemde ‘belangrijke zaken’. De discussie tussen

⁹⁸⁸ Zoals reeds in paragraaf 7.2.4 is beschreven, is de grondslag voor de informatieplicht volgens de Rechtbank Limburg tevens (onder meer) art. 2:8 BW: Rb. Limburg (vzr.) 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:8270 (*Isy/D.T.F.G.*), r.o. 4.14 en 4.17.

⁹⁸⁹ Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2001, *JOR* 2001/204 (*Flora Beheer*), r.o. 3.2-3.3. Een vergelijkbare zorgvuldigheidsplicht geldt volgens de uitspraak voor een stichting administratiekantoor jegens de minderheidscertificaathouders.

⁹⁹⁰ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, *ARO* 2022/60 (*Beheer- en beleggingsmaatschappij Blei Zwartsluis*), r.o. 3.6-3.7.

de partijen ziet daardoor met name op de mate van detail waarin de certificaathouders behoren te worden geïnformeerd.⁹⁹¹ In dit kader overweegt de Ondernemingskamer:

“(…) dat de vraag tot welk detailniveau, en met welke mate van onderbouwing, informatie moet worden verstrekt zich niet in zijn algemeenheid laat beantwoorden; dat hangt steeds af van het onderwerp waarover inlichtingen worden gevraagd. Wel brengen de onder 3.6 vermelde omstandigheden mee dat de informatieverstrekking aan de certificaathouders in zijn algemeenheid gedetailleerder en controleerbaarder dient plaats te vinden dan BBBZ c.s. hebben gedaan. Juist daar waar de persoonlijke verhoudingen door achterdocht worden geregeerd is een ruimhartige, feitelijke en verificerbare informatieverstrekking cruciaal. Dat is niet altijd gebeurd, zoals hierna onder 3.13 en 3.14 verder wordt besproken. Uit de feitelijke gang van zaken volgt dat de informatieverstrekking aan Van Haaren (en dus ook aan de certificaathouders) door Atse Blei en Snelders allesbehalve ruimhartig is geweest. In het bijzonder de gang van zaken in de STAK-vergadering van 18 oktober 2021 (zie 2.39) maakt dat pijnlijk duidelijk. Die verplichting om de gevraagde informatie meer in detail of meer gesubstantieerd te verstrekken vindt zijn begrenzing daar waar geen redelijk belang bestaat voor de certificaathouders om de informatie te verkrijgen, of waar een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet, bijvoorbeeld omdat het verstrekken van de gevraagde feitelijke onderbouwing onevenredig belastend is voor de onderneming.”⁹⁹²

Uit de rechtsoverweging blijkt dat het logischerwijs niet mogelijk is om in zijn algemeenheid te bepalen tot op welk detailniveau een aandeelhouder recht heeft op informatie. De gegeven omstandigheden brengen ook mee dat de informatieverstrekking ‘in zijn algemeenheid gedetailleerder en controleerbaarder’ moet zijn. Wanneer de verhoudingen ernstig verstoord zijn, is immers een ‘ruimhartige, feitelijke en verificerbare informatieverstrekking cruciaal.’ De informatieplicht is echter niet onbegrensd. Als de vragende partij namelijk geen redelijk belang heeft of een zwaarwichtig belang zich tegen de nadere informatieverstrekking verzet – omdat bijvoorbeeld verstrekking van de feitelijke onderbouwing onevenredig belastend is voor de onderneming – dan hoeft de vennootschap de gevraagde informatie niet te verstrekken.⁹⁹³

Verder illustreert de SCW/Logistance-uitspraak dat een rechtscollège in de geschillenregelingsprocedure niet onbekend is met de rechtspraak van de Ondernemingskamer. Volgens de rechtbank rust namelijk op de vennootschap een bijzondere zorgplicht, omdat slechts een van de twee 50%-aandeelhouders vertegenwoordigd is in het bestuur. Deze verplichting geldt in casu des te meer omdat er sprake is van een tegenstrijdig belang. De gedetailleerde informatieverzoeken hadden dan ook beantwoord moeten worden.⁹⁹⁴ Deze gedragsnorm is in overeenstemming met hetgeen in de paragrafen 7.2.2 en 7.2.3 is uiteengezet.

In paragraaf 7.3.3.3 komt voorts terug dat het afhankelijk stellen van de informatieverstrekking van een geheimhoudingsverklaring niet redelijk kan zijn als een zwaarwegende grond voor het niet verstrekken van de informatie ontbreekt. Het niet verstrekken van vertrouwelijke informatie op niet bij voorbaat onbegrijpelijke gronden, kan daarentegen onder omstandigheden eveneens incorrect

⁹⁹¹ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, ARO 2022/60 (*Beheer- en beleggingsmaatschappij Blei Zwartsluis*), r.o. 3.9-3.12.

⁹⁹² Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, ARO 2022/60 (*Beheer- en beleggingsmaatschappij Blei Zwartsluis*), r.o. 3.12.

⁹⁹³ Zie voor te vergaande informatieverzoeken Hof Amsterdam (OK) 23 mei 2019, ARO 2019/135 (*Massxess*), r.o. 3.7-3.10.

⁹⁹⁴ Rb. Overijssel 24 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2192 (*SCW/Logistance*), r.o. 4.4.

zijn. Een voorbeeld daarvan kan zijn als de aandeelhouder een geheimhoudingsverklaring wil tekenen, want een aandeelhouder moet immers in redelijkheid in staat worden gesteld om ergens over – in casu de waarde van de aandelen – een oordeel te vormen.⁹⁹⁵

Tot slot behandelt de AAMC-beschikking een minder voorkomend aspect in het kader van – aldus de Ondernemingskamer – informatieverstrekking. In de algemene vergadering van de vennootschap is unaniem besloten dat er een audit dient te worden verricht. Het bestuur heeft daartegen echter bezwaar indien de audit wordt verricht door de accountant van de meerderheidsaandeelhouder. Dit bezwaar acht de Ondernemingskamer niet onredelijk.⁹⁹⁶

Deze paragraaf maakt nogmaals inzichtelijk dat het informatierecht van de aandeelhouder niet ongelimiteerd is, waardoor bijvoorbeeld te gedetailleerde vragen (deels) onbeantwoord kunnen blijven. Vanwege het bestaan van de informatieplicht kan het weigeren om bepaalde vertrouwelijke informatie te verstrekken onder omstandigheden mede op gespannen voet met art. 2:8 BW staan indien de aandeelhouder bereid is om een geheimhoudingsverklaring te tekenen.

7.4 Feiten en het rechterlijk oordeel

7.4.1 Inleiding

Bepaalde feiten kunnen meermaals in de verschillende uitspraken voorkomen, omdat de rechtscolleges die feiten van belang achten voor de beslechting van het geschil over de informatieverstrekking. In paragraaf 7.3 komt bijvoorbeeld terug dat een wijziging van de financiële positie van de vennootschap kan leiden tot een informatieplicht. Dergelijke elementen staan in deze paragraaf centraal en worden achtereenvolgens behandeld: familieverhouding (paragraaf 7.4.2), financiële positie (paragraaf 7.4.3) en (samenwerkings)overeenkomst (paragraaf 7.4.4).⁹⁹⁷

7.4.2 Familieverhouding

Allereerst is in zes uitspraken waarneembaar dat de rechtscolleges in het rechterlijk oordeel expliciet verwijzen naar de familieverhouding tussen (bepaalde) betrokken partijen. In de Nijhuis-beschikking komt eerst terug dat de onenigheid tussen partijen ervoor zorgt dat de bestuurder zich niet langer kan verschuilen achter het karakter van de vennootschap als familiebedrijf en de daarmee samenhangende minder formele omgangswijze. Daarna oordeelt de Ondernemingskamer in dezelfde rechtsoverweging:

“De Ondernemingskamer is van oordeel dat het op de weg van het bestuur van Nijhuis Fabel - en in het bijzonder van Jan die feitelijk het bestuur voerde - had gelegen ervoor zorg te dragen dat Endry c.s. en Wike op juiste wijze de beschikking kregen over de informatie waarop zij, mede gelet op de informatieplicht die op grond van de redelijkheid en billijkheid rust op het bestuur van een vennootschap als de onderhavige, aanspraak hadden. Het belang van een juiste nakoming van de

⁹⁹⁵ Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, *ARO* 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.57.

⁹⁹⁶ Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2013, *ARO* 2013/46 (*Associated Asset Management Corporation*), r.o. 3.15.

⁹⁹⁷ De focus ligt op de codes die betrekking hebben op de algemene feiten zoals behandeld in paragraaf 6.4.3. Niet alle feiten zullen echter aan bod komen, omdat niet alle feiten in de rechterlijke beoordeling terugkomen met betrekking tot art. 2:8 BW. Hierdoor ligt de nadruk enkel op de aangehaalde feiten.

informatieplicht klemmt te meer waar het hier gaat om beheer van familievermogen en het personen betreft die in een familieverhouding tot elkaar staan.”⁹⁹⁸

Blijkens het geciteerde deel rust op het bestuur een informatieplicht ex art. 2:8 BW, omdat er sprake is van ‘een vennootschap als de onderhavige’ (familievennootschap). Naleving van deze informatieplicht wordt daarnaast (nog) belangrijker geacht, omdat de vennootschap het familievermogen beheert en de betrokken aandeelhouders in een familieverhouding tot elkaar staan.

De BBBZ-beschikking maakt verder duidelijk dat de uitwerking van de zorgvuldigheidsverplichting van art. 2:8 BW afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Het eerste element dat de Ondernemingskamer vervolgens in aanmerking neemt, is dat de vennootschap een besloten familiebedrijf in stand houdt.⁹⁹⁹ De Ondernemingskamer maakt echter niet – zoals bij de Nijhuis-beschikking – inzichtelijk waartoe de ‘familieverhouding’ afzonderlijk expliciet leidt omdat de verschillende omstandigheden aanleiding geven voor de zorgvuldigheidsverplichting.

Specifieker is de Ondernemingskamer in de Holwerda-beschikking wat betreft de informatieplicht. Uit deze beschikking volgt dat de aandeelhouder – die geen onderdeel van het bestuur uitmaakt – eveneens buiten het verband van de algemene vergadering informatie moet krijgen, omdat het gaat om een familievennootschap waarvan twee van de drie aandeelhouders ook bestuurders zijn.¹⁰⁰⁰ De vraag is echter of het element ‘familievennootschap’ per se tot voornoemde informatieplicht leidt, aangezien uit paragraaf 7.3.3 reeds is gebleken dat een informatieplicht buiten vergadering kan ontstaan als er slechts sprake is van een ‘ongelijke (besloten) verhouding’.¹⁰⁰¹ Het belang van een familieverhouding is voor de vaststelling van die zorgplicht niet evident. Niettemin zorgen onder meer de Bosal- en APM-beschikkingen ervoor – met verwijzing naar de Zwagerman-beschikking van de Hoge Raad – dat de indruk blijft bestaan dat een familierechtelijke betrekking in bepaalde feitenconstellaties relevant is voor de uitwerking van de op art. 2:8 BW gebaseerde informatieplicht.¹⁰⁰²

7.4.3 Financiële positie

Uit paragraaf 7.3 is meermaals af te leiden dat de aandeelhouder of bestuurder recht heeft op bepaalde financiële informatie. Met de ‘financiële positie’ wordt echter bedoeld dat het rechtscollege de financiële situatie (positie) van de vennootschap in haar oordeel betreft. Een voorbeeld hiervan is de Wireless-beschikking. Op de vennootschap rust namelijk een bijzondere zorgplicht die leidt tot een informatieplicht, omdat (i) de meerderheidsaandeelhouder in het bestuur is vertegenwoordigd, (ii) de waarde van de vennootschap in een kort tijdsbestek aanzienlijk zou zijn gedaald en

⁹⁹⁸ Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2019, ARO 2019/200 (*Nijhuis Fabel*), r.o. 4.11.

⁹⁹⁹ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, ARO 2022/60 (*Beheer- en beleggingsmaatschappij Blei Zwartsluis*), r.o. 3.6. Naast het bestaan van een familiebedrijf neemt de Ondernemingskamer onder meer in aanmerking: (i) de statuten van de STAK en de bijzondere rol van een bestuurder van de STAK, (ii) dat een bestuurder van de vennootschap eveneens certificaathouder is en een informatievoorsprong heeft ten opzichte van de bestuurder van de STAK en de andere certificaathouders en (iii) dat de verhoudingen tussen bepaalde partijen al geruime tijd ernstig zijn verstoord.

¹⁰⁰⁰ Hof Amsterdam (OK) 21 december 2021, ARO 2022/27 (*Holwerda*), r.o. 3.3.

¹⁰⁰¹ Hetzelfde geldt tot op zekere hoogte voor de Vriens Food-beschikking, omdat daar tevens sprake is van een ongelijke verhouding waarbij het rechtscollege benoemt dat het in casu gaat om twee voormalige echtgenoten (Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, ARO 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.4).

¹⁰⁰² Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (*Bosal Nederland*), r.o. 3.17-3.18; Hof Amsterdam (OK) 14 december 2022, ARO 2023/3 (*Aerdenhoutse Participatie Maatschappij*), r.o. 3.5-3.6.

(iii) afspraken tussen de vennootschap en een derde mogelijk nadelig werken ten opzichte van de minderheidsaandeelhouder. Alhoewel – zoals reeds in paragraaf 7.4.2 is beschreven – het eerste punt zelfstandig tot de bijzondere zorgplicht kan leiden, benoemt de Ondernemingskamer toch specifiek de financiële situatie van de vennootschap. In soortgelijke zin hecht de Ondernemingskamer er waarde aan dat de vennootschap bij de conceptjaarstukken een toelichting geeft over het geleden verlies. Onder meer hierom oordeelt de Ondernemingskamer dat niet bij voorbaat kan worden aangenomen dat de vennootschap tijdig en in redelijke mate inzicht heeft verschaft.¹⁰⁰³

Duidelijker over het belang van de financiële positie van de vennootschap is de Ondernemingskamer in de Mojo Theater- en Ekopon-beschikkingen. Uit de eerste beschikking blijkt dat de vennootschap de minderheidsaandeelhouder – die geen onderdeel uitmaakt van het bestuur – op de hoogte moest stellen van de (dreigende) tegenvallende resultaten in de loop van het jaar en niet achteraf in het daaropvolgende jaar.¹⁰⁰⁴ Verder volgt uit de tweede beschikking dat de informatieverstrekking volgens de Ondernemingskamer volstrekt ontoereikend is geweest, omdat het voortbestaan van de vennootschap afhankelijk was van (verdere) financiering door alle aandeelhouders. Vanwege de nijpende financiële situatie had het op de weg van de vennootschap gelegen om uit eigen beweging en met regelmaat de aandeelhouders te informeren.¹⁰⁰⁵

Kortom, het komt niet vaak voor (3), maar de ‘financiële positie’ van de vennootschap kan invloed hebben op het rechterlijk oordeel. Door een (aanzienlijke) verslechterde financiële positie kan immers sterker de nadruk komen te liggen op het belang van een deugdelijke informatieverstrekking.

7.4.4 (Samenwerkings)overeenkomst

Paragraaf 7.2.2 begint met de bijzondere zorgvuldigheid die de vennootschap jegens de minderheidsaandeelhouder in acht moet nemen vanwege onder meer de rechten die de minderheidsaandeelhouder ontleent uit de overnameovereenkomst.¹⁰⁰⁶ Dit is een treffend voorbeeld van een overeenkomst die het rechtscollege meeweegt in haar oordeel om een geschil over de informatieverstrekking te beslechten.

Ook beïnvloedt een samenwerkingsovereenkomst (joint-venture-overeenkomst) de uitwerking van art. 2:8 BW. Hierdoor wordt de zorgvuldigheidsplicht van de vennootschap beïnvloed en uiteindelijk het informatierecht van de aandeelhouder.¹⁰⁰⁷ Het maken van afspraken kan daardoor invloed hebben op welke informatie de aandeelhouder behoort te ontvangen, aangezien uiteenlopende afspraken betrekking kunnen hebben op de verstrekking van bepaalde informatie. Hierbij is de strekking van de afspraken relevant, omdat een ruime(re) strekking logischerwijs tot een verdergaande verplichting kan leiden.¹⁰⁰⁸ Dit volgt ook uit de Care-beschikking waarin een informatie- en overlegverplichting in een aandeelhoudersovereenkomst is vastgelegd. De Ondernemingskamer

¹⁰⁰³ Hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, ARO 2006/145 (*TriQorp*), r.o. 3.5.

¹⁰⁰⁴ Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2012, ARO 2012/28 (*Mojo Theater*), r.o. 3.7.

¹⁰⁰⁵ Hof Amsterdam (OK) 20 oktober 2016, ARO 2017/45 (*Ekopon*), r.o. 4.4 en 4.21.

¹⁰⁰⁶ Hof Amsterdam (OK) 22 december 2000, JOR 2001/32 (*Outdoor Life Products*), r.o. 3.2.

¹⁰⁰⁷ Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, ARO 2002/58 (*Broadnet*), r.o. 3.2-3.3. Dat het bestuur rekening moet houden met een samenwerkingsovereenkomst volgt ook uit de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797/799/804 (*Cancun Holding*), r.o. 4.7.2).

¹⁰⁰⁸ Zie over de invloed van gemaakte afspraken in een aandeelhoudersovereenkomst ook Hof Amsterdam (OK) 1 april 2021, ARO 2021/115 (*Priogen Holding*), r.o. 4.40.

interpreteert vervolgens deze bepaling en daaruit blijkt dat de aandeelhouder ook buiten het verband van de algemene vergadering recht heeft op informatie.¹⁰⁰⁹

7.5 Functies art. 2:8 BW

Uit paragraaf 6.3.9.5 blijkt dat de interpreterende (3), aanvullende (3) en gedragsregulerende (76) functies zijn waargenomen bij geschillen over de informatieverstrekking. Laatstgenoemde functie vervult daardoor een (zeer) omvangrijke rol binnen geschillen over de informatieverstrekking.¹⁰¹⁰ Dit is niet geheel onverwachts gelet op de vele uitspraken – zie de paragrafen 7.2 en 7.3 – waarin rechtscolleges een gedragsnorm aanhalen of aanscherpen dan wel het gedrag toetsen aan art. 2:8 BW. Zo volgt bijvoorbeeld uit de voornoemde paragrafen dat onder omstandigheden (i) de aandeelhouder buiten vergadering recht kan hebben op informatie,¹⁰¹¹ (ii) het bestuur uit eigen beweging informatie moet verstrekken aan de aandeelhouder/niet-bestuurder,¹⁰¹² (iii) de aandeelhouder van de holding recht heeft op de enkelvoudige jaarrekening van de dochtervennootschap,¹⁰¹³ (iv) een bestuurder bepaalde informatie moet verstrekken aan de medebestuurder,¹⁰¹⁴ (v) de aandeelhouder niet in strijd met art. 2:8 BW handelt door een beroep op art. 2:220 BW te doen,¹⁰¹⁵ (vi) de vertegenwoordigers van een aandeelhouder niet (opnieuw) buiten de besluitvorming behoren te worden gehouden¹⁰¹⁶ en (vii) een medebestuurder toegang moet verkrijgen tot de systemen van de vennootschap.¹⁰¹⁷

Verder vervult de interpreterende functie – net zoals de aanvullende functie – binnen dit type geschil een beperkte rol gelet op de aantallen. In de Goodfood-beschikking had de vennootschap de minderheidsaandeelhouder onder meer vanwege een tussen de partijen gesloten overeenkomst moeten informeren.¹⁰¹⁸ Ook leidt de interpretatie van de overeenkomst in de Care-beschikking – zoals uit paragraaf 7.4.4 volgt – tot een informatieplicht jegens de aandeelhouder buiten vergadering.¹⁰¹⁹ Tevens kan interpretatie van een aandeelhoudersovereenkomst meebrengen dat de vennootschap moet meewerken aan de inzage en inspectie van de boekhouding en administratie door een partij die de aandeelhouder heeft ingeschakeld.¹⁰²⁰

¹⁰⁰⁹ Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, *ARO* 2017/72 (*Care*), r.o. 3.5.

¹⁰¹⁰ Van de gedragsregulerende functie is sprake als het rechtscollege een reeds op art. 2:8 BW gecreëerde gedragsnorm aanhaalt, toepast of aanscherpt. Hieronder valt ook de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW als gedragsnorm waarvan de inhoud afhankelijk is van de feiten en omstandigheden (zie code 41.5 van het codeboek (bijlage II)).

¹⁰¹¹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2003, *ARO* 2003/128 (*Wireless*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 4 december 2018, *ARO* 2019/41 (*Korsten*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (*Bosal Nederland*), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2020, *ARO* 2020/190 (*Verweij Mungra Vastgoed*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 25 februari 2022, *ARO* 2022/69 (*Beleggingsmaatschappij D.I.G.*), r.o. 3.20.

¹⁰¹² In dit kader is onder meer relevant: Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.4; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/118 (*Cloud Solutions +*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 2 december 2022, *ARO* 2023/1 (*Zoncol Solargroup*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2023, *ARO* 2023/39 (*Ministerie van Voedingszaken*), r.o. 3.15.

¹⁰¹³ Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2006, *ARO* 2006/47 (*Beheermaatschappij Trial*), r.o. 3.5.

¹⁰¹⁴ Rb. Noord-Holland (vzr.) 10 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5363 (*Paulus Loot*), r.o. 4.5.

¹⁰¹⁵ Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2016, *ARO* 2016/72 (*M&M Holding*), r.o. 3.4.

¹⁰¹⁶ Rb. Den Haag 8 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3000 (*DPB/MNP*), r.o. 4.8.

¹⁰¹⁷ Rb. Limburg (vzr.) 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:8270 (*Isy/D.T.F.G.*), r.o. 4.14 en 4.17.

¹⁰¹⁸ Hof Amsterdam (OK) 25 november 2014, *ARO* 2015/22 (*Goodfood Holding*), r.o. 3.7.

¹⁰¹⁹ Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, *ARO* 2017/72 (*Care*), r.o. 3.5.

¹⁰²⁰ Hof Amsterdam (OK) 1 april 2021, *ARO* 2021/115 (*Priogen Holding*), r.o. 4.40.

Wat betreft de aanvullende functie is een voorbeeld daarvan zichtbaar in de Flora Beheer-beschikking, omdat de Ondernemingskamer voor een STAK jegens de minderheidscertificaathouder een ‘nieuwe’ zorgvuldigheidsplicht aanneemt.¹⁰²¹ Voorts formuleert de Ondernemingskamer in de VAFS-beschikking een aanvullende plicht voor de raad van commissarissen om in de gegeven situatie datgene te doen wat nodig is om de bezorgdheid bij de minderheidsaandeelhouder weg te nemen.¹⁰²² Tot slot wordt in de Bergmont-beschikking op het terrein van de informatieverstrekking extra zorgvuldigheid van de vennootschap gevegd, aangezien sommige aandeelhouders tevens afnemers zijn van de vennootschap.¹⁰²³ Dit betreft daardoor een nieuwe gedragsnorm.

7.6 Wijze van toetsing

Paragraaf 6.3.9.5 maakt ook de wijze waarop de rechtscolleges binnen dit gevalstype toetsen inzichtelijk. Daaruit volgt dat de rechtscolleges altijd vol toetsen en dat het nagenoeg uitsluitend gaat om de toetsing van materiële aspecten (73) en zelden over de toetsing van formele aspecten (4). De reden hiervoor is dat het geschil feitelijk met name gaat over de vraag of een partij bepaalde informatie had moeten krijgen of dat er voldoende informatie is verstrekt.¹⁰²⁴ Hierdoor staat het materiele gedrag van de partijen centraal. In aanvulling hierop komt enkele keren voor dat de Ondernemingskamer de nadruk legt op het tijdig moeten informeren van de aandeelhouder. Wanneer de aandeelhouder of bestuurder namelijk niet tijdig is geïnformeerd, dan is de verstrekte informatie niet incorrect maar daarentegen wel de wijze waarop de andere partij (te laat) is geïnformeerd (formeel aspect).¹⁰²⁵ Een ander voorbeeld van een formeel aspect is dat de vennootschap contact moet opnemen met de (vertegenwoordiger van) de aandeelhouder om te controleren of die partij aanwezig zal zijn bij de aandeelhoudersvergadering.¹⁰²⁶

Alle voornoemde aspecten worden door de rechtscolleges opvallend genoeg vol getoetst. Dit is opvallend omdat materiële aspecten volgens het beschreven kader normaliter terughoudend worden getoetst. Illusterend voor de volle toetsing van materiële aspecten zijn de uitspraken in paragraaf 7.3, want in de uitspraken gaat het veelal om of de benodigde informatie is verstrekt gelet op de centraal staande norm. Indien de informatie is verstrekt, dan heeft de vennootschap – of het bestuur – voldaan aan de desbetreffende norm en als bepaalde informatie ontbreekt, oordeelt het rechtscollege resoluut dat niet overeenkomstig de norm is gehandeld. Hierbij is soms enige terughoudendheid waarneembaar, omdat de rechtscolleges bijvoorbeeld oordelen dat ‘in voldoende mate’ aan de informatieplicht is voldaan¹⁰²⁷ of dat ‘onvoldoende’ informatie is verstrekt.¹⁰²⁸ Desondanks is het onterecht om te spreken van een terughoudende toetsing, omdat een belangenafweging ontbreekt alsmede een verwijzing naar de beoordelings- en beleidsvrijheid van een (partij behorende tot het) vennootschapsorgaan.

¹⁰²¹ Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2001, *JOR* 2001/204 (*Flora Beheer*), r.o. 3.2.

¹⁰²² Hof Amsterdam (OK) 7 mei 2008, *ARO* 2008/89 (*Vialle Alternative Fuel Systems*), r.o. 3.5-3.6.

¹⁰²³ Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2009, *ARO* 2009/119 (*Bergmont*), r.o. 3.15.

¹⁰²⁴ Zie de uitspraken die in paragraaf 7.3 zijn behandeld.

¹⁰²⁵ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/5 (*Teka*), r.o. 3.12; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2017, *ARO* 2017/104 (*New Company Investments*), r.o. 3.5.

¹⁰²⁶ Rb. Den Haag 8 april 2020, *ECLI:NL:RBDHA:2020:3000* (*DPB/MNP*), r.o. 4.8.

¹⁰²⁷ Hof Amsterdam (OK) 22 december 2000, *JOR* 2001/32 (*Outdoor Life Products*), r.o. 3.2; Hof Amsterdam (OK) 21 december 2021, *ARO* 2022/27 (*Holwerda*), r.o. 3.5.

¹⁰²⁸ Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, *ARO* 2017/72 (*Care*), r.o. 3.5.

7.7 Bevindingen

Het opvallendste aan de verschillende uitspraken is dat zorg(vuldigheids)plichten bij vragen binnen vergadering, vragen buiten vergadering en de plicht van het bestuur om uit eigen beweging informatie te verstrekken een belangrijke rol vervullen. Tussen deze plichten is ook een grote mate van overlap aanwezig. Wanneer er namelijk sprake is van een ongelijke (besloten) verhouding, omdat één aandeelhouder – ten opzichte van de andere aandeelhouder(s) – niet in het bestuur vertegenwoordigd is, dan rust vrij snel een (ruimhartige) informatieplicht op (het bestuur van) de vennootschap. Hierdoor dienen zowel vragen van de aandeelhouder binnen als buiten de algemene vergadering veelal te worden beantwoord. Deze ongelijke verhouding kan ook aanleiding geven voor een op het bestuur rustende plicht om uit eigen beweging informatie te verstrekken aan de aandeelhouder. Deze plicht benoemt het rechtscollege in bepaalde gevallen in samenhang met de plicht om de vragen van de aandeelhouder buiten vergadering te beantwoorden, waardoor de normen sterk met elkaar verwerven zijn.

Het gebruik van termen zoals zorgvuldigheidsplicht, zorgvuldigheidsverplichting, bijzondere zorgplicht en zorgplicht lijkt overigens niet consequent te geschieden, waardoor soortgelijke informatieplichten kunnen ontstaan als uitvloeisel van deze verschillende termen.

Wat betreft de door de aandeelhouder gestelde vragen geldt voorts dat een mogelijke belangenverstrengeling ervoor zorgt dat de nadruk sterker komt te liggen op een deugdelijke informatieverstrekking. Welke invloed het mogelijke bestaan van een belangenverstrengeling daadwerkelijk heeft op de informatieverstrekking, blijft in dit hoofdstuk – vanwege de strekking daarvan – onderbelicht.¹⁰²⁹ Het enige wat duidelijk is, is dat rechtscollages veelvuldig in vergelijkbare bewoordingen benoemen dat de informatieplicht door het bestaan van een mogelijke belangenverstrengeling des te meer geldt. Andere omstandigheden zoals een familieverhouding, een verslechterde financiële positie van de vennootschap of gemaakte afspraken kunnen in bepaalde situaties ook invloed hebben op de uitwerking van de informatieplicht. Verder blijkt dat ook de verplichting van een vennootschap om uit eigen beweging informatie te verstrekken wordt beïnvloed door een potentiële belangenverstrengeling. Meermaals komt immers in het rechterlijk oordeel terug – nadat de spontane plicht is uiteengezet – dat de vennootschap moet voorkomen dat een vermenging van belangen plaatsvindt.

Maar welke informatie moet een aandeelhouder verkrijgen? De rechtscollages verschaffen hierover met name inzicht in het kader van de buiten de algemene vergadering gestelde vragen. Niettemin zal het onderstaande tevens betrekking kunnen hebben op binnen de vergadering gestelde vragen vanwege dezelfde of soortgelijke grondslag van de informatieplicht – een uit art. 2:8 BW voortvloeiende zorg(vuldigheids)plicht.

Beantwoording van de vragen door het bestuur moet de aandeelhouder in staat stellen om het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te kunnen beoordelen. De aandeelhouder moet als het ware inzicht krijgen in het reilen en zeilen van de vennootschap, zodat die partij zich een beeld kan vormen van de stand van zaken. Dit informatierecht is echter niet ongelimiteerd, want het kan zo zijn dat de gevraagde informatie te omvangrijk of gedetailleerd is. De voorwaarden van een kredietovereenkomst die een deelneming van de

¹⁰²⁹ Dit zal (mogelijk) duidelijk worden nadat de analyse van de geschillen over belangenverstrengeling (hoofdstuk 8) heeft plaatsgevonden. Zie daarvoor de paragrafen 8.2.4 en 8.3.3.

vennootschap met een bank heeft gesloten, is daarvan een voorbeeld. Daarnaast kan de aandeelhouder geen belang hebben bij de gevraagde informatie, waardoor het informatieverzoek te ver gaan is. Ook kan een voldoende zwaarwegende reden bestaan om de gevraagde informatie niet te verstrekken. Een in dit kader geldige reden kan zijn dat de aandeelhouder concurrerende activiteiten ontplooit. Dit geeft het bestuur alleen geen vrijbrief om in het geheel geen informatie te verstrekken, aangezien de gevraagde informatie geschoond van vertrouwelijke en concurrentiegevoelige informatie behoort te worden verstrekt. Hierbij is van belang dat het bestuur mededeelt waarom bepaalde informatie niet wordt verstrekt. Als er overigens geen zwaarwegende reden bestaat, dan is het onterecht om de informatieverstrekking afhankelijk te stellen van een geheimhoudingsverklaring. Indien de aandeelhouder daarentegen een geheimhoudingsverklaring wil tekenen, dan kan dat feit meewegen bij de vraag of de vennootschap mogelijke vertrouwelijke informatie had moeten verstrekken.

Net zoals de reikwijdte van het informatieverzoek is de reikwijdte van de spontane/zelfstandige plicht niet uitgekristalliseerd. Het ontstaan van een dergelijke plicht om de niet in het bestuur vertegenwoordigde aandeelhouder te informeren blijkt veelal samen te hangen met ingrijpende omstandigheden die invloed kunnen hebben op het voortbestaan van de vennootschap. Een voorbeeld hiervan is dat de vennootschap in financieel zwaar weer verkeert. Andere ingrijpende besluiten zoals het ontslag van de bestuurder van een dochtervennootschap of een voorgenomen verhuizing van de vennootschap kunnen ook aanleiding geven voor het ontstaan van de spontane informatieplicht jegens de aandeelhouder. Wanneer de vennootschap de informatie moet verstrekken, is echter afhankelijk van de feiten en omstandigheden. Onder omstandigheden kan het bijvoorbeeld niet mogelijk zijn om een aandeelhouder ruim van tevoren te informeren, omdat ingrijpende/belangrijke zaken onverwachts kunnen ontstaan. In een dergelijke situatie zal de vennootschap daardoor de informatie op een later tijdstip mogen verstrekken.

Een volstrekt andere situatie doet zich voor als de informatiezoekende partij bestuurder is van de vennootschap, maar niet de gevraagde inlichtingen verkrijgt van de medebestuurder(s). Een statutair bestuurder heeft namelijk recht op alle informatie die vereist is voor een verantwoorde besluitvorming of die hem nuttig of nodig lijkt om zich ergens over een oordeel te kunnen vormen. Het is daardoor veelal ontoelaatbaar om een bestuurder niet de gevraagde informatie te verstrekken. Wanneer dat niettemin gebeurt, is het gedrag van de onwelwillende bestuurder(s) onverenigbaar met art. 2:8 BW.

Tevens is het opmerkelijk dat de geschillen over de informatieverstrekking bijna exclusief door de Ondernemingskamer worden beslecht. Wanneer daarentegen een andere rechterlijke instantie zich over een dergelijk geschil buigt, dan wijken de rechterlijke oordelen qua gedragsnormen in feite niet van elkaar af. Een aandeelhouder die niet in het bestuur vertegenwoordigd is, blijft immers volgens de rechterlijke instanties recht hebben op ‘meer’ informatie. Ook geldt dat de bestuurders – samengevat – alle verlangde inlichtingen moeten verkrijgen. Het enige verschil dat waarneembaar is, is dat de voorzieningenrechter bij de informatieverstrekking tussen bestuurders onderling expliciet art. 2:8 BW aanhalen als grondslag voor het recht op informatie.

Afrondend is gebleken dat de gedragsregulerende functie nagenoeg uitsluitend in de gecodeerde rechtspraak binnen dit type geschil voorkomt. Er zijn dan ook de nodige gedragsnormen – veelal zorg(vuldigheids)plichten – en toetsingen van gedrag aan art. 2:8 BW waargenomen. Wat betreft

de wijze van toetsing is verder bijzonder dat materiële aspecten – net zoals formele aspecten – uitsluitend vol(ler) zijn getoetst, terwijl volgens het beschreven kader rechtscolleges materiële aspecten gebruikelijk terughoudend zouden toetsen.

Hoofdstuk 8. Belangenverstremgeling

8.1 Inleiding

Uit paragraaf 6.3.5 volgt dat veruit de meeste uitspraken betrekking hebben op geschillen over belangenverstremgeling (170). Er is daardoor een overvloed aan informatie beschikbaar om de werking van art. 2:8 BW binnen dit gevalstype te achterhalen en in kaart te brengen hoe rechtscolleges de voornoemde norm toepassen om de geschillen te beslechten.¹⁰³⁰

De structuur van dit hoofdstuk is als volgt. Allereerst beschrijft paragraaf 8.2 welke algemene normen en constateringenvoortvloeien uit het rechterlijk oordeel. Deze paragraaf verduidelijkt dat de rechtscolleges veelvuldig de redelijkheid en billijkheid zowel op soortgelijke als uiteenlopende wijzen toepassen. Hierbij valt op dat rechtscolleges diverse termen voor een (ontoelaatbare) belangenverstremgeling hanteren, waardoor minder eenduidigheid lijkt te ontstaan. Daaropvolgend behandelt paragraaf 8.3 meer specifiek bepaalde normen om de nuances met betrekking tot die normen en de toepassing van art. 2:8 BW te verduidelijken. Uit deze paragraaf blijkt onder meer dat de gecodeerde rechtspraak illustreert dat de Ondernemingskamer in de onderzoeksperiode consistent is in de toepassing van bepaalde zorgvuldigheidsregels bij belangenverstremgeling gerelateerd aan de informatieverstrekking (openheid van zaken) en het inschakelen van deskundige derden. Hierna belicht paragraaf 8.4 de feiten die de rechtscolleges meermaals aanhalen – of van belang achten – voor de beslechting van het geschil door toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Opvallend hieraan is dat feiten zoals de familieverhouding en de financiële positie van de vennootschap een marginale rol vervullen binnen dit type geschil, aangezien de focus hoofdzakelijk ligt op de handelwijze van de bestuurder(s). Vervolgens staan achtereenvolgens de gesignaleerde functies van art. 2:8 BW en de wijze van toetsing centraal in de paragrafen 8.5 en 8.6. Met betrekking tot de functies van art. 2:8 BW is een omvangrijke rol voor de gedragsregulerende functie weggelegd, waardoor de andere functies eerder sporadisch voorkomen. Ten aanzien van de wijze van toetsing blijkt dat de rechtscolleges niet enkel formele aspecten (uitsluitend) vol toetsen, maar dat materiële aspecten mede nagenoeg uitsluitend vol worden getoetst. Afrondend volgt in paragraaf 8.7 een overzicht van de bevindingen.

8.2 Algemene normen en constateringenvoortvloeien

8.2.1 Inleiding

De samenhang tussen de verschillende normen en constateringenvoortvloeien binnen dit type geschil is niet perse evident als deze separaat worden uiteengezet. Om deze reden volgt hieronder allereerst een aantal elementen die voortvloeien uit twee overzichtsbeschikkingen van de Ondernemingskamer om de samenhang inzichtelijk te maken.¹⁰³¹ Uit de Omines Services-beschikking zijn globaal de

¹⁰³⁰ Informatie daarover is immers essentieel voor het kunnen beantwoorden van de centrale onderzoeksvraag in paragraaf 1.2.

¹⁰³¹ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ARO 2022/103 (*Flevo Berry*), r.o. 4.4-4.9; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ARO 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.9-4.13. In paragraaf 2.3.4.3 is uiteengezet dat deze beschikkingen

volgende elementen af te leiden.¹⁰³² (i) Uit art. 2:8 BW vloeit een zorgvuldigheidsplicht voort waarvan de uitwerking afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Daarnaast kan onder bepaalde omstandigheden eerder sprake zijn van een vermenging van belangen, ‘zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat’. (ii) Indien voorts bij een transactie een reëel risico op belangenverstrengeling bestaat, dan is een hogere mate van zorgvuldigheid vereist in verschillende fasen. Deze zorgvuldigheid dient in beginsel ‘erop gericht te zijn dat de transactie geschiedt onder redelijke en marktconforme voorwaarden en dat de transactie daarmee zakelijk verantwoord is.’ (iii) Gelet op het voorgaande kan ‘inschakeling van deskundige derden gewenst en onder omstandigheden geboden zijn.’ (iv) Ingeval de transactie door de raad van commissarissen of de algemene vergadering moet worden goedgekeurd, dan dient tijdig alle informatie te worden verstrekt om de transactie deugdelijk te kunnen beoordelen.¹⁰³³ (v) Verder behoort een geconflicteerde bestuurder – eveneens bij twijfel – tegenover zijn medebestuurders en eventueel de commissarissen tijdig een zo groot mogelijke openheid te betrachten over (de aard van) het belangenconflict.¹⁰³⁴ (vi) Ook dient een geconflicteerde bestuurder niet deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming. (vii) In aanvulling daarop kunnen de omstandigheden meebrengen dat de geconflicteerde bestuurder niet betrokken is bij de voorbereiding en daarover niet of beperkt wordt geïnformeerd.¹⁰³⁵

Met inachtneming van de voorgaande informatie is de volgende structuur gecreëerd. Paragraaf 8.2.2 behandelt de door rechtscolleges gebruikte terminologie om de toelaatbaarheid van bepaald gedrag te duiden en is daardoor gerelateerd aan de eerste twee elementen. De daaropvolgende elementen hebben met name betrekking op zorgvuldigheidsregels die partijen onder omstandigheden in acht moeten nemen om de toelaatbaarheid van bepaalde transacties en gedragingen te waarborgen. Hierdoor komen de volgende aspecten achtereenvolgens aan bod: deskundige derden (paragraaf 8.2.3), informatieverstrekking en openheid van zaken (paragraaf 8.2.4) en onthouding alsmede andere (zorgvuldigheids)regels (paragraaf 8.2.5).

de nodige discussie hebben teweeggebracht en uiteindelijk tot een verduidelijking van de veelheid aan zorgvuldigheidsregels hebben geleid.

¹⁰³² De focus ligt op de *Omines Services*-beschikking, omdat dit arrest later is gewezen en een correctie aanbrengt op hetgeen in de *Flevo Berry*-beschikking staat.

¹⁰³³ Alle informatie dient te worden verschaft ‘die noodzakelijk is voor de beoordeling of de transactie redelijk en billijk is vanuit het oogpunt van het belang van de vennootschap en of voldoende zorgvuldigheid wordt betracht jegens minderheidsaandeelhouders en andere bij de vennootschap en haar onderneming betrokken partijen’ (Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.10).

¹⁰³⁴ Uit de beschikking volgt over de term ‘geconflicteerde bestuurder’ het volgende: “Een bijzondere vorm van belangenverstrengeling doet zich voor indien een bestuurder een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang heeft (geconflicteerd is), dat wil zeggen dat hij te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft of zal laten leiden door het belang van de vennootschap en haar onderneming (verg. HR 14 september 2007, *ARO* 2007/156 (*Versatel II*), HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420 (*Bruil*), Kamerstukken II, 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 19 en nr. 3, p. 12 en OK 23 juni 2021, *ARO* 2021/109 (*FLEXible HR*)).” Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.11.

¹⁰³⁵ De onderstaande uiteenzetting richt zich niet op de term ‘geconflicteerde bestuurder’, waardoor deze term alleen terugkomt als dat noodzakelijk is in verband met een bepaalde uitspraak.

8.2.2 Terminologie en gerelateerde normen

8.2.2.1 Inleiding

In deze paragraaf volgt eerst in paragraaf 8.2.2.2 een verduidelijking van de veelheid aan gebruikte termen zoals beschreven in paragraaf 2.3.4.3. Vervolgens illustreert paragraaf 8.2.2.3 hoe de desbetreffende termen in de rechtspraak kunnen terugkomen. In aanvulling daarop gaat paragraaf 8.2.2.4 meer specifiek over het gebruik van een term zoals ‘vermenging van belangen’ en (bijzondere) zorgplicht(en). Afrondend staan in paragraaf 8.2.2.5 een aantal opmerkingen.

8.2.2.2 Terugblik

Normaliter wordt in de kwalitatieve hoofdstukken niet teruggegrepen naar het beschreven kader zoals dat is behandeld in de hoofdstukken 2 tot en met 4. Niettemin geven de vele termen – die de rechtscollages gebruiken en een soortgelijke strekking hebben – aanleiding om terug te grijpen op hetgeen in paragraaf 2.3.4.3 staat om te duiden hoe met bepaalde termen in dit hoofdstuk wordt omgegaan. Hierbij behoort er rekening mee te worden gehouden dat dit onderzoek er niet naar streeft om de desbetreffende termen te verduidelijken maar om de werking en rechterlijke toepassing van art. 2:8 BW inzichtelijker te maken.¹⁰³⁶

Verschillende auteurs hebben – onder meer naar aanleiding van de Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen – geschreven dat de term ‘belangenverstrengeling’ niet ruimer of anders zou zijn dan de term ‘tegenstrijdig belang’.¹⁰³⁷ Als men de benadering op basis van het Bruil-arrest van de Hoge Raad aanhoudt, zou het volgens Timmerman ‘niet nodig zijn om onderscheidingen te maken tussen belangenverstrengeling, belangenvermenging en tegenstrijdig belang.’¹⁰³⁸ Wanneer Timmerman echter het begrip ‘belangenverstrengeling’ naar zijn visie duidt, dan is belangenverstrengeling volgens voornoemde ruimer dan tegenstrijdig belang.¹⁰³⁹ Indien vervolgens niet correct met een belangenverstrengeling – cumulatie van rollen en belangen – wordt omgegaan, ‘dan is sprake van een ontoelaatbare belangenverstrengeling’. Een andere term hiervoor is

¹⁰³⁶ Timmerman schrijft ook dat het maken van fijnzinnige onderscheidingen tussen belangenverstrengeling, belangenvermenging en (potentieel) tegenstrijdig belang niet helpt ‘om tot een goede oordeelsvorming in tegenstrijdig-belangzaken te komen’ (Timmerman 2023a, p. 2).

¹⁰³⁷ A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *JOR* 2022/176 (*Flevo Berry*), nr. 7; Salemink & Nieuwe Weme 2022, p. 586; Broere & Van Dijk 2023, p. 183. Zie in andere zin Du Bois & Hermans die voor publicatie van de Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen hebben opgemerkt dat de term ‘belangenverstrengeling’ ruimer is dan de wettelijke term ‘tegenstrijdig belang’ (Du Bois & Hermans 2022, p. 447-448). Hezer haalt mede kort aan dat voor bepaalde situaties ‘de ruimere term “belangenverstrengeling” wordt gebruikt’ (P.L. Hezer, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, *JOR* 2021/178 (*Thuiszorg Multihulp*), nr. 6).

¹⁰³⁸ L. Timmerman, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/134 (*Omines Services*), nr. 2.

¹⁰³⁹ L. Timmerman, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 14 december 2022, *ARO* 2023/3 (*Aerdenhoutse Participatie Maatschappij*), nr. 6: “Ik meen dat belangenverstrengeling ziet op de feitelijke toestand van iemand die als gevolg van een stapeling van uiteenlopende rollen en belangen in de vennootschap een machtspositie heeft die deze ten nadele van een zwakkere partij zou kunnen gebruiken. Belangenverstrengeling overlapt in deze aanpak deels met tegenstrijdig belang, omdat het bij dit laatste draait om een vertroebeld zicht op het vennootschappelijk belang. Dat hoeft bij belangenverstrengeling niet het geval te zijn. Dat zien we in de onderhavige casus. Belangenverstrengeling is dus een ruimer begrip dan tegenstrijdig belang, zo denk ik. Belangenverstrengeling is het genus, tegenstrijdig belang het species.”

‘belangenvermenging’. Het lijkt reëel om te stellen – gelet op wat Timmerman schrijft – dat de term ‘onaanvaardbare belangenverstremgeling’ tevens eenzelfde lading dekt als ‘belangenvermenging’.¹⁰⁴⁰

In (deels) soortgelijke zin betoogt Leijten dat de Ondernemingskamer de term ‘ontoelaatbare belangenverstremgeling’ – of de identieke term ‘belangenvermenging’ – gebruikt om te duiden dat iemand met een tegenstrijdig belang niet overeenkomstig de Linders/Hofstee-regels (zie paragraaf 2.3.4.2) heeft gehandeld.¹⁰⁴¹ Volgens Leijten zou de Ondernemingskamer alleen niet consistent zijn in het gebruik van de termen, omdat de Ondernemingskamer met ‘belangenverstremgeling’ soms ‘ontoelaatbare belangenverstremgeling’ bedoelt. Verder zou een ‘schijn van’ belangenvermenging of belangenverstremgeling betekenen dat er geen sprake is van een tegenstrijdig belang overeenkomstig het Bruil-arrest. In de visie van Leijten hanteert de Ondernemingskamer ook het Bruil-arrest om een tegenstrijdig belang vast te stellen en met de term ‘belangenverstremgeling’ zou de Ondernemingskamer doorgaans hetzelfde bedoelen.¹⁰⁴² Volgens Vink gebruikt de Ondernemingskamer overigens al jaren het Bruil-arrest als maatstaf om te beoordelen of er sprake is van tegenstrijdig belang.¹⁰⁴³ Of dat betekent dat belangenverstremgeling hetzelfde is als tegenstrijdig belang, kan op basis van de uitspraak van Vink niet worden geconcludeerd.¹⁰⁴⁴ Wel lijkt het gelet op de ruime onderzoeksperiode verstandig om deels aan te sluiten bij hetgeen Leijten heeft geschreven:

“De slotsom is dat geen bijzonder belang moet worden gehecht aan de woordkeus van de Ondernemingskamer bij het vaststellen van een tegenstrijdig belang of van een overtreding van de toepasselijke gedragsregels: de Ondernemingskamer bedoelt om al dan niet een tegenstrijdig belang volgens het Bruil-criterium vast te stellen, ongeacht de gebruikte terminologie. Is er een tegenstrijdig belang, dan stelt de Ondernemingskamer vast of de Linders/Hofstee-regels al dan niet in acht zijn genomen, ongeacht de woordkeus.”¹⁰⁴⁵

Doordat bepaalde termen afwisselend worden gebruikt, is niet met zekerheid vast te stellen wat het rechtscollège daarmee exact bedoelt. Om deze reden is ervoor gekozen dat het kwalificeren van de handelswijze middels de termen ‘ontoelaatbare/onaanvaardbare/ongeoorloofde belangenverstremgeling/verstremgeling van belangen’, ‘belangenvermenging’ en ‘(ontoelaatbare) vermenging van belangen’ erop duidt dat niet overeenkomstig art. 2:8 BW is gehandeld. De termen ‘schijn van’ belangenvermenging of belangenverstremgeling daarentegen betekenen in beginsel dat mogelijk niet overeenkomstig art. 2:8 BW wordt/is gehandeld. Afrondend kunnen de termen

¹⁰⁴⁰ L. Timmerman, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 14 december 2022, *ARO* 2023/3 (*Aerdenhoutse Participatie Maatschappij*), nr. 6.

¹⁰⁴¹ Leijten 2022, p. 1057. Vergelijkbaar hiermee is Broere & Van Dijk 2023, p. 183-184 die schrijven dat van een ontoelaatbare belangenverstremgeling sprake is als misbruik van belangenverstremgeling wordt gemaakt. Zij merken tevens op dat de mogelijkheid bestaat dat een belangenverstremgeling altijd ontoelaatbaar is, waardoor het adjectief ‘ontoelaatbaar’ slechts een onderstreping daarvan is. Hierbij verwijzen zij naar principe 2.7 van de Nederlandse Corporate Governance Code en Storm 2018, p. 358, voetnoot 353.

¹⁰⁴² Leijten 2022, p. 1056-1057.

¹⁰⁴³ Vink 2023, p. 148.

¹⁰⁴⁴ Leijten merkt overigens in zijn annotatie bij recente rechtspraak op dat de Ondernemingskamer mogelijk tot inzicht is gekomen dat de termen ‘belangenverstremgeling’ en ‘tegenstrijdig belang’ inhoudelijk niet verschillen. De Ondernemingskamer zou de term ‘belangenverstremgeling’ na de Omines Services-beschikking vermijden gelet op dat die term – aldus Leijten – slechts eenmaal wordt gebruikt in de daaropvolgende 21 uitspraken over (beweerdelijk) tegenstrijdig belang (A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, *JOR* 2023/183 (*Ergo Buildings*), nr. 13-15).

¹⁰⁴⁵ Leijten 2022, p. 1058.

‘belangenverstrengeling’ en ‘tegenstrijdig belang’ puur wijzen op een feitelijke situatie, maar dit betekent niet dat de Ondernemingskamer in het verleden nooit die termen heeft toegepast om een schending van art. 2:8 BW aan te kaarten, waardoor daar rekening mee moet worden gehouden.

Tot slot is van belang op te merken dat in dit hoofdstuk – alsmede in de andere kwalitatieve hoofdstukken – telkens aansluiting wordt gezocht bij de termen die de rechtscolleges hanteren in het rechterlijk oordeel. Indien zij bijvoorbeeld de term bijzondere zorgvuldigheid, (bijzondere) zorgplicht, zorgvuldigheidsplicht, belangenverstrengeling, belangenvermenging of vermenging van belangen gebruiken, dan zal die term tevens in de hoofdtekst van dit proefschrift staan. De kwalitatieve hoofdstukken abstraheren immers van de bestaande discussies over de toepassing van bepaalde termen, omdat de informatie in de uitspraken centraal staat.

8.2.2.3 Uiteenlopende termen

Een belangrijk uitgangspunt is dat de ‘vennootschap’ een bijzondere zorgvuldigheid in acht dient te nemen jegens haar (minderheids)aandeelhouders en dat zij een verstrengeling van haar belangen met die van haar bestuurder(s) en/of meerderheidsaandeelhouder(s) moet voorkomen. Deze zorgvuldigheidsplicht weegt zwaarder als er familierechtelijke verhoudingen bestaan tussen de betrokken partijen.¹⁰⁴⁶ In die situatie kan er namelijk eerder sprake zijn van een vermenging van belangen,¹⁰⁴⁷ waardoor het belangrijk is ‘daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat.’¹⁰⁴⁸

In de voorgaande korte uiteenzetting van een gedragsnorm blijkt dat er reeds verschillende termen gebruikt worden door de rechtscolleges: ‘verstrengeling van haar belangen’, ‘vermenging van belangen’ en ‘ontoelaatbare verstrengeling van belangen’. Hieronder worden bij wijze van illustratie uiteenlopende uitspraken uiteengezet waarin vergelijkbare termen staan ter verduidelijking van hoe de rechtscolleges bepaald gedrag bestempelen alsmede welk gedrag ontoelaatbaar is.

Een – onaanvaardbare – belangenvermenging kan zich voordoen als de bestuurder de activiteiten van de onderneming wil voortzetten met een vertrekkende werknemer.¹⁰⁴⁹ In soortgelijke zin komt

¹⁰⁴⁶ Hof Amsterdam (OK) 31 november 2000, *JOR* 2001/4 (*Zwagerman Beheer*), r.o. 3.1. Gerelateerd hieraan is dat uit art. 2:8 BW een zorgvuldigheidseis voortvloeit, waardoor de (meerderheids)aandeelhouder(s) en bestuurder(s) rekening moeten houden met de belangen van de minderheidsaandeelhouder. Het toekennen van (extra) beloningen aan de aandeelhouders/werknemers kan op gespannen voet met die norm staan indien de minderheidsaandeelhouder geen werknemer is, aangezien dat de uitkeerbare winst beïnvloedt (Hof Amsterdam (OK) 27 maart 2009, *ARO* 2009/58 (*Pine Digital Security*), r.o. 3.5).

¹⁰⁴⁷ Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.7 met verwijzing naar de Zwagerman-beschikking van de Hoge Raad.

¹⁰⁴⁸ HR 1 maart 2002, *ARO* 2002/40 (*Zwagerman Beheer*), r.o. 3.4 waarnaar de volgende uitspraken – onder meer door herhaling van de gedragsnorm – verwijzen: Rb. Oost-Brabant 31 juli 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4456 (*Radboud University Participation/Secmatix*), r.o. 4.19; Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *ARO* 2022/103 (*Flevo Berry*), r.o. 4.5; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.9. Dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van (al) haar (minderheids)aandeelhouders blijkt tevens uit andere rechtspraak, waarbij de rechtscolleges mede (impliciet) naar de Zwagerman-beschikking van de Hoge Raad verwijzen zonder per se de term belangenverstrengeling – of een gelijklopende term – aan te halen: Rb. Den Haag 30 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6963 (*Med-IP*), r.o. 4.9; Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2020, *ARO* 2020/45 (*RSW*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2022, *ARO* 2022/152 (*Jan Meijer-Vastgoed*), r.o. 3.4.

¹⁰⁴⁹ Hof Amsterdam (OK) 21 december 2001, *JOR* 2002/57 (*Egbouw Holding*), r.o. 3.3. In dit kader lijkt mee te wegen dat de bestuurder aanstuurt op het leeghalen van de vennootschap. Het vertrek van werknemers wordt

een ontoelaatbare vermenging van belangen voor indien de bestuurder onder meer opdrachtgevers van de vennootschap benadert om geen zaken meer met de vennootschap te doen maar met een door hem beheerste vennootschap.¹⁰⁵⁰ Onder omstandigheden is ook het onttrekken van gelden aan de vennootschap voor privédoeleinden¹⁰⁵¹ of het onttrekken van de vruchten van een vermogensbestanddeel te kwalificeren als (ontoelaatbare) belangenvermenging.¹⁰⁵²

Een ander voorbeeld betreft een bestuurder die concurrerende activiteiten ontplooit en overeenkomsten met derden overhevelt naar een eigen vennootschap, aangezien dat mede duidt op een ontoelaatbare vermenging van belangen en van handelen in strijd met het bepaalde in art. 2:8 BW.¹⁰⁵³ Hetzelfde geldt ingeval de bestuurder rechtstreeks de vennootschap beconcurrereert en zijn persoonlijke belangen laat prevaleren.¹⁰⁵⁴ Vergelijkbaar hiermee is dat het achterstellen van de belangen van de vennootschap – vanwege de betrokkenheid bij een andere concurrerende vennootschap – ervoor zorgt dat de aandeelhouder/bestuurder in strijd handelt met art. 2:8 BW.¹⁰⁵⁵ Verder kan het zonder goede grond betalen van ‘boetes’ aan gelieerde partijen¹⁰⁵⁶ en het willen overdragen van een woning aan een broer, betekenen dat de bestuurder ‘zonder oog voor een ongeoorloofde verstrengeling van belangen de vennootschap heeft benadeeld ten gunste van zichzelf en zijn familie.’¹⁰⁵⁷

De voorgaande voorbeelden zijn evident ontoelaatbaar, omdat de (aandeelhouder/)bestuurder activiteiten/activa overhevelt/onttrekt – althans dat tracht te doen – en/of concurrentie met de vennootschap aangaat.¹⁰⁵⁸ De bestuurder kan zich echter ook (enigszins) subtieler een voordeel toe-eigenen. Zo kan de bestuurder – die eventueel tevens (meerderheids)aandeelhouder is – een *corporate*

namelijk niet tegengehouden en mogelijk zelfs gestimuleerd. Ook wil de bestuurder een niet reëel bod voor de activa van de vennootschap accepteren.

¹⁰⁵⁰ Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2003, *ARO* 2003/94 (*Interieurbouw Tom*), r.o. 3.6.

¹⁰⁵¹ Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2002, *ARO* 2002/155 (*Modemagazijnen Weduwe J. van den Berg*), r.o. 3.2. Vergelijkbaar hiermee is Hof Amsterdam (OK) 14 december 2021, *ARO* 2022/26 (*MPS First*), r.o. 3.10 waarin staat dat bij bepaalde onttrekkingen het gevaar bestaat dat tegenstrijdige belangen op ontoelaatbare wijze verstrengeld raken. Overigens wordt een oneigenlijke verhoging van de managementvergoeding – wat feitelijk een onttrekking kan zijn – onverenigbaar met art. 2:8 BW geacht (Hof Amsterdam (OK) 1 april 2011, *ARO* 2011/64 (*SenseMakers*), r.o. 3.9).

¹⁰⁵² Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/45 (*Gebr. Bleijlevens Heerlen*), r.o. 3.5. De kwalificatie belangenvermenging betekent – aldus de Ondernemingskamer – dat de handelswijze onaanvaardbaar is.

¹⁰⁵³ Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/62 (*Karst Beheer*), r.o. 3.2-3.3.

¹⁰⁵⁴ Hof Amsterdam (OK) 29 november 2005, *ARO* 2005/210 (*Dyna Music Systems*), r.o. 3.5 en 3.7.

¹⁰⁵⁵ Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2008, *ARO* 2008/55 (*Venema en Noppe Gerechtsdeurwaarders*), r.o. 3.6.

¹⁰⁵⁶ Overeenkomstig paragraaf 2.6.4 wordt in dit onderzoek onder gelieerde partij verstaan: een partij waarin de bestuurder, commissaris en/of aandeelhouder een (in)direct belang houden of waarmee de bestuurder, commissaris en/of aandeelhouder een familierechtelijke of andere bijzondere verhouding hebben zoals met een (goede) kennis. Hieronder vallen overigens mede transacties tussen de vennootschap en bestuurder, commissaris of aandeelhouder (in privé).

¹⁰⁵⁷ Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2017, *ARO* 2017/78 (*Nieuwendijk Monumenten*), r.o. 5.15.

¹⁰⁵⁸ Zie in dit kader ook Hof Amsterdam (OK) 2 juli 2002, *ARO* 2002/93 (*Engineering Systems International*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 24 mei 2013, *ARO* 2013/85 (*Casses*), r.o. 3.9. Vergelijkbaar hiermee is de ECO Vakantieparcs-beschikking waarin het bestuur zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de verschillende bij de vennootschap betrokken belangen. Er zijn namelijk substantiële gelden onttrokken, rechten overgeheveld en risico's op de vennootschap afgewenteld, waardoor er sprake is van een ongeoorloofde vermenging van belangen (Hof Amsterdam (OK) 7 oktober 2008, *ARO* 2008/165 (*ECO Vakantieparcs*), r.o. 3.15).

opportunity aan de vennootschap onthouden en deze zelfstandig verwerven.¹⁰⁵⁹ Deze handelswijze kan duiden op een ontoelaatbare belangenvermenging.¹⁰⁶⁰

Verder is van een ontoelaatbare belangenverstrengeling onder omstandigheden sprake als de vennootschap besluit om geen intern vervolgonderzoek in te stellen vanwege de persoonlijke belangen van haar indirecte bestuurders.¹⁰⁶¹ Voorts komt een ongeoorloofde verstrengeling van belangen voor, omdat de bestuurder (indirect) een lening aan zichzelf verstrekt onder (hoogstwaarschijnlijk) niet zakelijke voorwaarden. Hierbij is relevant dat niet in enige vorm zekerheid is verschaft en dat de bestuurder de verschuldigde rente niet betaalt maar aan het verschuldigde bedrag beschrijft.¹⁰⁶²

Deze laatste uitspraak legt de nadruk op een essentieel aspect, want de transactie moet onder zakelijke voorwaarden geschieden waardoor onder meer de geboden compensatie marktconform dient te zijn. Het zonder goede gronden compenseren van een gelieerde partij waaraan niet dezelfde partijen (aandeelhouders) zijn verbonden, kan namelijk tenderen naar – ontoelaatbare – belangenvermenging.¹⁰⁶³ Indien een bepaalde grond voor de transactie met de gelieerde partij aanwezig is, is het van belang dat de transactie marktconform (*at arm's length*) geschiedt als de uiteindelijke gerechtigden van de verkrijger niet dezelfde zijn als die van de vennootschap.¹⁰⁶⁴ Een overheveling

¹⁰⁵⁹ Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2018, ARO 2019/8 (*Kaart in Actie*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2022, ARO 2022/199 (*Willibrordushof Projectontwikkeling*), r.o. 3.5. Een kans hoeft overigens niet per se aan de vennootschap toe te komen als de nieuwe activiteit losstaat van de huidige activiteiten van de vennootschap. Hierdoor is het niet onbegrijpelijk of strijdig met de redelijkheid als drie van de vier aandeelhouders – waaronder de statutair bestuurder – vanwege interne conflicten de voorkeur geven aan het onderbrengen van de nieuwe activiteit in een andere vennootschap (Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2014, ARO 2014/171 (*Quintel Intelligence*), r.o. 3.6).

¹⁰⁶⁰ Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, ARO 2006/58 (*CDG Holding*), r.o. 3.12. Voorzichter is de Ondernemingskamer in de S&R-beschikking, aangezien daarin slechts aannemelijk is dat een nieuwe onderneming voortkomt uit een (ontnomen) *corporate opportunity* waarbij het eigen belang van de bestuurder mogelijk een oneigenlijke rol heeft gespeeld (Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, ARO 2014/60 (*S&R Holding*), r.o. 3.5).

¹⁰⁶¹ In casu is een verkeerde query meegegeven aan de (oude) Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Hiervoor heeft de NMa een verklaring gevraagd. De indirect bestuurder verschaft daarvoor geen verklaring en overhandigt enkel de correcte versie aan de NMa. Wel deelt de indirect bestuurder aan de NMa mee dat de vennootschap afziet van het instellen van een onderzoek naar het initieel overhandigen van een foutieve versie gezien de persoonlijke belangen van de (indirecte) bestuurders en het voornemen van de NMa om melding te maken bij het Openbaar Ministerie (Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2014, ARO 2014/153 (*Groene Energie Administratie*), r.o. 4.13 en 5.8).

¹⁰⁶² Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2013, ARO 2013/157 (*Logopak*), r.o. 3.8. De rechtscolleges hanteren overigens niet altijd de term verstrengeling van belangen terwijl zij soortgelijk gedrag afkeuren. In de MVG-beschikking benadrukt de Ondernemingskamer dat de beleidsvrijheid van het bestuur niet wegneemt dat een transactie met een gelieerde partij tegen zakelijke voorwaarden moet geschieden. Het bedingen van geen zekerheden bij het verstrekken van een lening staat haaks daarop, aangezien een onafhankelijk handelende partij geen dergelijk risico zou hebben aanvaard. Het bestuur heeft zich daardoor onvoldoende rekenschap gegeven van de noodzaak om de belangen – die niet parallel hoeven te lopen – gescheiden te houden (Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ARO 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.41). Een wat opmerkelijker voorbeeld betreft voorts de Headscanning-beschikking waarin de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder het door hem ingebrachte kapitaal in de jaarrekening aanmerkt als een lening in plaats van kapitaalbreng. Hierdoor is volgens de Ondernemingskamer 'sprake van een niet te aanvaarden schijn van belangenvermenging door Moonen als indirect aandeelhouder van en bestuurder in de vennootschap bij de uitoefening van zijn werkzaamheden ten behoeve van het samenstellen van de jaarrekening' (Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2004, ARO 2004/34 (*Headscanning Patent*), r.o. 3.9).

¹⁰⁶³ Hof Amsterdam (OK) 2 december 2002, ARO 2002/183 (*Erts Jura Investments*), r.o. 3.2-3.3.

¹⁰⁶⁴ Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2001, JOR 2001/184 (*EMO Groep*), r.o. 3.2; Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2006, ARO 2006/56 (*Carboply*), r.o. 3.3-3.5. Wanneer daarvan geen sprake is, kan dat duiden op (ontoelaatbare) belangenvermenging die onder meer inbreuk maakt op de jegens de minderheidsaandeelhouder in acht te nemen bijzondere zorgvuldigheid (Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2005, ARO 2005/9 (*S.H.G.P. Tussenholding*), r.o. 3.4).

tegen niet marktconforme voorwaarden kan immers tot benadeling van de vennootschap en haar betrokkenen leiden.¹⁰⁶⁵ Hierbij weegt mee of er zakelijke motieven ten grondslag liggen aan de transactie dan wel een waardebeoordeling de basis vormt voor de prijsvaststelling. Deze elementen kunnen namelijk tot gevolg hebben dat er geen sprake is van belangenvermenging ondanks dat bepaalde partijen bij de transactie ‘tegengestelde belangen’¹⁰⁶⁶ vertegenwoordigen.¹⁰⁶⁷ Een ontoelaatbare vermenging van belangen dreigt daardoor te gebeuren als de bestuurder niet de nodige maatregelen neemt om een objectieve standpuntbepaling te waarborgen.¹⁰⁶⁸ Van een belangenvermenging is daardoor sprake als een bestuurder de voorraad en inventaris aan een door hem beheerste vennootschap overdraagt voor een bedenkelijke prijs en andere activa tracht over te dragen.¹⁰⁶⁹

Op basis van hetgeen reeds in deze paragraaf is beschreven, ontstaat de indruk dat niet ‘parallel lopende belangen’ veelal ontoelaatbaar zijn. Echter, dit zou een foutieve conclusie zijn zoals blijkt uit andere uitspraken. Zo kan volgens de Ondernemingskamer ‘het enkele feit dat de begunstigde van een pensioenaanspraak de bestuurder is van de (rechts)persoon die de aanspraak heeft toegekend, op zichzelf en onder meer geen reden zijn om aan te nemen dat sprake is van een ontoelaatbare vermenging van belangen.’ Hierbij weegt mee dat het pensioen niet bovenmatig of anderszins op onredelijke grond is toegekend.¹⁰⁷⁰ In soortgelijke zin is bij het verlengen van de managementovereenkomst van belang dat de vergoeding redelijk is en de besluitvorming daarover voldoende transparant is geweest. Op die manier vormt het tegenstrijdig belang van de bestuurder geen complicatie.¹⁰⁷¹ Ook het bestaan van financiële relaties tussen de vennootschap en haar bestuurder die tevens meerderheidsaandeelhouder is, betekent op zichzelf niet dat de bestuurder zich schuldig maakt aan een ‘ongeoorloofde vermogensverstrengeling’.¹⁰⁷²

8.2.2.4 De termen en (bijzondere) zorgplichten

In de vorige paragraaf zijn uiteenlopende termen aan bod gekomen die rechtscolleges gebruiken om gedrag en besluiten goed- dan wel af te keuren. Verder is binnen dit type geschil een belangrijke rol weggelegd voor de term ‘(bijzondere) zorgplicht’.¹⁰⁷³ Een verstrengeling van belangen kan

¹⁰⁶⁵ Ondanks een verrichte taxatie kan het rechtcollege namelijk van oordeel zijn dat de bestuurder zichzelf verrijkt door een transactie te verrichten voor een gemanipuleerd lage prijs. De conclusie kan daardoor zijn dat de schijn is gewekt dat sprake was van (ongeoorloofde) belangenverstrengeling (Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, *ARO* 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.33).

¹⁰⁶⁶ In deze uitspraak komt de term ‘tegengestelde belangen’ expliciet terug. Deze term lijkt vergelijkbaar met de term ‘niet parallel lopende belangen’. Tevens kan de term ‘conflicterende belangen’ als een vergelijkbare term worden beschouwd ondanks dat de laatste term een negatievere connotatie heeft. Het gaat er immers in de kern om dat bepaalde belangen (concreet) niet gelijk en mogelijk zelfs strijdig met elkaar zijn.

¹⁰⁶⁷ Hof Amsterdam (OK) 10 september 2001, *JOR* 2001/209 (*Naaykens*), r.o. 3.10-3.12. Wanneer een partij dan ook geen redelijke verklaring heeft voor een ten eigen voordele en ten nadele van de minderheidsaandeelhouder gedane overheveling van activa, dan is die gedraging onder omstandigheden aan te merken als wanbeleid (Hof Amsterdam (OK) 17 augustus 2005, *ARO* 2005/168 (*Schrums*), r.o. 3.2).

¹⁰⁶⁸ Hof Amsterdam (OK) 2 december 2002, *ARO* 2002/182 (*MicroCash*), r.o. 3.9.

¹⁰⁶⁹ Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2008, *ARO* 2008/133 (*Rokin87*), r.o. 3.9.

¹⁰⁷⁰ Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/7 (*Flexchemie*), r.o. 3.9.

¹⁰⁷¹ Hof Amsterdam (OK) 16 september 2019, *ARO* 2019/172 (*Weber*), r.o. 3.6. Hierbij weegt mee dat de bestuurder uit eigen beweging de managementvergoeding had verlaagd toen een aanzienlijk deel van de onroerende zaken van de vennootschap was verkocht.

¹⁰⁷² Hof Amsterdam (OK) 24 december 2009, *ARO* 2010/5 (*Yachtcontrol*), r.o. 3.4.

¹⁰⁷³ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 22 juli 2005, *ARO* 2005/121 (*Arthromed*), r.o. 3.5-3.6; Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2006, *ARO* 2006/56 (*Carboply*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 10 september 2008, *ARO*

namelijk ertoe leiden dat de bijzondere zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder is geschonden, omdat de meerderheidsaandeelhouders/bestuurders hun remuneratie verhogen, geen dividend uitkeren en cumulatief preferente aandelen als beloning aan zichzelf willen toekennen.¹⁰⁷⁴ Ook kan een bijzondere zorgplicht voor het bestuur bestaan, omdat één aandeelhouder in een joint-venturevennootschap niet meer vertegenwoordigd is in het bestuur en een risico bestaat op een – onaanvaardbare – vermenging van belangen.¹⁰⁷⁵ Een dergelijke bijzondere zorgplicht kan mede verband houden met het feit dat de meerderheidsaandeelhouder – die vertegenwoordigd is in het bestuur – een 100%-aandelenbelang houdt in een concurrerende vennootschap, waardoor wederom een risico bestaat dat een – onaanvaardbare – vermenging van belangen zich voordoet.¹⁰⁷⁶ Verder kan de aandeelhouder/bestuurder zichzelf – en gelieerde vennootschappen – middels een gekozen wijze van aflossing van schulden bevoordelen en daardoor de uit art. 2:8 BW voortvloeiende zorgplicht jegens de andere aandeelhouder veronachtzamen.¹⁰⁷⁷

De zojuist behandelde uitspraken illustreren dat de vennootschap en meer specifiek het bestuur onder omstandigheden een bijzondere zorgplicht in acht dient te nemen jegens de (minderheids)aandeelhouder die (veelal) niet in het bestuur is vertegenwoordigd.¹⁰⁷⁸ Rechtscolleges bevestigen het voorgaande meermaals in vergelijkbare zin. Zij oordelen namelijk in nagenoeg identieke bewoordingen dat de bestuurder van de vennootschap jegens de (minderheids)aandeelhouder/niet-bestuurder een bijzondere zorgplicht heeft in die zin dat hij in het bijzonder dient te voorkomen dat een vermenging van belangen plaatsvindt.¹⁰⁷⁹ Uit deze plicht vloeit ook voort – waarover meer in paragraaf 8.2.4 – dat openheid betracht dient te worden jegens die aandeelhouder.¹⁰⁸⁰

Deze bijzondere zorgplicht is in de kern hetzelfde als hetgeen aan het begin van paragraaf 8.2.2.3 is uiteengezet: de vennootschap moet een bijzondere zorgvuldigheid in acht nemen jegens haar (minderheids)aandeelhouders en een (ontoelaatbare) verstrengeling van belangen voorkomen.¹⁰⁸¹ Het enige verschil lijkt immers de terminologie te zijn.¹⁰⁸² De rechtscolleges zijn daardoor

2008/155 (*Janssen Holding*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, ARO 2018/194 (*Monitus*), r.o. 3.7. Opvallend in de laatste beschikking is dat de Ondernemingskamer de term ‘zorgplicht’ in het kader van belangenverstrengeling gebruikt, maar later in de beschikking – zie rechtsoverweging 3.10 – hanteert de Ondernemingskamer de term ‘bijzondere zorgplicht’ met betrekking tot de informatieverstrekking.

¹⁰⁷⁴ Hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, ARO 2005/5 (*Het Bouwburo*), r.o. 3.3-3.4.

¹⁰⁷⁵ Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2006, ARO 2006/56 (*Carboply*), r.o. 3.3.

¹⁰⁷⁶ Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2006, ARO 2006/97 (*Bonne Route Holding*), r.o. 3.8.

¹⁰⁷⁷ Hof Amsterdam (OK) 16 april 2019, ARO 2019/110 (*De Leege Landen*), r.o. 4.5.

¹⁰⁷⁸ Naar deze zorgplicht verwijst de Ondernemingskamer eveneens om de klacht – en mogelijke zorgen – van een minderheidsaandeelhouder te pareren (Hof Amsterdam (OK) 18 februari 2020, ARO 2020/67 (*Twycis Holding*), r.o. 3.11).

¹⁰⁷⁹ Hof Amsterdam (OK) 26 augustus 2009, ARO 2009/131 (*Logispring Investment Fund Holding*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 24 december 2009, ARO 2010/5 (*Yachtcontrol*), r.o. 3.3.

¹⁰⁸⁰ Hof Amsterdam (OK) 24 december 2009, ARO 2010/5 (*Yachtcontrol*), r.o. 3.3.

¹⁰⁸¹ Dat bepaalde rechtspraak benoemt dat de vennootschap bijzondere zorgvuldigheid in acht dient te nemen, neemt niet weg dat feitelijk het bestuur die zorgvuldigheidsplicht in acht moet nemen.

¹⁰⁸² Illustratief hiervoor is Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ARO 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.17: “Vanaf dat moment had (en heeft) Hummel BV jegens de Erven als aandeelhouders/niet-bestuurders een bijzondere zorgvuldigheid in acht te nemen en meer in het bijzonder had (en heeft) Hummel BV ervoor te waken dat vermenging van haar belangen met die van MVG wordt voorkomen en diende (en dient) zij in verband daarmee aan de Erven naar behoren opening van zaken te geven.” Verder benoemt de Ondernemingskamer in de GMG-beschikking eerst de norm met betrekking tot ‘een bijzondere zorgvuldigheid’ en later in dezelfde rechtsoverweging verwijst de Ondernemingskamer naar die norm door middel van de term ‘bijzondere zorgplicht’ (Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, ARO 2011/57 (*GMG*), r.o. 3.4).

flexibel in de toepassing van bepaalde termen om tot een vergelijkbaar oordeel – of vergelijkbare overweging – te komen.¹⁰⁸³

De term ‘bijzondere zorgplicht’ komt daarnaast aan bod in relatie tot de marktconformiteit van de bestreden transactie. Bij een transactie met een gelieerde partij moeten de bestuurders namelijk zorgdragen dat de transacties ‘*at arm’s length*’ geschieden en dat zij daarover aan de hand van objectieve gegevens verantwoording kunnen afleggen. Het bestaan van een familieverhouding tussen de betrokkenen onderstreept het belang van de ‘zorgplicht’.¹⁰⁸⁴ Uit een andere uitspraak blijkt dat de handelswijze met betrekking tot twee niet marktconforme renteverlagingen tevens ertoe kan leiden dat de bestuurders geen invulling hebben gegeven aan de bijzondere zorgplicht die geldt in geval van persoonlijk tegenstrijdig belang.¹⁰⁸⁵

8.2.2.5 Afrondende opmerkingen

Opvallend is dat nagenoeg alle uitspraken in paragraaf 8.2.2 enquêteprocedures betreffen.¹⁰⁸⁶ In dergelijke procedures wordt niet per se strikt vastgehouden aan de gebruikte terminologie om te komen tot een vergelijkbaar oordeel. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de verschillende termen die rechtscolleges hanteren inzake belangenverstrengeling. Ook leidt een zorgvuldigheidsplicht – zoals de in acht te nemen bijzondere zorgvuldigheid – tot een vergelijkbare plicht als voortvloeit uit de (bijzondere) zorgplicht.

In dit kader is tevens opmerkelijk dat rechtscolleges onder omstandigheden niet eens expliciet de termen belangenverstrengeling – dan wel een gelijkkluidende term – en (bijzondere) zorg(vuldigheids)plicht aanhalen om tot een soortgelijke overweging te komen. Zo volgt uit de Van Leur-beschikking dat het in rekening brengen van privékosten bij de vennootschap voor de afwikkeling van een erfenis niet zorgvuldig kan zijn jegens de andere aandeelhouder. Hierdoor moet de vennootschap die kosten ex art. 2:8 BW zo spoedig mogelijk bij de bestuurder (in privé) in rekening brengen of verantwoorden waarom het in rekening brengen van die kosten ten laste van de vennootschap gerechtvaardigd is.¹⁰⁸⁷ Verder kan het zelfstandig instemmen met de huuropzegging in strijd zijn met art. 2:8 BW als de instemmende aandeelhouder/bestuurder eveneens optreedt namens de verhuurder en een persoonlijk belang heeft bij de huuropzegging.¹⁰⁸⁸

Als laatste is op te merken dat het gebruik van uiteenlopende termen met betrekking tot belangenverstrengeling de afgelopen jaren – althans gelet op alle gecodeerde uitspraken – afneemt. Een reden hiervoor is dat de Ondernemingskamer – die nagenoeg uitsluitend de gecodeerde uitspraken omtrent belangenverstrengeling heeft beslecht – minder varieert in het gebruik van termen.¹⁰⁸⁹ Dit

¹⁰⁸³ Zo volgt uit de Elpak-beschikking dat de vennootschap bij een materiële liquidatie – ingeval er sprake is van één aandeelhouder/niet-bestuurder – gehouden is om ‘de betrokken belangen met een grote zorgvuldigheid uiteen te houden teneinde te voorkomen dat zich het risico van een onaantoonbare belangenverstrengeling kan of zal voordoen.’ Hof Amsterdam (OK) 6 maart 2014, ARO 2011/113 (*Elpak*), r.o. 3.3.

¹⁰⁸⁴ Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2019, ARO 2019/72 (*Verhoef*), r.o. 3.3.

¹⁰⁸⁵ Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2019, ARO 2019/198 (*Clifden*), r.o. 4.12.

¹⁰⁸⁶ Uit de paragrafen 6.3.9.2 en 6.3.9.3 blijkt ook dat 164 van de 170 geschillen omtrent belangenverstrengeling in enquêteprocedures zijn beslecht door de Ondernemingskamer.

¹⁰⁸⁷ Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2021, ARO 2021/57 (*Van Leur Holding*), r.o. 4.6.

¹⁰⁸⁸ Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2021, ARO 2021/78 (*Eetcafé De Stip*), r.o. 3.5.

¹⁰⁸⁹ De onderstaande tabel is vanzelfsprekend zorgvuldig opgesteld, maar gelet op de focus van het onderzoek kunnen de aantallen niettemin enigszins afwijken van de werkelijkheid. De tabel dient daardoor meer ter illustratie

blijkt uit de sterke toename van het gebruik van de term ‘tegenstrijdig belang’ die ongeveer vanaf 2010 het veelvuldig gebruik van de andere termen terugdringt.

Jaar/ variatie	Belangenver- strengeling ¹⁰⁹⁰	Verstrengeling van belangen	Belangen- vermenging	Vermenging van belangen	Tegenstrijdig belang
2000-2004	6	5	7	3	0
2005-2009	2	1	12	15	2
2010-2014	10	4	5	2	14
2015-2019	9	3	0	2	28
2020-2023	5	4	0	3	33
Totaal	32	17	24	25	77

Tabel 34. Globaal overzicht gebruikte terminologie

8.2.3 Deskundige derden

Uit de paragrafen 8.2.2.3 en 8.2.2.4 volgt reeds dat de marktconformiteit van de transactie essentieel is, aangezien niet marktconforme voorwaarden benadelend kunnen zijn voor de vennootschap en haar stakeholders. Rechtscolleges hebben dan ook bezwaar tegen een transactie met een gelieerde partij – onder meer gelet op de in acht te nemen zorgvuldigheidsplicht of bijzondere zorgplicht – indien de transactie op niet zakelijke gronden geschiedt.¹⁰⁹¹ Het inschakelen van deskundige derden kan als waarborg voor de marktconformiteit worden beschouwd, maar de waardering dient wel voldoende nauwkeurig te zijn alsmede voor voldoende duidelijkheid te zorgen.¹⁰⁹² Zonder adequate toelichting bestaat immers onduidelijkheid over de zakelijkheid van de verkoopprijs,¹⁰⁹³ waardoor sprake kan zijn van belangenvermenging.¹⁰⁹⁴ Een objectieve waardebeoordeling – door een onafhankelijke/deskundige derde – is dus onder omstandigheden belangrijk als een transactie plaatsvindt met een gelieerde partij,¹⁰⁹⁵ waarbij niet alle aandeelhouders van de vennootschap

om een globale lijn weer te geven. Voorts kunnen de desbetreffende termen ook voorkomen in uitspraken die niet gecodeerd zijn vanwege de reikwijdte van het onderzoek.

¹⁰⁹⁰ Bij de termen wordt er telkens geen rekening gehouden met het onderscheid tussen ongeoorloofde of ontoelaatbare belangenverstrengeling. Ook is de focus gelegd op de vijf meest voorkomende variaties. Voorts maakt het niet uit of bijvoorbeeld de term ‘belangenverstrengeling’ meermaals in één uitspraak voorkomt, aangezien elke term slechts eenmaal per uitspraak wordt genoteerd.

¹⁰⁹¹ Hof Amsterdam (OK) 31 november 2000, *JOR* 2001/4 (*Zwagerman Beheer*), r.o. 3.2-3.3; Hof Amsterdam (OK) 19 mei 2008, *ARO* 2008/104 (*Elephas Consulting*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2014, *ARO* 2014/35 (*De Polderland Projecten*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194 (*Monitus*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2021, *ARO* 2021/109 (*FLEXible HR Service*), r.o. 4.5.

¹⁰⁹² Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2006, *ARO* 2006/65 (*T&L Verzekeringen*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 15 mei 2009, *ARO* 2009/78 (*Flora Plus*), r.o. 3.3 en 3.5; Hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*Faxgids Nederland*), r.o. 3.5.

¹⁰⁹³ Hof Amsterdam (OK) 9 november 2009, *ARO* 2009/167 (*iBiz*), r.o. 3.11.

¹⁰⁹⁴ Hof Amsterdam (OK) 12 december 2002, *ARO* 2003/4 (*Ed Ros & Wanink*), r.o. 3.5.

¹⁰⁹⁵ Een transactie met een gelieerde partij moet immers op een voldoende zorgvuldige wijze tot stand komen: Hof Amsterdam (OK) 24 december 2009, *ARO* 2010/5 (*Yachtcontrol*), r.o. 3.10; Hof Amsterdam (OK) 25 april 2012, *ARO* 2012/68 (*Butôt*), r.o. 3.21; Hof Amsterdam (OK) 6 maart 2014, *ARO* 2011/113 (*Elpak*), r.o. 3.3 en 3.7; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/83 (*ADW Accountants*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 14 april 2020, *ARO* 2020/93 (*Apotheek Schiemonde*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2020, *ARO* 2020/114 (*Wagenborg Bulk Terminal*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 2 september 2020, *ARO* 2020/164 (*Permanento Beheer*), r.o. 3.5e; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2020, *ARO* 2021/12 (*HLO Energie*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, *ARO* 2021/26 (*Thuiszorg Multihulp*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, *ARO* 2021/185 (*Simetra Investments*), r.o. 4.10; Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *ARO* 2022/103 (*Flevo Berry*), r.o. 4.6; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.10; Hof Amsterdam

zijn betrokken.¹⁰⁹⁶ Van een objectieve waardebeoordeling is geen sprake als de vaste adviseur van de bestuurder en vennootschap zich uitlaat over de marktconformiteit van een vergoeding¹⁰⁹⁷ en daarbij een gebrek is aan objectieve maatstaven om de redelijkheid te beoordelen.¹⁰⁹⁸ Wanneer daarentegen een (objectief/objectieve) taxatierapport (/waardebeoordeling) ten grondslag ligt aan de transactie – zoals de verkoop van activa of een verhoging van de managementvergoeding – met een gelieerde partij, dan blijft de transactie (eerder) binnen de grenzen van het toelaatbare.¹⁰⁹⁹ Een marktconforme transactie leidt namelijk minder snel tot benadeling van de andere partijen. Hetzelfde geldt in soortgelijke zin als een bestuurder deskundigen inschakelt voor een extern professioneel oordeel, aangezien de bestuurder daarmee zijn eigen belang bij een transactie objectieveert.¹¹⁰⁰ Verder kan de redelijkheid en marktconformiteit van bepaalde transacties blijken uit de prijs die de vennootschap normaliter voor derden hanteert of hetgeen gebruikelijk is in de markt.¹¹⁰¹

Kortom, wanneer een transactie met een gelieerde partij zich voordoet – in het kader van belangenverstrengeling – brengt art. 2:8 BW en de daarmee samenhangende (bijzondere) zorg(vuldigheids)plicht mee dat het inschakelen van een onafhankelijke, deskundige derde geboden kan zijn voor een objectieve waardebeoordeling. Dit gebeurt ter voorkoming van benadeling van de vennootschap en de daarbij betrokken partijen, want door de waardering ontstaat meer inzicht in de marktconformiteit van de transactie.¹¹⁰²

8.2.4 Informatieverstrekking en openheid van zaken

Indien sprake is van belangenverstrengeling, ligt de focus met regelmaat – zoals mede blijkt uit paragraaf 8.2.2 – op de informatieverstrekking. Heeft de vennootschap of het bestuur openheid van zaken gegeven? Die vraag komt zowel impliciet als expliciet veelvuldig aan bod. De vennootschap dient namelijk op basis van een zorgvuldigheidsplicht jegens haar minderheidsaandeelhouder(s) niet enkel een verstrengeling van belangen te voorkomen maar eveneens ‘naar behoren opening

(OK) 19 december 2022, *ARO* 2023/5 (*Steijnborg*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 31 januari 2023, *ARO* 2023/42 (*GVH Recycling*), r.o. 4.12; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:844 (*i3*), r.o. 4.3; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:846 (*Ergo Buildings*), r.o. 3.5. Zie verder over het belang van een objectieve waardering Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.13; Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2013, *ARO* 2013/157 (*Logopak*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, *ARO* 2018/58 (*ZED+*), r.o. 4.13; Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2019, *ARO* 2019/72 (*Verhoef*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2022, *ARO* 2022/199 (*Willibrordushof Projectontwikkeling*), r.o. 3.5.

¹⁰⁹⁶ Alhoewel in andere uitspraken tevens niet alle aandeelhouders bij de verkrijgende partij zijn betrokken, benoemt de Ondernemingskamer in de volgende twee uitspraken dit aspect expliciet: Hof Amsterdam (OK) 30 december 2002, *ARO* 2003/18 (*Aesculaap Beheer*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2005, *ARO* 2005/9 (*S.H.G.P. Tussenholding*), r.o. 3.4.

¹⁰⁹⁷ Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO* 2016/66 (*Leaderland*), r.o. 4.11-4.13.

¹⁰⁹⁸ Hof Amsterdam (OK) 18 mei 2010, *ARO* 2010/85 (*Creative Kids Concepts*), r.o. 3.4.

¹⁰⁹⁹ Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2001, *JOR* 2001/184 (*EMO Groep*), r.o. 3.2 en 3.6; Hof Amsterdam (OK) 20 april 2005, *ARO* 2005/64 (*Callactive*), r.o. 3.4 en 3.16; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2007, *ARO* 2007/190 (*B&A Holding*), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2008, *ARO* 2008/39 (*AGT Solutions*), r.o. 3.13; Hof Amsterdam (OK) 21 april 2016, *ARO* 2016/115 (*Beheersmaatschappij De Hoof Someren*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 16 september 2019, *ARO* 2019/172 (*Weber*), r.o. 3.8.

¹¹⁰⁰ Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2005, *ARO* 2005/86 (*Parkeer Groep Nederland*), r.o. 3.6.

¹¹⁰¹ Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2022, *ARO* 2022/116 (*Bonenkamp Mechan Trade*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 10 januari 2023, *ARO* 2023/15 (*Sportsweb International*), r.o. 3.12-3.14.

¹¹⁰² Naast een aantal van de reeds aangehaalde uitspraken zijn de volgende twee uitspraken daarvoor illustratief: Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, *ARO* 2021/153 (*Allure Energie*), r.o. 4.7; Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.9.

van zaken te geven.’¹¹⁰³ Bij een transactie die naar haar aard het risico op belangenverstremgeling meebrengt – en daardoor benadelend kan zijn voor de vennootschap en de niet bij de transactie betrokken (minderheids)aandeelhouder(s) – geldt daardoor voor (het bestuur van) de vennootschap onder meer een (verzwaarde) plicht om haar minderheidsaandeelhouder(s) (in ruime mate en op controleerbare wijze) voldoende te informeren.¹¹⁰⁴ Voornoemde verplichting kan ook van kracht zijn jegens een aandeelhouder/bestuurder, waardoor die partij ‘adequaat (tijdig en volledig) dient te worden geïnformeerd.’¹¹⁰⁵ De eerder aangehaalde norm brengt verder mee dat de vennootschap verzoeken van de (minderheids)aandeelhouder om informatie over transacties met gelieerde partijen onder omstandigheden moet inwilligen om aan haar zorgvuldigheidsplicht te voldoen.¹¹⁰⁶ Ook dreigt het risico op schending van de in acht te nemen zorgvuldigheid jegens de minderheidscertificaathouder zich te verwezenlijken als financiële transacties tussen diverse gelieerde partijen administratief onvoldoende van elkaar worden gescheiden.¹¹⁰⁷ Hetzelfde geldt indien onder meer onduidelijkheid bestaat over de zakelijke gegrondheid van bepaalde transacties.¹¹⁰⁸

Vergelijkbaar met de hiervoor genoemde informatieplicht is de volgende algemene norm die van toepassing is ingeval een van de aandeelhouders – in tegenstelling tot de andere aandeelhouders – niet in het bestuur is vertegenwoordigd.¹¹⁰⁹ In die situatie moet (het bestuur van) de vennootschap – of haar meerderheidsaandeelhouder/bestuurder – jegens de aandeelhouder/niet-bestuurder een bijzondere zorgvuldigheid in acht nemen en met name dient zij te voorkomen dat verstrengeling/vermenging van haar belangen met die van haar bestuurder(s) plaatsvindt, hetgeen meebrengt dat zij naar behoren opening van zaken moet geven aan de aandeelhouder/niet-bestuurder.¹¹¹⁰ Deze

¹¹⁰³ Hof Amsterdam (OK) 31 november 2000, *JOR* 2001/4 (*Zwagerman Beheer*), r.o. 3.1. De term ‘vermenging van belangen’ staat overigens niet altijd in een uitspraak indien het rechtscollege de plicht uiteenzet om opening van zaken te geven en het geschil (deels) gaat om de toelaatbaarheid van een belangenverstremgeling. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, *ARO* 2008/132 (*Welsi Holding*), r.o. 3.3. Dat volgens voornoemde rechtspraak de verplichting op de vennootschap rust, neemt niet weg dat feitelijk het bestuur of de bestuurder de opening van zaken dient te geven.

¹¹⁰⁴ Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2001, *JOR* 2001/130 (*Duo Staal*), r.o. 3.2; Hof Amsterdam (OK) 22 mei 2002, *ARO* 2002/52 (*Mega Electra Groep Amsterdam*), r.o. 3.4. In deze drie uitspraken benoemen de rechtscollages dat sprake is van een ‘verzwaarde plicht’. De hierna aangehaalde uitspraken daarentegen benoemen niet dat er sprake is van een verzwaarde plicht, maar leggen de nadruk op het in ruime mate en op controleerbare wijze verschaffen van inzicht. Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/43 (*Dialoc ID*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 18 mei 2010, *ARO* 2010/85 (*Creative Kids Concepts*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/57 (*GMG*), r.o. 3.4. Gelet op hetgeen in deze rechtspraak staat kan geen uitsluitel worden gegeven over het moment waarop de informatie moet worden verstrekt. Niettemin lijkt het alsof de informatieverstrekking niet altijd voorafgaand aan de transactie hoeft te geschieden, aangezien de aandeelhouder in zijn algemeenheid niet in het ongewisse moet worden gelaten over de transactie.

¹¹⁰⁵ Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, *ARO* 2011/107 (*Waterspreng*), r.o. 3.4.

¹¹⁰⁶ Hof Amsterdam (OK) 31 november 2000, *JOR* 2001/4 (*Zwagerman Beheer*), r.o. 3.2.

¹¹⁰⁷ In casu zijn met name de rekening-courantverhoudingen ondoorzichtig en volgens de Ondernemingskamer schiet de vennootschap door deze gang van zaken ‘ernstig tekort in haar informatieverplichtingen.’ Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2001, *JOR* 2001/184 (*EMO Groep*), r.o. 3.3. Verder komt het belang van het deugdelijk vastleggen en administreren van informatie eveneens aan bod in andere rechtspraak: Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2014, *ARO* 2014/121 (*Pierson & Pierson*), r.o. 5.4; Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2019, *ARO* 2019/198 (*Clifden*), r.o. 4.11; Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2021, *ARO* 2021/70 (*Diverto Technologies*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2021, *ARO* 2021/109 (*FLEXible HR Service*), r.o. 4.5. Wanneer dat immers niet deugdelijk gebeurt, zal het kunnen geven van openheid van zaken ingewikkelder worden.

¹¹⁰⁸ Hof Amsterdam (OK) 22 mei 2002, *ARO* 2002/52 (*Mega Electra Groep Amsterdam*), r.o. 3.4.

¹¹⁰⁹ Dit sluit aan bij hetgeen in paragraaf 7.2.2 is geschreven over zorg(vuldigheids)plichten.

¹¹¹⁰ Deze norm komt in een soortgelijke bewoording terug in Hof Amsterdam (OK) 22 september 2011, *ARO* 2011/145 (*Client First Beheer*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, *ARO* 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.17.

plicht om openheid te betrachten geldt te meer als de belangen van de aandeelhouder/bestuurder conflicteren met die van de vennootschap zoals het geval is wanneer de vennootschap een transactie aangaat met derden waarbij haar bestuurders als aandeelhouder(s) zijn betrokken.¹¹¹¹

Nagenoeg identiek aan de voorgaande norm is dat (het bestuur van) de vennootschap een bijzondere zorgplicht¹¹¹² heeft jegens de aandeelhouder(s)/niet-bestuurder(s) – die niet vertegenwoordigd zijn in het bestuur – om voldoende/ruimhartig openheid te betrachten met betrekking tot gegevens waarop die partij(en) als zodanig geen toegang of recht hebben en dat het bestuur moet voorkomen dat een vermenging van belangen plaatsvindt.¹¹¹³ De plicht om ruimhartig openheid te betrachten geldt daarnaast te meer ingeval sprake is van belangenverstrengeling.¹¹¹⁴

Gelet op de voorgaande uiteenzetting van de zorgvuldigheidsplicht (bijzondere zorgvuldigheid) en bijzondere zorgplicht zijn de voornaamste verschillen tussen deze plichten de terminologie en de volgorde van de ‘plichten’.¹¹¹⁵ Of deze verschillen praktische meerwaarde hebben, kan betwijfeld worden als er sprake is van niet parallel lopende belangen, aangezien het geven van openheid van zaken aan de aandeelhouder/niet-bestuurder dan essentieel is.¹¹¹⁶ Op welk moment (het bestuur van) de vennootschap de desbetreffende openheid moet verschaffen, is bij beide plichten niet een vast gegeven. Hierdoor lijkt het verstrekken van informatie zowel voorafgaand aan de transactie als (kort) daarna mogelijk indien de aandeelhouder/niet-bestuurder tenminste niet eerder om de informatie heeft verzocht.¹¹¹⁷ Overigens verwijst de Ondernemingskamer ook naar de

¹¹¹¹ De volgende twee uitspraken focussen zich overigens mede op het eerste deel van de zorgvuldigheidsplicht: Hof Amsterdam (OK) 12 december 2002, *ARO 2003/4 (Ed Ros & Wanink)*, r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2003, *ARO 2003/94 (Interieurbouw Tom)*, r.o. 3.5.

¹¹¹² Deze bijzondere zorgplicht is tevens in paragraaf 7.2.2 behandeld, omdat de geformuleerde norm onder omstandigheden eveneens relevant is als geen sprake is van belangenverstrengeling maar wel van een ‘ongelijke verhouding’.

¹¹¹³ Hof Amsterdam (OK) 24 juni 2005, *ARO 2005/102 (Force Europe)*, r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2006, *ARO 2006/26 (Finoren Holding)*, r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, *ARO 2006/58 (CDG Holding)*, r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2006, *ARO 2006/97 (Bonne Route Holding)*, r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 18 juni 2007, *ARO 2007/98 (Rubalas)*, r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 27 september 2007, *ARO 2007/161 (Heem Estate)*, r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 17 december 2007, *ARO 2008/10 (De Hasker Appelhof Holding)*, r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 10 september 2008, *ARO 2008/155 (Janssen Holding)*, r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, *ARO 2009/84 (Triple E)*, r.o. 3.2; Hof Amsterdam (OK) 24 december 2009, *ARO 2010/5 (Yachtcontrol)*, r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, *ARO 2011/107 (Waterspreng)*, r.o. 3.8. De term ‘vermenging van belangen’ – of een vergelijkbare term – gebruikt het rechtscollege overigens niet altijd om een dergelijke bijzondere zorgplicht te duiden, zoals blijkt uit Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2008, *ARO 2008/133 (Rokin87)*, r.o. 3.14; Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO 2011/104 (A. & R. Markerink Holding)*, r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2012, *ARO 2012/30 (Cerflex International)*, r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2020, *ARO 2020/45 (RSW)*, r.o. 3.9.

¹¹¹⁴ Deze laatste toevoeging lijkt met name de afgelopen jaren vaker te worden toegepast, waardoor een (nog) nauwere verwantschap bestaat met de eerder aangehaalde zorgvuldigheidsplicht in een ongelijke verhouding: Hof Amsterdam (OK) 10 april 2018, *ARO 2018/112 (Aeon Plaza Hotels Holding)*, r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2018, *ARO 2018/142 (Penn & Ink Nederland)*, r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2020, *ARO 2021/12 (HLO Energie)*, r.o. 3.9; Rb. Rotterdam 3 februari 2021, *ECLI:NL:RBROT:2021:1016*, r.o. 4.9.

¹¹¹⁵ Bij de eerst aangehaalde norm staat de term ‘bijzondere zorgvuldigheid’ centraal, terwijl bij de daarna aangehaalde norm de term ‘bijzondere zorgplicht’ terugkomt. Bij de eerste norm gaat het daarnaast eerst om het voorkomen van een vermenging van belangen en bij de tweede norm ligt de nadruk eerst op het betrachten van openheid.

¹¹¹⁶ Illustratief hiervoor is de CDG-beschikking, aangezien de Ondernemingskamer daarin eerst de bijzondere zorgplicht uiteenzet en daarna oordeelt dat het geven van volledige openheid van zaken op de weg van de vennootschap had gelegen vanwege het bestaande risico van belangenvermenging (Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, *ARO 2006/58 (CDG Holding)*, r.o. 3.7 en 3.13).

¹¹¹⁷ Dat het moment waarop de informatie verstrekt moet worden geen vast gegeven is, volgt uit de rechtspraak. In sommige uitspraken ligt de nadruk namelijk hoofdzakelijk op het überhaupt verstrekken van informatie over

bijzondere zorgplicht in uitspraken middels de term ‘zorgvuldigheidsplicht’, waardoor de verschillen (nogmaals) hoofdzakelijk terminologisch van aard lijken.¹¹¹⁸ In aanvulling hierop kan opgemerkt worden dat de bijzondere zorgplicht op meerdere hoedanigheden betrekking kan hebben¹¹¹⁹ en het belang van deze zorgplicht op de voorgrond treedt bij (conflicteuze) familieverhoudingen.¹¹²⁰

In de kern gaat het – gelet op hetgeen in deze paragraaf staat – veelal erom dat de belangen zorgvuldig uiteen worden gehouden zodat een oneigenlijke behartiging of vermenging van de belangen niet optreedt.¹¹²¹ De informatieverstrekking speelt in dit kader een essentiële rol omdat het

de transacties of activiteiten: Hof Amsterdam (OK) 12 december 2002, *ARO* 2003/4 (*Ed Ros & Wanink*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 27 september 2007, *ARO* 2007/161 (*Heem Estate*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 17 december 2007, *ARO* 2008/10 (*De Hasker Appelhof Holding*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2008, *ARO* 2008/133 (*Rokin87*), r.o. 3.14; Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, *ARO* 2009/84 (*Triple E*), r.o. 3.2 en 3.4; Hof Amsterdam (OK) 24 december 2009, *ARO* 2010/5 (*Yachtcontrol*), r.o. 3.3 en 3.14; Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*A. & R. Markerink Holding*), r.o. 3.3-3.4; Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, *ARO* 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.17 en 3.27; Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2018, *ARO* 2018/142 (*Penn & Ink Nederland*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2020, *ARO* 2021/12 (*HLO Energie*), r.o. 3.9-3.11. Daarentegen kan uit de rechtsoverweging ook blijken dat het rechtscollege het bezwaarlijk acht dat een transactie heeft plaatsgevonden zonder de aandeelhouder/niet-bestuurder onder meer voorafgaand aan of ten tijde van de transactie daarover te informeren: Hof Amsterdam (OK) 24 juni 2005, *ARO* 2005/102 (*Force Europe*), r.o. 3.4-3.5; Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2006, *ARO* 2006/26 (*Finoren Holding*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, *ARO* 2006/58 (*CDG Holding*), r.o. 3.7 en 3.13; Hof Amsterdam (OK) 10 september 2008, *ARO* 2008/155 (*Janssen Holding*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2020, *ARO* 2020/45 (*RSW*), r.o. 3.9. Verder lijkt het niet beantwoorden van (concrete) vragen omtrent de transactie of het niet willen bespreken van zaken gerelateerd aan een potentiële belangenverstremming snel op gespannen voet te staan met de bijzondere zorgplicht: Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2006, *ARO* 2006/97 (*Bonne Route Holding*), r.o. 3.8 en 3.11; Hof Amsterdam (OK) 10 april 2018, *ARO* 2018/112 (*Aeon Plaza Hotels Holding*), r.o. 3.9.

¹¹¹⁸ Hof Amsterdam (OK) 17 december 2007, *ARO* 2008/10 (*De Hasker Appelhof Holding*), r.o. 3.4-3.5. Zie in dit verband tevens Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.13 waarin de term ‘bijzondere zorgplicht’ ontbreekt. Het rechtscollege verwijst in deze zaak naar ‘de verplichting uit hoofde van art. 2:8 BW om zorgvuldigheid te betrachten’. Vergelijkbaar hiermee is Hof Amsterdam (OK) 28 december 2021, *ARO* 2022/30 (*SMC Industrial*), r.o. 3.10.

¹¹¹⁹ Zie hiervoor Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2006, *ARO* 2006/97 (*Bonne Route Holding*), r.o. 3.11 waarin staat: “miskent zij dat DeSter niet alleen in haar hoedanigheid van bestuurder doch, nu de bijzondere zorgplicht van Holding zich mede tot dier organen uitstrekt, tevens in haar hoedanigheid van meerderheidsaandeelhouder en (...) commissaris van de vennootschap voldoende en adequaat aan haar voormelde verplichting tot voorkoming van een - ontoelaatbare - belangenvermenging zal hebben te voldoen en (...) te waken over de gerechtvaardigde belangen van de minderheidsaandeelhouders.”

¹¹²⁰ Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*A. & R. Markerink Holding*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2019, *ARO* 2019/72 (*Verhoef*), r.o. 3.3-3.4.

¹¹²¹ Dit komt samen met de informatieverstrekking onder meer terug in Hof Amsterdam (OK) 18 augustus 2005, *ARO* 2005/161 (*Dubbelhuis*), r.o. 3.7-3.8; Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2011, *ARO* 2011/161 (*LdB Ogilvy & Mather*), r.o. 3.13; Hof Amsterdam (OK) 25 april 2012, *ARO* 2012/68 (*Butôt*), r.o. 3.21; Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/173 (*Bedrijven- en Kantorencentrum Lansinkveste*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/83 (*ADW Accountants*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2019, *ARO* 2019/200 (*Nijhuis Fabel*), r.o. 4.13; Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2020, *ARO* 2020/49 (*Marrobel*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, *ARO* 2020/68 (*Fuelplants*), r.o. 3.12; Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, *ARO* 2021/153 (*Allure Energie*), r.o. 4.7; Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.9; Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2022, *ARO* 2022/197 (*Freedom Registry*), r.o. 3.15; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:844 (*i3*), r.o. 4.3; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:846 (*Ergo Buildings*), r.o. 3.5. Een deel van de voorgaande rechtspraak wekt de indruk dat in de totstandkomingsfase openheid moet worden betracht, omdat de nadruk ligt op het voorkomen van benadeling van bepaalde partijen of het betrachten van zorgvuldigheid bij de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de transactie. Verder ligt in sommige rechtspraak de nadruk explicieter op het betrachten van openheid voorafgaand aan of bij het aangaan van de transactie: Hof Amsterdam (OK) 2 september 2020, *ARO* 2020/164 (*Permanento Beheer*), r.o. 3.5e; Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, *ARO* 2021/26 (*Thuiszorg Multihulp*),

betrachten van openheid een waarborg vormt waaruit kan blijken of de belangen daadwerkelijk zorgvuldig zijn gescheiden.¹¹²²

Rechtscolleges benoemen overigens niet altijd specifiek – in de rechtsoverweging met betrekking tot belangenverstrengeling en openheid van zaken – dat er sprake is van een zorgvuldigheidsplicht of bijzondere zorgplicht op basis waarvan de vennootschap openheid moet verschaffen.¹¹²³ Desondanks blijft stelselmatig in de rechtspraak terugkomen dat het bestuur of de bestuurder(s) vanwege potentiële niet parallel lopende (persoonlijke) belangen (vooraf dan wel achteraf) openheid over een transactie of handelswijze moet(en) geven aan de andere aandeelhouder(s) en/of bestuurder(s).¹¹²⁴ Zo kan meer specifiek over de verkoop van activa inzicht moeten worden gegeven aan de aandeelhouder(/niet-bestuurder) en met name als de partijen tegengestelde opvattingen hebben over de waarde daarvan.¹¹²⁵ Transparantie is daarom een essentieel element inzake

r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2021, *ARO 2021/70 (Diverto Technologies)*, r.o. 3.4 en 3.7; Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, *ARO 2021/185 (Simetra Investments)*, r.o. 4.10.

¹¹²² Zie in dit verband bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, *ARO 2006/166 (UMI Beheer)*, r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO 2010/88 (Faxgids Nederland)*, r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 13 december 2011, *ARO 2012/5 (Leidsestraat Apotheek)*, r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 1 oktober 2014, *ARO 2011/63 (Muntal)*, r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2019, *ARO 2019/198 (Clifden)*, r.o. 4.10; Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2021, *ARO 2021/109 (FLEXible HR Service)*, r.o. 4.5; Hof Amsterdam (OK) 19 december 2022, *ARO 2023/5 (Steijnborg)*, r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 31 januari 2023, *ARO 2023/42 (GVH Recycling)*, r.o. 4.12. Vergelijkbaar met de voorgaande uitspraken is Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2020, *ARO 2020/114 (Wagenborg Bulk Terminal)*, r.o. 3.6-3.7.

¹¹²³ Een impliciete verwijzing naar de zorgvuldigheidsplicht kan niettemin in de rechtspraak staan.

¹¹²⁴ Illustratief voor de vele conflicten over de informatieverstreking in geval van belangenverstrengeling zijn: Hof Amsterdam (OK) 5 juni 2012, *ARO 2012/86 (Heusden Veste)*, r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 13 juni 2012, *ARO 2012/95 (Steltix)*, r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 22 november 2012, *ARO 2012/163 (Van Lier – Van der Lans)*, r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 21 december 2012, *ARO 2013/10 (Modulo Béton Nederland)*, r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2013, *ARO 2013/157 (Logopak)*, r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, *ARO 2014/60 (S&R Holding)*, r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2014, *ARO 2014/121 (Pierson & Pierson)*, r.o. 5.7; Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2014, *ARO 2014/153 (Groene Energie Administratie)*, r.o. 5.12; Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2014, *ARO 2014/172 (Kooyenga Beheer Groep)*, r.o. 3.4 en 3.6; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2015, *ARO 2015/73 (Ingenieursbureau-XYZ)*, r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 28 mei 2015, *ARO 2015/141 (Pertuno)*, r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, *ARO 2017/72 (Care)*, r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 9 maart 2018, *ARO 2018/104 (Agora Shipping & Trading)*, r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 27 september 2018, *ARO 2018/197 (Museum Hotel)*, r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2018, *ARO 2019/8 (Kaat in Actie)*, r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 16 april 2019, *ARO 2019/110 (De Leege Landen)*, r.o. 4.6; Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, *ARO 2019/105 (L'Étoile)*, r.o. 3.14; Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2020, *ARO 2020/41 (Gein)*, r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2020, *ARO 2020/60 (GHK Holding)*, r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 4 februari 2020, *ARO 2020/62 (Digital Enterprises)*, r.o. 3.22; Hof Amsterdam (OK) 15 april 2021, *ARO 2021/92 (PH Express Rotterdam Centrum)*, r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 6 oktober 2021, *ARO 2021/178 (Vedder & Vedder)*, r.o. 4.5-4.7; Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *ARO 2022/103 (Flevo Berry)*, r.o. 4.8; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO 2022/134 (Omines Services)*, r.o. 4.12; Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2022, *ARO 2022/199 (Willibrordushof Projectontwikkeling)*, r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2023, *ARO 2023/16 (Tema Process)*, r.o. 3.11. Dat onder omstandigheden (expliciet) voorafgaand aan de transactie of handelswijze de benodigde openheid moet worden gegeven, blijkt onder meer uit Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2014, *ARO 2014/35 (De Polderland Projecten)*, r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO 2016/66 (Leaderland)*, r.o. 4.19; Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO 2016/90 (Van Huis Uit Holding)*, r.o. 3.6 en 3.8; Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, *ARO 2018/58 (ZED+)*, r.o. 4.14-4.15; Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2023, *ARO 2023/16 (Tema Process)*, r.o. 3.11.

¹¹²⁵ Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2001, *JOR 2001/106 (Hercules Bennekom)*, r.o. 3.2; Hof Amsterdam (OK) 15 mei 2009, *ARO 2009/78 (Flora Plus)*, r.o. 3.3-3.4; Hof Amsterdam (OK) 9 november 2009, *ARO 2009/167 (iBiz)*, r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO 2010/104 (Poststate Beheer)*, r.o. 3.13.

belangenverstremgeling dat meeweegt bij de toetsing aan art. 2:8 BW of meer specifiek aan de daaruit voortvloeiende plichten.¹¹²⁶

In het verlengde hiervan ligt dat rechtscolleges waarde hechten aan de informatieverstrekking (het betrachten van openheid van zaken) als het bestuur goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan nodig heeft voorafgaand aan de transactie.¹¹²⁷ Op basis van informatie is het namelijk mogelijk om de redelijkheid van de beoogde transactie te kunnen beoordelen in het belang ‘van de vennootschap, de minderheidsaandeelhouders en andere bij de vennootschap en haar onderneming betrokken partijen’.¹¹²⁸

De veelheid aan rechtspraak die hiervoor is behandeld, is illustratief voor hoe vaak partijen discussie hebben over de (niet) verstrekte informatie in het kader van belangenverstremgeling. Voor partijen is het daardoor verstandig om openheid van zaken te geven – alsmede een transactie overeenkomstig de paragrafen 8.2.2 en 8.2.3 onder marktconforme voorwaarden te laten geschieden – zodat het rechtscollege niet kan komen tot het oordeel ‘belangenvermenging’, ‘ontoelaatbare belangenverstremgeling’ of een ander gelijkkluidend oordeel.¹¹²⁹ Inachtneming van dergelijke gedragsregels zorgt er immers voor dat binnen de grenzen van het toelaatbare wordt gebleven als een partij handelt met een tegenstrijdig belang.¹¹³⁰

8.2.5 Onthouding en andere (zorgvuldigheids)regels

Zoals reeds beschreven volgt uit de rechtspraak dat een bestuurder vanwege belangenverstremgeling niet dient deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Dit kan ook het geval zijn indien een bestuurder – of commissaris – geen persoonlijk tegenstrijdig belang heeft bij een transactie, maar wel een conflict van plichten heeft. De grondslag hiervoor is art. 2:8 BW op grond waarvan zorgvuldigheid moet worden betracht bij de besluitvorming.¹¹³¹ Rechtscolleges kunnen daardoor bezwaar hebben op de handelswijze van bestuurder(s) als zij zich niet onttrekken aan de beraadslaging en besluitvorming, omdat de belangen dan niet zorgvuldig gescheiden kunnen

¹¹²⁶ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2003, *ARO* 2003/126 (*LHT Finance House*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 19 januari 2004, *ARO* 2004/22 (*Virtual Affairs*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, *ARO* 2020/68 (*Fuelplants*), r.o. 3.15; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:844 (*i3*), r.o. 4.58; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:846 (*Ergo Buildings*), r.o. 3.5.

¹¹²⁷ Voorbeelden hiervan zijn: Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2012, *ARO* 2012/28 (*Mojo Theater*), r.o. 3.6 en 3.9; Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2013, *ARO* 2013/157 (*Logopak*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2015, *ARO* 2015/82 (*Proxy*), r.o. 4.12; Hof Amsterdam (OK) 14 april 2020, *ARO* 2020/93 (*Apotheek Schiemonde*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 12 september 2022, *ARO* 2022/184 (*HFM Solutions*), r.o. 3.18. Gerelateerd hieraan lijkt Hof Amsterdam (OK) 6 augustus 2020, *ARO* 2020/145 (*Corpus International*), r.o. 3.1c en 3.6.

¹¹²⁸ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *ARO* 2022/103 (*Flevo Berry*), r.o. 4.6; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.10.

¹¹²⁹ Hof Amsterdam (OK) 27 november 2007, *ARO* 2007/190 (*B&A Holding*), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, *ARO* 2017/72 (*Care*), r.o. 3.6.

¹¹³⁰ Hof Amsterdam (OK) 16 september 2019, *ARO* 2019/172 (*Weber*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 10 januari 2023, *ARO* 2023/15 (*Sportsweb International*), r.o. 3.13-3.14.

¹¹³¹ Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, *ARO* 2018/53 (*Intergamma*), r.o. 3.34-3.35; Hof Amsterdam (OK) 1 april 2021, *ARO* 2021/115 (*Priogen Holding*), r.o. 4.33; Hof Amsterdam (OK) 12 september 2022, *ARO* 2022/184 (*HFM Solutions*), r.o. 3.19. Overigens is de grondslag van deze zorgvuldigheidsregel minder eenduidig gelet op de volgende twee uitspraken: Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *ARO* 2022/103 (*Flevo Berry*), r.o. 4.9; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.13.

worden gehouden.¹¹³² Met andere woorden: wanneer de vennootschap over een transactie besluit, dan moet de bestuurder met een concrete belangenverstremgeling daarbij niet betrokken zijn.¹¹³³

In het licht van een zorgvuldige scheiding van belangen zijn eveneens andere maatregelen waarneembaar, die partijen onder omstandigheden in acht moeten nemen. Zo kunnen de omstandigheden meebrengen dat (i) de aandeelhouder/bestuurder had moeten overleggen met de andere aandeelhouder/bestuurder alvorens de vennootschap ten eigen voordele leeg te trekken,¹¹³⁴ (ii) de bestuurder niet buiten medeweten van de medebestuurder bepaalde rechtshandelingen had mogen voorbereiden en uitvoeren,¹¹³⁵ of (iii) ervoor dient te worden gezorgd dat de (geconflicteerde) ‘bestuurder niet betrokken is bij de voorbereiding van de ‘besmette’ transactie, dat hij daarover niet of beperkt wordt geïnformeerd of dat hij (een deel van) zijn portefeuille tijdelijk overdraagt aan een medebestuurder’.¹¹³⁶

8.3 De codering ten gronde

8.3.1 Inleiding

Paragraaf 8.2 heeft meer inzicht gegeven in hoe art. 2:8 BW terugkomt in geschillen over belangenverstremgeling. Ondanks dat er vele normen en constateringen zijn behandeld, blijven bepaalde elementen onderbelicht. Deze paragraaf verschaft meer inzicht in die elementen, waardoor duidelijker wordt waar het verschil ligt tussen handelingen overeenkomstig dan wel in strijd met de normen ter zake van een belangenverstremgeling zoals deze uit de rechtspraakanalyse naar voren zijn gekomen. Wat betreft de structuur wordt – zoals in paragraaf 7.3 – aansluiting gezocht bij de codes in het codeboek. Hierdoor komen achtereenvolgens aan bod: onttrekking (paragraaf 8.3.2), openheid van zaken (paragraaf 8.3.3), inschakelen derde (paragraaf 8.3.4), informatieverstrekking i.h.k.v. goedkeuring algemene vergadering (paragraaf 8.3.5), onthouding (paragraaf 8.3.6), zorgvuldige scheiding van belangen (paragraaf 8.3.7) en overige (paragraaf 8.3.8). Onder overige wordt informatie geplaatst die onder de algemene code omtrent belangenverstremgeling is gecodeerd en die niet reeds in paragraaf 8.2.2 is behandeld.

8.3.2 Onttrekking

In het kader van dit onderzoek – gelet op het codeboek – ligt de focus van deze code op niet gelegitimeerde onttrekkingen van activa aan de vennootschap door de bestuurder waarover geen besluitvorming heeft plaatsgevonden. Een voorbeeld hiervan is waarneembaar in de Modemagazijnbeschikking. In casu ontstaat de indruk dat de bestuurder gelden van de vennootschap voor

¹¹³² Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, ARO 2020/68 (*Fuelplants*), r.o. 3.13e; Hof Amsterdam (OK) 19 december 2022, ARO 2023/5 (*Steijnborg*), r.o. 3.7.

¹¹³³ Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, ARO 2021/26 (*Thuiszorg Multihulp*), r.o. 3.6. Een dergelijke regel is overigens bijna twee decennia eerder reedsesignaleerd. In de Village Scaldia-beschikking heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat de bestuurder zich ‘had behoren terug te trekken en zich had moeten laten vervangen door een bestuurder zonder belangenconflict.’ Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, JOL 2001/625 (*Village Scaldia*), r.o. 3.9.

¹¹³⁴ Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2013, ARO 2013/33 (*Eye Center Europe-Nijmegen*), r.o. 3.7. Dit hangt sterk samen met het betrachten van openheid van zaken.

¹¹³⁵ Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ARO 2017/161 (*Staphorst Ontwikkeling*), r.o. 4.14.

¹¹³⁶ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ARO 2022/103 (*Flevo Berry*), r.o. 4.9; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ARO 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.13.

privédoeleinden heeft aangewend en dat zou aan te merken zijn als een – ontoelaatbare – belangenvermenging. Meerdere facturen zijn namelijk aan de vennootschap gericht en door de vennootschap betaald, terwijl nagenoeg identieke facturen ook zijn gericht aan het privéadres van de (feitelijk) bestuurder.¹¹³⁷ Dat dergelijk gedrag niet verenigbaar met art. 2:8 BW is, volgt duidelijker uit de Technoton-beschikking. Volgens de Ondernemingskamer is de relatie tussen de 50%-aandeelhouders/bestuurders in deze zaak volledig ontworpen en uit de feiten is gebleken dat zij niet in staat zijn om zich jegens elkaar overeenkomstig art. 2:8 BW te gedragen.¹¹³⁸ In dit verband merkt de Ondernemingskamer op:

“(…) dat van de zijde van Kalemci ter terechtzitting is toegegeven dat zij een bedrag van circa E 150.000 aan de bankrekening van de vennootschap in Turkije heeft onttrokken teneinde dit ‘veilig te stellen’ en te gelegener tijd weer terug te storten. Deze erkenning onderstreept de conclusie dat Kalemci en Özgür Holding in hun strijd over de (afwikkeling van hun) samenwerking in de vennootschap sinds enig tijdstip nog slechts hun eigen belangen behartigen en het belang van de vennootschap daaraan ondergeschikt hebben gemaakt.”¹¹³⁹

Het onttrekken van vermogen om dat ‘veilig te stellen’ van de andere aandeelhouder/bestuurder illustreert dat partijen nog enkel hun eigen belang behartigen.¹¹⁴⁰ Dit soort gedrag is dan ook logischerwijs niet in lijn met art. 2:8 BW. Illustratief hiervoor is tevens de E&M Horeca-beschikking waarin wederom een van de twee 50%-aandeelhouders/bestuurders gelden aan de vennootschap onttrekt, omdat zij als geschorste bestuurder daarop aanspraak zou hebben. De Ondernemingskamer overweegt dat de wijze waarop de aandeelhouder/bestuurder betalingen aan zichzelf doet, niet in overeenstemming is met art. 2:8 BW.¹¹⁴¹ Vergelijkbaar met deze uitspraak is de MPS First-beschikking, alleen gebruikt de Ondernemingskamer in de laatstgenoemde uitspraak niet expliciet art. 2:8 BW als toetsingsmaatstaf. Niettemin overweegt de Ondernemingskamer dat de (feitelijk) 50%-aandeelhouder/bestuurder zelfstandig bedragen aan zichzelf heeft overgemaakt zonder dat het daarvoor vereiste overleg met de medebestuurder heeft plaatsgevonden. De aandeelhouder/bestuurder is ook niet bevoegd om zelfstandig gelden te onttrekken en bij dergelijke onttrekkingen bestaat het gevaar op een ontoelaatbare verstrengeling van belangen.¹¹⁴² Gelet op hetgeen in de uitspraak staat, lijkt het daardoor veilig om te stellen dat – ondanks dat de Ondernemingskamer art. 2:8 BW niet expliciet aanhaalt – het gedrag niet in overeenstemming is met art. 2:8 BW.¹¹⁴³

Verder komt het belang van besluitvorming over betalingen – waaronder indirect een salarisverhoging valt – nadrukkelijk terug in de Mojo Theater-beschikking. In deze zaak heeft de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder zelfstandig zijn salaris verhoogd zonder besluit van de algemene vergadering. Volgens deze partij zou dit niet per se problematisch zijn, aangezien zij vanwege haar aandeelhoudersbelang een dergelijk besluit altijd kan nemen in de aandeelhoudersvergadering. De

¹¹³⁷ Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2002, *ARO* 2002/155 (*Modemagazijnen Weduwe J. van den Berg*), r.o. 2.2-2.3 en 3.1-3.2.

¹¹³⁸ Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2007, *ARO* 2007/122 (*Technoton Construction*), r.o. 2.1 en 3.7.

¹¹³⁹ Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2007, *ARO* 2007/122 (*Technoton Construction*), r.o. 3.7.

¹¹⁴⁰ Zie in soortgelijke zin Hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2014, *ARO* 2012/111 (*Dixberg Holding*), r.o. 3.7-3.8.

¹¹⁴¹ Hof Amsterdam (OK) 26 januari 2009, *ARO* 2009/19 (*E&M Horeca Holding*), r.o. 2.1, 3.2-3.3 en 3.5.

¹¹⁴² Hof Amsterdam (OK) 14 december 2021, *ARO* 2022/26 (*MPS First*), r.o. 2.2-2.3 en 3.10.

¹¹⁴³ Hetzelfde geldt in zekere zin voor de volgende uitspraak waarin het rechtscollege eveneens art. 2:8 BW niet expliciet aanhaalt voor het beoordelen van de onttrekkingen: Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2005, *ARO* 2005/9 (*S.H.G.P. Tussenholding*), r.o. 3.12.

Ondernemingskamer overweegt dat de opvatting van de partij ‘het belang van zorgvuldige besluitvorming op basis van informatie aan en gedachtewisseling door de vergadering’ miskent.¹¹⁴⁴ Deze miskenning is des te ernstiger vanwege de niet parallel lopende belangen van de bestuurder en vennootschap.¹¹⁴⁵

De voorgaande uitspraken geven weer dat zelfverrijking middels het doen van onttrekkingen niet valt binnen de grenzen van het toelaatbare. Het onttrekken van vermogen aan de vennootschap is zelfs onder omstandigheden niet met art. 2:8 BW verenigbaar indien een bestuurder dat doet om het vermogen veilig te stellen wegens de mogelijke handelswijze van de andere aandeelhouder/bestuurder.¹¹⁴⁶

8.3.3 Openheid van zaken

Voor de uiteenzetting in paragraaf 8.2.4 is reeds de nodige rechtspraak gebruikt om bepaalde normen te beschrijven die tot de plicht leiden om openheid van zaken te geven. Onduidelijk blijft echter waarover (het bestuur van) de vennootschap openheid moet geven. In deze paragraaf wordt specifiek daarop ingegaan.

In de Tactron-beschikking draagt de vennootschap al haar aandelen in één dochtervennootschap over aan de echtgenote van een bestuurder. De minderheidsaandeelhouder – die als enige geen bestuurder is – heeft ondanks herhaalde verzoeken geen inzicht gekregen in deze transactie. Dit kwalificeert de Ondernemingskamer als een ernstige omissie, omdat bij de transactie een risico op belangenverstremgeling bestaat. De informatieverstrekking is daarom niet in overeenstemming met de verzwaarde informatieplicht die in casu volgens het rechtscollege geldt.¹¹⁴⁷ In het licht van deze informatieplicht is het belangrijk dat voldoende inzicht bestaat in de zakelijke gegrondheid van bepaalde transacties. Het tijdens een aandeelhoudersvergadering niet adequaat beantwoorden van eerder gestelde vragen zorgt er dan ook voor dat niet het vereiste inzicht is gegeven.¹¹⁴⁸ Hetzelfde geldt als het bestuur geen toelichting geeft over de verkoop van activa en de daarmee verband houdende gedragingen.¹¹⁴⁹ Daarnaast leidt deze informatieplicht – in geval van een ongelijke

¹¹⁴⁴ Een vergelijkbare miskenning is tevens waarneembaar in de Aesculaap-beschikking waarin eveneens een belangenverstremgeling centraal staat (Hof Amsterdam (OK) 30 december 2002, *ARO* 2003/18 (*Aesculaap Beheer*), r.o. 3.4).

¹¹⁴⁵ Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2012, *ARO* 2012/28 (*Mojo Theater*), r.o. 3.5. Een salarisverhoging valt in casu ook niet goed te rechtvaardigen door de tegenvallende resultaten van de vennootschap en de bestuurder heeft in de (uiteindelijke) aandeelhoudersvergadering niet toegelicht waarom de verhoging marktconform zou zijn. In vergelijkbare zin oordeelt de Ondernemingskamer in de Makelaarskantoor H. Post-beschikking dat in strijd met art. 2:8 BW is gehandeld, omdat de bestuurder zijn salaris heeft verhoogd ‘zonder dit besluit voor te leggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders dan wel deze vergadering daarover te raadplegen’ (Hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/171 (*Makelaarskantoor H. Post*), r.o. 3.7).

¹¹⁴⁶ Wanneer een bestuurder in rechtspraak zelfstandig – zonder besluitvorming daarover te laten plaatsvinden – zijn bezoldiging verhoogt, dan lijkt het overigens eenvoudiger om te oordelen dat de verhoging (/onttrekking) niet verenigbaar is met de wet (art. 2:245 lid 1 BW).

¹¹⁴⁷ Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*), r.o. 2.1-2.3 en 3.3. In de laatste rechtsoverweging betreft het rechtscollege de volgende gedragsnorm: “waar in het algemeen geldt dat een vennootschap tegenover haar minderheidsaandeelhouder(s) een bijzondere zorgvuldigheid in acht dient te nemen – in het onderhavige geval de vennootschap een verzwaarde plicht heeft de minderheidsaandeelhouder(s) voldoende te informeren en ervoor te zorgen dat de mogelijke verstremgeling van belangen van de vennootschap met die van (andere) aandeelhouders en bestuurders wordt voorkomen.”

¹¹⁴⁸ Hof Amsterdam (OK) 22 mei 2002, *ARO* 2002/52 (*Mega Electra Groep Amsterdam*), r.o. 3.2 en 3.4.

¹¹⁴⁹ Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/57 (*GMG*), r.o. 3.4.

verhouding en belangenverstremgeling – ertoe dat een minderheidsaandeelhouder onder omstandigheden (van tevoren) geïnformeerd moet worden over de faillissementsaanvraag van een dochtervennootschap, zodat zij haar eigen belangen kan behartigen.¹¹⁵⁰

De kern van de voorgaande uitspraken is dat een informatieplicht geldt jegens een (minderheids)aandeelhouder/niet-bestuurder en dat de nadruk op die plicht sterker ligt als er sprake is van belangenverstremgeling. Aan de hand van (adequate) informatie kan de aandeelhouder namelijk actie ondernemen en de transactie/gedraging beoordelen. De aandeelhouder moet daardoor in ruime mate en op controleerbare wijze inzicht verkrijgen in transacties – en verhoudingen – die onder meer het risico op belangenvermenging meebrengen.¹¹⁵¹ Of dit per se binnen of buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering moet geschieden, blijkt niet uit alle rechtspraak en lijkt ook van ondergeschikt belang zolang de benodigde informatie maar wordt verstrekt.

De voorgaande uitspraken zijn in lijn met de in paragraaf 8.2.4 aangehaalde informatieplicht – die voortvloeit uit een (bijzondere) zorg(vuldigheids)plicht – in geval van belangenverstremgeling. Hierdoor behoort (het bestuur van) de vennootschap niet de minderheidsaandeelhouder in het ongewisse te laten over de inhoud en achtergrond van bijvoorbeeld de verkoop van panden, waarbij potentiële conflicterende belangen spelen.¹¹⁵²

In de Finoren-beschikking is een soortgelijk maar uitgebreider oordeel waarneembaar. Zo oordeelt de Ondernemingskamer dat de vennootschap niet heeft voldaan aan haar verplichting om de minderheidsaandeelhouders ‘in redelijke mate inzicht te verschaffen in haar (bedrijfsmatige) activiteiten en (financiële) gang van zaken.’ Vanwege de bijzondere zorgplicht had het namelijk op de weg van (het bestuur van) de vennootschap gelegen om over de verkoop van de panden en de aanwending van de opbrengsten daarvan volledige openheid van zaken te geven jegens de aandeelhouder/niet-bestuurder. Dit is echter noch ten tijde van de transacties noch achteraf gebeurd.¹¹⁵³ Vergelijkbaar hiermee is de CDC-beschikking waarin de Ondernemingskamer overweegt dat over een overeenkomst – die tot ontneming van een *corporate opportunity* heeft geleid – niet vooraf of lopende de onderhandelingen volledige openheid is gegeven jegens de aandeelhouders/niet-bestuurders. In aanvulling daarop blijft onduidelijkheid in welke mate achteraf voldoende openheid van zaken is gegeven, aangezien de minderheidsaandeelhouders enkel tijdens de aandeelhoudersvergadering ‘mondeling zijn geïnformeerd en (ook naderhand) geen inzage hebben gehad in de bewuste overeenkomsten en de overige relevante documentatie.’¹¹⁵⁴

¹¹⁵⁰ Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2003, ARO 2003/94 (*Interieurbouw Tom*), r.o. 3.5-3.6. In casu dient te meer een grote mate van openheid jegens de minderheidsaandeelhouder te worden betracht, omdat de (middellijk) meerderheidsaandeelhouder/bestuurder diverse belangen heeft ‘die met de belangen van Interieurbouw Tom – eventueel zouden kunnen – botsen.’

¹¹⁵¹ Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, ARO 2007/43 (*Dialog ID*), r.o. 3.8. Zie in vergelijkbare zin de A. & R. Markerink-beschikking waarin de Ondernemingskamer oordeelt: “RIG Markerink en Markerink Holding hebben derhalve niet voldaan aan de hierboven beschreven bijzondere zorgplicht om op ruimhartige en controleerbare wijze openheid van zaken te bieden aan R. Markerink. Niet uitgesloten kan worden dat er, zoals R. Markerink naar voren heeft gebracht, sprake is van een belangenverstremgeling die tot nadeel strekt van Markerink Holding en RIG Markerink.” Gelet hierop is het van belang dat op basis van de verstrekte informatie uitsluitel gegeven kan worden over het bestaan van een belangenverstremgeling en de eventuele nadelige gevolgen daarvan (Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, ARO 2011/104 (*A. & R. Markerink Holding*), r.o. 3.3-3.4).

¹¹⁵² Hof Amsterdam (OK) 12 december 2002, ARO 2003/4 (*Ed Ros & Wanink*), r.o. 2.4-2.5 en 3.3.

¹¹⁵³ Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2006, ARO 2006/26 (*Finoren Holding*), r.o. 3.4.

¹¹⁵⁴ Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, ARO 2006/58 (*CDG Holding*), r.o. 3.7 en 3.12-3.13.

Gelet op de bijzondere zorgplicht die geldt in een ongelijke verhouding en als sprake is van belangenverstrengeling, is het evident strijdig met de voornoemde plicht als de aandeelhouder/niet-bestuurder niet (tijdig) geïnformeerd wordt over een transactie met conflicterende belangen of plichten.¹¹⁵⁵ Ook kan de vennootschap betogen dat de aandeelhouder/niet-bestuurder geen recht heeft op informatie buiten de aandeelhoudersvergadering waarna de Ondernemingskamer oordeelt:

“De omstandigheden van dit geval brengen mee dat op Staal c.s. als meerderheidsaandeelhouders en (indirect) bestuurders jegens Chevrayne als minderheidsaandeelhouder een bijzondere zorgplicht rustte, op grond waarvan het bestuur jegens Chevrayne ter zake van de transacties met betrekking tot de Bedrijfsruimtes voorafgaand aan die transacties volledige openheid diende te betrachten.”¹¹⁵⁶

Het betoog van de vennootschap is van ondergeschikt belang, aangezien de aandeelhouder/niet-bestuurder vanwege de omstandigheden zelfs voorafgaand aan bepaalde transacties had moeten worden geïnformeerd. Hierbij is van belang dat de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder bij de transacties telkens een persoonlijk tegenstrijdig belang had en dat de transacties feitelijk tot beëindiging van de onderneming hebben geleid.¹¹⁵⁷ In dit verband speelt mee dat de aandeelhouder/niet-bestuurder middels de informatie in redelijkheid in staat moet zijn om ‘zich ervan te vergewissen dat de onderscheiden belangen behoorlijk uiteen zijn gehouden.’¹¹⁵⁸ Ook moet de aandeelhouder/niet-bestuurder de nodige onderliggende gegevens ontvangen, zodat die partij de vastgestelde verkoopprijs – in het kader van bijvoorbeeld een activa/passiva-transactie – zelfstandig kan beoordelen.¹¹⁵⁹ In lijn hiermee oordeelt de Ondernemingskamer in de Simetra-beschikking dat de bestuurder jegens de meerderheidsaandeelhouder/niet-bestuurder de nodige transparantie moet betrachten.¹¹⁶⁰ Dit brengt mee dat die partij ‘tijdig alle informatie moet worden verschaft die noodzakelijk is voor een beoordeling of de voorwaarden van de te sluiten managementovereenkomst zakelijk verantwoord zijn en of deze in het belang is van de Simetra en de Breeze-vennootschappen en de door hen gedreven onderneming.’¹¹⁶¹ Het is immers belangrijk dat inzicht bestaat in de

¹¹⁵⁵ Zie ook Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2008, *ARO* 2008/133 (*Rokin87*), r.o. 2.2, 2.11 en 3.14; Hof Amsterdam (OK) 10 september 2008, *ARO* 2008/155 (*Janssen Holding*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2020, *ARO* 2021/12 (*HLO Energie*), r.o. 3.9-3.11. Verder blijft deze informatieplicht onverminderd van kracht als de bestuurder overeenkomstig de statuten zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd is in geval van tegenstrijdig belang (Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2018, *ARO* 2018/142 (*Penn & Ink Nederland*), r.o. 3.8).

¹¹⁵⁶ Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2020, *ARO* 2020/45 (*RSW*), r.o. 3.9.

¹¹⁵⁷ Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2020, *ARO* 2020/45 (*RSW*), r.o. 3.7-3.9.

¹¹⁵⁸ Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, *ARO* 2006/166 (*UMI Beheer*), r.o. 3.3. In casu zijn de aandelen in de dochtervennootschap verkocht aan vennootschappen die door leden van de bestuurder zijn (schoon)familie worden beheerst.

¹¹⁵⁹ Hof Amsterdam (OK) 24 december 2009, *ARO* 2010/5 (*Yachtcontrol*), r.o. 3.3 en 3.14. De Ondernemingskamer overweegt: “Ook al was, zoals Datadate Beheer stelt, S.V.E.N. Beheer van de verschillende samenstellende elementen van de berekende verkoopprijs (zoals beschreven in 2.7) op de hoogte (de Ondernemingskamer gaat daar te dezen veronderstellenderwijs van uit), dat neemt niet weg dat zij de onderliggende gegevens en (waarde)berekeningen alsmede de daarbij gehanteerde veronderstellingen en uitgangspunten (bijvoorbeeld, omtrent de mogelijke aanwezigheid van goodwill en omtrent aantal, inhoud, looptijd et cetera van de onderhoudscontracten) zelve niet heeft ontvangen en dat zij aldus onvoldoende was geïnformeerd om de vastgestelde verkoopprijs zelfstandig te kunnen (doen) beoordelen.”

¹¹⁶⁰ Deze transparantie moet worden betracht omdat de bestuurder bij de transactie conflicterende belangen heeft, waardoor de bestuurder is ‘gehouden een hoge mate van zorgvuldigheid te betrachten bij de voorbereiding van en de besluitvorming over het tot stand brengen van de managementovereenkomst’ (Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, *ARO* 2021/185 (*Simetra Investments*), r.o. 4.10). De Ondernemingskamer gebruikt in deze uitspraak overigens niet de term ‘bijzondere zorgplicht’.

¹¹⁶¹ Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, *ARO* 2021/185 (*Simetra Investments*), r.o. 4.10.

zakelijkheid van de transactie en de daarbij gehanteerde prijsstelling.¹¹⁶² Het bestuur van de vennootschap moet daardoor voldoende openheid verschaffen over de redelijkheid en marktconformiteit van bepaalde tarieven en opgevoerde uren in relatie tot onder meer de managementvergoeding.¹¹⁶³ Verder betwijfelt de Ondernemingskamer of aan deze waarborg – het betrachten van een zo groot mogelijke openheid – wordt voldaan indien uit brieven en de notulen van de aandeelhoudersvergadering blijkt dat op voorhand niet duidelijk is onder welke voorwaarden transacties met ‘tegegengestelde’ belangen zijn aangegaan en gepleegd. Hierbij weegt mee dat het bestuur niet of althans in beperkte mate tegemoetkomt aan de nadere informatieverzoeken van de aandeelhouder over de transacties.¹¹⁶⁴

Een ander noemenswaardig voorbeeld betreft de Fuelplants-beschikking waarin (het bestuur van) de vennootschap op verschillende punten jegens de minderheidsaandeelhouder/niet-bestuurder tekortschiet in de informatieverstrekking. (i) Zo worden vragen over een post in de jaarrekening niet toereikend beantwoord. (ii) Informatie over bepaalde verhoudingen en transacties wordt niet tijdig en niet volledig verstrekt. (iii) Informatieverzoeken over de operationele zaken en resultaten van de vennootschap leiden niet tot de gewenste informatie en (iv) het bestuur verschaft geen informatie over de oprichting van een vennootschap die soortgelijke activiteiten verricht.¹¹⁶⁵ De uitspraak geeft samengevat weer dat informatie tijdig en volledig moet worden verstrekt alsmede dat het achterhouden van bepaalde informatie niet verenigbaar is met art. 2:8 BW.

Verder kan in zijn algemeenheid opgemerkt worden dat het niet (tijdig) geven van openheid van zaken – mede gelet op het voorgaande – in ieder geval bezwaarlijk is wanneer een bestuurder conflicterende belangen heeft bij een transactie.¹¹⁶⁶ Hetzelfde geldt voor het onderbelicht laten van (belangrijke) elementen van transacties of handelingen waarbij conflicterende belangen spelen.¹¹⁶⁷ Zo oordeelt de Ondernemingskamer in de Diverto-beschikking dat het op de weg van de bestuurder had gelegen om de aandeelhouders volledig en tijdig – voorafgaand aan de centraal staande handelingen – te informeren over de voorwaarden van het te gelde maken van activa en de gevolgen daarvan voor de continuïteit van de onderneming. Dat de vennootschap dringend kapitaal nodig

¹¹⁶² Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2003, ARO 2003/126 (*LHT Finance House*), r.o. 3.4. De term (bijzondere) zorg(vuldigheids)plicht of een afgeleide daarvan gebruikt het rechtscollege overigens niet altijd om dezelfde plicht uiteen te zetten. Het betrachten van een zo groot mogelijke openheid blijft namelijk verplicht als er sprake is van een ongelijke verhouding en een transactie met een gelieerde partij, waardoor de aandeelhouder/niet-bestuurder gegevens over de prijs en wijze van totstandkoming van de transactie moet krijgen (Hof Amsterdam (OK) 15 mei 2009, ARO 2009/78 (*Flora Plus*), r.o. 3.3-3.4).

¹¹⁶³ Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2020, ARO 2020/114 (*Wagenborg Bulk Terminal*), r.o. 3.6-3.7.

¹¹⁶⁴ Hof Amsterdam (OK) 1 oktober 2014, ARO 2011/63 (*Muntal*), r.o. 3.2-3.3.

¹¹⁶⁵ Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, ARO 2020/68 (*Fuelplants*), r.o. 3.12, 3.13b en 3.15.

¹¹⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2013, ARO 2013/157 (*Logopak*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2014, ARO 2014/172 (*Kooyenga Beheer Groep*), r.o. 3.4-3.6; Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, ARO 2016/90 (*Van Huis Uit Holding*), r.o. 3.6 en 3.8; Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, ARO 2016/66 (*Leaderland*), r.o. 4.19; Hof Amsterdam (OK) 2 september 2020, ARO 2020/164 (*Permanento Beheer*), r.o. 3.5e; Hof Amsterdam (OK) 15 april 2021, ARO 2021/92 (*PH Express Rotterdam Centrum*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:844 (*i3*), r.o. 4.3, 4.12, 4.20, 4.26, 4.32, 4.39 en 4.58; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:846 (*Ergo Buildings*), r.o. 3.10-3.11.

¹¹⁶⁷ Illustratief hiervoor zijn onder meer de volgende uitspraken: Hof Amsterdam (OK) 9 november 2009, ARO 2009/167 (*iBiz*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2011, ARO 2011/161 (*LdB Ogilvy & Mather*), r.o. 3.11-3.13; Hof Amsterdam (OK) 25 april 2012, ARO 2012/68 (*Butôt*), r.o. 3.21; Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, ARO 2014/60 (*S&R Holding*), r.o. 3.5-3.6; Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ARO 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.26-3.27; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, ARO 2017/72 (*Care*), r.o. 3.5-3.6; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ARO 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.14.

had, brengt daarin geen verandering en de achteraf verstrekte algemene informatie over een project is onvoldoende in dat verband.¹¹⁶⁸

Van onvoldoende openheid van zaken is mede sprake als het bestuur terechte vragen niet afdoende beantwoordt.¹¹⁶⁹ Het onbeantwoord laten van vragen in dergelijke situaties is waarschijnlijk enkel mogelijk ‘indien daarvoor een voldoende zwaarwegende reden bestaat.’¹¹⁷⁰ Dat de aandeelhouder in dezelfde branche actief is, vormt zelfs onder omstandigheden geen zwaarwegende reden voor een terughoudende informatieverstrekking. De reden hiervoor is dat het merendeel van de vragen betrekking heeft op het verleden en op de interne (financiële) verantwoording van de vennootschap.¹¹⁷¹

Voorts kunnen de omstandigheden – waaronder onttrekkingen die kwalificeren als belangenvermenging – meebrengen dat de enige feitelijke bestuurder uit eigen beweging de andere aandeelhouder/bestuurder moet informeren over het beleid en de gang van zaken.¹¹⁷² Vanwege verdenkingen van fraude is het tevens van belang om volledige openheid van zaken te verschaffen aan de andere aandeelhouder/bestuurder, zodat de vennootschapsorganen naar aanleiding daarvan op zorgvuldige wijze het beleid kunnen bepalen.¹¹⁷³ Wanneer de aandeelhouder/bestuurder verder bepaalde informatie niet aan de andere aandeelhouder/bestuurder wil verstrekken, dan ontstaat het vermoeden dat er sprake is van een (ongeoorloofde) belangenverstremgeling.¹¹⁷⁴ In de kern gaat het erom – net zoals bij een ongelijke verhouding – dat een (mogelijke) belangenverstremgeling aanleiding geeft om de andere aandeelhouder/bestuurder te informeren, zodat die partij de gang van zaken kan beoordelen.¹¹⁷⁵

¹¹⁶⁸ Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2021, *ARO 2021/70 (Diverto Technologies)*, r.o. 3.4-3.7.

¹¹⁶⁹ Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2019, *ARO 2019/72 (Verhoef)*, r.o. 2.11-2.16 en 3.3-3.4. In de Veldman Beheer-beschikking zijn terechte vragen over de hoge beheerkosten, hoge pensioenvoorziening en de verstrekte leningen niet dan wel slechts summier of ontwijkend door het bestuur beantwoord (Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO 2021/180 (Veldman Beheer)*, r.o. 4.13).

¹¹⁷⁰ Opvallend is dat de Rechtbank Rotterdam in haar uitspraak aansluit bij hetgeen de Ondernemingskamer veelvuldig heeft geoordeeld en mede de nadruk legt op de mogelijkheid om bepaalde vragen niet te beantwoorden. In de uitspraak staat: “Het voorgaande laat onverlet dat (het bestuur van) een vennootschap op grond van artikel 2:8 BW een bijzondere zorgplicht heeft tegenover haar minderheidsaandeelhouder(s). Op grond van deze zorgplicht moet (het bestuur van) een vennootschap er in het bijzonder voor waken dat een ongeoorloofde verstremgeling van belangen plaatsvindt. In geval van transacties die belangenverstremgeling kunnen meebrengen, kan sprake zijn van een ruimer informatierecht van een minderheidsaandeelhouder. Denkbaar is dat in dergelijke situaties vragen over het beleid en de gang van zaken van de vennootschap slechts onbeantwoord kunnen worden gelaten, indien daarvoor een voldoende zwaarwegende reden bestaat.” Rb. Rotterdam 3 februari 2021, *ECLI:NL:RBROT:2021:1016*, r.o. 4.9.

¹¹⁷¹ Hof Amsterdam (OK) 28 december 2021, *ARO 2022/30 (SMC Industrial)*, r.o. 3.10.

¹¹⁷² Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO 2007/45 (Gebr. Bleijlevens Heerlen)*, r.o. 3.5. De aandeelhouder/bestuurder moet ook de andere aandeelhouder/bestuurder informeren over het oprichten van een vennootschap die (waarschijnlijk) soortgelijke activiteiten verricht gelet op een mogelijk tegenstrijdig belang (Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2015, *ARO 2015/73 (Ingenieursbureau-XYZ)*, r.o. 3.7). Het uit eigen beweging betrachten van transparantie jegens de aandeelhouder/niet-bestuurder komt overigens mede terug als een aandeelhouder/bestuurder een tegenstrijdig belang heeft bij bepaalde beslissingen/transacties (Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, *ECLI:NL:GHAMS:2023:844 (i3)*, r.o. 4.58).

¹¹⁷³ Hof Amsterdam (OK) 13 juni 2012, *ARO 2012/95 (Steltix)*, r.o. 3.11.

¹¹⁷⁴ Hof Amsterdam (OK) 22 november 2012, *ARO 2012/163 (Van Lier – Van der Lans)*, r.o. 3.6. Dat de andere aandeelhouder/bestuurder ‘aan de haal zou gaan met de administratie’ vormt geen grond voor het onthouden van informatie, aangezien de vertrouwelijkheid van de informatie op een bepaalde manier kan worden gewaarborgd.

¹¹⁷⁵ Er moet immers voldoende transparantie worden betracht jegens de aandeelhouder/bestuurder (Hof Amsterdam (OK) 28 mei 2015, *ARO 2015/141 (Pertuno)*, r.o. 3.4).

Voldoende transparantie betracht de vennootschap bijvoorbeeld als onder meer nadrukkelijk is aangegeven dat de vennootschap bereid is om alle bestaande vragen te beantwoorden, openheid van zaken te geven en eventueel een boekenonderzoek te laten plaatsvinden.¹¹⁷⁶ Dat volgens de minderheidsaandeelhouder onvoldoende openheid van zaken zou zijn gegeven, kan ook betwijfeld worden indien de minderheidsaandeelhouder werkzaam was bij de vennootschap en daardoor volledig op de hoogte was van de overeenkomst waarvan die partij onvoldoende wetenschap zou hebben. Hierbij weegt mee dat de vennootschap zich welwillend toont om de gevraagde informatie te verstrekken en toe te lichten.¹¹⁷⁷ Het geven van openheid van zaken of de bereidheid daartoe tonen zijn aldus van belang bij de beslechting van een geschil over belangenverstremming. Gelet hierop is het ook essentieel om de informatie deugdelijk vast te leggen en te administreren, aangezien het geven van de benodigde openheid anders niet mogelijk is.¹¹⁷⁸

Kortom, ondanks dat de rechtscolleges verschillende normen en termen gebruiken, blijft een consistent element in de rechtspraak door de jaren heen dat (het bestuur van) de vennootschap openheid van zaken moet geven indien een transactie of handeling plaatsvindt waarbij bestuurder(s) conflicterende of niet parallel lopende belangen of plichten hebben. Gezien de hoeveelheid rechtspraak is het ook verwonderlijk dat complicaties blijven ontstaan vanwege de informatieverstrekking. Het moet immers in de 21^{ste} eeuw duidelijk zijn dat het belangrijk is om de (andere) aandeelhouders/(medebestuurder) te informeren voorafgaand aan dan wel na de besluitvorming of het verrichten van de handeling, zodat zij de mogelijkheid hebben om de redelijkheid en marktconformiteit van de transactie of handeling te beoordelen op basis van benodigde relevante gegevens. Informatieverzoeken moeten in dit kader dan ook – zowel binnen als buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering – worden gehonoreerd. In aanvulling daarop geldt een bepaalde mate van zelfstandigheid om uit eigen beweging informatie te verstrekken, aangezien de aandeelhouders anders onnodig in het duister tasten wat aanleiding kan geven voor een gerechtelijke procedure.

8.3.4 *Inschakelen derde*

Paragraaf 8.2.3 maakt inzichtelijk dat onder omstandigheden een onafhankelijke, deskundige derde ingeschakeld moet worden om de marktconformiteit van een transactie te waarborgen. In deze paragraaf zal meer duidelijkheid worden gegeven over de omstandigheden waaronder dat behoort te gebeuren, alsmede wanneer partijen wel of niet overeenkomstig deze zorgvuldigheidsregel handelen.

Qua omstandigheden is een terugkerend aspect dat de vennootschap onroerend goed¹¹⁷⁹ (bijvoorbeeld een perceel, woning of pand) (indirect) of de onderneming – activa en passiva – overdraagt

¹¹⁷⁶ Hof Amsterdam (OK) 27 november 2007, *ARO* 2007/190 (*B&A Holding*), r.o. 3.18. Het bestaan van een tegenstrijdig belang bij de besluitvorming wordt als het ware geneutraliseerd door onder meer voldoende transparant daarover te zijn tijdens de besluitvorming of in het algemeen. Zie in dit verband Hof Amsterdam (OK) 16 september 2019, *ARO* 2019/172 (*Weber*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 10 januari 2023, *ARO* 2023/15 (*Sportsweb International*), r.o. 3.5 en 3.13-3.14.

¹¹⁷⁷ Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, *ARO* 2008/132 (*Welsi Holding*), r.o. 3.3.

¹¹⁷⁸ Zie in dit verband Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2014, *ARO* 2014/121 (*Pierson & Pierson*), r.o. 5.4; Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2019, *ARO* 2019/198 (*Clifden*), r.o. 4.11; Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2021, *ARO* 2021/70 (*Diverto Technologies*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2021, *ARO* 2021/109 (*FLEXible HR Service*), r.o. 4.5.

¹¹⁷⁹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 15 mei 2009, *ARO* 2009/78 (*Flora Plus*), r.o. 2.1-2.4, 3.3 en 3.5; Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.13; Hof Amsterdam (OK) 10 oktober

aan de bestuurder of een aan de bestuurder gelieerde partij.¹¹⁸⁰ Alhoewel dit in beginsel niet verenigbaar met art. 2:8 BW lijkt, is een dergelijke overdracht onder omstandigheden toelaatbaar zolang de vennootschap en haar aandeelhouders daardoor niet zijn benadeeld zoals blijkt op basis van taxatierapporten.¹¹⁸¹ Het inschakelen van een deskundige derde kan mede geboden zijn voor het (kunnen) beoordelen van de marktconformiteit van de managementvergoeding en aanverwante beloningen/voorzieningen.¹¹⁸²

Verder is in de rechtspraak waarneembaar dat de aandelen die de vennootschap in een of meerdere dochtervennootschappen houdt, vervreemd worden aan een partij die gelieerd is aan bestuurder(s) van de vennootschap.¹¹⁸³ In de Aesculaap-beschikking is de koopsom van de aandelen in de dochtervennootschap te laag geweest blijkens een eerdere waardering van de immateriële activa van de dochtervennootschap. Volgens de Ondernemingskamer geldt in ieder geval dat een objectieve waardebeoordeling voorafgaand aan de verkoop had dienen plaats te vinden of – indien een exacte waardering vanwege omstandigheden niet goed mogelijk was – ‘een objectieve procedure tot nadere waardevaststelling op een later meer geschikt waarderingstijdstip’. Dat het voorgaande niet is gebeurd, klemt te meer omdat de aandelen zijn overdragen aan vennootschappen waarin slechts twee van de drie bestuurders participeren.¹¹⁸⁴ Wanneer van belangverstrengeling sprake is, ligt getuige op de onderzochte rechtspraak in het oordeel de nadruk sterker op het belang van een objectieve waardering.

Een sprekend voorbeeld van een zorgvuldige handelswijze – waarin een objectieve waardering terugkomt – betreft de DHS-beschikking. In casu heeft een van de zonen – die actief betrokken is bij de onderneming – een optierecht verkregen. De andere zonen stellen dat de voorwaarden waaronder dat recht uitgeoefend kan worden, niet marktconform zijn. De Ondernemingskamer deelt deze opvatting niet, aangezien de vast te stellen prijs in overleg met de belastingdienst heeft plaatsgevonden, waarbij de belastingdienst tevens een eigen taxateur heeft aangewezen en heeft verklaard dat er geen sprake is van onzakelijk handelen als de optieovereenkomst wordt uitgevoerd.¹¹⁸⁵ De vennootschap hoeft dus niet per se zelf een taxateur in te schakelen, maar mag tevens vertrouwen op een partij met autoriteit.

2013, ARO 2013/157 (*Logopak*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2022, ARO 2022/199 (*Willibrordushof Projectontwikkeling*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:846 (*Ergo Buildings*), r.o. 3.5-3.7. In het verlengde hiervan ligt een discussie over de marktconformiteit van de huurprijs van bijvoorbeeld een bedrijfspand: Hof Amsterdam (OK) 2 september 2020, ARO 2020/164 (*Permanento Beheer*), r.o. 3.5e.¹¹⁸⁰ Voorbeeld hiervan zijn: Hof Amsterdam (OK) 24 december 2009, ARO 2010/5 (*Yachtcontrol*), r.o. 2.7, 3.1 en 3.10; Hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, ARO 2010/88 (*Faxgids Nederland*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 14 april 2020, ARO 2020/93 (*Apotheek Schiemonnd*), r.o. 3.7.

¹¹⁸¹ Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2001, JOR 2001/184 (*EMO Groep*), r.o. 3.2 en 3.6. Dit volgt mede uit Hof Amsterdam (OK) 16 september 2019, ARO 2019/172 (*Weber*), r.o. 2.1-2.2, 2.14 en 3.8.

¹¹⁸² Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2008, ARO 2008/39 (*AGT Solutions*), r.o. 3.13; Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2020, ARO 2020/114 (*Wagenborg Bulk Terminal*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, ARO 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.9; Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, ARO 2021/185 (*Simetra Investments*), r.o. 4.10; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:844 (*i3*), r.o. 4.3 en 4.32.

¹¹⁸³ Illustratief hiervoor zijn: Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2005, ARO 2005/9 (*S.H.G.P. Tussenholding*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2007, ARO 2007/190 (*B&A Holding*), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 6 maart 2014, ARO 2011/113 (*Elpak*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, ARO 2018/83 (*ADW Accountants*), r.o. 3.8.

¹¹⁸⁴ Hof Amsterdam (OK) 30 december 2002, ARO 2003/18 (*Aesculaap Beheer*), r.o. 3.4.

¹¹⁸⁵ Hof Amsterdam (OK) 21 april 2016, ARO 2016/115 (*Beheersmaatschappij De Hoof Someren*), r.o. 2.3, 2.6-2.17 en 3.7.

De verkoopprijs baseren op een objectieve waardering is overigens niet in alle gevallen voldoende. Indien de deskundige in de waardering aangeeft dat de genoemde prijs slechts een indicatie betreft op basis van beperkte informatie, dan kan de Ondernemingskamer oordelen dat de bestuurder zorg had moeten dragen voor een nauwkeurigere waardering.¹¹⁸⁶ Van een ‘serieus, objectief waardeeringsrapport’ is tevens geen sprake als in het rapport staat dat de waardebepaling globaal is en gebaseerd is ‘op minimale financiële en boekhoudkundige gegevens zonder te beschikken over volledige informatie over de onderverdeling van de balans’.¹¹⁸⁷ Verder weegt in het kader van de marktconformiteit mee of het taxatierapport recent is opgesteld.¹¹⁸⁸ De marktconformiteit van een transactie kan ook onvoldoende worden toegelicht, omdat ‘de overgelegde berichten van enkele makelaars te summier zijn en te veel vragen open laten.’¹¹⁸⁹

Voor het voldoen aan de zorgvuldigheidsregel behoort met inachtneming van het voorgaande niet zomaar elk waardeeringsrapport als grondslag te dienen voor de vastgestelde prijs. Het moet als het ware een recente, sluitende waardering zijn die op de benodigde beschikbare relevante informatie is gebaseerd.

Opvallend in dit kader is voorts de PGN-beschikking. In deze zaak bestaat op een gegeven moment onduidelijkheid over onder meer het aandeelhouderschap van een partij die tevens de enig bestuurder is van de vennootschap. Een aandeelhouder betwist namelijk de rechtsgeldigheid van bepaalde aandelenoverdrachten en stelt dat de vennootschap niet meer de aandeelhouder/bestuurder als aandeelhouder moet behandelen. Naar aanleiding hiervan laat de vennootschap haar advocaten een titelrecherche uitvoeren naar de rechtsgeldigheid van alle overdrachten in aandelen van de vennootschap. Hieruit blijkt dat de aandelenoverdrachten rechtsgeldig zijn. Ondanks deze handelswijze blijft de aandeelhouder bezwaar hebben tegen de gang van zaken. De Ondernemingskamer oordeelt vervolgens dat de bestuurder correct heeft gehandeld, aangezien de bestuurder zijn eigen belang op voldoende wijze heeft geobjectiveerd door het inschakelen van de deskundige derden.¹¹⁹⁰

Het inschakelen van een deskundige derde is gelet hierop niet enkel waardevol om de marktconformiteit van een transactie te waarborgen, maar tevens om de handelswijze van het bestuur te legitimeren als er sprake is van conflicterende belangen.

Uit deze paragraaf blijkt dat een grote variatie aan omstandigheden aanleiding kan geven voor het behoren in te schakelen van een (onafhankelijke) deskundige derde wanneer een bestuurder met niet parallel lopende belangen te maken krijgt. De rechtspraak op dit gebied is blijkens de geanalyseerde uitspraken ook ruim twintig jaar consistent, waardoor partijen met dit element rekening dienen te houden om de marktconformiteit van een transactie te waarborgen.

¹¹⁸⁶ Nu kan immers niet uitgesloten worden dat de vennootschap door de overdracht van het activum – aan indirect de bestuurder – is benadeeld. Verder is de handelswijze in casu temeer bezwaarlijk omdat een andere aandeelhouder niet in de gelegenheid is gesteld om een bod uit te brengen en omdat het bod van een andere partij is genegeerd (Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2006, *ARO* 2006/65 (*T&L Verzekeringen*), r.o. 3.3-3.4).

¹¹⁸⁷ Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO* 2016/66 (*Leaderland*), r.o. 4.13. Een andere complicatie in deze zaak is dat de inschakelde deskundige niet als voldoende onafhankelijk kan worden aangemerkt.

¹¹⁸⁸ Hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194 (*Monitus*), r.o. 3.8-3.9. Zie in dit verband ook Hof Amsterdam (OK) 1 april 2021, *ARO* 2021/115 (*Priogen Holding*), r.o. 4.21-4.22.

¹¹⁸⁹ Hof Amsterdam (OK) 15 mei 2009, *ARO* 2009/78 (*Flora Plus*), r.o. 3.3 en 3.5.

¹¹⁹⁰ Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2005, *ARO* 2005/86 (*Parkeer Groep Nederland*), r.o. 2.16-2.19, 3.4 en 3.6.

8.3.5 Informatieverstrekking i.h.k.v. goedkeuring algemene vergadering

Sterk gerelateerd aan paragraaf 8.3.3 is de verplichting om tijdig alle informatie te verstrekken aan de aandeelhoudersvergadering of de raad van commissarissen die het voornoemde orgaan nodig heeft voor de beoordeling of de transactie – waarvoor het bestuur goedkeuring nodig heeft – ‘redelijk en billijk is vanuit het oogpunt van het belang van de vennootschap en of voldoende zorgvuldigheid wordt betracht jegens de minderheidsaandeelhouders’ en andere betrokken partijen.¹¹⁹¹ Alhoewel dit element verband houdt met de hiervoor genoemde paragraaf, komt dit aspect slechts sporadisch terug in de rechtspraak ten opzichte van de algemenere plicht om ‘openheid van zaken te geven’.

Zo overweegt de Ondernemingskamer in de Tactron-beschikking dat het gebrek aan informatie – gelet op de daarvoor uiteengezette zorgvuldigheidsplicht – temeer klemmt, omdat de vereiste statutaire goedkeuring niet van de aandeelhoudersvergadering is verkregen voor de overdracht van de aandelen in de dochtervennootschap.¹¹⁹² Het rechtscollege krijgt hierdoor niet de mogelijkheid om de informatieverstrekking met betrekking tot de vereiste goedkeuring te toetsen, waardoor de norm niet expliciet terugkomt en een algemene opmerking volstaat. De norm komt daarentegen duidelijker terug in de Mojo Theater-beschikking. In deze zaak overweegt de Ondernemingskamer:

“(...) het had op de weg van Mojo Theater gelegen om, gelet op de belangentegenstelling tussen Mojo Theater en haar bestuurder Visser bij het verstrekken van deze lening, de lening ter goedkeuring aan de algemene vergadering van aandeelhouders van Mojo Theater voor te leggen, zoals artikel 14 lid 3 van de statuten voorschrijft, en daarbij openheid van zaken te verschaffen over het overeen te komen rentepercentage en de overige voorwaarden van de geldlening.”¹¹⁹³

Wederom heeft het bestuur niet de vereiste goedkeuring gevraagd, alleen ligt de nadruk in deze uitspraak specifiek op het vragen van goedkeuring en in verband daarmee het verschaffen van openheid van zaken. Het niet vragen van goedkeuring is een terugkerend element, waarvan tevens sprake is in de Proxy-beschikking. Ook volgt uit deze beschikking dat de vereiste unanimiteit ontbrak en de aandeelhoudersvergadering niet overeenkomstig de statuten in de gelegenheid is gesteld om een vertegenwoordiger aan te wijzen. De Ondernemingskamer concludeert naar aanleiding daarvan dat ‘in zoverre is gehandeld in strijd met de statuten en met de vennootschappelijke goede trouw.’¹¹⁹⁴ De informatieverstrekking komt gelet hierop niet expliciet terug in samenhang met de goedkeuring, maar de mogelijkheid bestaat dat dat element impliciet een rol speelt aangezien de informatieverstrekking (mede) terugkomt in de daaropvolgende rechtsoverwegingen.¹¹⁹⁵

¹¹⁹¹ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ARO 2022/103 (*Flevo Berry*), r.o. 4.6; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ARO 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.10.

¹¹⁹² Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, JOR 2001/56 (*Tactron*), r.o. 3.3. Zie in dit verband ook Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2013, ARO 2013/157 (*Logopak*), r.o. 3.7.

¹¹⁹³ Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2012, ARO 2012/28 (*Mojo Theater*), r.o. 3.6. Rechtsoverweging 3.9 bevat ook enige relevante informatie in dit verband. Verder komt het vragen van toestemming/goedkeuring in samenhang met het betrachten van openheid terug in Hof Amsterdam (OK) 14 april 2020, ARO 2020/93 (*Apotheek Schiemon*), r.o. 3.7.

¹¹⁹⁴ Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2015, ARO 2015/82 (*Proxy*), r.o. 4.12.

¹¹⁹⁵ De Ondernemingskamer concludeert namelijk dat in strijd met de goede trouw is gehandeld en heeft daarvoor geoordeeld dat van een tegenstrijdig belang sprake is geweest (Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2015, ARO 2015/82 (*Proxy*), r.o. 4.11-4.14).

Voorts heeft het bestuur in de HFM-beschikking wel om goedkeuring gevraagd aan een ander vennootschapsorgaan. In deze beschikking merkt de Ondernemingskamer op ‘dat bij de voorbereiding en de besluitvorming over de te verstrekken goedkeuring voor het aangaan van de overeenkomst jegens alle betrokkenen de nodige transparantie is betracht over de voorgestelde transactie, de verhoudingen tussen de aandeelhouders en de commissarissen en de uiteenlopende standpunten.’¹¹⁹⁶

Kortom, op basis van de beschikbare rechtspraak ontstaat de indruk dat het zelden gaat over de informatieverstrekking in het kader van de noodzakelijke goedkeuring. Wanneer dit element niettemin in een uitspraak terugkomt, dan blijkt veelal dat de desbetreffende goedkeuring niet is verzocht. Het blijft echter onverminderd van belang om de nodige transparantie in dat kader te betrachten, aangezien rechtscolleges dat aspect in het oordeel betrekken.

8.3.6 Onthouding

Onder omstandigheden moeten bestuurders – en commissarissen – zich onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Dit is een wettelijke plicht die geldt voor commissarissen ex art. 2:250 lid 5 BW – net zoals voor bestuurders op grond van art. 2:239 lid 6 BW – ingeval zij een persoonlijk tegenstrijdig belang hebben.¹¹⁹⁷ Niettemin oordeelt de Ondernemingskamer in de Intergamma-beschikking dat een onthoudingsregel mede voortvloeit uit art. 2:8 BW indien de wettelijke onthoudingsregel op basis van de feiten niet van toepassing zou zijn. In casu doen de omstandigheden volgens de Ondernemingskamer namelijk wezenlijk afbreuk aan de mate waarin bepaalde commissarissen ‘in staat zijn om op onbevooroordeelde wijze het vennootschappelijk belang van de vennootschap te dienen bij de beraadslaging en besluitvorming binnen de raad van commissarissen over goedkeuring van het project’.¹¹⁹⁸ Het voorgaande blijft onveranderd ondanks dat de raad van commissarissen zich heeft laten bijstaan door een externe adviseur, dat de commissarissen – die door de grootaandeelhouder zijn benoemd – geen privébelang hebben bij het slagen van het project en dat de desbetreffende commissarissen niet persoonlijk betrokken zijn geweest bij de uiteindelijke onderhandelingen. Ook is niet van betekenis dat de raad van commissarissen unaniem tot goedkeuring heeft besloten. Aandeelhouders kunnen immers waarde hechten aan de goedkeuring van de raad van commissarissen, waardoor onthouding geboden was.

Het voorgaande zorgt ervoor dat de Ondernemingskamer oordeelt dat de raad van commissarissen een te beperkte opvatting heeft van de ingevolge art. 2:8 BW in acht te nemen zorgvuldigheid met betrekking tot de besluitvorming.¹¹⁹⁹ Wanneer daarentegen voor alle betrokken partijen duidelijk is dat een commissaris gelieerd is aan één aandeelhouder waarmee de vennootschap een overeenkomst wil aangaan, dan lijkt de Ondernemingskamer minder bezwaar te hebben tegen de deelname van de commissaris aan de beraadslaging en besluitvorming.¹²⁰⁰

In de Fuelplants-beschikking bestaat ten opzichte van de Intergamma-beschikking meer onduidelijkheid over de grondslag waarop de Ondernemingskamer zich baseert. In deze zaak zijn twee

¹¹⁹⁶ Hof Amsterdam (OK) 12 september 2022, ARO 2022/184 (*HFM Solutions*), r.o. 3.18.

¹¹⁹⁷ Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ARO 2018/53 (*Intergamma*), r.o. 3.34.

¹¹⁹⁸ Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ARO 2018/53 (*Intergamma*), r.o. 3.35.

¹¹⁹⁹ Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ARO 2018/53 (*Intergamma*), r.o. 2.3 en 3.34-3.35.

¹²⁰⁰ Hof Amsterdam (OK) 12 september 2022, ARO 2022/184 (*HFM Solutions*), r.o. 2.2 en 3.18-3.19. In deze uitspraak heeft de commissaris volgens de Ondernemingskamer geen (in)direct persoonlijk tegenstrijdig belang en de deelname van de commissaris aan de beraadslaging en besluitvorming is eveneens niet in strijd met de op grond van art. 2:8 BW in acht te nemen zorgvuldigheid jegens de andere aandeelhouder en de vennootschap.

bestuurders van de vennootschap tevens bestuurders en aandeelhouders van vennootschappen die ook actief zijn in hetzelfde werkveld. Hierdoor dienen de bestuurders de belangen van de verschillende vennootschappen zorgvuldig gescheiden te houden. De bestuurders hebben echter niet overeenkomstig deze norm gehandeld, omdat zij zich onder meer niet hebben onttrokken aan de beraadslaging en besluitvorming over bepaalde transacties.¹²⁰¹

Alhoewel de Ondernemingskamer art. 2:8 BW niet expliciet aanhaalt, is de norm om de belangen zorgvuldig gescheiden te houden sterk gerelateerd aan art. 2:8 BW. Het kan namelijk als een uit art. 2:8 BW voortvloeiende zorgvuldigheidsplicht worden beschouwd.¹²⁰² Of de Ondernemingskamer zich daadwerkelijk daarop baseert, kan echter niet met zekerheid worden vastgesteld.¹²⁰³ De Ondernemingskamer lijkt gelet op de Priogen-beschikking wel een voorkeur te hebben voor een ruimere onthoudingsregel op grond van art. 2:8 BW:

“In het licht van deze bevinding, waarvan de feitelijke juistheid niet is bestreden, strookt de aanwezigheid van Tokgöz in de vergadering van de raad van advies waarin werd besloten tot een voorstel aan de algemene vergadering tot verhoging van de management fee van Enerfund, weliswaar niet met de op de voet van artikel 2:8 BW te hanteren zorgvuldigheid, maar is dat van onvoldoende gewicht om bij te dragen aan de vaststelling van wanbeleid.”¹²⁰⁴

De indirect-bestuurder – Tokgöz is namelijk enig aandeelhouder en bestuurder van de 49%-aandeelhouder die tevens enig bestuurder was van de vennootschap – behoorde volgens de Ondernemingskamer op grond van art. 2:8 BW niet aanwezig te zijn bij een vergadering, waardoor die partij zich daarvan had dienen te onthouden.¹²⁰⁵ Dit is in overeenstemming met de latere Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen, alleen leiden deze beschikkingen tevens tot onduidelijkheid over de grondslag van de onthoudingsregel want de Ondernemingskamer verwijst naar zowel art. 2:8 BW als de artt. 2:9 en 2:239 lid 6 BW.¹²⁰⁶ Onthouding lijkt hierdoor in brede zin onder omstandigheden geboden te zijn, waardoor een bestuurder – of commissaris – vanwege niet verenigbare belangen of plichten er verstandig aan doet om zich te onthouden van de besluitvorming en beraadslaging.

8.3.7 *Zorgvuldige scheiding van belangen*

In paragraaf 8.2.5 is behandeld dat de term ‘zorgvuldig scheiden van belangen’ – of een afgeleide daarvan – niet altijd terugkomt in de onderzochte rechtspraak. Onder omstandigheden moeten partijen niettemin vanwege niet parallel lopende belangen bepaalde (zorgvuldigheids)regels en/of plichten in acht nemen, die gedeeltelijk losstaan van de reeds in de paragrafen 8.3.2 tot en met 8.3.6 uiteengezette elementen.¹²⁰⁷ Hieronder volgen twee uitspraken die verduidelijken dat het belangrijk is om een medebestuurder bij een transactie met conflicterende belangen te betrekken.

¹²⁰¹ Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, ARO 2020/68 (*Fuelplants*), r.o. 3.12 en 3.13e.

¹²⁰² Dit volgt onder meer uit Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2022, ARO 2022/197 (*Freedom Registry*), r.o. 3.15.

¹²⁰³ Zie in vergelijkbare zin Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, ARO 2021/26 (*Thuiszorg Multihulp*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 19 december 2022, ARO 2023/5 (*Steijnborg*), r.o. 3.7.

¹²⁰⁴ Hof Amsterdam (OK) 1 april 2021, ARO 2021/115 (*Priogen Holding*), r.o. 4.33.

¹²⁰⁵ Hof Amsterdam (OK) 1 april 2021, ARO 2021/115 (*Priogen Holding*), r.o. 2.4-2.5 en 4.31-4.33.

¹²⁰⁶ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ARO 2022/103 (*Flevo Berry*), r.o. 4.9; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ARO 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.13.

¹²⁰⁷ Zie in dit verband ook Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ARO 2022/103 (*Flevo Berry*), r.o. 4.9; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ARO 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.13.

In de ECE-beschikking heeft een van de twee 50%-aandeelhouders/bestuurders besloten om de activiteiten van de vennootschap voor te zetten in of voortaan te laten verrichten door een nieuwe vennootschap. Door deze omstandigheden rustte op de aandeelhouder/bestuurder – die feitelijk als enige manager van de vennootschap fungeerde – de plicht om de tegenstrijdige belangen naar horen uit elkaar te houden. Vervolgens overweegt de Ondernemingskamer dat de omstandigheden – de (tijdelijke) staking van de activiteiten van de vennootschap en het functioneren van de andere aandeelhouder/bestuurder – niet rechtvaardigen dat zonder overleg met de medebestuurder/-aandeelhouder de activiteiten van de vennootschap uitsluitend door de nieuwe vennootschap worden verricht.¹²⁰⁸ Een plicht om overleg te plegen ligt dan ook besloten in deze uitspraak.

Gerelateerd hieraan is de Staphorst-beschikking waarin de Ondernemingskamer overweegt dat de bestuurder met een persoonlijk tegenstrijdig belang bepaalde rechtshandelingen in ieder geval niet buiten zijn medebestuurder om had mogen voorbereiden en uitvoeren. Deze verplichting lijkt de Ondernemingskamer te plaatsen naast de onthoudingsregel op grond van art. 2:239 lid 6 BW.¹²⁰⁹

8.3.8 Overige

In deze paragraaf komen de aspecten aan bod die niet onder de voorgaande paragrafen vallen, maar desondanks betrekking hebben op een geschil over belangenverstrengeling waarin art. 2:8 BW terugkomt.

Zo komt het gelijkheidsbeginsel impliciet in het gedrang indien twee van de drie aandeelhouders vanwege ‘pretense geleverde bijzondere inspanningen’ bonussen krijgen.¹²¹⁰ Tevens blijft dit beginsel onverminderd gelden zolang een aandeelhouder aandelen houdt, waardoor de vennootschap een minderheidsaandeelhouder – die slechts een van de drie commissarissen kan voordragen – niet anders mag behandelen dan haar andere aandeelhouders. Dat de desbetreffende aandeelhouder zich verbonden heeft om zijn aandelenbelang over te dragen, brengt daarin geen verandering. Door het doorschuiven van een *corporate opportunity* aan de grootaandeelhouder ontstaat dan ook de indruk dat de voormelde handelswijze niet verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel.¹²¹¹

Verder is het doorberekenen van kosten binnen een groep niet zonder meer verenigbaar met art. 2:8 BW als een (minderheids)aandeelhouder bij de vennootschap is betrokken ‘wiens belangen door de gehanteerde wijze van doorbelasting onevenredig – zouden kunnen – worden geschaad.’¹²¹² Het voorgaande hangt samen met het belang van de marktconformiteit van transacties zoals behandeld in paragraaf 8.2.2.3. De marktconformiteit van de bezoldiging van de bestuurder – die tevens meerderheidsaandeelhouder is – komt mede aan bod in de Principal-beschikking. Er bestaat namelijk in deze uitspraak twijfel of de bezoldiging in verhouding staat tot de verrichte werkzaamheden, waardoor mogelijk ‘de normen voor goed vennootschappelijk gedrag’ worden veronachtzaamd.¹²¹³

¹²⁰⁸ Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2013, ARO 2013/33 (*Eye Center Europe-Nijmegen*), r.o. 2.1-2.3, 3.5 en 3.7.

¹²⁰⁹ Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ARO 2017/161 (*Staphorst Ontwikkeling*), r.o. 4.14.

¹²¹⁰ Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, JOR 2000/125 (*Leather Design Van der Eerden*), r.o. 4.6.b.

¹²¹¹ Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, JOR 2001/208 (*De Merwede*), r.o. 3.3-3.4 en 3.7.

¹²¹² Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2003, ARO 2003/128 (*Wireless*), r.o. 3.3 en 3.5.

¹²¹³ Hof Amsterdam (OK) 7 november 2008, ARO 2008/170 (*Principal*), r.o. 3.8-3.9. Deze uitspraak is vanwege de unieke terminologie in deze paragraaf geplaatst. Dit neemt niet weg dat de uitspraak enigszins aansluit bij hetgeen in paragraaf 8.2.2.3 staat.

Een ander opmerkelijk oordeel komt terug in de Cancun-beschikking van de Ondernemingskamer. In deze zaak rekent de Ondernemingskamer het bestuur van de vennootschap ‘aan dat het zich er bepaald onvoldoende bewust is geweest dat het risico van een – onaanvaardbare – belangenvermenging acuut was geworden.’ Hierbij heeft het bestuur ten onrechte niet getracht om de initiële 50/50-verhouding tussen de aandeelhouders te herstellen toen bekend werd dat de later bijgekomen kredietverstrekker – met een aandelenbelang van 7% – zijn aandelenbelang wenste te verkopen aan een van de twee oorspronkelijke aandeelhouders. Ook is nagelaten om de andere aandeelhouder van de voorgenomen overdracht op de hoogte te stellen. Door deze gang van zaken heeft het bestuur toegelaten dat een onevenwichtige en onaanvaardbare situatie is ontstaan, die niet verenigbaar is met de opzet van de samenwerking tussen de aandeelhouders.¹²¹⁴

Het risico op belangenvermenging kan gelet op deze uitspraak meebrengen dat het bestuur actief moet handelen, zodat de beoogde samenwerking tussen de aandeelhouders niet wordt aangetast. Deze verplichting houdt verband met het verschaffen van openheid van zaken, aangezien het bestuur door het verstrekken van informatie aan de andere aandeelhouder – die niet bij de transactie is betrokken – mogelijk de ‘ongewenste’ situatie kan voorkomen.

Het bestaan van een tegenstrijdig belang kan voorts meewegen bij de vernietigbaarheid van een besluit op grond van art. 2:15 lid 1 sub b BW. In de Logistance/SCW-uitspraak heeft de 50%-aandeelhouder/bestuurder namelijk bij bepaalde aandeelhoudersbesluiten een tegenstrijdig belang. Niettemin werden deze aandeelhoudersbesluiten genomen buiten aanwezigheid van de andere aandeelhouder, terwijl verwacht mocht worden dat die aandeelhouder aanwezig had willen zijn. Hierdoor had de aandeelhouder/bestuurder moeten controleren waarom de andere partij afwezig was. Dit heeft die partij echter nagelaten voorafgaand aan het nemen van de ‘nadelige’ besluiten. Het gevolg hiervan is dat de besluiten vernietigbaar zijn.¹²¹⁵

De voorgaande uitspraken illustreren dat het bestaan van conflicterende belangen op verschillende manieren invloed kan hebben op het rechterlijk oordeel. Conflicterende belangen zijn daardoor in ieder geval een aspect waarmee partijen rekening dienen te houden, aangezien zowel actief als passief handelen ten voordele van de eigen belangen – of de belangen van gelieerde partijen – gedrag kan opleveren dat niet verenigbaar is met art. 2:8 BW.

8.4 Feiten en het rechterlijk oordeel

8.4.1 Inleiding

Bepaalde feiten kunnen meermaals in de verschillende uitspraken voorkomen, omdat de rechtscolleges die feiten van belang achten voor de beslechting van het geschil over belangenverstremgeling. In paragraaf 8.2 is bijvoorbeeld meermaals de familieverhouding terugkomen, aangezien dat invloed heeft op de uitwerking van de zorg(vuldigheids)plicht. Dergelijke elementen staan in deze paragraaf centraal.¹²¹⁶ De volgende elementen worden achtereenvolgens behandeld:

¹²¹⁴ Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, ARO 2012/113 (*Cancun Holding*), r.o. 2.16 en 3.27.

¹²¹⁵ Rb. Overijssel 8 april 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1511 (*Logistance/Stribling, Clive & Winterset*), r.o. 4.15.

¹²¹⁶ De focus ligt op de codes die betrekking hebben op de algemene feiten zoals behandeld in paragraaf 6.4.3. Niet alle feiten zullen echter aan bod komen, omdat niet alle feiten in de rechterlijke beoordeling terugkomen met betrekking tot art. 2:8 BW. Hierdoor ligt de nadruk enkel op de aangehaalde feiten.

familieverhouding (paragraaf 8.4.2), financiële positie (paragraaf 8.4.3) en (samenwerkings)overeenkomst (paragraaf 8.4.4).

8.4.2 *Familieverhouding*

Wanneer een familierechtelijke betrekking bestaat tussen de bestuurder van de vennootschap en de partij waarmee de vennootschap een transactie aangaat, dan is het veelal belangrijk dat de bestuurder bepaalde zorgvuldigheidsregels – zoals behandeld in paragraaf 8.3 – in acht neemt.¹²¹⁷ Onder die omstandigheden bestaat er immers een reëel risico op – ontoelaatbare – belangenverstremgeling vanwege de familierechtelijke verhouding tussen de partijen die aan beide kanten van de transactie zijn betrokken.

In zijn algemeenheid moet de vennootschap ook een bijzondere zorgvuldigheid in acht nemen jegens haar minderheidsaandeelhouder(s) en in het bijzonder voorkomen dat een verstremgeling van belangen ontstaat tussen haar bestuur en/of haar meerderheidsaandeelhouder. Deze algemene zorgvuldigheidsplicht weegt zwaarder als de betrokkenen bij een transactie tot elkaar in een familierechtelijke verhouding staan.¹²¹⁸ De reden hiervoor sluit aan bij hetgeen in de vorige alinea staat, aangezien het bestaan van een familierechtelijke verhouding eerder tot een ongeoorloofde belangverstremgeling kan leiden.¹²¹⁹ Alhoewel de rechtspraak – waaruit deze norm voortkomt – van ruim twintig jaar geleden dateert, blijkt deze onverminderd relevant te zijn gezien het veelvuldig gebruik daarvan in recentere jaren.¹²²⁰ Overigens treedt het belang van een (bijzondere) zorgplicht – inhoudende de inachtneming van bepaalde zorgvuldigheidsregels – tevens sterker naar de voorgrond als de betrokken personen in een familieverhouding tot elkaar staan.¹²²¹

Gelet op het bovenstaande speelt een familieverhouding zowel een rol bij het identificeren van conflicterende belangen als bij de naleving van de zorg(vuldigheids)plicht.

8.4.3 *Financiële positie*

De (tegenvallende) financiële situatie van de vennootschap rechtvaardigt niet dat de andere aandeelhouder/niet-bestuurder onvoldoende inzicht krijgt in een transactie die noodzakelijk zou zijn vanwege de slechte liquiditeitspositie van de vennootschap. Hierbij weegt mee dat de

¹²¹⁷ Illustratief hiervoor zijn: Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, *ARO* 2006/166 (*UMI Beheer*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 15 mei 2009, *ARO* 2009/78 (*Flora Plus*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2016, *ARO* 2016/136 (*Marpro International*), r.o. 3.2-3.3; Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2017, *ARO* 2017/78 (*Nieuwendijk Monumenten*), r.o. 5.15; Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, *ARO* 2018/58 (*ZED+*), r.o. 4.15; Rb. Oost-Brabant 31 juli 2019, *ECLI:NL:RBOBR:2019:4456* (*Radboud University Participation/Secmatix*), r.o. 4.23; Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2020, *ARO* 2020/49 (*Marrobel*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2022, *ARO* 2022/199 (*Willibrordushof Projectontwikkeling*), r.o. 3.5.

¹²¹⁸ Hof Amsterdam (OK) 31 november 2000, *JOR* 2001/4 (*Zwagerman Beheer*), r.o. 3.1.

¹²¹⁹ HR 1 maart 2002, *ARO* 2002/40 (*Zwagerman Beheer*), r.o. 3.4.

¹²²⁰ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.7; Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *ARO* 2022/103 (*Flevo Berry*), r.o. 4.5; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.9.

¹²²¹ Dit sluit aan bij hetgeen in paragraaf 8.2 staat, aangezien het verschil tussen de termen zorgvuldigheidsplicht en bijzondere zorgplicht marginaal lijkt te zijn vanwege de daarmee verband houdende zorgvuldigheidsregels. Wat betreft de relatie tussen de bijzondere zorgplicht en een familieverhouding is de volgende rechtspraak relevant: Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*A. & R. Markerink Holding*), r.o. 3.3-3.4; Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2019, *ARO* 2019/72 (*Verhoef*), r.o. 3.3.

aandeelhouder/bestuurder met name zijn persoonlijke belangen lijkt te dienen alsmede dat tussen partijen tegengestelde opvattingen bestaan over de waarde van de activa die centraal staat bij de transactie.¹²²² De zorgvuldigheidsregels die in het kader van belangenverstremgeling gelden, blijven dus onverminderd gelden ondanks dat de transactie – overdracht van activa – noodzakelijk zou zijn om de benodigde liquide middelen te genereren. Hierdoor moet de vennootschap onder meer op een behoorlijke wijze openheid van zaken geven over de transactie aan haar (minderheids)aandeelhouder(/niet-bestuurder) en de marktconformiteit van de transactie waarborgen.¹²²³ Een extra reden voor de plicht tot openheid kan verband houden met de financieringsbereidheid van de aandeelhouder die afhankelijk gesteld is van het verkrijgen van de verzochte openheid van zaken.¹²²⁴

Verder weegt de financiële positie van de vennootschap mee bij de beoordeling van de redelijkheid en marktconformiteit van de bestuursvergoeding.¹²²⁵ Wanneer de resultaten tegenvallen, is bijvoorbeeld een salarisverhoging niet goed te rechtvaardigen.¹²²⁶

Kortom, sporadisch komt de financiële positie van de vennootschap terug bij dit type geschil. Dit gebeurt met name om aan te duiden dat die positie geen rechtvaardiging vormt voor een bepaalde handelswijze.

8.4.4 (Samenwerkings)overeenkomst

De basis voor een transactie – die bijvoorbeeld leidt tot een overdracht van activa – vormt in principe veelal een overeenkomst. Wanneer de bestuurder aan beide kanten van de overeenkomst is betrokken of indien de andere contractspartij gelieerd is aan de bestuurder, dan is er sprake van een risico op een – ontoelaatbare – belangenverstremgeling. Dit volgt ook uit rechtspraak waardoor het van belang is de in paragraaf 8.3 behandelde zorgvuldigheidsregels na te leven.¹²²⁷ Specificieker kunnen de tussen partijen gemaakte afspraken eveneens meewegen bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de gedragingen.¹²²⁸ Zo kan een afspraak over de bezoldiging van de bestuurders ervoor zorgen dat de handelswijze met betrekking tot de uitbetalingen van de

¹²²² Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2001, *JOR* 2001/106 (*Hercules Bennekom*), r.o. 3.2.

¹²²³ Hof Amsterdam (OK) 24 juni 2005, *ARO* 2005/102 (*Force Europe*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 6 maart 2014, *ARO* 2011/113 (*Elpak*), r.o. 3.3 en 3.6-3.7.

¹²²⁴ Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2008, *ARO* 2008/133 (*Rokin87*), r.o. 3.14; Hof Amsterdam (OK) 30 december 2002, *ARO* 2003/18 (*Aesculaap Beheer*), r.o. 3.4.

¹²²⁵ Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/6 (*Secure Internet Machines*), r.o. 3.11.

¹²²⁶ Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2012, *ARO* 2012/28 (*Mojo Theater*), r.o. 3.5.

¹²²⁷ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 2 december 2002, *ARO* 2002/182 (*MicroCash*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 18 mei 2010, *ARO* 2010/85 (*Creative Kids Concepts*), r.o. 3.3-3.5; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2012, *ARO* 2012/30 (*Cerflex International*), r.o. 3.5-3.6; Hof Amsterdam (OK) 25 april 2012, *ARO* 2012/68 (*Butôt*), r.o. 3.21; Hof Amsterdam (OK) 5 juni 2012, *ARO* 2012/86 (*Heusden Veste*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2013, *ARO* 2013/157 (*Logopak*), r.o. 3.5-3.8; Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2017, *ARO* 2017/78 (*Nieuwendijk Monumenten*), r.o. 5.15; Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2019, *ARO* 2019/72 (*Verhoef*), r.o. 3.3-3.5; Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2020, *ARO* 2020/49 (*Marrobel*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, *ARO* 2020/68 (*Fuelplants*), r.o. 3.12-3.13; Hof Amsterdam (OK) 2 september 2020, *ARO* 2020/164 (*Permanento Beheer*), r.o. 3.5e; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2020, *ARO* 2021/12 (*HLO Energie*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, *ARO* 2021/26 (*Thuiszorg Multihulp*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, *ARO* 2021/185 (*Simetra Investments*), r.o. 4.10; Hof Amsterdam (OK) 19 december 2022, *ARO* 2023/5 (*Steijnborg*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2023, *ARO* 2023/16 (*Tema Process*), r.o. 3.11.

¹²²⁸ Zie in algemene zin over de naleving van de gemaakte afspraken Hof Amsterdam (OK) 26 augustus 2009, *ARO* 2009/131 (*Logispring Investment Fund Holding*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 18 mei 2010, *ARO* 2010/85 (*Creative Kids Concepts*), r.o. 3.3.

managementvergoedingen (nog) minder aanvaardbaar is.¹²²⁹ Tevens kunnen de intenties en doelstellingen van partijen meebrengen dat het in strijd is met art. 2:8 BW indien een van de twee aandeelhouders/bestuurders niet profiteert van de intellectuele eigendomsrechten van de vennootschap, omdat de andere aandeelhouder/bestuurder meent dat die rechten (enkel) aan hem toekomen.¹²³⁰

Met inachtneming van het voorgaande komt slechts sporadisch terug dat een overeenkomst zelfstandige betekenis heeft bij dit gevalstype. De voorgaande alinea volstaat daardoor voor dit element.

8.5 Functies art. 2:8 BW

8.5.1 Inleiding

Paragraaf 6.3.9.5 maakt inzichtelijk dat de interpreterende (6), aanvullende (3) beperkende (1) en gedragsregulerende (160) functies zijn waargenomen bij geschillen over belangenverstrengeling. Gelet hierop is zo goed als uitsluitend de gedragsregulerende functie waargenomen bij dit type geschil. Vanwege de aantallen worden de interpreterende, aanvullende en beperkende functies gezamenlijk in paragraaf 8.5.2 behandeld, waarna de gedragsregulerende functie in paragraaf 8.5.3 aan bod komt.

8.5.2 Interpreterend, aanvullend en beperkend

Bij de interpreterende functie wordt een binnen de deelrechtsorde bestaande regel naar redelijkheid en billijkheid geïnterpreteerd. Dit gebeurt bij dit type geschil ten aanzien van verschillende bestaande regels. Hierdoor is het mogelijk om enkele voorbeelden te geven van de interpretatie van de wet, de statuten, besluiten en bepalingen uit overeenkomsten.

Een interpretatie van de wet is waarneembaar in de LDVdE-beschikking, waarin de Ondernemingskamer overweegt dat de handelswijze van de bestuurders onverenigbaar lijkt met ‘de in beginsel te brachten gelijke behandeling van de onderscheiden aandeelhouders’.¹²³¹ In de De Merwede-beschikking vormen de omstandigheden tevens onvoldoende reden voor een ongelijke behandeling van de aandeelhouders, waardoor wederom impliciet het wettelijk gelijkheidsbeginsel een rol speelt in de uitspraak.¹²³²

Verder staat een statutaire bepaling in de Proxy-beschikking centraal. Opvallend is dat de Ondernemingskamer de statuten anders dan de onderzoekers interpreteert en daardoor ervan uitgaat dat het bestuur de goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering nodig had voor bepaalde rechtshandelingen. Nu de benodigde goedkeuring niet gevraagd was en de vereiste statutaire unanimiteit ontbrak, komt de Ondernemingskamer tot de conclusie dat zowel in strijd met de statuten als de goede trouw is gehandeld.¹²³³

¹²²⁹ Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2004, *ARO* 2004/77 (*Cabarra*), r.o. 3.3-3.6.

¹²³⁰ Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, *ARO* 2007/33 (*GreenSwan*), r.o. 3.4-3.5.

¹²³¹ Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, *JOR* 2000/125 (*Leather Design Van der Eerden*), r.o. 4.6.b.

¹²³² Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/208 (*De Merwede*), r.o. 3.3. Beide uitspraken zijn overigens bondig in paragraaf 8.3.8 aan bod gekomen.

¹²³³ Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2015, *ARO* 2015/82 (*Proxy*), r.o. 4.12.

Een interpretatie van besluiten in combinatie met de tussen partijen gemaakte afspraken kan mede geschieden om de aanvaardbaarheid van de besluiten omtrent managementvergoedingen te beoordelen.¹²³⁴ Vergelijkbaar hiermee is SIM-beschikking waarin de Ondernemingskamer overweegt dat de hoogte van de vergoeding – waarvoor een aandeelhoudersbesluit is genomen – haar niet onredelijk voor komt.¹²³⁵ In tegengestelde zin oordeelt de Ondernemingskamer in de SenseMakers-beschikking dat de verhoging van de managementfee – die als exorbitant kan worden beschouwd – evident in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.¹²³⁶

Wat betreft de aanvullende functie gaat het erom dat er sprake is van een leemte binnen de deelrechtsorde, die middels de aanvullende functie wordt opgevuld. Er ontstaat daardoor als het ware een nieuwe regel. Een voorbeeld hiervan betreft de Zwagerman-beschikking waarin de Ondernemingskamer een gedeeltelijk nieuwe zorgvuldigheidsplicht formuleert voor ongelijke verhoudingen die zwaarder weegt ingeval de betrokkenen in een familierechtelijke verhouding tot elkaar staan.¹²³⁷ Een aanvulling van het wettelijk kader is daarnaast waarneembaar in de Intergamma-beschikking, omdat de Ondernemingskamer onthouding van de beraadslaging en besluitvorming mogelijk acht ondanks dat deze verplichting niet reeds volgt uit art. 2:250 lid 5 BW.¹²³⁸

Voorts kan de beperkende functie ervoor zorgen dat een binnen de deelrechtsorde bestaande regel buiten toepassing blijft. Deze functie is binnen dit type geschil eveneens slechts eenmaal geconstateerd. In de Mees Pierson-uitspraak besluit de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder via de aandeelhoudersvergadering in 2008 dat zijn managementvergoeding met terugwerkende kracht vanaf 2003 wordt vastgesteld. De reden hiervoor is dat tot die datum nooit gesproken is over een eventuele bestuursvergoeding. De rechtbank oordeelt naar aanleiding hiervan dat het besluit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat de desbetreffende partij uiterlijk bij de vaststelling van de jaarrekening zijn aanspraak voor dat jaar geldend had moeten maken. Door dit niet te hebben gedaan, is het recht op die aanspraak verwerkt.¹²³⁹

Alhoewel de voormelde functies verhoudingsgewijs tot de gedragsregulerende functies slechts een minimale rol binnen dit type geschil vervullen, illustreren de voorgaande uitspraken dat die functies niettemin relevant kunnen zijn in het kader van de beslechting van een geschil over belangenverstrengeling.

8.5.3 Gedragsregulerend

Zoals uiteengezet komt binnen dit type geschil hoofdzakelijk de gedragsregulerende functie voor. Dit zorgt ervoor dat het merendeel van de gedragsnormen en de niet met art. 2:8 BW verenigbare

¹²³⁴ Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2004, ARO 2004/77 (*Cabarra*), r.o. 3.3-3.6.

¹²³⁵ Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, ARO 2008/6 (*Secure Internet Machines*), r.o. 3.11.

¹²³⁶ Hof Amsterdam (OK) 1 april 2011, ARO 2011/64 (*SenseMakers*), r.o. 3.8-3.9.

¹²³⁷ Hof Amsterdam (OK) 30 november 2000, JOR 2001/4 (*Zwagerman*), r.o. 3.1.

¹²³⁸ Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ARO 2018/53 (*Intergamma*), r.o. 3.35. Een soort van ‘nieuwe’ onthoudingsregel heeft de Ondernemingskamer tevens reeds in 2001 gecreëerd. In de Village Scaldia-beschikking heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat de bestuurder zich ‘had behoren terug te trekken en zich had moeten laten vervangen door een bestuurder zonder belangenconflict.’ Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, JOL 2001/625 (*Village Scaldia*), r.o. 3.9.

¹²³⁹ Rb. Amsterdam 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BM4441 (*Mees Pierson Informal Opportunity Fund*), r.o. 2.5-2.6 en 7.5.

gedragingen reeds in de paragrafen 8.2 en 8.3 staan.¹²⁴⁰ Wel kan de opsplitsing van de gedragsnormen in verschillende subparagrafen een versplinterd beeld geven van de samenhang tussen de normen. Deze samenhang is met name in paragraaf 8.2.1 zichtbaar, waarin de Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen worden behandeld. Hieronder volgt een nadere beschrijving van de samenhang tussen de verschillende gedragsnormen (/zorgvuldigheidsregels) op basis van andere uitspraken.

Allereerst kan worden opgemerkt dat rechtscolleges verschillende zorgvuldigheidsregels zoals het betrachten van openheid, het inschakelen van deskundige/onafhankelijke derden en/of daarmee samenhangende regels aanhalen in dezelfde uitspraak. Deze aspecten (regels) worden dan niet per se als één norm gepresenteerd, maar wegen gezamenlijk mee in de beoordeling van het geschil.¹²⁴¹ In de rechtspraak komt ook terug dat conflicterende belangen aanleiding geven voor het formuleren van één norm, waarin meerdere regels voorkomen. Zo kunnen conflicterende belangen aanleiding geven voor de plicht ‘om de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze gescheiden te houden, een zo groot mogelijke openheid te betrachten en zo nodig een onafhankelijke derde in te schakelen.’¹²⁴² Vergelijkbaar hiermee is de norm:

“De belangen van Multihulp enerzijds en die van BTWH/BTWT anderzijds moeten zorgvuldig gescheiden worden gehouden, daarover dient jegens (de overige aandeelhouders van) Multihulp een hoge mate van transparantie te worden betracht, bij transacties tussen BTWH of aan haar verbonden vennootschappen en Multihulp kan reden zijn onafhankelijke deskundigen te raadplegen ter beoordeling van de vraag of deze transacties at arm's length zijn en wanneer binnen Multihulp wordt besloten over rechtshandelingen met BTWH dient BTWH daarbij niet betrokken te zijn.”¹²⁴³

In de Multihulp-beschikking komt niet enkel het belang van transparantie en het inschakelen van onafhankelijke deskundigen terug, maar in de laatste regel is eveneens de onthoudingsregel (deels) zichtbaar. Verder is een andere variatie met een soortgelijke strekking tevens waarneembaar in verschillende uitspraken:

“Niet gebleken is dat Wigger en Jan als bestuurder van Veldman Beheer voldoende oog hebben gehad voor het tegenstrijdig belang dat bij deze kwesties speelt en de door hen in dat kader - mede op grond van het bepaalde in artikel 2:8 BW - met betrekking tot de belangen van onder meer Ria, Hilda en Wilma als certificaathouders te betrachten zorgvuldigheid. Van bijzondere waarborgen of zorgvuldigheidsmaatregelen (bijvoorbeeld het betrachten van een ruime mate van transparantie en

¹²⁴⁰ Van de gedragsregulerende functie is sprake als het rechtscollege een reeds op art. 2:8 BW gecreëerde gedragsnorm aanhaalt, toepast of aanscherpt. Hieronder valt ook de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW als gedragsnorm waarvan de inhoud afhankelijk is van de feiten en omstandigheden (zie code 41.5 van het codeboek (bijlage II)).

¹²⁴¹ Zie onder meer Hof Amsterdam (OK) 27 november 2007, *ARO 2007/190 (B&A Holding)*, r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 24 december 2009, *ARO 2010/5 (Yachtcontrol)*, r.o. 3.3, 3.10 en 3.14; Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO 2010/104 (Poststate Beheer)*, r.o. 3.13; Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2013, *ARO 2013/157 (Logopak)*, r.o. 3.5-3.7; Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2019, *ARO 2019/72 (Verhoef)*, r.o. 3.3-3.5.

¹²⁴² Hof Amsterdam (OK) 25 april 2012, *ARO 2012/68 (Butôt)*, r.o. 3.21. Zie in soortgelijke zin Hof Amsterdam (OK) 14 april 2020, *ARO 2020/93 (Apotheek Schiemon)*, r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 2 september 2020, *ARO 2020/164 (Permanento Beheer)*, r.o. 3.5e; Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2022, *ARO 2022/199 (Willibrordushof Projectontwikkeling)*, r.o. 3.5.

¹²⁴³ Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, *ARO 2021/26 (Thuiszorg Multihulp)*, r.o. 3.6. Een zorgvuldige scheiding van belangen – waardoor onthouding geboden is – en het betrachten van een grote mate van transparantie volgt eveneens uit Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, *ARO 2020/68 (Fuelplants)*, r.o. 3.12 en 3.13e.

het zo nodig inschakelen van onafhankelijke derden) of specifiek in verband hiermee gemaakte afwegingen door het bestuur ter voorkoming van benadeling van Veldman Beheer (en daarmee ook van de certificaathouders) is niet gebleken.”¹²⁴⁴

Met inachtneming van het voorgaande is een variatie van formuleringen waarneembaar die soortgelijke zorgvuldigheidsregels meebrengen om te voorkomen dat conflicterende belangen nadelige gevolgen hebben voor de vennootschap en haar kapitaalverschaffers. Meerdere van deze regels worden veelal door rechtscolleges – nagenoeg uitsluitend de Ondernemingskamer – aangehaald, waardoor de zorgvuldigheidsregels in paragraaf 8.3 niet op zichzelf staan en in afwisselende samenstellingen relevant kunnen zijn voor bepaalde feiten en omstandigheden.

8.6 Wijze van toetsing

Paragraaf 6.3.9.5 verschaft ook inzicht in de wijze waarop de rechtscolleges binnen dit gevalstype toetsen. Daaruit volgt dat nagenoeg uitsluitend een volle (173) ten opzichte van een terughoudende toetsing (4) is gesignaleerd. Dit is echter niet het geval voor de toetsing van materiële (90) en formele (87) aspecten, aangezien die gelijkwaardiger qua aantallen voorkomen in de uitspraken. De vraag is hierdoor of de formele aspecten telkens vol worden getoetst en de materiële aspecten terughoudend.

In geval van belangenverstrengeling blijkt uit de kwalitatieve analyse dat formele aspecten steeds vol worden getoetst. Daarentegen komt bij de materiële aspecten bijna exclusief (86) een volle toetsing voor. Dit is opmerkelijk gelet op de eerdere vraag die verband houdt met het uitgangspunt dat rechtscolleges formele aspecten vol toetsen en materiële aspecten terughoudend. Hieronder wordt daardoor eerst op de volle toetsing en daarna de terughoudende toetsing van materiële aspecten ingegaan.

Een volle toetsing van materiële aspecten is zichtbaar wanneer rechtscolleges bepaald gedrag ‘onacceptabel’ achten, omdat het gedrag duidt op een ‘ontoelaatbare belangenverstrengeling’ of een gelijkkluidende term waaruit blijkt dat oneigenlijke belangen zwaarder hebben (mee)gewogen. Zo bestaat er bijvoorbeeld geen ruimte voor een belangenafweging indien de bestuurder (i) activa/vermogen van de vennootschap (indirect) overhevelt of wil overhevelen naar zichzelf en/of een gelieerde partij,¹²⁴⁵ (ii) een (mogelijke) niet marktconforme overeenkomst aangaat met zichzelf of een

¹²⁴⁴ Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.9. Andere en vergelijkbare variaties zijn mede gesignaleerd in bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 27 november 2020, *ARO* 2021/12 (*HLO Energie*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, *ARO* 2021/153 (*Allure Energie*), r.o. 4.7; Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, *ARO* 2021/185 (*Simetra Investments*), r.o. 4.10; Hof Amsterdam (OK) 19 december 2022, *ARO* 2023/5 (*Steijnborg*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:844 (i3), r.o. 4.3; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:846 (*Ergo Buildings*), r.o. 3.5.

¹²⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 21 december 2001, *JOR* 2002/57 (*Egbouw Holding*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 2 juli 2002, *ARO* 2002/93 (*Engineering Systems International*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2005, *ARO* 2005/9 (*S.H.G.P. Tussenholding*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/62 (*Karst Beheer*), r.o. 3.2-3.3; Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/45 (*Gebr. Bleijlevens Heerlen*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2008, *ARO* 2008/133 (*Rokin87*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 26 januari 2009, *ARO* 2009/19 (*E&M Horeca Holding*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 1 april 2011, *ARO* 2011/64 (*SenseMakers*), r.o. 3.8-3.9; Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2017, *ARO* 2017/78 (*Nieuwendijk Monumenten*), r.o. 5.15; Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, *ARO* 2019/105 (*L'Étoile*), r.o. 3.9 en 3.11; Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2021, *ARO* 2021/57 (*Van Leur Holding*), r.o. 4.6.

gelieerde partij¹²⁴⁶ of (iii) een *corporate opportunity* aan de vennootschap ontnemt of laat ontnemen.¹²⁴⁷ Een volle toetsing lijkt in dit verband ook de enige reële optie, aangezien het fundamenteel in strijd is met de taakuitoefening van de bestuurder als die partij zichzelf of een gelieerde partij bevoordeelt ten nadele van de vennootschap en de daarbij betrokken aandeelhouder(s)/(bestuurders) die geen voordeel genieten van de transactie of handeling. Ingeval de transactie of handeling daarentegen zakelijk en marktconform is, dan kan het rechtscollege resoluut oordelen dat geen sprake is van een ontoelaatbare belangenverstrengeling – dan wel een daarmee vergelijkbare term – of dat hetgeen centraal staat redelijk is.¹²⁴⁸

Verder hoeft de informatieverstrekking in het kader van belangenverstrengeling niet per se gerelateerd te zijn aan de voorbereidingsfase, de wijze van totstandkoming of het besluitvormingsproces (de formele kant). De informatieverstrekking kan namelijk ook verband houden met het vereiste inzicht dat aan een aandeelhouder gegeven moet worden over een bepaalde gang van zaken ter voorkoming van of voor het kunnen beoordelen van een transactie met een risico op belangenverstrengeling. Indien dit element in een uitspraak terugkomt, kan het rechtscollege zonder het maken van een belangenafweging oordelen – en dus vol toetsen – of (het bestuur van) de vennootschap aan een aandeelhouder/(niet-bestuurder) (on)voldoende informatie heeft verschaft.¹²⁴⁹

Voorts komt een terughoudende toetsing van een materieel aspect – zoals beschreven – slechts vier keer in de rechtspraak terug met betrekking tot belangenverstrengeling. In de gevonden rechtspraak gaat het er hoofdzakelijk om dat de Ondernemingskamer veronderstelt dat de managementvergoeding redelijk is of haar twijfels heeft over de marktconformiteit (redelijkheid) van de vergoeding.¹²⁵⁰ De marktconformiteit van de managementvergoeding is immers ingewikkeld vast te stellen, tenzij de vergoeding buitensporig hoog is. In een andere uitspraak staat tevens de managementvergoeding centraal, maar door de toepassing van de beperkende functie wordt in die uitspraak terughoudend getoetst.¹²⁵¹

Een ander voorbeeld van de terughoudende toetsing volgt uit de Quintel Intelligence-beschikking. In deze uitspraak hebben drie van de vier aandeelhouders – waaronder de statutair bestuurder – vanwege interne conflicten de voorkeur eraan gegeven om nieuwe/andere activiteiten onder te brengen in een andere vennootschap. Volgens de Ondernemingskamer is deze

¹²⁴⁶ Enkele voorbeelden hiervan zijn: Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2003, ARO 2003/128 (*Wireless*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2013, ARO 2013/157 (*Logopak*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, ARO 2018/194 (*Monitus*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2019, ARO 2019/198 (*Clifden*), r.o. 4.12.

¹²⁴⁷ Zoals in Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, JOR 2001/208 (*De Merwede*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, ARO 2006/58 (*CDG Holding*), r.o. 3.7.

¹²⁴⁸ Hof Amsterdam (OK) 10 september 2001, JOR 2001/209 (*Naaykens*), r.o. 3.10-3.12; Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, ARO 2008/7 (*Flexchemie*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 16 september 2019, ARO 2019/172 (*Weber*), r.o. 3.6.

¹²⁴⁹ Illustratief in dit verband zijn: Hof Amsterdam (OK) 22 mei 2002, ARO 2002/52 (*Mega Electra Groep Amsterdam*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2003, ARO 2003/94 (*Interieurbouw Tom*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 18 augustus 2005, ARO 2005/161 (*Dubbelhuis*), r.o. 3.7-3.8; Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2006, ARO 2006/97 (*Bonne Route Holding*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, ARO 2008/132 (*Welsi Holding*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, ARO 2009/84 (*Triple E*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, ARO 2011/57 (*GMG*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, ARO 2014/60 (*S&R Holding*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, ARO 2017/72 (*Care*), r.o. 3.5-3.6; Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2020, ARO 2020/114 (*Wagenborg Bulk Terminal*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2021, ARO 2021/109 (*FLEXible HR Service*), r.o. 4.6.

¹²⁵⁰ Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, ARO 2008/6 (*Secure Internet Machines*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 7 november 2008, ARO 2008/170 (*Principal*), r.o. 3.8.

¹²⁵¹ Rb. Amsterdam 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BM4441 (*Mees Pierson Informal Opportunity Fund*), r.o. 7.5.

handelswijze ‘niet onbegrijpelijk of strijdig met de redelijkheid die zij jegens de vennootschap en/of minderheidsaandeelhouder in acht hadden te nemen’.¹²⁵² Dit illustreert dat de partijen een bepaalde mate van (beleids)vrijheid hebben die de Ondernemingskamer respecteert.

Afrondend kan opgemerkt worden dat binnen dit type geschil met betrekking tot formele aspecten overeenkomstig het eerder genoemde uitgangspunt wordt getoetst, aangezien de rechtscolleges deze aspecten vol toetsen. Met betrekking tot materiële aspecten is daarentegen een volstrekt ander beeld waargenomen. In afwijking van het uitgangspunt toetsen de rechtscolleges namelijk nagenoeg uitsluitend de materiële aspecten vol(ler) in plaats van terughoudend. Dit leidt ertoe dat de beleids- en/of beoordelingsvrijheid van de vennootschapsactoren ingeperkt wordt met betrekking tot belangenverstrengeling. Dit is dan ook opvallend maar wel begrijpelijk, omdat het onbegrijpelijk zou zijn als rechtscolleges toelaten dat bestuurders zichzelf – of aan hen gelieerde partijen – bevoordelen ten koste van de vennootschap en de andere vennootschapsactoren.

8.7 Bevindingen

Alhoewel de rechtscolleges in de 21^{ste} eeuw diverse termen – zoals belangenvermenging en gelijk-luidende termen – hebben gebruikt om gedragingen te beoordelen vanwege conflicterende belangen, blijft niettemin een bepaalde consistentie waarneembaar. Soortgelijk gedrag wordt namelijk door de jaren heen in verschillende bewoordingen als (on)toelaatbaar bestempeld. Opvallend in dit kader is dat het gebruik van de term tegenstrijdig belang vanaf ongeveer 2010 sterk toeneemt. Dienovereenkomstig neemt het gebruik van andere termen sterk af. De gecodeerde rechtspraak vanaf 2020 bevat ook slechts sporadisch andere termen zoals belangenvermenging of -verstrengeling. De Ondernemingskamer – die nagenoeg alle uitspraken binnen dit type geschil heeft gewezen – lijkt zich de afgelopen jaren daardoor nadrukkelijker hoofdzakelijk te focussen op het feitelijk bestaan van een tegenstrijdig belang/belangenverstrengeling en de zorgvuldigheidsregels die daarmee samenhangen zonder gebruik te maken van veel uiteenlopende termen.

Wat betreft de zorgvuldigheidsregels geldt dat de toepassing daarvan (met name) consistent gebeurt in de onderzoeksperiode. Een reden voor de consistente rechtspraak – wat betreft de kern van (on)toelaatbaar gedrag en de zorgvuldigheidsregels – is mede te danken aan het feit dat de Ondernemingskamer nagenoeg alle gecodeerde uitspraken op het gebied van belangenverstrengeling heeft gewezen. Hierbij is ook een sterke focus aanwezig op de bescherming van de ‘zwakkere partij’ die zich in een ongelijke verhouding bevindt, omdat de aandeelhouder/niet-bestuurder veelal afhankelijk is van de bestuurder(s) met (normaliter) een aandelenbelang of zelfs (gezamenlijk) meerderheidsbelang. Daarnaast begrenzen de met belangenverstrengeling samenhangende normen niet alleen het gedrag van de ‘sterke partij’ – in zijn hoedanigheid als bestuurder – maar geven de normen eveneens regels om een zorgvuldige scheiding van belangen te stimuleren en te waarborgen.

Het geven van openheid van zaken is met name een element dat veelvuldig terugkomt, waardoor feitelijk het bestuur of de bestuurder(s) informatie moet(en) verschaffen aan de aandeelhouder(s)/niet-bestuurder(s) over een transactie of handeling waarbij conflicterende belangen spelen dan wel een reëel risico daarop. Deze verplichting kan tevens gelden jegens de medebestuurder indien die partij niet betrokken is bij de transactie. Op welk moment de desbetreffende informatie

¹²⁵² Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2014, ARO 2014/171 (*Quintel Intelligence*), r.o. 3.6.

verschafft moet worden, is echter niet onder alle omstandigheden een uitgemaakte zaak. Dit kan zowel noodzakelijk zijn voorafgaand aan de besluitvorming als daarna. Het belangrijkste is dat de voormelde partijen niet in het ongewisse worden gelaten over de gebeurtenis, zodat zij de redelijkheid en marktconformiteit daarvan kunnen beoordelen. Hiervoor hebben de aandeelhouders – alsmede de medebestuurder – de nodige gegevens nodig. Informatieverzoeken daaromtrent dienen dan ook te worden ingewilligd.

Dat de marktconformiteit van de transactie of handeling is gewaarborgd, kan eveneens blijken uit een objectieve waardebeoordeling die een deskundige derde heeft verricht. Hierbij is van belang dat de derde zich op de benodigde relevante informatie heeft kunnen baseren zodat zekerheid bestaat over de marktconformiteit. Ook kan de objectiviteit van de waardebeoordeling in het gedrang komen indien twijfel bestaat over de onafhankelijkheid van de derde ten opzichte van de bestuurder met conflicterende belangen. Gelet op deze aspecten zal niet elk waarderingsrapport een voldoende waarborg zijn. Tevens kan het onder omstandigheden geboden zijn dat de bestuurder – of een commissaris – zich vanwege de conflicterende belangen onthoudt van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Op welk moment dit exact dient te gebeuren, is niet met zekerheid vast te stellen en daarom zal onthouding in algemene zin veelal geboden zijn bij concrete conflicterende dan wel niet parallel lopende belangen of plichten.

Voorts kunnen in het kader van het zorgvuldig gescheiden houden van de belangen andere aspecten mede relevant zijn. Zo kunnen omstandigheden meebrengen dat (i) de bestuurder overleg moet plegen met de medebestuurder, (ii) de bestuurder niet buiten medeweten van de medebestuurder bepaalde rechtshandelingen mag voorbereiden en uitvoeren, en (iii) ervoor dient te worden gezorgd dat de (geconflicteerde) ‘bestuurder niet betrokken is bij de voorbereiding van de ‘besmette’ transactie, dat hij daarover niet of beperkt wordt geïnformeerd of dat hij (een deel van) zijn portefeuille tijdelijk overdraagt aan een medebestuurder’.

Verder spelen de feiten zoals een familieverhouding, de financiële positie van de vennootschap en een (samenwerkings)overeenkomst een marginale rol binnen dit type geschil. De reden hiervoor is dat de focus van de rechtscolleges hoofdzakelijk ligt op de transactie of handeling met (potentiële) conflicterende belangen.

Met betrekking tot de functies van art. 2:8 BW is bijna exclusief de gedragsregulerende functie in de gecodeerde rechtspraak gesignaleerd, waardoor veel vergelijkbare gedragsregels waarneembaar zijn. Dit is bevorderlijk voor een consistente lijn in de rechtspraak en houdt verband met het feit dat de Ondernemingskamer vrijwel alle uitspraken heeft gewezen. De toetsing geschiedt voorts nagenoeg uitsluitend vol(ler) en dit geldt niet enkel voor formele aspecten maar mede nagenoeg uitsluitend voor materiële aspecten. Dit is opvallend aangezien rechtscolleges materiële aspecten volgens het beschreven kader normaliter terughoudend toetsen. Verklaringen voor de veelvoorkomende volle(re) toetsing zijn de eenduidigheid van de gecreëerde gedragsnormen inzake belangenverstrengeling alsmede de noodzaak om de ‘zwakkere partij’ – zoals de aandeelhouder/niet-bestuurder – te beschermen tegen transacties en handelingen van bestuurder(s) die strekken ten voordele van zichzelf of gelieerde partijen.

Hoofdstuk 9. Winstbestemming

9.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is het gevalstype uiteengezet waarvan de meeste uitspraken (170) zijn gecodeerd. Geschillen over de winstbestemming komen daarentegen significant minder vaak terug in de gecodeerde rechtspraak, aangezien de dataset negentien uitspraken bevat waarin tussen partijen een geschil over de winstbestemming centraal staat. Dit hoofdstuk behandelt hetgeen uit de rechtsoverwegingen van de desbetreffende negentien uitspraken voortvloeit, zodat de werking van art. 2:8 BW en de toepassing van die norm door rechtscolleges ter beslechting van geschillen over de winstbestemming inzichtelijk wordt.¹²⁵³

De structuur van het hoofdstuk is als volgt. Allereerst beschrijft paragraaf 9.2 welke algemene normen en constateringenvoortvloeienvan het rechterlijk oordeel. Hierdoor wordt zichtbaar dat de redelijkheid en billijkheid op uiteenlopende manieren terugkomt in dit type geschil. Daaropvolgend gaat paragraaf 9.3 meer specifiek in op de gesignaleerde normen om de nuances met betrekking tot die normen en de toepassing van art. 2:8 BW te verduidelijken. Middels deze paragraaf wordt bijvoorbeeld duidelijker wanneer er sprake is van een redelijk dividendbeleid. Hierna belicht paragraaf 9.4 de feiten die de rechtscolleges meermaals aanhalen – of van belang achten – voor de beslechting van het geschil door toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Een (aandeelhouders)overeenkomst kan in dit verband relevant zijn vanwege de invloed van de gemaakte afspraken op de redelijkheid van het winstbestemmingsbesluit. Vervolgens staan achtereenvolgens de gesignaleerde functies van art. 2:8 BW en de wijze van toetsing centraal in de paragrafen 9.5 en 9.6. Hierbij valt op dat de gedragsregulerende functie nagenoeg uitsluitend is waargenomen en bij de wijze van toetsing is slechts één keer een – van het uitgangspunt afwijkende – volle toetsing van een materieel aspect gesignaleerd. Afsluitend volgt in paragraaf 9.7 een overzicht van de bevindingen.

9.2 Algemene normen en constateringenvan

Uit verschillende uitspraken blijkt telkens dat in een geschil over de winstbestemming het veelal gaat over de vraag of er sprake is van een redelijk dividendbeleid,¹²⁵⁴ aangezien aandeelhouders in beginsel recht hebben op uitkering van (een deel van) de gerealiseerde winst.¹²⁵⁵ Bij het beoordelen daarvan is een terugkerende norm dat het gedurende langere tijd afzien van elke winstuitkering ten opzichte van een (minderheids)aandeelhouder in strijd kan zijn met art. 2:8 BW, tenzij daarvoor

¹²⁵³ Informatie daarover is immers essentieel voor het kunnen beantwoorden van de centrale onderzoeksvraag in paragraaf 1.2.

¹²⁵⁴ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO* 2015/18 (*Iszgro*), r.o. 3.14; Hof Amsterdam (OK) 23 mei 2019, *ARO* 2019/135 (*Massxess*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, *ARO* 2019/173 (*Beheerskantoor Scheveningen*), r.o. 3.10.

¹²⁵⁵ Rb. Leeuwarden 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN5188 (*Gjaltema Onroerend Goed/ABS Steigerbouw*), r.o. 4.8; Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *ARO* 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.10; Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.11; Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.5.

een goede reden bestaat.¹²⁵⁶ Een goede reden voor reservering kan voortvloeien uit het vennootschappelijk belang dat zich tegen uitkering verzet.¹²⁵⁷ De tussen partijen gemaakte afspraken kunnen tevens gelden als reden voor het reserveren van de winst.¹²⁵⁸

De voorgaande algemene norm hangt samen met de uit art. 2:8 BW voortvloeiende zorgvuldigheidseis voor een meerderheidsaandeelhouder/bestuurder om rekening te houden met de belangen van de minderheidsaandeelhouder waaronder het recht op een redelijke vergoeding in de vorm van dividend.¹²⁵⁹ De redelijkheid en billijkheid beschermt bij besluiten over het uitkeren van de winst in zijn algemeenheid de minderheidsaandeelhouder tegen misbruik van meerderheidsmacht.¹²⁶⁰ Voorts moet niet enkel de meerderheidsaandeelhouder rekening houden met een uit art. 2:8 BW voortvloeiende zorgvuldigheidsplicht. Hetzelfde geldt voor de vennootschap – en dus indirect ook voor haar bestuurder(s) – waardoor de vennootschap de belangen van de minderheidsaandeelhouder niet uit het oog mag verliezen.¹²⁶¹

Verder hechten rechtscolleges waarde aan de informatie die de (minderheids)aandeelhouder (niet) ontvangt. Zo acht de Ondernemingskamer het meermaals van belang dat de redenen of motieven voor reservering van de winst deugdelijk worden toegelicht.¹²⁶² Ook moet het dividendbeleid kenbaar zijn voor de aandeelhouders.¹²⁶³ Een aanscherping van de voorgaande informatieplicht is waarneembaar in twee geschillenregelingsprocedures. De Rechtbanken Rotterdam en Noord-Holland oordelen dat de aandeelhouders op basis van actuele financiële informatie in de gelegenheid gesteld moeten worden om van gedachten te wisselen over het (eventueel) uitkeren van dividend, zodat de aandeelhouders de redelijkheid van het dividendbeleid kunnen beoordelen.¹²⁶⁴

Een andere factor die kan leiden tot vraagtekens bij het dividendbeleid, is het onder ‘zachte voorwaarden’ verstrekken van leningen aan (bepaalde) familieleden, terwijl de algemene vergadering telkens besluit tot reservering van de gehele winst.¹²⁶⁵ Het feit dat de vennootschap een familiebedrijf met een langetermijnvisie is, kan daarentegen eveneens meewegen als rechtvaardigingsgrond

¹²⁵⁶ Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, ARO 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, ARO 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.10; Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, ARO 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, ARO 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.11. Hierbij dient opgemerkt te worden dat dit conform de reeds decennia bestaande rechtspraak van de Hoge Raad is (HR 9 juli 1990, NJ 1991/51, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Sluis*), r.o. 3.3). Zie paragraaf 2.4.3 voor meer informatie over de Sluisbeschikking.

¹²⁵⁷ Rb. Leeuwarden 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN5188 (*Gjaltema Onroerend Goed/ABS Steigerbouw*), r.o. 4.8; Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, ARO 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.10.

¹²⁵⁸ Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, ARO 2015/18 (*Iszgro*), r.o. 3.14.

¹²⁵⁹ Hof Amsterdam (OK) 6 mei 2008, ARO 2008/88 (*Wilmont*), r.o. 3.9.

¹²⁶⁰ Rb. Den Haag 30 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6963 (*Med-IP*), r.o. 4.16.

¹²⁶¹ Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ARO 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.51; Rb. Amsterdam 22 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2128 (*VMC/Gerimedica Holding*), r.o. 4.6.

¹²⁶² Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, ARO 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, ARO 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, ARO 2015/18 (*Iszgro*), r.o. 3.14; Hof Amsterdam (OK) 23 mei 2019, ARO 2019/135 (*Massxess*), r.o. 3.5.

¹²⁶³ Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, ARO 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.10; Hof Amsterdam (OK) 23 mei 2019, ARO 2019/135 (*Massxess*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, ARO 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.11.

¹²⁶⁴ Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672, r.o. 7.5; Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1277 (*Voogel/Heijnis*), r.o. 4.7.

¹²⁶⁵ Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, ARO 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ARO 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.49 en 3.51.

voor een terughoudend(er) dividendbeleid.¹²⁶⁶ Tevens kan het uitkeren van winst aan niet alle partijen onverenigbaar met art. 2:8 BW of art. 2:201 BW zijn.¹²⁶⁷

Omdat op voorhand niet evident is of een van de voorgaande normen (gedragsregels) is geschonden, bestaat de rechterlijke beoordeling veelal uit een afweging van de belangen van de (minderheids)aandeelhouder(s) bij uitkering van de winst tegenover de belangen van de vennootschap bij een reservering van de winst.¹²⁶⁸ De algemene vergadering – die veelal een besluit neemt over het wel of niet uitkeren van winst – behoort zich daardoor bij de besluitvorming niet enkel te focussen op het vennootschappelijk belang bij reservering.¹²⁶⁹ Alle daarbij betrokken belangen – waaronder die van de aandeelhouders – dienen te worden meegewogen voor het bepalen wat redelijk is.¹²⁷⁰ De rechterlijke toetsing hiervan geschiedt terughoudend vanwege de beoordelingsvrijheid van het vennootschapsorgaan.¹²⁷¹ Maar in welke gevallen is het dividendbeleid of het winstbestemmingsbesluit (on)redelijk?

9.3 De codering ten gronde

9.3.1 Inleiding

Paragraaf 9.2 bevat normen en gedragingen die de kaders van art. 2:8 BW verduidelijken. Om meer inzicht te verschaffen in die normen en gedragingen behandelt deze paragraaf wanneer volgens de rechtscollages het dividendbeleid en het winstbestemmingsbesluit overeenkomstig (paragraaf 9.3.2) dan wel in strijd (paragraaf 9.3.3) met art. 2:8 BW is. De uitspraken die niet hoofdzakelijk daarover gaan maar wel op de winstbestemming betrekking hebben, worden in paragraaf 9.3.4 (overige) uiteengezet.

9.3.2 Dividendbeleid in overeenstemming met art. 2:8 BW

De Synpact-beschikking is niet uitsluitend relevant voor geschillen over de informatieverstrekking – zie paragraaf 7.3.3.2 – omdat in deze beschikking tevens een geschil over de winstbestemming centraal staat. De Ondernemingskamer overweegt in deze zaak dat het besluit tot winstbestemming in de kern neerkomt op een belangenafweging tussen enerzijds het belang van de (minderheids)aandeelhouder en anderzijds het vennootschappelijk belang en de wens van de andere

¹²⁶⁶ Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.11.

¹²⁶⁷ In Rb. Leeuwarden 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN5188 (*Gjaltema Onroerend Goed/ABS Steigerbouw*), r.o. 4.9 wordt expliciet de link met art. 2:8 BW gelegd en in Hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, *ARO* 2018/114 (*Sturio*), r.o. 3.8 gaat het meer specifiek om het schenden van art. 2:201 BW.

¹²⁶⁸ Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, *ARO* 2008/132 (*Welsi Holding*), r.o. 3.10; Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.8-3.10; Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *ARO* 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.10; Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.11; Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.5.

¹²⁶⁹ Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.6; Rb. Den Haag 23 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:926, r.o. 4.5.

¹²⁷⁰ Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.10; Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, *ARO* 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.51.

¹²⁷¹ Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.11; Rb. Amsterdam 22 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2128 (*VMC/Gerimedica Holding*), r.o. 4.6. In deze laatste uitspraak verwijst de Rechtbank Amsterdam naar het VEB/KLM-arrest van de Hoge Raad waarin de terughoudende toetsing aan bod komt (HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/461, m.nt. P. van Schilfgaarde (*VEB/KLM*), r.o. 3.2.3 en 3.4.3).

aandeelhouder(s) om te reserveren. De aandeelhouder heeft zelfs in beginsel recht op winst, tenzij het vennootschappelijk belang zich daartegen verzet. Wel zal de belangenafweging normaliter in het voordeel van de aandeelhouder uitvallen als het beleid inhoudt dat voor onbepaalde tijd alle winst wordt gereserveerd. Voorts dient volgens de Ondernemingskamer het ‘dividendbeleid kenbaar te zijn voor de aandeelhouders en te worden gemotiveerd.’¹²⁷²

Met inachtneming van deze norm acht de Ondernemingskamer het niet onredelijk dat de winst de afgelopen drie jaar is gereserveerd vanwege de daarvoor aangevoerde gronden. De vennootschap wil namelijk de mogelijkheid blijven bieden om klanten voorfinanciering te kunnen verstrekken en de vennootschap heeft financiële middelen nodig voor een aankomende overname waarvoor een principeakkoord is gesloten. Ook heeft de vennootschap deze motieven uitdrukkelijk gemotiveerd en kenbaar gemaakt. Vervolgens oordeelt de Ondernemingskamer dat ‘niet gezegd kan worden dat de vennootschap niet in redelijkheid tot haar dividendbeleid heeft kunnen komen.’¹²⁷³ De beoordelingsvrijheid van de aandeelhoudersvergadering prevaleert daardoor – vanwege de goede redenen voor reservering – boven het belang van de aandeelhouder die een dividenduitkering wenst te ontvangen. Dit gebeurt zelfs ondanks dat enkele jaren geen winst is uitgekend, waardoor de indruk ontstaat dat een dividenduitkering geen belemmering moet vormen voor het (gebruikelijke) beleid van de vennootschap – het aanbieden van voorfinanciering – en toekomstige ‘investeringen’ die voldoende concreet en uitgewerkt zijn.

Blijkens de Synpact-beschikking focust de Ondernemingskamer zich zowel op de informatieverstrekking als redelijkheid van het dividendbeleid bij een toetsing aan art. 2:8 BW. Overeenkomstig deze elementen oordeelt de Ondernemingskamer in de Iszgro-beschikking dat het gevoerde dividendbeleid redelijk en voldoende gemotiveerd is.¹²⁷⁴ De reden hiervoor is dat de partijen – die zich op aandeelhoudersniveau in een patstelling bevinden – in zowel een basisovereenkomst als aandeelhoudersovereenkomst hebben vastgelegd dat de eerste twee jaar na het sluiten van de overeenkomsten geen dividenduitkering plaatsvindt. Na die periode is dividenduitkering volgens de afspraken mogelijk als er sprake is van een solventieratio van 35% en die norm is niet behaald.¹²⁷⁵ Er bestaat gelet hierop een goede reden voor reservering, waardoor de – in casu zeer beperkte – belangenafweging in het voordeel van het vennootschappelijk belang uitvalt.

Voorts is een uitgebreidere toetsing van de redelijkheid van het dividendbeleid waarneembaar in de Fuhler-beschikking. In deze zaak komt eerst een soortgelijke gedragsnorm terug als in de Synpact-beschikking.¹²⁷⁶ Ook benadrukt het rechtscollege dat zij het gevoerde beleid slechts

¹²⁷² Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, ARO 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.10.

¹²⁷³ Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, ARO 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.11. Hierbij weegt mee dat de minderheidsaandeelhouder overeenkomstig de aandeelhoudersovereenkomst zijn aandelen moet aanbieden aan de andere aandeelhouders/bestuurders. Hierover weten partijen geen overeenstemming te bereiken waardoor een procedure bij de Rechtbank Haarlem aanhangig is gemaakt. De Ondernemingskamer betreft deze gang van zaken in haar oordeel, omdat de winstreserveringen vermoedelijk geen invloed zullen hebben op de waardebepaling van de aandelen (zie uitgebreider hierover paragraaf 9.4.4).

¹²⁷⁴ Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, ARO 2015/18 (*Iszgro*), r.o. 3.14.

¹²⁷⁵ Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, ARO 2015/18 (*Iszgro*), r.o. 2.7-2.10, 3.6 en 3.14.

¹²⁷⁶ Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, ARO 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.8: “Artikel 2:216 lid 1 BW bepaalt - kort gezegd - dat in beginsel de algemene vergadering bevoegd is tot bestemming van de winst en tot vaststelling van uitkeringen, voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke en statutaire reserves. Als uitgangspunt heeft te gelden dat die winst de houders van (certificaten van) aandelen ten goede komt. Uitzonderingen daarop zijn denkbaar. Zo kan de algemene vergadering besluiten tot gehele of gedeeltelijke reservering van de winst. Daarbij dient zij het bepaalde in artikel 2:8 lid 1 BW in acht te nemen. Op grond daarvan dient zij het belang van een (minderheids)houder van (certificaten van) aandelen bij uitkering van dividend zorgvuldig te wegen tegen het

marginaal (terughoudend) toetst. Hierna oordeelt de Ondernemingskamer dat het gevoerde beleid op basis van de bevindingen van de onderzoeker – het betreft een tweede fase enquêteprocedure – niet aan te merken is als wanbeleid.¹²⁷⁷ De redenen hiervoor zijn dat (i) de financiële positie van de vennootschap zich geruime tijd negatief heeft ontwikkeld, (ii) het aanhouden en waarborgen van liquiditeiten noodzakelijk is vanwege concrete toekomstige kosten en investeringen, (iii) het aantrekken van externe financiering haaks staat op de strategie en ten koste gaat van de slagvaardigheid van de vennootschap, terwijl de sector minder rooskleurige tijden in het vooruitzicht heeft, en (iv) er sprake is van een familiebedrijf dat zich kenmerkt door een langetermijnvisie en een focus op de continuïteit voor de komende generatie. Vanwege voornoemde redenen doorstaat het dividendbeleid de terughoudende toetsing ondanks dat de verzoeker (minderheidscertificaathouder) niet meer werkzaam is voor het familiebedrijf en daardoor in een ongunstigere situatie verkeert. Bij dit oordeel speelt tevens een belangrijke rol dat de vennootschap in het verleden het nodige dividend heeft uitgekeerd.¹²⁷⁸ Overigens merkt de Ondernemingskamer afrondend op – en hecht dus er waarschijnlijk waarde aan – dat de STAK bezig is met het vastleggen van het dividendbeleid voor de komende drie jaar.¹²⁷⁹

De essentiële rol van de vaststelling en naleving van het dividendbeleid komt uitdrukkelijker aan bod in de *Massxess*-beschikking. In deze zaak speelt het geschil tussen familieleden (vader en zoon), waarbij de zoon minderheidsaandeelhouder is en vanuit eigen initiatief geen bestuursfunctie meer bekleedt.¹²⁸⁰ Op verzoek van de zoon heeft het bestuur een dividendnotitie opgesteld die vervolgens tijdens de algemene vergadering is toegelicht en besproken, waarna het voorstel (dividendbeleid) is aangenomen. De Ondernemingskamer overweegt daarom dat ‘het dividendbeleid op deugdelijke wijze is vastgesteld, voldoende is gemotiveerd en waarvan niet gezegd kan worden dat het inhoudelijk onredelijk is.’¹²⁸¹ De bezwaren tegen de totstandkoming van het dividendbeleid snijden dan ook geen hout. Hetzelfde geldt voor de bezwaren over het niet naleven van het dividendbeleid, want het vastgestelde dividendbeleid is met uitzondering van één boekjaar jaarlijks nageleefd. Echter, volgens het bestuur betreft het een eenmalige afwijking die uitvoerig tijdens de algemene vergadering is gemotiveerd. Hetgeen de verzoeker wilde qua dividenduitkering vond het bestuur tevens onverantwoord gelet op de volatiele markt waarin de vennootschap zich begeeft. De Ondernemingskamer sluit zich aan bij de opvatting van het bestuur en oordeelt dat het ‘enigszins behouden dividendbeleid’ afdoende is toegelicht en niet ongebruikelijk of onredelijk is.¹²⁸²

belang van de vennootschap en de wens van de (andere) houder(s) van (certificaten van) aandelen om de winst geheel of gedeeltelijk aan de reserves toe te voegen. Het gedurende een onbepaalde tijd of een (zeer) lange tijd - zonder dat het belang van de vennootschap daartoe noopt - niet of in (zeer) beperkte mate uitkeren van dividend zal in het algemeen niet gerechtvaardigd zijn.”

¹²⁷⁷ Alhoewel de Ondernemingskamer oordeelt dat van wanbeleid geen sprake is, is de onderzoeker behoorlijk kritisch en meent zelfs dat onvoldoende rekening is gehouden met de belangen van de minderheidscertificaathouder – nadat hij als bestuurder is ontslagen – en dat geen noodzaak bestaat voor het aanhouden van een omvangrijke financiële buffer (Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.6).

¹²⁷⁸ Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.11, 2.3 en 2.6.

¹²⁷⁹ Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.12.

¹²⁸⁰ Hof Amsterdam (OK) 23 mei 2019, *ARO* 2019/135 (*Massxess*), r.o. 2.1.

¹²⁸¹ Hof Amsterdam (OK) 23 mei 2019, *ARO* 2019/135 (*Massxess*), r.o. 3.4 met verwijzing naar r.o. 2.17-2.18.

¹²⁸² Blijkens deze formulering controleert de Ondernemingskamer niet alleen of het dividendbeleid onredelijk is, maar eveneens of het ‘ongebruikelijk’ is. Of dit onderscheid meerwaarde heeft, wordt niet duidelijk op basis van de uitspraak (Hof Amsterdam (OK) 23 mei 2019, *ARO* 2019/135 (*Massxess*), r.o. 3.5). Overigens is tijdens de zitting door de vennootschap bevestigd dat het toekomstige (dividend)voorstel conform het dividendbeleid zal zijn.

Uit deze uitspraak blijkt dat het zorgvuldig opstellen, toelichten en uitvoeren van het dividendbeleid de nodige vruchten kan afwerpen. Het niet naleven van een vastgesteld dividendbeleid hoeft daardoor niet per se te leiden tot een schending van art. 2:8 BW indien daarvoor een goede reden bestaat.¹²⁸³

De voorgaande uitspraken illustreren dat de aandeelhouder een procedure aanhangig maakt als een of meerdere jaren geen dividend wordt uitgekeerd. In de Beheerskamer Scheveningen-beschikking daarentegen keert de vennootschap dividend uit, maar bepaalde minderheidsaandeelhouders – die tot dezelfde familie behoren – menen dat de vennootschap jaarlijks te weinig dividend uitkeert.¹²⁸⁴ De redenen voor het gedeeltelijk reserveren van de winst zijn volgens het bestuur: (i) behoud van een ruime kas voor investeringen in nieuwe/belangrijke projecten, (ii) behoud van een buffer voor toekomstige risico's alsmede noodzakelijke investeringen, en (iii) de aankomende aflossingsverplichtingen jegens de bank. Deze gronden voor het gevoerde dividendbeleid komen de Ondernemingskamer niet onredelijk voor. Bovendien blijkt uit de stukken dat de meerderheid van de aandeelhouders instemt met het gevoerde beleid en dat er in overleg aanzienlijke dividenden zijn uitgekeerd.¹²⁸⁵ Volgens de Ondernemingskamer kan dan ook 'in redelijkheid niet gezegd worden dat de minderheidsaandeelhouders door het gevoerde dividendbeleid onevenredig worden geraakt in hun belang om als minderheidsaandeelhouder(s) een redelijke vergoeding voor hun financiële betrokkenheid te ontvangen.'¹²⁸⁶

Blijkens het voorgaande acht de Ondernemingskamer het van belang dat goede redenen bestaan voor het gevoerde dividendbeleid alsmede dat de minderheidsaandeelhouder(s) een redelijke vergoeding ontvangen voor hun financiële betrokkenheid. Wanneer zij een dergelijke vergoeding ontvangen, lijkt het realistisch om te stellen dat het gevoerde dividendbeleid hen niet onevenredig raakt in hun belangen. Onder welke exacte omstandigheden daarentegen van een onevenredige benadeling sprake is, blijft onderbelicht ondanks dat dat waarschijnlijk gerelateerd is aan de omvang van de vergoeding.

De redelijkheid van het winstbestemmingsbesluit komt verder niet enkel in verzoekschriftprocedure (enquêteprocedures) terug maar mede in dagvaardingsprocedures. Opvallend hierbij is dat de Rechtbanken Den Haag en Amsterdam beide in lijn met het VEB/KLM-arrest van de Hoge Raad¹²⁸⁷ overwegen 'dat de rechter terughoudendheid toepast bij de beoordeling of een orgaan van een vennootschap bij het nemen van een besluit alle in aanmerking komende belangen naar redelijkheid en billijkheid heeft afgewogen en daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht heeft genomen.'¹²⁸⁸

In de zaak voor de Rechtbank Den Haag staan twee 50%-aandeelhouders/bestuurders tegenover elkaar, omdat de winst telkens ten behoeve van het toekomstig onderhoud van het

¹²⁸³ Verder verdient het opgemerkt te worden dat het oordeel van de Ondernemingskamer bijzonder verhelderend is door de verwijzingen naar de relevante rechtsoverwegingen omtrent het feitencomplex.

¹²⁸⁴ Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, ARO 2019/173 (*Beheerskamer Scheveningen*), r.o. 3.4, vii.

¹²⁸⁵ Deze aanzienlijke dividenduitkeringen volgen ook uit het feitencomplex: Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, ARO 2019/173 (*Beheerskamer Scheveningen*), r.o. 2.17-2.18, 2.27 en 2.31.

¹²⁸⁶ Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, ARO 2019/173 (*Beheerskamer Scheveningen*), r.o. 3.10. In aanvulling hierop is relevant dat binnen bepaalde vennootschappen het dividendbeleid is aangepast overeenkomstig de door de verzoeker voorgestelde winststafel.

¹²⁸⁷ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145 (*VEB/KLM*).

¹²⁸⁸ Rb. Den Haag 23 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:926, r.o. 4.5; Rb. Amsterdam 22 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2128 (*VMC/Gerimedica Holding*), r.o. 4.6. De Rechtbank Amsterdam verwijst overigens expliciet naar het desbetreffende arrest in tegenstelling tot de Rechtbank Den Haag.

bedrijfspannd is gereserveerd.¹²⁸⁹ De partijen zijn het overigens eens over het renoveren van het bedrijfspannd, alleen bestaat er onenigheid over de daaraan verbonden kosten en de daarna resterende ruimte voor een dividenduitkering.¹²⁹⁰ De rechter oordeelt hierover dat de algemene vergadering jaarlijks kon besluiten om de winst te reserveren. De eiser heeft namelijk – ondanks het uitdrukkelijke advies van twee deskundigen – niet nader onderbouwd dat de onderhoudskosten beperkter zijn, terwijl de vennootschap een onderhoudsplan heeft overgelegd waaruit de hogere onderhoudskosten blijken.¹²⁹¹ Het voorgaande betekent met andere woorden dat – in overeenstemming met de hiervoor behandelde rechtspraak van de Ondernemingskamer – een goede reden voor reservering van de winst bestaat.¹²⁹²

Van een goede reden voor reservering van de winst is eveneens sprake in de VMC-uitspraak, want het dividendbeleid van de vennootschap sluit in casu aan bij hetgeen in de statuten staat en partijen in de aandeelhoudersovereenkomst hebben vastgelegd. Verder is volgens de rechtbank niet komen vast te staan dat de bonusuitkeringen aan de aandeelhouders/bestuurders worden gedaan in plaats van dividenduitkeringen om de minderheidsaandeelhouder/niet-bestuurder te benadelen. Voorheen was het namelijk reeds mogelijk om een bonus aan bestuursleden toe te kennen en de regels daaromtrent zijn op correcte wijze door de algemene vergadering vastgesteld. Het reserveringsbesluit is volgens de rechtbank dan ook niet onaanvaardbaar, waardoor de algemene vergadering in redelijkheid tot het besluit kon komen.¹²⁹³

Met inachtneming van de voorgaande rechtspraak blijkt dat er verschillende goede redenen bestaan voor reservering van de winst, waardoor het dividendbeleid redelijk is. Zo is de financiële positie van de vennootschap een element waarmee het rechtscollege rekening houdt, omdat daaruit blijkt of de vennootschap financiële ruimte heeft voor uitkering van winst mede gelet op haar (gebruikelijke) beleid en de (aantoonbare) noodzaak voor het doen van investeringen. Verder achten de rechtscolleges het van belang dat partijen overeenkomstig de gemaakte afspraken handelen, waardoor een dividendbeleid niet snel onredelijk is indien het beleid verenigbaar is met hetgeen partijen hebben afgesproken. Bij het voorgaande weegt mee of de vennootschap in eerdere jaren (gedeeltelijk) dividend heeft uitgekeerd of dat alle winst stelselmatig is gereserveerd, aangezien het tweede aspect duidt op een onredelijk dividendbeleid.

Voorts kan het ten goede komen aan de redelijkheid van het dividendbeleid indien de meerderheid van de aandeelhouders achter het dividendbeleid staat.¹²⁹⁴ In aanvulling hierop is belangrijk dat duidelijkheid over het beleid bestaat, dat de nodige informatie daarover wordt verschaft aan de betrokken partijen en dat (normaliter) de aandeelhoudersvergadering overeenkomstig het dividendbeleid besluiten neemt.

¹²⁸⁹ Rb. Den Haag 23 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:926, r.o. 2.2-2.4 en 2.15.

¹²⁹⁰ Rb. Den Haag 23 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:926, r.o. 4.6-4.7.

¹²⁹¹ Rb. Den Haag 23 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:926, r.o. 4.10.

¹²⁹² Vergelijkbaar met deze uitspraak is de Welsi-beschikking waarin de Ondernemingskamer overweegt – ondanks dat het gemaakte verwijt prematuur is – dat de door het bestuur aangedragen argumenten voor reservering niet bij voorbaat onredelijk voorkomen. Het bestuur wil namelijk overgaan tot een behouden reserveringsbeleid vanwege verwachte investeringen, de aankoop en verbouwing van een bedrijfspannd en ter aflossing van een schuld (Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, ARO 2008/132 (*Welsi Holding*), r.o. 3.10).

¹²⁹³ Rb. Amsterdam 22 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2128 (*VMC/Gerimedica Holding*), r.o. 4.7.

¹²⁹⁴ Of dit tevens het geval is indien er één meerderheidsaandeelhouder is, kan op basis van de rechtspraak niet met zekerheid worden gesteld. Mogelijk ligt het mede anders als een groot deel van de minderheidsaandeelhouders – zonder een gezamenlijk meerderheidsbelang – het beleid van het bestuur steunt.

9.3.3 *Dividendbeleid (potentieel) onverenigbaar met art. 2:8 BW*

De normen voor het beoordelen van de redelijkheid van het dividendbeleid – zoals dat gebeurt in bijvoorbeeld de Synpact- en Fuhler-beschikkingen in paragraaf 9.3.2 – blijven een essentiële rol vervullen in deze paragraaf.¹²⁹⁵ Rechtscolleges dienen immers onverminderd op basis van de geformuleerde gedragsnormen te beoordelen of de aangevoerde gronden een reservering van de winst rechtvaardigen of dat het belang van de (minderheids)aandeelhouder op uitkering van winst prevaleert boven het belang van de vennootschap op reservering van de winst. Hierbij is mede relevant dat de informatieverstrekking in het kader van het dividendbeleid en het winstbestemmingsbesluit deugdelijk geschiedt. Alhoewel de normen (hoofdzakelijk) hetzelfde zijn, verschillen de uitspraken in deze paragraaf – ten opzichte van de uitspraken in paragraaf 9.3.2 – omdat de rechtscolleges bijvoorbeeld het winstbestemmingsbesluit (potentieel) onredelijk achten en/of de informatieverstrekking inzake het dividendbeleid als gebrekkig aanmerken.

Illustratief hiervoor is de Poststate-beschikking, aangezien de Ondernemingskamer een soortgelijke gedragsnorm gebruikt als in de Synpact-beschikking.¹²⁹⁶ In casu heeft de vennootschap ruim tien jaar geen dividend uitgekeerd aan de aandeelhouders – die tot hetzelfde gezin behoren – terwijl de vennootschap veelal winst maakt. De reden voor het gevoerde dividendbeleid is volgens de vennootschap dat het bedrijf moet verhuizen vanwege gemeentelijke plannen. Hierbij is relevant dat het bedrijfsterrein ernstig vervuild is, waardoor de lagere verkoopwaarde van het terrein tot de nodige kosten zal leiden.¹²⁹⁷ Deze geprognosticeerde kosten overtuigt de Ondernemingskamer niet zonder meer, omdat geen concrete en voldoende toegelichte cijfermatige informatie naar voren is gebracht. Er is wel een brief met diverse kostenposten overgelegd, maar een toelichting met betrekking tot de omvang van de posten ontbreekt. Dat de gemeente ook slechts bereid is om een beperkt bedrag te betalen ter compensatie, is eveneens niet toegelicht en dit roept de vraag op waarom de vennootschap akkoord zou gaan met een verlies van circa € 6 miljoen. Verder is onduidelijk of de gemeente zal overgaan tot onteigening en of onteigening leidt tot een nadeligere situatie.¹²⁹⁸

Omdat in deze zaak het nodige onduidelijk blijft over de gronden voor reservering, kan de Ondernemingskamer niet overeenkomstig de daarvoor geformuleerde gedragsnorm beoordelen of de aangevoerde reserveringsgrond redelijk is of niet. Hieruit volgt nogmaals dat het rechtscollege terughoudend oordeelt, aangezien de feiten minst genomen neigen naar een onredelijk dividendbeleid. In aanvulling hierop is het blijken de overweging van de Ondernemingskamer merkwaardig

¹²⁹⁵ Dit betekent overigens niet dat de oorspronkelijke normen niet van vóór de twee genoemde beschikkingen dateren gelet op bijvoorbeeld de decennia oudere Sluis-beschikking van de Hoge Raad (HR 9 juli 1990, *NJ* 1991/51, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Sluis*), r.o. 3.3). Het betekent slechts dat die normen duidelijk terugkomen in de reeds uiteengezette beschikkingen uit de dataset.

¹²⁹⁶ Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.6: “De Ondernemingskamer overweegt dat in het algemeen het gedurende langere tijd afzien van elke winstuitkering ten opzichte van een minderheidsaandeelhouder in strijd met de door artikel 2:8 BW bedoelde redelijkheid en billijkheid kan zijn indien daarvoor geen goede reden bestaat, die deugdelijk aan die minderheidsaandeelhouder wordt toegelicht. De algemene vergadering van aandeelhouders, die over de winstbestemming beslist, zoals in het onderhavige geval is vastgelegd in de in 2.6 aangehaalde bepaling in de statuten van Poststate, dient niet slechts het vennootschapsrechtelijk belang bij winstreservering, maar ook het belang van de (minderheids)aandeelhouder(s) bij het ontvangen van dividend in haar beslissing te betrekken.”

¹²⁹⁷ Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 2.5, 2.7 en 3.7.

¹²⁹⁸ Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.8-3.9.

dat de vennootschap onder ‘zachte voorwaarden’ leningen aan familieleden heeft verstrekt, terwijl telkens de gehele winst is gereserveerd.¹²⁹⁹

De terughoudende toetsing van het dividendbeleid is eveneens zichtbaar in de MVG-beschikking. In deze zaak wil de 50%-aandeelhouder/bestuurder het al meer dan vijftien jaar gevoerde (bestendige) dividendbeleid voortzetten en dus alle winst reserveren. De erven – die gezamenlijk 50% van de aandelen houden – kunnen zich niet in dat beleid vinden gelet op de vermogenspositie van de vennootschap en het feit dat de vennootschap aan bepaalde erven leningen – met een gezamenlijke waarde van circa € 2,2 miljoen – heeft verstrekt. Ook niet geheel onbelangrijk is dat uit de feiten blijkt dat de nalatenschap aan de erven mogelijk negatief is als de (deels betwiste) vorderingen van crediteuren juist zijn. Verder heeft de vennootschap zich onder meer verweerd door te stellen dat zij een dividend-aanbod heeft gedaan.¹³⁰⁰

Allereerst acht de Ondernemingskamer het verweer van de vennootschap – onder meer vanwege de besluitvorming – inzake het dividendbeleid en een gedaan dividend-aanbod niet, althans onvoldoende toereikend. Volgens de Ondernemingskamer dient de vennootschap namelijk ‘zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders en die belangen bij het doen van een voorstel omtrent dividend naar redelijkheid en billijkheid af te wegen.’ Of het bestuur voldoende zorgvuldigheid heeft betracht met betrekking tot de belangen van de erven en of het bestuur alle bij de vennootschap ‘betrokken belangen bij het al of niet doen van een dividendvoorstel naar redelijkheid en billijkheid heeft afgewogen’, wordt door de Ondernemingskamer ‘betwijfeld’. Hierbij speelt een rol dat bepaalde voorwaarden verbonden waren aan het dividend-aanbod en dat de erven behoefte hadden aan liquide middelen gelet op de verstrekte leningen.¹³⁰¹ Dit geeft enig inzicht in de belangenafweging van het rechtscollege, alleen gaat de Ondernemingskamer niet verder dan haar twijfel uit te spreken en het verweer van de vennootschap ontoereikend te achten. Hierdoor blijft enigszins onduidelijk of het dividendbeleid daadwerkelijk onredelijk is en of in strijd met de zorgvuldigheidsplicht is gehandeld.¹³⁰² Wel bestaat naar aanleiding van de rechtsoverweging de indruk dat de handelwijze van het bestuur – het jarenlang reserveren van de winst en het doen van een voorwaardelijk dividend-aanbod – op gespannen voet met art. 2:8 BW staat.

Duidelijker is de Ondernemingskamer in de Veldman-beschikking.¹³⁰³ In deze uitspraak overweegt de Ondernemingskamer met verwijzing naar de Synpact-beschikking dat aandeelhouders in beginsel recht hebben op winst en dat de algemene vergadering met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid de belangen van de betrokkenen moet afwegen. Hierbij geldt dat het gedurende onbepaalde tijd reserveren van alle winst – overeenkomstig het beleid – veelal niet gerechtvaardigd zal zijn. Ook dient het dividendbeleid kenbaar te zijn en gemotiveerd te worden.¹³⁰⁴

¹²⁹⁹ Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, ARO 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.10-3.11, 2.9 en 2.14.

¹³⁰⁰ Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ARO 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 2.1-2.6, 2.9 en 3.49-3.50.

¹³⁰¹ Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ARO 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.51.

¹³⁰² Het oordeel inzake het dividendbeleid draagt wel bij ‘aan de reeds op grond van de eerder besproken onderwerpen gevestigde twijfel’ aan het beleid van de vennootschap (Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ARO 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.52).

¹³⁰³ Dat het oordeel van de Ondernemingskamer niet altijd dezelfde duidelijkheid verschaft, is begrijpelijk aangezien het oordeel afhankelijk is van de bestaande feiten en omstandigheden waarop de Ondernemingskamer geen invloed heeft.

¹³⁰⁴ Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, ARO 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.11.

De Ondernemingskamer gebruikt in de Veldman-beschikking met name de laatste twee elementen voor het beslechten van het geschil. Uit de overwegingen volgt dat – ondanks de verzoeken van de minderheidscertificaathouders (zussen van de bestuurders van de STAK en vennootschap)¹³⁰⁵ – al nagenoeg tien jaar niet voorzien is in een redelijk dividendbeleid dat rekening houdt met de belangen van de minderheidscertificaathouders, terwijl een dergelijk beleid verwacht mag worden vanwege de verhoudingen en verzoeken van de ‘zussen’.¹³⁰⁶ Volgens de Ondernemingskamer roept dit de vraag op of de aandeelhoudersvergadering – en dus het bestuur van de STAK – voldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de minderheidscertificaathouders. Dit geldt te meer gezien het bestaande ‘diepgaand wantrouwen’ tussen de partijen. Dat de vennootschap financiële middelen nodig heeft voor investeringen in de nabije toekomst en om aan lopende verplichtingen te kunnen voldoen, geeft volgens de Ondernemingskamer onvoldoende verklaring voor het niet uitkeren van enige winst gedurende één decennium. Bezwaarlijk hierbij is dat de taxatierapporten van het vastgoed ontbreken en dat nergens uit blijkt of er überhaupt is overwogen om investeringen (gedeeltelijk) met vreemd vermogen te financieren.¹³⁰⁷

Opvallend aan het oordeel is dat de genoemde investeringen en lopende verplichtingen – in tegenstelling tot bij de uitspraken in paragraaf 9.3.2 – geen goede redenen vormen voor het gevoerde dividendbeleid. Begrijpelijke verklaringen hiervoor zijn echter dat de vennootschap ongeveer tien jaar geen dividend heeft uitgekeerd, dat onduidelijkheid bestaat over het vermogen van de vennootschap en dat de vennootschap onvoldoende de economische noodzaak voor reservering van de winst heeft onderbouwd. Dit neigt daardoor naar – zoals mede behandeld in paragraaf 9.3.2 – onevenredige benadeling van aandeelhouders/certificaathouders, aangezien zij geen redelijke vergoeding ontvangen voor hun financiële betrokkenheid bij de vennootschap.

Kort na de Veldman-beschikking wijst de Ondernemingskamer de Vriens Food-beschikking, waarin de Ondernemingskamer samengevat herhaalt dat aandeelhouders in beginsel recht hebben op winst en dat de algemene vergadering – overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid – zorgvuldig de betrokken belangen moet afwegen bij het nemen van het besluit tot winstbestemming.¹³⁰⁸

In casu speelt het geschil tussen de stemrechtloze aandeelhouder (49,9%) en de aandeelhouder/bestuurder.¹³⁰⁹ Partijen waren voorheen echtgenoten en vanuit het oogpunt van nalatenschapsplanning is de winst altijd gereserveerd. Doordat het huwelijk is beëindigd en de minderheidsaandeelhouder winst wenst te ontvangen, oordeelt de Ondernemingskamer dat het handhaven van voornoemd reserveringsbeleid niet meer gerechtvaardigd is. De huidige situatie staat zelfs (terecht) volgens de Ondernemingskamer op gespannen voet met art. 2:190 BW, aangezien de stemrechtloze aandeelhouder geen winst ontvangt. Niettemin is onvoldoende grond aanwezig voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken, omdat de vennootschap heeft toegezegd op korte termijn een dividendbeleid te ontwikkelen waarin de winst (gedeeltelijk) zal worden uitgekeerd.¹³¹⁰ De bestuurder zal daardoor alsnog (uiteindelijk) rekening houden met de veranderende omstandigheden, waarmee die initieel rekening had moeten houden. Wat voorheen redelijk was, hoeft immers enkele jaren later niet per se meer redelijk te zijn, aangezien de belangen van de vennootschap en van de betrokken partijen kunnen verschuiven.

¹³⁰⁵ Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 3.3-3.5.

¹³⁰⁶ Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 3.22 en 4.12.

¹³⁰⁷ Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.12.

¹³⁰⁸ Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.5.

¹³⁰⁹ Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 2.2.

¹³¹⁰ Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.5.

Verder komt het belang van de informatieverstrekking terug in twee geschillenregelingsprocedures. De Rechtbank Rotterdam oordeelt dat de andere aandeelhouders – en indirect daardoor ook de bestuurder – jaarlijks de minderheidsaandeelhouder ‘in de gelegenheid moeten stellen om aan de hand van actuele financiële informatie zakelijk met hen van gedachten te wisselen om te bezien of, en zo ja hoeveel, dividend kan worden uitgekeerd.’¹³¹¹ Sinds de vergadering van ongeveer vijf jaar geleden is van een dergelijke gedachtewisseling op basis van informatie geen sprake meer, aangezien (i) de toegelichte gronden tegen uitkering zeer algemeen zijn, (ii) een behoorlijke onderbouwing ontbreekt, en (iii) de informatieverzoeken grotendeels zijn afgewezen.¹³¹² Deze gang van zaken is volgens de rechtbank bezwaarlijk met name vanwege de lange periode waarin de winsten – volledig – zijn gereserveerd. De minderheidsaandeelhouder is daardoor niet in staat geweest om de redelijkheid van het dividendbeleid te beoordelen.¹³¹³

Het moeten kunnen beoordelen van de redelijkheid van het dividendbeleid komt eveneens terug in de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland. In deze uitspraak oordeelt de rechtbank dat voldoende is komen vast te staan dat op basis van de resultaten ruimte was voor het uitkeren van winst, maar dat de aandeelhouder/bestuurder – vanwege de 50/50-verhouding – dit telkens heeft geblokkeerd. Tevens had de aandeelhouder/bestuurder de andere aandeelhouder – die geen bestuurder was – in de gelegenheid moeten stellen om op basis van actuele financiële informatie te controleren of het mogelijk was om dividend uit te keren. Ook is het bezwaarlijk dat de weigering om dividend uit te keren niet onderbouwd werd en informatieverzoeken werden afgewezen. Het ruim drie jaar lang (volledig) reserveren van de winst zorgt ervoor dat de aandeelhouder beter geïnformeerd had moeten worden om de redelijkheid van het dividendbeleid te kunnen beoordelen.¹³¹⁴ Gelet op het voorgaande weegt in beide uitspraken van de rechtbanken mee dat de winst meerdere jaren is gereserveerd, waardoor het verstrekken van informatie essentiëler wordt.¹³¹⁵

Uit de behandelde uitspraken volgt dat het (deugdelijk) kunnen onderbouwen van de gronden voor reservering essentieel is, omdat bij het rechtscollege anders minimaal twijfels kunnen ontstaan over de redelijkheid van het dividendbeleid. Hierbij weegt mee hoeveel jaar de vennootschap reeds geen winst heeft uitgekeerd, alsmede of de vennootschap tussentijds leningen – onder eventueel zachte voorwaarden – aan bepaalde partijen heeft verstrekt. Verder kunnen veranderende omstandigheden aanleiding vormen voor een noodzakelijke herziening van het dividendbeleid, omdat handhaving van het beleid niet meer gerechtvaardigd is. Met betrekking tot het dividendbeleid moet (het bestuur van) de vennootschap ook de nodige gegevens aan de aandeelhouders verstrekken, zodat zij de redelijkheid van het dividendbeleid kunnen beoordelen. Wanneer partijen niet handelen in overeenstemming met hetgeen in deze alinea staat, dan neigt de handelswijze tot een schending van art. 2:8 BW te leiden.

9.3.4 Overige

In deze paragraaf staan drie uitspraken centraal, waarvan twee uitspraken met name betrekking hebben op de gelijkheid tussen aandeelhouders. In derde uitspraak lijkt er verder sprake te zijn van

¹³¹¹ Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672, r.o. 7.5.

¹³¹² Zie ook Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672, r.o. 2.10-2.13.

¹³¹³ Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672, r.o. 7.5.

¹³¹⁴ Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1277 (*Voogel/Heijnis*), r.o. 4.7.

¹³¹⁵ Eenzelfde overweging is overigens niet waarneembaar in de gecodeerde rechtspraak van de Ondernemingskamer over de winstbestemming.

een (ontoelaatbare) belangenverstremgeling, maar in het rechterlijk oordeel ligt de focus ook – kort gezegd – op de aandeelhouder die een ‘redelijke vergoeding’ dient te ontvangen.

Dit laatste blijkt uit de Wilmont-beschikking. In deze zaak overweegt de Ondernemingskamer dat de meerderheidsaandeelhouders/bestuurders de vennootschap lijken te beschouwen als een (coöperatief) verlengstuk van hun eigen bedrijfshouding. Zij creëren namelijk voordeel voor hun eigen ondernemingen (kwekerijen) door onder meer verrekening van fiscale verliezen en het verstrekken van energiekortingen. Deze handelwijze duidt volgens de Ondernemingskamer erop dat de meerderheidsaandeelhouders/bestuurders mogelijk miskennen dat zij op grond van art. 2:8 BW rekening moet houden met de belangen van de minderheidsaandeelhouder waaronder – zoals mede volgt uit paragraaf 9.3.2 – meer specifiek het belang van de aandeelhouder op een redelijke vergoeding (in de vorm van dividend) voor zijn financiële betrokkenheid.¹³¹⁶

Voorts stelt de Rechtbank Leeuwarden op basis van de Sluis-beschikking¹³¹⁷ en het Uniwest-arrest¹³¹⁸ voorop – hetgeen onder meer aansluit bij de rechtspraak in paragraaf 9.3.2 – dat aandeelhouders in beginsel recht hebben op uitkering van een redelijk dividend, tenzij het vennootschapsbelang zich tegen uitkering verzet. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat het (jaarlijks) uitsluitend uitkeren van winst aan de cumulatief preferente aandeelhouder – die één gewoon aandeel houdt, 7.563 cumulatief preferente aandelen houdt en bestuurder is – en niet aan de minderheidsaandeelhouder in strijd is met art. 2:8 BW. Hierbij weegt mee dat de vennootschap onvoldoende heeft onderbouwd waarom de bedrijfsresultaten en vooruitzichten niet rechtvaardigen om dividend uit te keren aan de gewone aandeelhouders.¹³¹⁹ Daarnaast beargumenteert de vennootschap dat het aandeel van de minderheidsaandeelhouder in waarde stijgt door het deels reserveren van de winst. Dit argument gaat volgens de rechtbank niet op, omdat de minderheidsaandeelhouder slechts een van de 7.565 uitgegeven aandelen houdt, waardoor de waarde van de opgebouwde reserves nagenoeg uitsluitend toekomt aan de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder. Naar aanleiding van de belangenafweging oordeelt de rechtbank dat de minderheidsaandeelhouder overeenkomstig de statuten in redelijkheid aanspraak kan maken op dividend.¹³²⁰

Vergelijkbaar met de vorige uitspraak is de Sturio-beschikking. In deze uitspraak oordeelt de Ondernemingskamer expliciet dat het zonder statutaire bepaling uitbetalen van (voorschotten op) dividendbetalingen aan slechts een van de twee aandeelhouders in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Dat partijen voorheen de afspraak hadden dat vanwege fiscale redenen alleen aan de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder (52%) dividend werd uitgekeerd, houdt geen stand omdat de

¹³¹⁶ Hof Amsterdam (OK) 6 mei 2008, ARO 2008/88 (*Wilmont*), r.o. 2.10 en 3.9-3.10. Deze nadruk op het ontvangen van een vergoeding voor de financiële betrokkenheid lijkt gerelateerd aan het feit dat de minderheidsaandeelhouder niet alleen de aandelen heeft verworven, maar mede één lening heeft verstrekt aan de vennootschap waarvan de vennootschap (uiteindelijk) slechts de verschuldigde rente betaalt (zie de rechtsoverwegingen 2.10 en 3.10 van de hiervoor aangehaalde uitspraak). Ook is noemenswaardig dat uit rechtsoverweging 2.8 blijkt dat de vennootschap vanaf oprichting door de minderheidsaandeelhouder werd bestuurd, maar dat die aandeelhouder eind 2006 is ontslagen waarna de twee andere aandeelhouders als bestuurders zijn aangesteld.

¹³¹⁷ HR 9 juli 1990, NJ 1991/51, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Sluis*).

¹³¹⁸ Hof Arnhem 26 mei 1992, NJ 1993/182, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Uniwest Groep*).

¹³¹⁹ Rb. Leeuwarden 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBL EE:2010:BN5188 (*Gjaltema Onroerend Goed/ABS Steigerbouw*), r.o. 4.8-4.9 en 2.7.

¹³²⁰ Rb. Leeuwarden 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBL EE:2010:BN5188 (*Gjaltema Onroerend Goed/ABS Steigerbouw*), r.o. 4.9-4.10 en 2.2.

gezamenlijke huishouding van de aandeelhouders is beëindigd sinds zij niet meer samenwonen. Partijen zijn namelijk gehuwd maar tussen hen is een echtscheidingsprocedure aanhangig.¹³²¹

Samenvattend blijkt uit de behandelde rechtspraak in deze paragraaf dat het recht van een aandeelhouder op een redelijke financiële vergoeding kan meewegen bij een toetsing aan art. 2:8 BW, waardoor de (gezamenlijke) meerderheidsaandeelhouders/bestuurder daarmee rekening behoren te houden. Ook verzetten art. 2:8 BW en art. 2:201a BW zich onder omstandigheden beide ertegen dat slechts een van de twee aandeelhouders dividend ontvangt. Van een onredelijk dividendbeleid is daardoor sprake als het beleid leidt tot het zonder deugdelijke grond bevoordelen van één aandeelhouder.

9.4 Feiten en het rechterlijk oordeel

9.4.1 Inleiding

Bepaalde feiten kunnen meermaals in de verschillende uitspraken voorkomen, omdat de rechtscolleges die feiten van belang achten voor de beslechting van het geschil over de winstbestemming. In paragraaf 9.2 staat bijvoorbeeld dat de rechtscolleges onder omstandigheden rekening houden met de familieverhouding tussen de betrokkenen. Dergelijke elementen staan in deze paragraaf centraal.¹³²² De volgende elementen worden achtereenvolgens behandeld: familieverhouding (paragraaf 9.4.2), financiële positie (paragraaf 9.4.3), gerechtelijke procedure (paragraaf 9.4.4) en (samenwerkings)overeenkomst (paragraaf 9.4.5).

9.4.2 Familieverhouding

Van een familierechtelijke verhouding is in de meerderheid van de uitspraken over de winstbestemming sprake. De rechtscolleges betrekken dit aspect ook met regelmaat in het rechterlijk oordeel. Zo volgt uit de Poststate-beschikking dat de Ondernemingskamer de aangevoerde grond voor reservering mede in twijfel trekt, omdat de vennootschap onder ‘zachte voorwaarden’ leningen aan familieleden heeft verstrekt.¹³²³ Tevens houdt de Ondernemingskamer in de Fuhler-beschikking rekening met de aangevoerde grond dat het bijzondere karakter van de vennootschap (familiebedrijf) ervoor zorgt dat er sprake is van een langetermijnvisie gericht op de continuïteit voor de komende generatie. De Ondernemingskamer oordeelt zelfs dat het gevoerde dividendbeleid de marginale toets kan doorstaan ondanks het feit dat de minderheidsaandeelhouder niet meer werkzaam is voor het familiebedrijf en daardoor in een ongunstigere situatie verkeert.¹³²⁴ Minder duidelijk over de invloed van een familieverhouding is de Ondernemingskamer in de Veldman-beschikking waarin staat:

“Ondanks daartoe strekkende verzoeken van Ria, Hilda en Wilma is sinds boekjaar 2011 - het jaar waarin vader is overleden - niet voorzien in een redelijk dividendbeleid dat rekening houdt met de

¹³²¹ Hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, *ARO* 2018/114 (*Sturio*), r.o. 2.1-2.2 en 3.8.

¹³²² De focus ligt op de codes die betrekking hebben op de algemene feiten zoals behandeld in paragraaf 6.4.3. Niet alle feiten zullen echter aan bod komen, omdat niet alle feiten in de rechterlijke beoordeling terugkomen met betrekking tot art. 2:8 BW. Hierdoor ligt de nadruk enkel op de aangehaalde feiten.

¹³²³ Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.11.

¹³²⁴ Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.11.

belangen van de certificaathouders, terwijl een zodanig beleid wel verwacht mag worden gelet op de onderhavige verhoudingen en de bestendige aandacht die de zussen hebben gevraagd voor dat dividendbeleid.”¹³²⁵

Omdat de Ondernemingskamer woorden aan de verhoudingen tussen partijen wijdt, ontstaat de indruk dat het rechtscollege enigszins rekening houdt met de familieverhouding. Dit is alleen niet met zekerheid te concluderen, waardoor deze uitspraak minder illustratief is voor de eventuele invloed van een familieverhouding op het rechterlijk oordeel. Verder lijkt de Ondernemingskamer minder terughoudend te oordelen als de partijen streven naar een echtscheiding of voorheen waren gehuwd. In de Sturio-beschikking is de Ondernemingskamer bondig en oordeelt dat het niet meer voeren van een gezamenlijke huishouding ervoor zorgt dat de partij niet mag aannemen dat een bepaalde afspraak voldoende grondslag biedt om van de wet af te wijken.¹³²⁶ Op vergelijkbare bondige wijze oordeelt de Ondernemingskamer in de Vriens Food-beschikking. Het beëindigen van het huwelijk zorgt ervoor dat de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder het reserveringsbeleid moet herzien, aangezien de minderheidsaandeelhouder winst wenst te ontvangen.¹³²⁷

Kortom, de rechtscolleges houden niet altijd rekening met een familierechtelijke betrekking, maar onder omstandigheden – zoals uit de hiervoor uiteengezette uitspraken blijkt – kan de desbetreffende verhouding als een (zwaarwegende) omstandigheid meewegen in het rechterlijk oordeel. Het kan immers gelden als rechtvaardiging voor een reserveringsbesluit en als reden voor het moeten wijzigen van het dividendbeleid. Op basis van het geringe aantal uitspraken kan echter niet worden gesproken van een duidelijke lijn.

9.4.3 Financiële positie

Bij de financiële positie gaat het overeenkomstig het codeboek om de vraag of de vennootschap er financieel positief dan wel negatief voorstaat en of de aandeelhouder(s) leningen hebben verstrekt aan de vennootschap. Dat de rechtscolleges rekening houden met hoe de vennootschap er financieel voor staat, lijkt vrij evident indien het geschil gaat over het winstbestemmingsbesluit. Wanneer de vennootschap immers in financieel slecht weer verkeert, dan is er weinig tot geen ruimte voor een winstuitkering. In de uitspraken waarin de redelijkheid van het dividendbeleid aan bod komt, is daardoor een belangrijk aspect of de vennootschap winst heeft gemaakt en zo ja, of er een goede reden voor het reserveren van de winst bestaat.¹³²⁸ Bij deze beoordeling weegt mee of leningen onder zachte voorwaarden aan familieleden zijn verstrekt, aangezien dat vragen oplevert met betrekking tot de gerechtvaardigdheid van de reservering.¹³²⁹ Twijfels over de handelswijze van het bestuur inzake het dividendbeleid ontstaan tevens ingeval de vennootschap wel leningen verstrekt of wil verstrekken aan aandeelhouders, omdat daaruit de liquiditeitsbehoefte van de aandeelhouder

¹³²⁵ Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.12.

¹³²⁶ Hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, *ARO* 2018/114 (*Sturio*), r.o. 3.8.

¹³²⁷ Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.5.

¹³²⁸ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *ARO* 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.11; Rb. Den Haag 23 januari 2019, *ECLI:NL:RBDHA:2019:926*, r.o. 4.10.

¹³²⁹ Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.11. Indien een vennootschap namelijk ruimte heeft om onder zachte voorwaarden (/niet marktconforme voorwaarden) leningen te verstrekken aan familieleden/aandeelhouders, dan heeft de vennootschap blijkbaar de nodige financiële ruimte beschikbaar waardoor een dividenduitkering tevens mogelijk kan zijn.

blijkt.¹³³⁰ Tot slot overweegt de Ondernemingskamer in de Wilmont-beschikking – zoals uiteengezet in paragraaf 9.3.4 – dat het onder omstandigheden bezwaarlijk is als een aandeelhouder geen redelijke vergoeding krijgt voor zijn financiële betrokkenheid bij de vennootschap. Gelet op onder meer dit aspect en het feit dat de aandeelhouder een lening aan de vennootschap heeft verstrekt, moet volgens de Ondernemingskamer opgehelderd worden in hoeverre de belangen van de minderheidsaandeelhouder zijn verwaarloosd.¹³³¹ Dat de aandeelhouder een lening aan de vennootschap heeft verstrekt, weegt dus in bepaalde mate mee in het rechterlijk oordeel.

9.4.4 Gerechtelijke procedure

Er zijn twee uitspraken waarin rechtscolleges rekening houden met een reeds gevoerde of lopende gerechtelijke procedure tussen partijen, aangezien de rechtscolleges naar die procedures verwijzen in het rechterlijk oordeel. De Ondernemingskamer overweegt in de Synpact-beschikking specifiek dat de winstreservering geen invloed meer zal hebben op de waardebeoordeling van de aandelen, aangezien de Rechtbank Haarlem daarmee rekening houdt in een gerechtelijke procedure waardoor de minderheidsaandeelhouder hoogstwaarschijnlijk zijn aandelenbelang moet overdragen.¹³³² Vervolgens oordeelt de Ondernemingskamer dat gelet op alle feiten en omstandigheden ‘niet gezegd kan worden dat de vennootschap niet in redelijkheid tot haar dividendbeleid heeft kunnen komen.’¹³³³ Verder betreft de Rechtbank Amsterdam een gerechtelijke procedure in haar oordeel over de redelijkheid van het reserveringsbesluit, omdat de eerdere procedure is beslecht door dezelfde rechtbank en gaat over een aspect dat samenhangt met de aangevoerde gronden in de lopende procedure.¹³³⁴

Deze twee uitspraken illustreren dat het rechtscollege rekening kan houden met een tussen de partijen lopende of afgeronde gerechtelijke procedure. Dit gebeurt echter slechts in twee uitspraken met betrekking tot de winstbestemming, waardoor geen algemene norm uit de rechtspraak daaromtrent is te destilleren.

¹³³⁰ Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ARO 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.51.

¹³³¹ Hof Amsterdam (OK) 6 mei 2008, ARO 2008/88 (*Wilmont*), r.o. 3.9-3.10. Hierbij is mede van belang dat de aandeelhouder deelneemt in het kapitaal van de vennootschap en borg staat voor bepaalde verplichtingen van de vennootschap.

¹³³² In Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, ARO 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 2.24 staat: “Voorts heeft de Rechtbank bepaald dat een redelijke toepassing van de waardering van artikel 5 van de Aandeelhoudersovereenkomst mee[brengt], dat bij de waardering van de aandelen met gebruikmaking van meergenoemde formule er voor de jaren 2008, 2009 en 2010 fictief van wordt uitgegaan dat de Vennootschap telkens zoveel van de winst daadwerkelijk heeft uitgekeerd (en dus niet aan haar reserves heeft toegevoegd) dat de solvabiliteitsgrens telkens is gezakt tot 35%. Alsdan is de Vennootschap vrij geweest in haar keuze geen dividend uit te keren, maar drukken de gevolgen van die keuze niet op de waardebeoordeling van de aandelen van Jeezet. Deze benadering doet recht aan de uiteenlopende belangen van partijen/aandeelhouders. (...) De te benoemen onafhankelijke deskundige zal worden verzocht ook hiermee rekening te houden bij de in conventie door hem zelfstandig uit te voeren waardering van de aandelen van Jeezet.”

¹³³³ Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, ARO 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.11. Uit de feiten volgt overigens dat de overdracht van aandelen gevorderd is op grond van de aandeelhoudersovereenkomst.

¹³³⁴ Rb. Amsterdam 22 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2128 (*VMC/Gerimedica Holding*), r.o. 4.7. In deze rechtsoverweging komt mede terug dat het niet uitkeren van de gemaakte winst als dividend aansluit bij hetgeen in de statuten en aandeelhoudersovereenkomst(en) staat.

9.4.5 (Samenwerkings)overeenkomst

In de Wilmont-beschikking komt – zoals onder meer beschreven in paragraaf 9.3.4 – naar voren dat het volgens de Ondernemingskamer bezwaarlijk is als de aandeelhouder geen redelijke vergoeding ontvangt voor zijn financiële betrokkenheid bij de vennootschap. De minderheidsaandeelhouder heeft namelijk niet alleen op basis van een overeenkomst een lening verstrekt aan de vennootschap, maar die partij heeft daarnaast een hoofdelijke aansprakelijkheid samen met de andere aandeelhouders tot een bedrag van € 1,4 miljoen aanvaard. Deze aspecten geven aanleiding voor het moeten ophelderen in hoeverre er sprake is van verwaarlozing van het belang van de minderheidsaandeelhouder.¹³³⁵

Duidelijker over de invloed van een (aandeelhouders)overeenkomst is de Ondernemingskamer in de Iszgro-beschikking. In deze uitspraak stelt de Ondernemingskamer vast dat partijen in zowel de basisovereenkomst als aandeelhoudersovereenkomst zijn overeengekomen onder welke omstandigheden er winst wordt uitgekeerd. Vervolgens oordeelt de Ondernemingskamer overeenkomstig deze afspraken en gelet op het geleden verlies van de vennootschap in 2012 dat het gevoerde dividendbeleid redelijk en voldoende gemotiveerd is.¹³³⁶ Van een goede reden voor reservering van de winst is eveneens sprake in de VMC-uitspraak. Hierbij is van belang dat het dividendbeleid van de vennootschap in casu aansluit bij hetgeen in de statuten staat en partijen in de aandeelhoudersovereenkomst hebben vastgelegd.¹³³⁷

Ondanks dat de rechtscollages een overeenkomst niet veelvuldig betrekken in het rechterlijk oordeel – gelet op het feit dat dit in zestien van de negentien uitspraken niet gebeurt – blijkt uit de voorgaande drie uitspraken dat de tussen partijen gemaakte afspraken een omvangrijke rol kunnen vervullen voor de beslechting van het geschil. Dit komt het duidelijkst terug in de laatste twee uitspraken, aangezien de gemaakte afspraken ertoe leiden dat het gevoerde dividendbeleid binnen de grenzen van art. 2:8 BW blijft.

9.5 Functies art. 2:8 BW

Uit paragraaf 6.3.9.5 blijkt dat de interpreterende (1), beperkende (1) en gedragsregulerende (17) functies zijn waargenomen bij geschillen over de winstbestemming.¹³³⁸ Gelet op de aantallen is evident dat de gedragsregulerende functie een omvangrijke rol vervult binnen dit type geschil. Alvorens daarop wordt ingegaan, volgen hieronder eerst de uitspraken waarin de andere twee gesignaleerde functies terugkomen. Hierbij wordt overigens – verhoudingsgewijs – uitgebreider op de beperkende functie ingegaan, omdat de desbetreffende uitspraak nog niet in dit hoofdstuk is behandeld.

¹³³⁵ Hof Amsterdam (OK) 6 mei 2008, ARO 2008/88 (*Wilmont*), r.o. 3.9-3.10 en 2.9.

¹³³⁶ Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, ARO 2015/18 (*Iszgro*), r.o. 3.14.

¹³³⁷ Rb. Amsterdam 22 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2128 (*VMC/Gerimedica Holding*), r.o. 4.7.

¹³³⁸ Overeenkomstig het codeboek wordt bij een interpreterende functie een binnen de deelrechtsorde bestaande regel naar redelijkheid en billijkheid geïnterpreteerd. De beperkende functie kan daarentegen ertoe leiden dat een binnen de deelrechtsorde bestaande regel buiten toepassing blijft. Voorts is er sprake van de gedragsregulerende functie als het rechtscollage een reeds op art. 2:8 BW gecreëerde gedragsnorm aanhaalt, toepast of aanscherpt. Hieronder valt ook de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW als gedragsnorm waarvan de inhoud afhankelijk is van de feiten en omstandigheden (zie code 41.5 van het codeboek (bijlage II)).

In de *Sturio*-beschikking interpreteert de Ondernemingskamer een wettelijke bepaling. In deze zaak oordeelt het rechtscollege – zoals blijkt uit paragraaf 9.3.4 – dat de vennootschap niet overeenkomstig art. 2:201 BW handelt, omdat de vennootschap zonder statutaire grondslag slechts aan een van de twee aandeelhouders (voorschotten op) dividendbetalingen blijft verrichten.¹³³⁹

Een beroep op de beperkende werking is waarneembaar in de *Autom8-IT*-uitspraak. Uit de uitspraak blijkt dat de appellante betoogt dat het beroep van de andere partij op het ontbreken van een aandeelhoudersbesluit voor het uitkeren van winst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit betoog mag de appellante niet baten. Volgens het hof is het onvoldoende zwaarwegend voor een beroep op de derogerende werking dat (i) de vennootschap door de uitkering niet in betalingsproblemen is gekomen, (ii) de vennootschap geen activiteiten meer ontplooit vanwege de beëindigde samenwerking tussen partijen en (iii) de partijen – twee 50%-aandeelhouders/bestuurders – vanwege hoog opgelopen emoties niet uit de ontstane impasse raken.¹³⁴⁰ Kortom, voor een dividenduitkering was overeenkomstig de wet een besluit van het daartoe bevoegde orgaan vereist en de aangevoerde gronden rechtvaardigen niet dat die (wettelijke) regel buiten toepassing wordt verklaard.

Wat betreft de gedragsregulerende functie het volgende. Vanwege het feit dat de gedragsregulerende functie hoofdzakelijk binnen dit type geschil is gesignaleerd, zijn de verschillende gedragsnormen alsmede welk gedrag (on)verenigbaar is met art. 2:8 BW reeds uitgebreid in de paragrafen 9.2 en 9.3 uiteengezet. Hierom zal niet nogmaals op elk element worden ingegaan.

Met betrekking tot de gedragsnormen is opvallend dat de gekozen bewoordingen voor die normen niet exact overeenkomen, maar dat de strekking daarvan soortgelijk is. Zo stelt bijvoorbeeld de Rechtbank Leeuwarden voorop dat aandeelhouders ‘in beginsel recht hebben op uitkering van een redelijk dividend, tenzij het vennootschapsbelang zich tegen uitkering verzet.’¹³⁴¹ De Ondernemingskamer hanteert daarentegen meermaals een uitgebreidere overweging met eenzelfde strekking waaruit meerdere gezichtspunten zijn te herleiden:

“De algemene vergadering van aandeelhouders dient bij het nemen van het besluit tot winstbestemming de redelijkheid en billijkheid in het oog te houden. Het belang van een (minderheids)aandeelhouder bij uitkering van dividend dient zorgvuldig te worden afgewogen tegen het belang van de vennootschap en de wens van de andere aandeelhouder(s) om de winst (geheel of gedeeltelijk) aan de reserves toe te voegen. In beginsel dient de winst aan de aandeelhouders te worden uitgekeerd, tenzij het vennootschappelijk belang vereist dat tot (gehele of gedeeltelijke) reservering van de winst wordt overgegaan. Het gedurende een onbepaalde tijd handhaven van een beleid waarbij alle winst wordt gereserveerd zal in het algemeen niet gerechtvaardigd zijn. Het dividendbeleid dient kenbaar te zijn voor de aandeelhouders en te worden gemotiveerd.”¹³⁴²

Hierin komt samenvattend terug: (i) hoe de belangen moeten worden afgewogen, (ii) dat de winst in beginsel (gedeeltelijk) aan de aandeelhouder(s) dient te worden uitgekeerd tenzij het

¹³³⁹ Hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, *ARO* 2018/114 (*Sturio*), r.o. 3.8.

¹³⁴⁰ Hof Den Haag 21 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:304 (*Autom8-IT*), r.o. 3.3 en 2.1.

¹³⁴¹ Rb. Leeuwarden 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBL EE:2010:BN5188 (*Gjaltema Onroerend Goed/ABS Steigerbouw*), r.o. 4.8.

¹³⁴² Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *ARO* 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.10. Een nagenoeg vergelijkbare overweging staat in Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.11. Verder is een ‘verkorte versie’ met niet alle gezichtspunten waarneembaar in Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.5.

vennootschappelijk belang zich daartegen verzet, (iii) dat het voor onbepaalde tijd reserveren van de winst veelal niet gerechtvaardigd zal zijn, en (iv) dat het dividendbeleid kenbaar dient te zijn en te worden gemotiveerd. Alhoewel deze ‘gezichtspunten’ niet expliciet in elke uitspraak staan, is merkbaar dat die elementen de basis vormen voor de Ondernemingskamer om de redelijkheid van het dividendbeleid te beoordelen en de informatieverstrekking in dat kader.¹³⁴³ Vergelijkbaar hiermee is dat rechtscolleges oordelen dat de aandeelhouder een redelijke vergoeding moet ontvangen voor zijn financiële betrokkenheid.¹³⁴⁴ Voorts maakt een andere gedragsnorm inzichtelijk dat de aandeelhouder onder omstandigheden tijdens de aandeelhoudersvergadering de gelegenheid moet krijgen om aan de hand van actuele financiële informatie de redelijkheid van het dividendbeleid te beoordelen.¹³⁴⁵

Afrondend is op te merken dat de rechtscolleges in zowel enquêteprocedures, art. 2:15 BW-procedures, geschillenregelingsprocedures als overige (dagvaardings)procedures op soortgelijke wijze de gedragsnormen toepassen en/of het gedrag aan art. 2:8 BW toetsen.¹³⁴⁶ Zo gaat het in enquêteprocedures, art. 2:15 BW-procedures en overige procedures veelal om de redelijkheid van het dividendbeleid.¹³⁴⁷ Daarentegen komt het belang van de informatieverstrekking inzake het dividendbeleid aan bod in geschillenregelingsprocedures alsmede (wederom) enquêteprocedures.¹³⁴⁸

9.6 Wijze van toetsing

Paragraaf 6.3.9.5 maakt ook inzichtelijk hoe de rechtscolleges binnen dit type geschil toetsen. Daaruit blijkt dat de rechtscolleges met name terughoudend toetsen (15) en slechts sporadisch vol toetsen (3). Ook toetsen de rechtscolleges nagenoeg uitsluitend materiële aspecten (16) en enkele keren formele aspecten (2). Naar aanleiding hiervan ontstaat de vraag of formele aspecten telkens vol worden getoetst en materiële aspecten terughoudend.

In beginsel toetsen de rechtscolleges binnen dit type geschil alle materiële aspecten terughoudend en alle formele aspecten vol. De terughoudende toetsing blijkt uit de afweging van het belang van de aandeelhouder tegen het vennootschappelijk belang, waarbij centraal staat of de aangedragen vennootschappelijke gronden een geldige reden vormen voor het winstbestemmingsbesluit.¹³⁴⁹ Het

¹³⁴³ Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO* 2015/18 (*Iszgro*), r.o. 3.14; Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, *ARO* 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.51; Hof Amsterdam (OK) 23 mei 2019, *ARO* 2019/135 (*Massxess*), r.o. 3.4-3.5.

¹³⁴⁴ Hof Amsterdam (OK) 6 mei 2008, *ARO* 2008/88 (*Wilmont*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, *ARO* 2019/173 (*Beheerskantor Scheveningen*), r.o. 3.10.

¹³⁴⁵ Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672, r.o. 7.5; Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1277 (*Voogel/Heijnis*), r.o. 4.7.

¹³⁴⁶ De geschillen komen met name in enquêteprocedures (11) aan bod, maar art. 2:15 BW-procedures (3), geschillenregelingsprocedures (2) en – gelet op de codering – overige (dagvaardings)procedures (2) zijn tevens meermaals waargenomen.

¹³⁴⁷ In dit kader zijn onder meer relevant: Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.8; Rb. Leeuwarden 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBL EE:2010:BN5188 (*Gjaltema Onroerend Goed/ABS Steigerbouw*), r.o. 4.8; Rb. Den Haag 23 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:926, r.o. 4.5.

¹³⁴⁸ Dit aspect komt onder andere terug in de volgende uitspraken: Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *ARO* 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.10; Hof Amsterdam (OK) 23 mei 2019, *ARO* 2019/135 (*Massxess*), r.o. 3.4; Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672, r.o. 7.5; Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1277 (*Voogel/Heijnis*), r.o. 4.7.

¹³⁴⁹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.8-3.9; Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, *ARO* 2019/173 (*Beheerskantor Scheveningen*), r.o. 3.10; Rb. Amsterdam

gaat daardoor met name over de inhoud/uitkomst van het besluit. De volle toetsing van formele aspecten heeft verder betrekking op de informatieverstrekking aan de aandeelhouder voorafgaand aan het besluit.¹³⁵⁰ Op het voorgaande bestaat in de gecodeerde uitspraken met betrekking tot de winstbestemming slechts één uitzondering. In de *Sturio*-beschikking toetst de Ondernemingskamer namelijk het materieel gedrag van de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder vol:

“Gelet op het feit dat De Jong en Van der Steur sinds 28 mei 2016 niet meer samen wonen en van een gezamenlijke huishouding dus geen sprake meer is, heeft *Sturio*, in de persoon van haar bestuurder Van der Steur, echter niet kunnen of mogen aannemen dat die afspraak ook nu nog een voldoende grondslag zou kunnen bieden om zonder statutaire grondslag, in afwijking van het bepaalde in artikel 2:201 BW slechts aan één van beide aandeelhouders (voorschotten op) dividendbetalingen te blijven doen.”¹³⁵¹

De bijzondere situatie – beëindiging van het huwelijk – zorgt ervoor dat de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder niet mag aannemen dat een oude afspraak voldoende grondslag biedt voor het gedrag dat niet in overeenstemming is met de wet. Kortom, het uitgangspunt dat alle materiële aspecten terughoudend worden getoetst, geldt nagenoeg voor alle uitspraken.

9.7 Bevindingen

De rechtscollages zijn binnen dit type geschil consistent wat betreft de vraag hoe zij geschillen over de winstbestemming beslechten. Dit gebeurt zowel op het niveau van de toegepaste gedragsnormen als op de wijze waarop die normen worden getoetst. Een terugkerende norm in verschillende bewoordingen is dat een aandeelhouder in beginsel recht heeft op uitkering van (een deel van) de winst. Voor de beoordeling daarvan vindt een belangenafweging plaats, waarbij de belangen van de aandeelhouder – die winst wenst te ontvangen en normaliter een minderheidsbelang houdt als mede geen bestuursfunctie vervult – worden afgewogen tegen het belang van de vennootschap en de wens van de andere betrokkenen om te reserveren. Deze belangenafweging staat in verschillende bewoordingen zowel in dagvaardingsprocedures als verzoekschriftprocedures (enquêteprocedures) centraal met betrekking tot het geschil over de winstbestemming en art. 2:8 BW. De voornoemde belangenafweging valt in het voordeel van de vennootschap uit indien een goede reden voor het reserveringsbesluit bestaat. Van een goede reden kan bijvoorbeeld sprake zijn indien het (volledig) reserveren van de winst aansluit bij het (gebruikelijke) beleid van de vennootschap en/of de aard van de vennootschap. Bij dit laatste aspect kan worden gedacht aan een familievennootschap die is gericht op de langere termijn voor toekomstige generaties. Hierbij kan eveneens meewegen of de reservering aantoonbaar noodzakelijk is voor het doen van bijvoorbeeld concrete investeringen. De afspraken die de aandeelhouders hebben gemaakt, kunnen mede gelden als rechtvaardiging voor de reservering van de winst.

22 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2128 (*VMC/Gerimedica Holding*), r.o. 4.7. Overigens is het bij de Post-state-beschikking opmerkelijk dat de Ondernemingskamer het dividendbeleid niet onredelijk verklaart ondanks het feit dat één decennium geen winst is uitgekeerd. De Ondernemingskamer lijkt de beleidsvrijheid van het orgaan te respecteren zolang niet alle feiten in kaart zijn gebracht op basis waarvan zij de aangevoerde gronden deugdelijk kan beoordelen. Dit is dan ook een vrij terughoudende toetsing.

¹³⁵⁰ Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672, r.o. 7.5; Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1277 (*Voogel/Heijnis*), r.o. 4.7.

¹³⁵¹ Hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, *ARO* 2018/114 (*Sturio*), r.o. 3.8.

Verder weegt mee of de vennootschap de afgelopen jaren winst heeft uitgekeerd of dat stelselmatig alle winst is gereserveerd. Wanneer de vennootschap namelijk stelselmatig alle winst reserveert, dan komt het reserveringsbeleid sneller op gespannen voet te staan met de redelijkheid en billijkheid. Daarentegen illustreert het (gedeeltelijk) uitkeren van winst – niet per se elk jaar – dat het bevoegde orgaan bereidwillig is om tot uitkering van winst over te gaan zolang de financiële positie van de vennootschap het toelaat. Bij de beoordeling van het winstbestemmingsbesluit alsmede de handelswijze van de (meerderheids)aandeelhouders/bestuurders weegt daarnaast mee dat de (minderheids)aandeelhouder een redelijke vergoeding ontvangt voor zijn financiële betrokkenheid bij de vennootschap. Het uitkeren van een minimaal percentage van de winst kan haaks staan op de voornoemde norm en daardoor niet verenigbaar zijn met art. 2:8 BW.

Het voorgaande ziet op materiële aspecten die de rechtscolleges nagenoeg uitsluitend terughoudend toetsen. Formele aspecten worden door de rechtscolleges vol getoetst. Het dividendbeleid moet namelijk tevens voor de aandeelhouder kenbaar zijn en worden gemotiveerd. Wanneer de aandeelhouder enkele jaren reeds geen dividend heeft ontvangen, dan kan het belang van een deugdelijke informatieverstrekking toenemen, aangezien de aandeelhouder zonder relevante informatie niet in staat is om de redelijkheid van het dividendbeleid te kunnen beoordelen. Opvallend hierbij is dat de ‘informatieverstrekking’ niet in art. 2:15 BW-procedures terugkomt. Een reden hiervoor is mogelijk dat de rechtscolleges in die procedures uitsluitend de focus leggen op de redelijkheid van het winstbestemmingsbesluit gelet op de aangevoerde inhoudelijke gronden voor uitkering dan wel reservering.

Voorts is binnen dit type geschil bijna enkel de gedragsregulerende functie waargenomen. De toepassing van deze functie heeft onder meer in vergelijkbare gedragsnormen geresulteerd over bijvoorbeeld de redelijkheid van het dividendbeleid en de informatieverstrekking. De uitkomst van een procedure is daardoor op voorhand beter in te schatten, alleen blijft de uitkomst sterk afhankelijk van de feiten en omstandigheden. Een belangrijk feit in dit geheel is de financiële positie van de vennootschap, aangezien daaruit de financiële ruimte van de vennootschap blijkt voor het kunnen uitkeren van de winst. Andere minder voorkomende feiten zoals een familieverhouding of afspraken in een aandeelhoudersovereenkomst over het dividendbeleid kunnen in dit kader eveneens een zwaarwegende omstandigheid vormen voor het rechterlijk oordeel. Kortom, de verschillende gedragsnormen in samenhang met de uiteengezette feiten en omstandigheden geven meer inzicht in de beslechting van een geschil over de winstbestemming.

Hoofdstuk 10. Strategie en beleid

10.1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt de rechtsoverwegingen van uitspraken met betrekking tot geschillen over strategie en beleid. Daarmee wordt inzicht gegeven in de werking en toepassing van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid binnen dit gevalstype.¹³⁵²

Allereerst beschrijft paragraaf 10.2 welke algemene normen en constateringenvoortvloeienvan het rechterlijk oordeel. Hierdoor wordt zichtbaar dat de redelijkheid en billijkheid op uiteenlopende manieren terugkomt in dit type geschil. Daaropvolgend behandelt paragraaf 10.3 meer specifiek bepaalde normen om de nuances met betrekking tot die normen en de toepassing van art. 2:8 BW te verduidelijken. Middels deze paragraaf wordt bijvoorbeeld duidelijker wanneer er sprake is van ‘geen redelijk handelend bestuur’. Hierna belicht paragraaf 10.4 de feiten die de rechtscolleges meermaals aanhalen – of van belang achten – voor de beslechting van het geschil door toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Een overeenkomst kan in dit verband essentieel zijn, aangezien de rechtscolleges een aantal keer hun oordeel hoofdzakelijk baseren op hetgeen de partijen hebben afgesproken. Vervolgens staan achtereenvolgens de gesignaleerde functies van art. 2:8 BW en de wijze van toetsing centraal in de paragrafen 10.5 en 10.6. Hierbij valt op dat niet enkel de gedragsregulerende functie maar mede de interpreterende functie veelvuldig voorkomen. Met betrekking tot de wijze van toetsing is het opmerkelijk dat uitsluitend in enquêteprocedures met enige regelmaat een volle(re) toetsing van materiële aspecten is geconstateerd. Afsluitend volgt in paragraaf 10.7 een overzicht van de bevindingen.

10.2 Algemene normen en constateringenvoortvloeienvan het rechterlijk oordeel

De rechtscolleges benadrukken meermaals op soortgelijke wijze – vanwege de beoordelingsvrijheid van het bestuur – dat zij terughoudend toetsen of het ondernemingsbeleid vanuit financieel of commercieel oogpunt onjuist of inefficiënt is geweest.¹³⁵³ Deze terughoudende toetsing geldt veelal als uitgangspunt voor het vervolgens beoordelen ‘of het bestuur zijn taak zodanig heeft vervuld dat geen redelijk handelend bestuur de gevolgde handelswijze had kunnen kiezen met het oog op de bij de onderneming betrokken belangen’.¹³⁵⁴ Van de voorgaande formulering bestaan verschillende variaties, maar de kern daarvan blijft of is gehandeld als ‘geen redelijk handelend bestuur’.

¹³⁵² Informatie daarover is immers essentieel voor het kunnen beantwoorden van de centrale onderzoeksvraag in paragraaf 1.2.

¹³⁵³ Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, ARO 2009/56 (*Nedelko*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam 25 september 2015, ARO 2015/214 (*Metrical*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 15 januari 2016, ARO 2016/39 (*Fruitmasters Expressive Research*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2016, ARO 2016/49 (*Matser*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 25 september 2018, ARO 2018/196 (*Hortiglass International*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, ARO 2019/173 (*Beheerskantor Scheveningen*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2021, ARO 2021/38 (*FCC Advisory*), r.o. 3.6.

¹³⁵⁴ Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, ARO 2009/56 (*Nedelko*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam 25 september 2015, ARO 2015/214 (*Metrical*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 15 januari 2016, ARO 2016/39 (*Fruitmasters Expressive Research*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2016, ARO 2016/49 (*Matser*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 25 september 2018, ARO 2018/196 (*Hortiglass International*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, ARO 2019/173 (*Beheerskantor Scheveningen*), r.o. 3.9.

In het verlengde van de zojuist aangehaalde norm liggen de volgende formuleringen die de rechtscolleges hanteren: (i) het bestuur heeft in redelijkheid kunnen oordelen,¹³⁵⁵ (ii) de bestuurder of het bestuur heeft in redelijkheid – of redelijkerwijs¹³⁵⁶ – kunnen besluiten,¹³⁵⁷ (iii) op voorhand kan niet aan de redelijkheid van de beslissing worden getwijfeld¹³⁵⁸ of (iv) de keuze valt binnen de marges van de beleidsvrijheid die aan het bestuur toekomt.¹³⁵⁹ Kortom, de rechtscolleges gebruiken vergelijkbare variaties om te duiden of het gedrag, de handelwijze of het besluit binnen de grenzen van het redelijke blijft.¹³⁶⁰ Het voorgaande illustreert dat de rechtscolleges zich veelvuldig focussen op de redelijkheid van bepaalde gedragingen en besluiten, maar op basis daarvan ontstaat nog geen inzicht in welk ‘gedrag’ toelaatbaar is.¹³⁶¹ Om deze reden verstrekt paragraaf 10.3 meer informatie over de oordelen van de rechtscolleges en de daarmee samenhangende feiten.

Verder kunnen in zijn algemeenheid zorgvuldigheidsplichten een rol spelen bij conflicten over de strategie en het beleid.¹³⁶² Bij de toetsing van besluiten oordeelt het rechtscollege namelijk (terughoudend) of het orgaan ‘alle in aanmerking komende belangen naar redelijkheid en billijkheid heeft afgewogen en daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht heeft genomen.’¹³⁶³ Tevens kan het rechtscollege oordelen dat het gevoerde beleid niet in strijd is met een bijzondere zorgplicht die de vennootschap jegens de minderheidsaandeelhouder zonder bestuursfunctie in acht dient te nemen.¹³⁶⁴ Hiermee hangt samen de situatie waarin het rechtscollege vooropstelt dat op de vennootschap – meerderheidsaandeelhouder/bestuurder – een bijzondere zorgplicht rust jegens de minderheidsaandeelhouder om de belangen zorgvuldig uiteen te houden.¹³⁶⁵ Een zorgvuldigheidsverplichting kan daarentegen eveneens op de meerderheidsaandeelhouder – die geen bestuurder is – rusten. Hierdoor bestaat de mogelijkheid dat de meerderheidsaandeelhouder enige beperking ondervindt in de uitoefening van zijn stemrecht.¹³⁶⁶ Daarnaast kan uit die verplichting voortvloeien dat de meerderheidsaandeelhouder de vennootschap, minderheidsaandeelhouder en certificaathouder niet in het ongewisse mag laten over de toekomst van de vennootschap.¹³⁶⁷

De laatstgenoemde norm houdt verband met het verstrekken van informatie. Uit verschillende beschikkingen volgt dat de Ondernemingskamer waarde hecht aan het informeren en betrekken van bepaalde partijen bij de besluitvorming of het nemen van een beslissing. Onder omstandigheden

¹³⁵⁵ Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2021, ARO 2021/128 (*Zeeuwse Visveiling*), r.o. 4.8.

¹³⁵⁶ Hof Amsterdam (OK) 14 november 2019, ARO 2020/7 (*Beheermaatschappij Golfbaan Amelisweerd*), r.o. 3.10.

¹³⁵⁷ Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2022, ARO 2022/116 (*Bonenkamp Mechan Trade*), r.o. 3.17; Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2013, ARO 2013/46 (*Associated Asset Management Corporation*), r.o. 3.29.

¹³⁵⁸ Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ARO 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.65.

¹³⁵⁹ Hof Amsterdam (OK) 10 juli 2019, ARO 2019/147 (*Yoha*), r.o. 3.3.

¹³⁶⁰ Een genomen beleidsbeslissing kan bijvoorbeeld ook specifiek duiden op gedrag dat niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid (Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2018, ARO 2018/152 (*Energie Concurrent*), r.o. 4.18).

¹³⁶¹ De redelijkheid van bepaalde besluiten staat eveneens centraal in Hof Amsterdam 8 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:631 (*ITP Holland/International Trade Promotions*), r.o. 3.4.8; Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:91 (*RBOC “Fort Markenbinnen”*), r.o. 3.10.

¹³⁶² Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2017, ARO 2018/9 (*Efiparind*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2021, ARO 2021/128 (*Zeeuwse Visveiling*), r.o. 4.8; Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ARO 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.30.

¹³⁶³ Rb. Rotterdam 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7895 (*Bloem/Bloem Doze Nienhuis*), r.o. 4.5; Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1369 (*SVO Company/Delco Participation*), r.o. 3.19.

¹³⁶⁴ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2006, ARO 2006/73 (*Drukkerij Bevrijding*), r.o. 3.5.

¹³⁶⁵ Hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, ARO 2006/195 (*Elf*), r.o. 3.4.

¹³⁶⁶ Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ARO 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.36.

¹³⁶⁷ Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ARO 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.38.

moet het bestuur daardoor voldoende transparant zijn over de besluitvorming¹³⁶⁸ en mogelijk zelfs de meerderheidsaandeelhouder raadplegen of om toestemming vragen voor het nemen van een beslissing/besluit vanwege de betrokkenheid van de meerderheidsaandeelhouder bij het verleende financieringskrediet door de bank aan de betrokken partijen.¹³⁶⁹ Ook het zelfstandig nemen van een (ingrijpend) besluit in de aandeelhoudersvergadering van de dochtervennootschap zonder overleg of instemming van de medebestuurder van de moedervennootschap is niet verenigbaar met art. 2:8 BW.¹³⁷⁰

Een ander element waarmee rechtscolleges rekening houden, is de wijze waarop een aandeelhouder zijn stemrecht uitoefent. Het blokkeren van de besluitvorming op niet redelijke gronden leidt immers mogelijk tot het schenden van art. 2:8 BW.¹³⁷¹ Van een schending van art. 2:8 BW kan eveneens onder omstandigheden sprake zijn indien een statutenwijziging ertoe leidt dat het bestuur ‘vleugellam is gemaakt’, omdat het bestuur daardoor voor alle bestuursbesluiten goedkeuring nodig heeft van de prioriteitsaandeelhouder die tevens een meerderheidsbelang houdt.¹³⁷²

Verder vervult het gelijkheidsbeginsel zowel impliciet als expliciet een belangrijke rol in drie uitspraken. Van impliciete toepassing is sprake als het rechtscollege niet specifiek verwijst naar art. 2:201 BW of het gelijkheidsbeginsel, maar de nadruk legt op het (on)gelijk behandelen van de aandeelhouders door de bestuurders en/of commissarissen.¹³⁷³

10.3 De codering ten gronde

10.3.1 Inleiding

Bij de andere kwalitatieve hoofdstukken wordt telkens aansluiting bij het codeboek gezocht. De codes behorende tot dit type geschil zijn echter algemeen van aard, waardoor aansluiting bij het codeboek niet tot een overzichtelijke structuur leidt vanwege de uiteenlopende gecodeerde informatie onder dit gevalstype. Een overzichtelijke structuur kan daarentegen wel gecreëerd worden door de focus te leggen op de elementen uit paragraaf 10.2. De desbetreffende elementen worden in dezelfde volgorde in deze paragraaf behandeld. Achtereenvolgens komen gelet hierop aan bod: redelijk handelend bestuur (paragraaf 10.3.2), redelijkheid van gedrag en besluiten (paragraaf 10.3.3), zorg- en zorgvuldigheidsplichten (paragraaf 10.3.4), transparantie en besluitvorming (paragraaf 10.3.5), blokkerende stem (paragraaf 10.3.6), gelijkheidsbeginsel (paragraaf 10.3.7) en overige (paragraaf 10.3.8).

¹³⁶⁸ Hof Amsterdam (OK) 22 september 2003, ARO 2003/159 (*I.H.D. Schiphol Services*), r.o. 3.10.

¹³⁶⁹ Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, ARO 2006/105 (*BWI Beheer*), r.o. 3.4.

¹³⁷⁰ Hof Amsterdam (OK) 10 december 2003, ARO 2003/186 (*ERU Beheer*), r.o. 3.2 en 3.4. In deze zaak wordt de vennootschap volgens de Ondernemingskamer niet conform art. 2:8 BW, de wet en statuten bestuurd.

¹³⁷¹ Rb. Amsterdam (vzr.) 20 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4951 (*Filmproductie Filmpje/Endemol Nederland*), r.o. 8; Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2010, ARO 2010/59 (*BEK Holding/J.H. de B. Holding*), r.o. 4.2.

¹³⁷² Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, ARO 2011/107 (*Waterspreng*), r.o. 3.5.

¹³⁷³ Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2003, ARO 2003/81 (*Bosbo*), r.o. 3.12; Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2009, ARO 2009/119 (*Bergmont*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5298 (*Exploitatij/HAB Holding*), r.o. 3.4.

10.3.2 Geen redelijk handelend bestuur

Uit de Nedelko-beschikking blijkt dat de belangrijkste afnemer de relatie met de vennootschap heeft beëindigd vanwege onder meer de verslechterde verstandhouding tussen de twee aandeelhouders/bestuurders, die respectievelijk een aandelenbelang van 45 en 55% houden. Na enige tijd is de situatie tussen de aandeelhouders/bestuurders tevens onwerkbaar, waardoor de minderheidsaandeelhouder als bestuurder wordt ontslagen.¹³⁷⁴ Vervolgens entameert de minderheidsaandeelhouder een enquêteprocedure, omdat de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder een beleid zou voeren dat nadelig is voor de vennootschap en de minderheidsaandeelhouder. De Ondernemingskamer gaat niet mee in de aangevoerde gronden tegen het beleid, omdat aannemelijk is dat de meerderheidsaandeelhouder – samengevat – (i) langlopende problemen heeft opgelost, (ii) een akkoord heeft weten te sluiten met de bank waarvan de voorwaarden niet te stringent zijn, (iii) geen apert onverantwoorde investeringen heeft gedaan, en (iv) de relatie met de voorheen belangrijkste afnemer gedeeltelijk heeft hersteld.¹³⁷⁵ Hierna oordeelt de Ondernemingskamer:

“In hoeverre het beleid van Nedelko Groep vanuit financieel of commercieel oogpunt overigens onjuist of inefficiënt is geweest, zoals Adfi-STO heeft gesteld, is vooral een kwestie van appreciatie en van ondernemersbeleid, in de beoordeling waarvan de Ondernemingskamer in beginsel en in casu niet zal treden nu zij noch in de gedingstukken noch in hetgeen ter terechtzitting is verhandeld enige aanwijzing heeft gevonden dat het bestuur zijn taak in dit opzicht heeft veronachtzaamd of miskend dan wel die taak overigens zodanig heeft vervuld dat geen redelijk handelend bestuurder de gevolgde handelwijze had kunnen kiezen met het oog op de belangen van de bij (de onderneming van) Nedelko Groep betrokkenen.”¹³⁷⁶

Deze overweging geeft duidelijk weer dat de Ondernemingskamer terughoudend toetst gelet op het feit dat het rechtscollege in beginsel niet treedt in de appreciatie van het ‘ondernemersbeleid’. Volgens de Ondernemingskamer in de Metrical-beschikking behoren het bedrijfseconomisch beleid en de strategie van de onderneming namelijk tot het domein van het bestuur. Hierdoor zou het bestuur slechts zijn bevoegdheid te buiten treden als uit de gedingstukken of terechtzitting was gebleken dat (i) het bestuur zijn taak in dit opzicht heeft veronachtzaamd dan wel miskend of (ii) het bestuur zijn taak zodanig heeft vervuld dat geen redelijk handelend bestuurder de gevolgde handelwijze had kunnen kiezen met het oog op de belangen van de bij de vennootschap betrokkenen. In de Metrical-zaak zijn de beleidsbeslissingen tevens niet als onjuist of onredelijk bestempeld, omdat de aangevoerde gronden en het gevoerde verweer elkaar als het ware neutraliseren. Uit de uitspraak blijkt bijvoorbeeld dat de verzoeker betoogt dat de vennootschap een fatale wijziging van haar inkoopbeleid aan het doorvoeren is en dat onlangs een samenwerking met een partij is verbroken. Het hiermee samenhangende verweer is dat de vennootschap haar inkoopbeleid wijzigt om minder afhankelijk te zijn van enkele leveranciers en dat de samenwerking met de desbetreffende partij verlieslatend was.¹³⁷⁷

¹³⁷⁴ Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, *ARO* 2009/56 (*Nedelko*), r.o. 2.4-2.9.

¹³⁷⁵ Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, *ARO* 2009/56 (*Nedelko*), r.o. 3.4 en 3.6.

¹³⁷⁶ Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, *ARO* 2009/56 (*Nedelko*), r.o. 3.6.

¹³⁷⁷ Hof Amsterdam (OK) 25 september 2015, *ARO* 2015/214 (*Metrical*), r.o. 3.1-3.2 en 3.4.

Kortom, door deze uitspraak wordt de maatstaf voor handelingen van het bestuur inzichtelijk, alleen blijft onduidelijk wanneer daarmee in strijd wordt gehandeld. In casu was immers niet aannemelijk dat de bestuurder foutief heeft gehandeld.¹³⁷⁸

De Hortiglass-beschikking verschaft daarentegen wel meer inzicht. In deze beschikking past de Ondernemingskamer wederom dezelfde norm toe en licht toe waarom het beleid de marginale toets kan doorstaan. De Ondernemingskamer oordeelt:

“In het licht van dit uitgangspunt en gelet op het gemotiveerde verweer van Hortiglass c.s. - onder meer inhoudende dat (het bestuur van) Hortiglass wat betreft de beslissing om aanvullende financiering aan Sunarc te verstrekken en het reserverings- en dividendbeleid zich heeft laten bijstaan door externe financiële en juridische adviseurs en het reserverings- en dividendbeleid mede is bepaald aan de hand van een balanstest, uitkeringstoets, een liquiditeitsprognose (de liquiditeitsprognose is overgelegd door Hortiglass c.s. als onderdeel van productie 85), een raming van de benodigde voorfinanciering van projecten en een raming van garantieclaims (overgelegd door Hortiglass c.s. als productie 92) - oordeelt de Ondernemingskamer dat het beleid van Hortiglass de marginale toets kan doorstaan. Tegenover het gemotiveerde verweer van Hortiglass c.s. zijn de verwijten van Saron c.s. te weinig concreet gebleven. Niet aannemelijk is geworden dat Schmitz een handelwijze heeft gekozen die geen redelijk handelend bestuur met het oog op de belangen van de bij de onderneming betrokkenen had kunnen kiezen.”¹³⁷⁹

Alhoewel in het geciteerde deel de focus ligt op het uitkeren van dividend, gaat de uitspraak met name om de beleidskeuze van het bestuur – die bestaat uit de meerderheidsaandeelhouder – om financiering te verstrekken aan een initiële leverancier (dochtervennootschap) waarin de vennootschap enkele jaren eerder een meerderheidsbelang heeft verworven.¹³⁸⁰ Deze beleidskeuze is met behulp van adviseurs tot stand gekomen en mede daarom is niet aannemelijk dat het bestuur heeft gehandeld als geen redelijk handelend bestuur. Het inschakelen van deskundig advies kan daardoor blijkens de uitspraak bevorderlijk zijn voor een bestuur om een terughoudende rechterlijke toetsing in de toekomst te kunnen doorstaan.

Verder is de Beheerskantoor Scheveningen-beschikking relevant, omdat de Ondernemingskamer daarin waarde hecht aan het feit dat de meerderheid van de aandeelhouders de strategie van het bestuur steunt. In casu gaat het namelijk financieel goed met de vennootschap, maar een minderheidsaandeelhouder meent dat een strategiewijziging tot een hoger rendement zal leiden. Het lukt de aandeelhouders echter niet om een gezamenlijk gedragen toekomstvisie te formuleren en vast te leggen in een strategisch plan, waardoor het bestuur de strategie moet blijven bepalen. Deze

¹³⁷⁸ De FER-beschikking geeft vanwege de feiten en omstandigheden mede niet meer inzicht in de norm voor het bestuurlijk handelen vanwege de terughoudende toetsing (Hof Amsterdam (OK) 15 januari 2016, *ARO* 2016/39 (*Fruitmasters Expressive Research*), r.o. 3.9). In casu zou het bestuur – bestaand uit twee aandeelhouders met gezamenlijk een meerderheidsbelang – volgens de minderheidsaandeelhouder zonder nadere toelichting in strijd met de joint venture overeenkomst geen exploitatieplan opstellen en ten onrechte niet meewerken aan voorstellen van de minderheidsaandeelhouder voor verdere commercialisering van de bedrijfsvoering. Uit de feiten daarentegen volgt dat het bestuur aan de minderheidsaandeelhouder heeft bericht dat het eerder beschreven businessplan niet kan worden gerealiseerd vanwege problemen met de betrouwbaarheid van een model (zie de rechtsoverwegingen 3.1 onder viii, 2.3, 2.10 en 2.12 van de FER-beschikking).

¹³⁷⁹ Hof Amsterdam (OK) 25 september 2018, *ARO* 2018/196 (*Hortiglass International*), r.o. 3.8.

¹³⁸⁰ Hof Amsterdam (OK) 25 september 2018, *ARO* 2018/196 (*Hortiglass International*), r.o. 2.6-2.8, 2.12 en 2.20-2.21.

strategie doorstaat vervolgens de terughoudende toetsing volgens dezelfde norm zoals onder meer bij de Nedelko-beschikking is uiteengezet.¹³⁸¹

Kortom, de Ondernemingskamer is consistent in het aanhalen van de norm waaraan de strategie en het beleid worden getoetst. Het is echter op basis van de rechtspraak ingewikkeld in te schatten welke gemaakte keuzes wel of niet binnen de grenzen van de norm vallen, want de keuzes zijn normaliter redelijk. Het voorgaande heeft te maken met de beleidsvrijheid die aan het bestuur toekomt en de terughoudende toetsing daarvan. Gelet hierop zal hoogstwaarschijnlijk slechts ruimte bestaan voor overschrijding van de beleidsvrijheid in uitzonderlijke situaties die nadelige gevolgen meebrengen voor de vennootschap of bepaalde partijen.

10.3.3 Redelijkheid van gedrag en besluiten

In paragraaf 10.3.2 staan uitspraken waarin telkens de norm inzake ‘geen redelijk handelend bestuur’ terugkomt. Deze norm is niet gesignaleerd in de onderstaande uitspraken. Niettemin bevatten de hieronder aangehaalde uitspraken telkens (verkapt) een redelijkheidoordeel met betrekking tot de strategie en/of het beleid. Van een redelijkheidsoordeel is bijvoorbeeld sprake als het rechtscollege de volgende formulering hanteert: het bestuur – of de vennootschap – heeft (niet) in redelijkheid kunnen besluiten. De voorgaande formulering is waarneembaar in de AAMC-beschikking waarin de Ondernemingskamer oordeelt:

“De Ondernemingskamer is van oordeel dat niet gezegd kan worden dat AAMC in redelijkheid niet heeft kunnen besluiten tot de door haar gekozen koers, te weten het trachten de opzegging van de beheersovereenkomsten aan te tasten en het desbetreffende geschil aan de rechter voor te leggen. Gelet op het doel waarvoor de vennootschap is opgericht (beheer van onroerend goed ten behoeve van MEAG), is ook niet onbegrijpelijk dat in de desbetreffende zaken vooralsnog het oordeel van de rechter wordt afgewacht alvorens in te gaan op de wens tot liquidatie van VIM.”¹³⁸²

In casu heeft de vennootschap een gerechtelijke procedure jegens een contractspartij – de ‘grootmoedervenootschap’ van de meerderheidsaandeelhouder – aanhangig gemaakt om de opzegging van de overeenkomst aan te tasten. Verder stuurt de meerderheidsaandeelhouder aan op het liquideren van de vennootschap, maar het bestuur wil daartoe niet overgaan zolang de gerechtelijke procedure loopt.¹³⁸³ Deze beleidskeuze acht de Ondernemingskamer toelaatbaar.¹³⁸⁴ Van een toelaatbare keuze die binnen de grenzen van art. 2:8 BW valt, is mede sprake in de Yoha-beschikking. In deze beschikking prefereert het bestuur – evenals vier van de vijf aandeelhouders – om de vereiste financiering voor een project middels de uitgifte van aandelen te verkrijgen. Deze keuze valt volgens de Ondernemingskamer binnen de marges van de beleidsvrijheid van het bestuur en het bestaan van een andere mogelijkheid betekent niet dat het bestuur daarvoor had moeten kiezen.¹³⁸⁵

¹³⁸¹ Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, ARO 2019/173 (*Beheerskantoor Scheveningen*), r.o. 3.9.

¹³⁸² Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2013, ARO 2013/46 (*Associated Asset Management Corporation*), r.o. 3.29.

¹³⁸³ Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2013, ARO 2013/46 (*Associated Asset Management Corporation*), r.o. 2.20, 2.25, 2.29 en 3.28.

¹³⁸⁴ Hierbij verdient opgemerkt te worden dat het bestuur gelieerd is aan de minderheidsaandeelhouder met een aandelenbelang van 49% en dat voor bepaalde besluiten – waaronder hoogstwaarschijnlijk een ontslagbesluit – een tweederdemeerderheid is vereist (Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2013, ARO 2013/46 (*Associated Asset Management Corporation*), r.o. 2.4, 2.9, 2.10 en 3.27).

¹³⁸⁵ Hof Amsterdam (OK) 10 juli 2019, ARO 2019/147 (*Yoha*), r.o. 3.3 en 2.8-2.9.

Het belang van de minderheidsaandeelhouder lijkt hierdoor logischerwijs ondergeschikt aan de beleidsvrijheid van het bestuur en de wens van de meerderheid van de aandeelhouders. Te meer daar er niet blijkt van een ongerechtvaardigd nadeel voor de minderheidsaandeelhouder.

Een wat opmerkelijkere zaak betreft de Energie Concurrent-beschikking. In deze zaak heeft de mededingingsautoriteit een bestuurlijke boete opgelegd aan een vennootschap. Eneco Consumenten BV (Eneco) verwacht vervolgens dat Energie Concurrent BV minimaal de opgelegde boete zal vergoeden aan de vennootschap, omdat Energie Concurrent als statutair bestuurder fungeerde.¹³⁸⁶ Hierover is onenigheid binnen Energie Concurrent ontstaan. De meerderheid van het bestuur – die tevens een meerderheidsbelang houdt – wil namelijk niet akkoord gaan met de door Eneco voorgestelde vaststellingsovereenkomst en kiest ‘voor de aanval richting Eneco’, terwijl de minderheid (gedeeltelijk) wil tegemoetkomen aan de eisen van Eneco.¹³⁸⁷

De Ondernemingskamer oordeelt dat de beleidsbeslissing om niet in te gaan op de voorgestelde vaststellingsovereenkomst niet duidt op gedrag dat in strijd is met art. 2:8 BW. Dit is mede het geval vanwege de gevoerde discussies in de algemene vergadering en omdat de opgelegde boetes toen nog werden aangevochten in gerechtelijke procedures.¹³⁸⁸ De uitspraak bevat gelet hierop – net zoals de Yoha-beschikking – een expliciete verwijzing naar art. 2:8 BW en beide beschikkingen zijn illustratief voor de beleidsvrijheid van het bestuur.

In de BGA- en Bonenkamp-beschikkingen staat daarentegen – zoals in de AAMC-beschikking – een redelijkheidsoordeel zonder expliciete verwijzing naar art. 2:8 BW. Het geschil in de BGA-beschikking gaat erom dat het bestuur van de vennootschap ter voorkoming van een dreigend faillissement nieuwe leden voor de golfclub tracht aan te trekken. Dit dient middels 1 euro-lidmaatschappen te gebeuren, waarvoor de uitgifte van een vierde categorie aandelen moet plaatsvinden die een significant lagere nominale waarde hebben dan de andere drie categorieën aandelen.¹³⁸⁹ Hiertegen heeft een deel van de zittende certificaathouders bezwaar. De Ondernemingskamer oordeelt dat het bestuur van de vennootschap op basis van de omstandigheden – mede gelet op de noodzaak om inkomsten te genereren – redelijkerwijs heeft kunnen besluiten om het 1 euro-lidmaatschap te faciliteren door tot uitgifte van D-aandelen over te gaan. Het bestuur heeft op dezelfde gronden ook in redelijkheid kunnen besluiten om daarbij een gedifferentieerd speelrecht te gaan heffen.¹³⁹⁰ In casu lijkt daardoor volgens de Ondernemingskamer het voortbestaan van de vennootschap zwaarder te wegen dan de aangedragen bezwaren (belangen) van bepaalde certificaathouders. Hierbij speelt een rol dat de besluitvorming zorgvuldig is voorbereid en de meerderheid van de leden met het voorstel instemt.

Ook de Bonenkamp-beschikking onderstreept de beleidsvrijheid van het bestuur. In deze uitspraak is de minderheidsaandeelhouder als bestuurder ontslagen vanwege mogelijke onregelmatigheden.¹³⁹¹ Voorafgaand aan het ontslag van de minderheidsaandeelhouder heeft de

¹³⁸⁶ Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2018, ARO 2018/152 (*Energie Concurrent*), r.o. 2.6 en 2.9.

¹³⁸⁷ Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2018, ARO 2018/152 (*Energie Concurrent*), r.o. 2.3-2.5 en 3.2.

¹³⁸⁸ Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2018, ARO 2018/152 (*Energie Concurrent*), r.o. 4.18.

¹³⁸⁹ Hof Amsterdam (OK) 14 november 2019, ARO 2020/7 (*Beheermaatschappij Golfbaan Amelisweerd*), r.o. 2.7-2.12 en 3.10.

¹³⁹⁰ Hof Amsterdam (OK) 14 november 2019, ARO 2020/7 (*Beheermaatschappij Golfbaan Amelisweerd*), r.o. 3.10.

¹³⁹¹ Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2022, ARO 2022/116 (*Bonenkamp Mechan Trade*), r.o. 2.2-2.5 en 2.27-2.28. Met onregelmatigheden wordt bedoeld op voorraadverschillen, oplopende betalingsachterstanden en openstaande facturen die volgens klanten reeds waren betaald.

bestuurder/meerderheidsaandeelhouder zelfstandig een bedrijfsrecherche ingeschakeld voor het laten uitvoeren van een voorraad telling. Naar aanleiding van de voorraad telling is gebleken dat de verschillen in de voorraad aanzienlijk kleiner waren dan gedacht. Niettemin heeft de bestuurder in redelijkheid kunnen besluiten om de bedrijfsrecherche in te schakelen gelet op de voldoende concrete aanwijzingen van onregelmatigheden. Wel had de bestuurder voor het inschakelen van de bedrijfsrecherche eerst in overleg moeten treden met de medebestuurder, maar door de mogelijke betrokkenheid van de andere bestuurder bij de onregelmatigheden is het niet onbegrijpelijk dat daarvoor niet is gekozen.¹³⁹²

De Ondernemingskamer neemt ook in de FCC Advisory-beschikking als uitgangspunt dat het bestuur beleidsvrijheid heeft, waardoor besluiten van het bestuur slechts terughoudend getoetst kunnen worden in een enquêteprocedure. Dit zorgt ervoor dat het bestuur redelijkerwijs kon besluiten om een aandeelhouder – die voorheen bestuurder was – niet in te zetten bij een bepaald project.¹³⁹³ Verder is deze uitspraak relevant vanwege de nadruk op een zorgvuldig besluitvormingsproces. In de algemene vergadering is namelijk gediscussieerd over twee (andere) agendapunten. Naar aanleiding daarvan heeft de meerderheid van de aandeelhouders besloten om een salarisverhoging en uitkering toe te kennen aan een werknemer om deze te behouden. Tegen deze goedkeuringsbesluiten heeft de minderheidsaandeelhouder zonder succes bezwaar gemaakt. De Ondernemingskamer overweegt expliciet dat de voornoemde aandeelhouder door haar terugtreden als bestuurder uitsluitend nog een minderheidsbelang houdt in de vennootschap. Vervolgens oordeelt de Ondernemingskamer dat het besluitvormingsproces op zodanige wijze is verlopen dat aannemelijk is dat de aandeelhouders overeenkomstig art. 2:8 BW hebben gehandeld. Daarbij komt dat de salarisverhoging voldoende is toegelicht, het voorschot afhankelijk is van de liquiditeitspositie van de vennootschap en dat een definitief besluit in de toekomst zal worden genomen.¹³⁹⁴

Het opvallende aan de voorgaande uitspraken is dat het allemaal enquêteprocedures betreffen. In art. 2:15 BW-procedures wordt daarentegen sporadisch een geschil over de strategie en het beleid beslecht. In de ITP Holland-uitspraak constateert het rechtscollege eerst dat het besluit van het bestuur om onroerende zaken aan te kopen valt binnen het doel van de vennootschap, zakelijk verantwoord is en dat fiscale motieven daaraan ten grondslag liggen. Ook geldt tussen de bestuurders geen specifieke afspraak die de bestuurder van de aankoop moet weerhouden. Naar aanleiding van de voorgaande aspecten oordeelt het rechtscollege dat het besluit tot vaststelling van de jaarrekening – ‘waarin de aankoop van het project als realiteit was verwerkt’ – niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.¹³⁹⁵ De strategische keuze om een zaak te kopen die later in de jaarrekening is verwerkt, leidt er daardoor niet toe dat het vaststellingsbesluit vernietigbaar is.

De wijze waarop een jaarrekening wordt ingericht, is echter niet onbegrensd. In de RBOC-uitspraak wil de eiser onder meer dat het besluit tot goedkeuring van de jaarrekening ex art. 2:15 lid 1 sub b BW wordt vernietigd, omdat de jaarrekening ten onrechte een post dubieuze debiteuren bevat waardoor de winst lager is. Volgens het rechtscollege heeft de rechtspersoon een zekere beoordelingsvrijheid bij het beoordelen van de oninbaarheid van vorderingen, maar die vrijheid is niet

¹³⁹² Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2022, ARO 2022/116 (*Bonenkamp Mechan Trade*), r.o. 3.17.

¹³⁹³ Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2021, ARO 2021/38 (*FCC Advisory*), r.o. 3.6.

¹³⁹⁴ Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2021, ARO 2021/38 (*FCC Advisory*), r.o. 3.7 en 2.10.

¹³⁹⁵ Hof Amsterdam 8 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:631 (*ITP Holland/International Trade Promotions*), r.o. 3.4.6-3.4.8 en 3.1.

onbeperkt. In casu is er sprake van een grote debiteur waarmee de vennootschap een ‘duurverhouding heeft’ en op basis van objectieve aanwijzingen is de oninbaarheid van de debiteur onvoldoende aannemelijk gemaakt. Het besluit tot goedkeuring van de jaarrekening kan daardoor niet in stand blijven.¹³⁹⁶

Verder ontleent de certificaathouder rechten uit een vaststellingsovereenkomst die tussen de certificaathouder, stichting en vennootschap is gesloten. Op basis van deze overeenkomst oordeelt het rechtscollège dat de certificaathouder mocht veronderstellen dat het winstcertificatenreglement – op basis waarvan de certificaathouder uitkering geniet – in stand bleef. Desondanks heeft het bestuur enige tijd later het reglement opgeheven en uit niets blijkt dat het bestuur bij de gemaakte belangenafweging het bestaan van de overeenkomst heeft betrokken. De overeenkomst wordt daardoor niet nageleefd en voor deze niet-naleving bestaan geen bijzondere bijkomende omstandigheden. Het besluit tot opheffing van het reglement is dan ook in strijd met de jegens de certificaathouder in acht te nemen redelijkheid en billijkheid.¹³⁹⁷

In deze uitspraak komen twee aspecten terug die de grenzen van de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur verduidelijken, want het bestuur overschrijdt die grenzen door in de kern een beslissing en besluit te nemen die de belangen van een specifieke certificaathouder schaadt. Deze uitspraak bevat daardoor een van de weinige voorbeelden waarin het bestuur zijn ‘vrijheid’ te buiten gaat.

De behandelde uitspraken in deze paragraaf illustreren dat de beleidsvrijheid van het bestuur veelal wordt gerespecteerd. Hetzelfde geldt voor de wens – of het besluit – van de meerderheid van de aandeelhouders om een bepaalde koers te varen. Hierdoor heeft de (minderheids)aandeelhouder die zich niet kan verenigen met de strategie of het beleid, weinig bewegingsruimte zolang het besluitvormingsproces correct geschiedt of voor afwijking goede gronden bestaan. Niettemin kan een overschrijding van de beleidsvrijheid plaatsvinden ingeval de vennootschap een met de aandeelhouder/certificaathouder gemaakte afspraak schendt dan wel een handeling verricht die voor de aandeelhouder anderszins een ongerechtvaardigd nadeel oplevert.

10.3.4 *Zorg- en zorgvuldigheidsplichten*

Zorg- en zorgvuldigheidsplichten zijn telkens waarneembaar bij de verschillende typen geschillen. Dit is niet verwonderlijk omdat de invulling van deze plichten afhankelijk is van de casuïstiek. Illustratief hiervoor is de Drukkerij Bevrijding-beschikking. In deze uitspraak oordeelt de Ondernemingskamer bondig dat de feiten en omstandigheden ervoor zorgen ‘dat niet gezegd kan worden dat het bestuur een beleid heeft gevoerd dat in strijd is met de bijzondere zorgplicht die het bestuur van de vennootschap in acht dient te nemen ten aanzien van één minderheidsaandeelhouder die niet tevens bestuurder (meer) is.’¹³⁹⁸ De toekenning van de pensioenvoorziening aan de aandeelhouders/bestuurders is namelijk reëel en over de pensioenregeling (het beleid) is de

¹³⁹⁶ Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:91 (*RBOC “Fort Markenbinnen”*), r.o. 3.1.5 en 3.3-3.6.

¹³⁹⁷ Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:91 (*RBOC “Fort Markenbinnen”*), r.o. 3.9-3.10.

¹³⁹⁸ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2006, *ARO 2006/73 (Drukkerij Bevrijding)*, r.o. 3.5.

minderheidsaandeelhouder voldoende geïnformeerd.¹³⁹⁹ Hierbij weegt mee dat een passende tegemoetkoming is aangeboden aan de aandeelhouder/niet-bestuurder.¹⁴⁰⁰

Een specifiekere bijzondere zorgplicht formuleert de Ondernemingskamer in de Elf-beschikking. De Ondernemingskamer stelt allereerst voorop dat op de vennootschap – feitelijk het bestuur – een bijzondere zorgplicht rust, omdat de meerderheidsaandeelhouder tevens bestuurder is. Door deze plicht moet de vennootschap een grote zorgvuldigheid in acht nemen en de belangen – die bij de onderneming zijn betrokken – uiteen houden.¹⁴⁰¹ Wanneer echter aan de aandeelhouder/bestuurder wordt gerapporteerd dat de partij met indirect een minderheidsbelang in de vennootschap – die tevens werkzaamheden voor de vennootschap verricht – vermoedelijk frauduleus heeft gehandeld, dan treft (het bestuur van) de vennootschap onmiddellijk ingrijpende maatregelen. De desbetreffende partij kon en mocht haar werkzaamheden niet meer uitvoeren, de managementvergoeding van een andere partij is verhoogd en het kantoor van de vennootschap is verplaatst. De Ondernemingskamer overweegt naar aanleiding hiervan dat het nemen van dergelijke maatregelen onder omstandigheden geboden kan zijn, maar dat de feiten daarvoor geen aanleiding geven. De vennootschap had zich ook niet op het standpunt mogen stellen dat de maatregelen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zonder meer mochten worden genomen, terwijl geen globaal onderzoek was ingesteld en de handelende partij alsmede de minderheidsaandeelhouder niet eerst waren geconfronteerd en om opheldering gevraagd.¹⁴⁰²

Deze uitspraak illustreert dat de bijzondere zorgplicht ervoor zorgt dat een meerderheidsaandeelhouder/bestuurder geen overhaaste stappen behoort te nemen, zelfs ingeval die partij vermoedt dat frauduleus is gehandeld. De bijzondere zorgplicht leidt daardoor feitelijk tot een beperking van de beleidsvrijheid van het bestuur bij deze bijzondere aangelegenheid.

In de hiervoor behandelde uitspraken staan telkens bepaalde plichten die niet per se op eerdere rechtspraak gebaseerd lijken te zijn. Dit is niet het geval in de volgende uitspraken. De Rechtbank Rotterdam en het Hof 's-Hertogenbosch verwijzen beide naar het VEB/KLM-arrest van de Hoge Raad.¹⁴⁰³ Op basis daarvan geldt – kort gezegd – een zorgvuldigheidsplicht voor de vennootschap waarvan de invulling afhankelijk is van de omstandigheden van het geval alsmede dat de rechter een (inhoudelijk) besluit – over bijvoorbeeld de strategie en het beleid – van een orgaan terughoudend dient te beoordelen.¹⁴⁰⁴

In de Bloem-uitspraak heeft de algemene vergadering besloten de vaste beloning van de managing partners om te zetten in een omzetafhankelijke beloning. Enkele jaren later meent de vennootschap dat de managing partners te veel hebben ontvangen, waarna de vennootschap een vordering instelt op grond van onverschuldigde betaling. Deze vordering wordt in de vastgestelde jaarrekening opgenomen en de managing partners (49%-aandeelhouder via één entiteit) willen het

¹³⁹⁹ Zie ook de Efiparind-beschikking waarin het bestuur aan de zorgvuldigheidsplicht voldoet, omdat alle verzochte informatie is verstrekt en de minderheidsaandeelhouder niet verder heeft toegelicht welke informatie zij heeft verzocht maar niet heeft gekregen (Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2017, ARO 2018/9 (*Efiparind*), r.o. 3.11-3.12).

¹⁴⁰⁰ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2006, ARO 2006/73 (*Drukkerij Bevrijding*), r.o. 2.3, 2.5, 3.2 en 3.4.

¹⁴⁰¹ Hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, ARO 2006/195 (*Elf*), r.o. 3.4.

¹⁴⁰² Hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, ARO 2006/195 (*Elf*), r.o. 3.4-3.7. Verder volgt uit rechtsoverweging 3.8 dat een rapport niet als voldoende rechtvaardiging geldt voor de verwerping van een latere reactie van de minderheidsaandeelhouder, omdat hetgeen de minderheidsaandeelhouder aanvoert niet onaannemelijk voorkomt.

¹⁴⁰³ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145 (*VEB/KLM*).

¹⁴⁰⁴ Rb. Rotterdam 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7895 (*Bloem/Bloem Doze Nienhuis*), r.o. 4.4; Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1369 (*SVO Company/Delco Participation*), r.o. 3.19.

besluit tot vaststelling van de jaarrekening vernietigen.¹⁴⁰⁵ Vervolgens oordeelt de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat de vennootschap bij haar besluiten ‘niet alle in aanmerking komende belangen naar redelijkheid en billijkheid heeft afgewogen en daarbij niet de nodige zorgvuldigheid in acht is genomen.’ Er is namelijk sprake van een meningsverschil tussen de meerderheidsaandeelhouder en minderheidsaandeelhouder (managing partners) over de beloning van de managing partners. Dat het voorstel van de managing partners is afgewezen, vormt onvoldoende rechtvaardiging voor de conclusie dat de vennootschap bij het besluit niet de nodige zorgvuldigheid in acht heeft genomen.¹⁴⁰⁶

In de SVO-uitspraak speelt het geschil tussen de 50%-aandeelhouder/bestuurder (appellant) en de OK-bestuurder die de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure heeft benoemd. In casu heeft de OK-bestuurder bepaalde bestuursbesluiten (zelfstandig) genomen die ervoor zorgen dat de vennootschap (i) een gerechtelijke procedure voortzet, (ii) de gemaakte advocaatkosten betaalt, en (iii) een voorstel van de andere 50%-aandeelhouder/bestuurder (hierna: A) accepteert. Dit laatste brengt met zich mee dat de vennootschap aan A een deel van de kosten van de adviseur en mediation dient te betalen.¹⁴⁰⁷ Deze besluiten zouden volgens de appellant overhaast zijn genomen en onredelijk benadelend zijn voor haar en de vennootschap.¹⁴⁰⁸ Het rechtscollege overweegt dat het enkel overhaast nemen van besluiten er niet toe leidt dat de besluiten onzorgvuldig zijn gelet op de eerdere maatstaf uit het VEB/KLM-arrest. Ook voldoet de vennootschap door haar betaling aan A slechts aan een rechtsplicht en er is onvoldoende onderbouwd dat A te weinig kosten voor eigen rekening heeft genomen. Verder zou het inschakelen van de adviseur tegen de wens van de appellant zijn geschied, maar dat zorgt er niet voor dat de gewraakte besluiten in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn. Voorts gaat de appellant met zijn stelling – dat de besluiten onredelijk benadelend zijn – eraan voorbij dat de procedures zijn gevoerd in het belang van beide aandeelhouders. Voor het hof is daardoor onduidelijk welk belang van de appellant meer of anders wordt geschonden dan het belang van A. Alles in aanmerking nemende oordeelt het hof dat niet is gebleken dat het bestuur ‘bij het nemen van de gewraakte besluiten niet alle in aanmerking nemende belangen naar redelijkheid en billijkheid heeft afgewogen.’¹⁴⁰⁹

Zoals behandeld bevatten de twee hiervoor uiteengezette uitspraken beide een verwijzing naar het VEB/KLM-arrest. De twee uitspraken die hieronder volgen bevatten daarentegen beide een verwijzing naar de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad.¹⁴¹⁰

In de Zeeuwse Visveiling-beschikking heeft het bestuur – in overleg met de raad van commissarissen – verschillende opties met de aandeelhouders besproken en uiteindelijk gekozen voor

¹⁴⁰⁵ Rb. Rotterdam 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7895 (*Bloem/Bloem Doze Nienhuis*), r.o. 2.2-2.8 en 3.1.

¹⁴⁰⁶ Rb. Rotterdam 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7895 (*Bloem/Bloem Doze Nienhuis*), r.o. 4.5.

¹⁴⁰⁷ Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1369 (*SVO Company/Delco Participation*), r.o. 3.1.1, 3.1.m en 3.1.q.

¹⁴⁰⁸ Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1369 (*SVO Company/Delco Participation*), r.o. 3.10.

¹⁴⁰⁹ Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1369 (*SVO Company/Delco Participation*), r.o. 3.21.

¹⁴¹⁰ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797/799/804/808 (*Cancun Holding*). De Ondernemingskamer overweegt in de beschikkingen – samengevat – dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de vennootschap en dat dat belang in de regel vooral wordt bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming. Ook dienen de bestuurders bij de vervulling van hun taak zorgvuldigheid te betrachten. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat de bestuurders moeten zorgen dat de belangen van de betrokkenen niet onnodig of onevenredig worden geschaad (Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2021, *ARO* 2021/128 (*Zeeuwse Visveiling*), r.o. 4.6; Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, *ARO* 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.30).

het concentreren van de activiteiten in Vlissingen. Dit besluit is ter goedkeuring aan de algemene vergadering voorgelegd en het bestuur heeft daarbij toegelicht dat het concentreren van de activiteiten in het belang van de vennootschap is vanwege de negatieve ontwikkelingen in de visserijsector. Concentratie leidt namelijk tot aanzienlijke kostenbesparing en een betere uitgangspositie voor de vennootschap, waardoor de visserijsector in Zeeland voor de lange termijn kan worden geborgd.¹⁴¹¹ De Ondernemingskamer overweegt dat ‘het bestuur in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat het succes van de vennootschap het best wordt gediend met een concentratie van de activiteiten’. Dat de minderheidsaandeelhouder een andere visie heeft, betekent niet dat daarmee haar belangen onnodig, onevenredig of zelfs onaanvaardbaar worden geschaad. Het bestuur moet immers alle belangen in zijn afweging betrekken en het besluit kan ook leiden tot profijt voor de minderheidsaandeelhouder.¹⁴¹²

De andere uitspraak met een verwijzing naar de Cancun-beschikkingen betreft de Funda-beschikking. In casu gaat het in de kern om de toekomst van Funda. Hierbij meent NVM Holding BV – die 90% van de stemrechten kan uitoefenen – dat Funda zich bij het bepalen van de strategie behoort te richten op de belangen van NVM – de 100%-aandeelhouder van NVM Holding – en haar leden, terwijl Funda vindt dat zij autonoom haar strategie moet kunnen bepalen om succesvol te blijven.¹⁴¹³ De STAK – die de resterende 10% van de aandelen houdt – sluit aan bij het standpunt (van het bestuur) van Funda en wil graag – net zoals de certificaathouders – dat de certificaathouders de mogelijkheid krijgen om hun certificaten tegen een reële waarde te verkopen.¹⁴¹⁴

De Ondernemingskamer oordeelt eerst dat Funda geen groepsmaatschappij van NVM Holding c.s. is.¹⁴¹⁵ Hierdoor dient het bestuur zich te richten op het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming, waarbij het bestuur er rekening mee moet houden dat het succes in hoge mate afhankelijk is van de samenwerking met NVM Holding c.s. Ook moet de vennootschap – en dus het bestuur – zorgvuldigheid betrachten jegens haar minderheidsaandeelhouder en de certificaathouders. Dit geldt ‘te meer naarmate de belangen van de certificaathouders meer bekneld raken.’¹⁴¹⁶ In aanvulling hierop overweegt de Ondernemingskamer dat het eigen belang van een aandeelhouder als richtsnoer mag gelden bij de uitoefening van de aandeelhoudersrechten. Hierbij geldt wel dat de aandeelhouder conform art. 2:8 BW moet handelen. De redelijkheid en billijkheid kan voor de meerderheidsaandeelhouder – met verwijzing naar de Zwagerman-beschikking van de Hoge Raad¹⁴¹⁷ – een zorgvuldigheidsverplichting meebrengen jegens de minderheidsaandeelhouder of certificaathouders. ‘Bovendien mag een aandeelhouder bij de uitoefening van zijn rechten het belang van de vennootschap in beginsel niet veronachtzamen’ en de mate waarin rekening met andere belangen moet worden gehouden is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ook geldt in zijn algemeenheid dat een aandeelhouder meer gewicht moet toekennen ‘aan de eisen van

¹⁴¹¹ Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2021, ARO 2021/128 (*Zeeuwse Visveiling*), r.o. 3.12-3.16.

¹⁴¹² Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2021, ARO 2021/128 (*Zeeuwse Visveiling*), r.o. 4.7-4.8 en 3.2.

¹⁴¹³ NVM Holding en NVM worden samen aangeduid als NVM Holding c.s.

¹⁴¹⁴ Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ARO 2022/63 (*Funda*), r.o. 2 en 3.12-3.14.

¹⁴¹⁵ Een deel van de redenen hiervoor zijn volgens rechtsoverweging 4.33: “Er is onvoldoende sprake van een economische eenheid die daadwerkelijk staat onder een centrale leiding vanuit de moedermaatschappij. De onderneming die aan Funda verbonden is, heeft een wezenlijk ander karakter dan de organisatie en onderneming(en) van NVM Holding c.s. Ook hebben NVM Holding c.s. geen 403-verklaring afgelegd. Funda kent geen statutair instructierecht als bedoeld in artikel 2:239 lid 4 BW.”

¹⁴¹⁶ Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ARO 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.34-4.35. Volgens de Ondernemingskamer komt het bestuur daarbij de nodige autonomie toe vanwege de verscheidenheid aan belangen waarmee het bestuur te maken heeft.

¹⁴¹⁷ HR 1 maart 2002, ARO 2002/40 (*Zwagerman Beheer*).

redelijkheid en billijkheid naarmate zijn invloed op de vennootschap en haar onderneming toeneemt en naarmate meer belangen van andere betrokkenen in het geding zijn.’ Hierdoor kan de meerderheidsaandeelhouder onder bijzondere omstandigheden het belang van de vennootschap moeten laten prevaleren boven zijn eigen belangen.¹⁴¹⁸

Na het uiteenzetten van de gedragsnorm die feitelijk voor NVM Holding c.s. bedoeld zijn, overweegt de Ondernemingskamer dat NVM Holding c.s. met de volgende omstandigheden rekening moeten houden: (i) Funda is (nog) geen groepsmaatschappij van NVM Holding c.s., maar dat kan laatstgenoemde wel bewerkstelligen, (ii) Funda staat voor een belangrijke strategische keuze en de bestuurders en commissarissen zetten zich al ruim vijf jaar in om meer autonomie te verkrijgen, (iii) ‘het succes van Funda is mede te danken aan de financiering van de certificaathouders die geen reële *exit*-mogelijkheid hebben, terwijl verschillende partijen serieuze interesse hebben getoond om het belang van de certificaathouders tegen een hoge prijs over te nemen’, en (iv) het bestuur heeft reeds een heldere strategie geformuleerd die steun geniet van de raad van commissarissen en de STAK, waarbij meeweegt dat (bepaalde) leden van de besturen en raad van commissarissen door NVM Holding dan wel NVM zijn benoemd.¹⁴¹⁹

Gelet op deze omstandigheden rust op grond van art. 2:8 BW op NVM Holding c.s. als (middellijk) meerderheidsaandeelhouders een zorgvuldigheidsplicht, waardoor zij Funda, de STAK en de certificaathouders niet langer in het ongewisse mogen laten. NVM Holding c.s. moeten namelijk een heldere keuze maken ‘over de toekomst van de aandeelhoudersstructuur, de positie van Funda en een mogelijke *exit* voor de certificaathouders.’ Het voorgaande brengt mee dat NVM Holding c.s. aan de certificaathouders een mogelijkheid moeten aanbieden om de reële waarde van hun certificaten te realiseren indien NVM Holding c.s. de vrijheid van het bestuur van Funda willen inperken. Kortom, NVM Holding c.s. moeten de autonomie van het bestuur om haar eigen strategie te bepalen en uit te voeren respecteren of zij dienen een reële *exit*-mogelijkheid aan de certificaathouders aan te bieden.¹⁴²⁰

De uitspraken in deze paragraaf belichten dat de rechtscolleges verschillende zorg- en zorgvuldigheidsplichten kunnen formuleren waaraan zij vervolgens de feiten en omstandigheden toetsen. Deze plichten blijven veelal algemeen van aard, waardoor de inzetbaarheid daarvan flexibel is en per casus kan verschillen. Niettemin leidt deze flexibiliteit tot onzekerheid over wanneer overeenkomstig of in strijd met de zorg(vuldigheids)plicht wordt/is gehandeld. Dit geldt echter niet voor alle geformuleerde plichten, aangezien de Ondernemingskamer in de Funda-beschikking een concreet – zeer ingrijpend – kader aanreikt waaruit de strekking van de zorgvuldigheidsplicht blijkt.

10.3.5 *Transparantie en besluitvorming*

In de voorgaande paragraaf staan hoofdzakelijk specifieke beleidskeuzes centraal, maar het besluitvormingsproces kan tevens in het rechterlijk oordeel aan bod komen zonder dat het rechtscollege een zorgvuldigheidsplicht formuleert. In de IHD-beschikking oordeelt de Ondernemingskamer dat onvoldoende grond aanwezig is voor het oordeel dat er sprake is van onzakelijk handelen. Niettemin bestaat wel voldoende grond voor het oordeel dat de besluitvorming ten aanzien van de zwaarwegende financiële aangelegenheid onvoldoende transparant is geweest. Volgens de

¹⁴¹⁸ Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ARO 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.36.

¹⁴¹⁹ Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ARO 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.37.

¹⁴²⁰ Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ARO 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.38.

Ondernemingskamer had het minimaal voor de hand gelegen om de voorgenomen wijziging van het beleid aan de orde te stellen in de algemene vergadering.¹⁴²¹ De handelwijze van de vennootschap – en feitelijk de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder – illustreert dat de vennootschap in procedurele zin in ernstige mate onzorgvuldig te werk is gegaan.

De zojuist behandelde uitspraak bevat geen expliciete verwijzing naar art. 2:8 BW, maar de noodzaak voor transparantie is te duiden als een uit art. 2:8 BW voortvloeiende gedragsnorm. De Ondernemingskamer geeft in de ERU-beschikking meer inzicht met betrekking tot de grondslag waarop zij haar oordeel baseert. De vennootschap is volgens de Ondernemingskamer namelijk niet overeenkomstig art. 2:8 BW en de – overige – wettelijke en statutaire bepalingen bestuurd. Vervolgens geeft de Ondernemingskamer een opsomming van onjuiste gedragingen. Hieronder valt onder meer dat één bestuurder zonder overleg met – of laat staan instemming van – de medebestuurder een bestuurder van de dochtervennootschap heeft ontslagen waardoor de kredietrelatie met de bank is verslechterd.¹⁴²² De vraag is echter of deze gedraging specifiek betrekking heeft op het niet overeenkomstig art. 2:8 BW besturen van de vennootschap. De statuten van de vennootschap bepalen namelijk dat bestuursbesluiten met een volstreekte meerderheid worden genomen en dat ieder van de bestuurders zelfstandig bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen.¹⁴²³ Hierdoor is het ontslaan van de bestuurder van de dochtervennootschap zonder instemming van de medebestuurder mogelijk in strijd met de statuten en dat daarover geen overleg is gevoerd, is mogelijk niet verenigbaar met art. 2:8 BW. Of deze opsplitsing correct is, is niet met zekerheid te concluderen, maar het belang van een transparant besluitvormingsproces sluit aan bij soortgelijke gedragsregels die de Ondernemingskamer op art. 2:8 BW baseert.¹⁴²⁴

Beide uitspraken dateren uit 2003. Dit is enigszins opvallend aangezien geen andere uitspraken binnen dit gevalstype in deze categorie vallen. De meerwaarde van de twee uitspraken moet daarvoor niet worden overschat.

10.3.6 Blokkerende stem

Paragraaf 10.3.4 behandelt de Funda-beschikking en daaruit volgt dat de aandeelhouder in beginsel in zijn eigen belang mag stemmen en dat art. 2:8 BW een beperking kan vormen op dat uitgangspunt. De drie uitspraken in deze paragraaf verschaffen vervolgens meer inzicht in hoe rechtscolleges dat uitgangspunt kunnen beperken in geschillen over de strategie en het beleid.

In kort geding heeft de Rechtbank Amsterdam in 2004 een geschil beslecht binnen ‘Filmpje BV’. In deze zaak heeft de minderheidsaandeelhouder het nodige kapitaal geïnvesteerd in het project van de onderneming. Voornoemde aandeelhouder is op een gegeven moment tevens bestuurder

¹⁴²¹ Hof Amsterdam (OK) 22 september 2003, ARO 2003/159 (*I.H.D. Schiphol Services*), r.o. 3.10. Met ‘aan de orde stellen’ lijkt de Ondernemingskamer te bedoelen dat het betreffende aspect besproken diende te worden tijdens de aandeelhoudersvergadering.

¹⁴²² Hof Amsterdam (OK) 10 december 2003, ARO 2003/186 (*ERU Beheer*), r.o. 3.2-3.7 en 2.4-2.7.

¹⁴²³ Hof Amsterdam (OK) 10 december 2003, ARO 2003/186 (*ERU Beheer*), r.o. 2.3.

¹⁴²⁴ Zie bijvoorbeeld de informatieverplichting van het bestuur jegens de aandeelhouder in het kader van een geschil over de winstbestemming (paragraaf 7.2). Overigens zouden de verschillende handelingen ook gezamenlijk niet verenigbaar met art. 2:8 BW kunnen zijn, alleen ontstaat dan de vraag waarom het rechtscollege de wet en de statuten in haar oordeel betreft.

van de vennootschap en in strijd met de statuten verleent de bestuurder zelfstandig aan een partij toestemming om het project – de film – te mogen uitzenden.

De rechtbank neemt als uitgangspunt dat de bestuurder intern niet bevoegd is. Vervolgens staat de vraag centraal of de andere aandeelhouders hun instemming aan de overeenkomst mogen onthouden. Deze vraag beantwoordt de rechtbank op basis van art. 2:8 BW, waarbij wordt meegewogen dat de minderheidsaandeelhouder belang heeft bij het terugverdienen van zijn investering en dat de bedenker van de film persoonlijkheidsrechten heeft. Wat betreft deze persoonlijkheidsrechten oordeelt de rechtbank dat een exploitatiebeperking niet blijkt uit de statuten en aandeelhoudersovereenkomst. Wel kan de maker van een werk zich tegen openbaarmaking verzetten als de weigering gebeurt op redelijke gronden. Daarvan is volgens de rechtbank in casu geen sprake, waardoor de voorlopige conclusie is dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de andere aandeelhouders hun toestemming aan de overeenkomst met de derde niet mogen onthouden.¹⁴²⁵

De tweede uitspraak betreft een geschillenregelingsprocedure (uitstotingsprocedure). De Ondernemingskamer wijst de uitstotingsvordering toe vanwege het blokkeren van de besluitvorming. De minderheidsaandeelhouder – die van fraude wordt beschuldigd – heeft namelijk in de aandeelhoudersvergadering op onredelijke gronden tegen alle praktische voorstellen van het bestuur – zoals het huren van een nieuwe kantoorruimte, het aangaan van een noodzakelijke geldlening en het vaststellen van de begroting – gestemd en op die manier haar vetorecht misbruikt. Door het blokkeren van de besluitvorming is de continuïteit van de vennootschap direct in gevaar gebracht.¹⁴²⁶ Dit heeft tot gevolg dat de minderheidsaandeelhouder niet zonder goede grond – die overigens ontbreekt – mocht tegenstemmen.¹⁴²⁷

In de laatste uitspraak heeft de aandeelhoudersvergadering bij besluit de statuten gewijzigd, waardoor alle bestuursbesluiten aan de goedkeuring van de prioriteitsaandeelhouder – feitelijk de meerderheidsaandeelhouder – zijn onderworpen. Deze bepaling die het bestuur ‘vleugellam’ maakt, is volgens de Ondernemingskamer gelet op de uitgangspunten van de samenwerking niet verenigbaar met art. 2:8 BW ondanks dat partijen twisten over de reikwijdte van de samenwerking.¹⁴²⁸ De vennootschap is namelijk als joint venture opgericht.¹⁴²⁹

Uit de voorgaande drie uitspraken volgt dat het blokkeren van de besluitvorming niet per se ontoelaatbaar is, zolang daarvoor een redelijke grond bestaat. Wanneer een redelijke grond ontbreekt, dan kan het blokkeren van de besluitvorming aangemerkt worden als in strijd handelen met art. 2:8 BW. Verder geldt onder bijzondere omstandigheden in bepaalde samenwerkingsverbanden hetzelfde voor het zodanig statutair inperken van de bestuursautonomie, zodat het bestuur afhankelijk is van één aandeelhouder voor het nemen van bestuursbesluiten.

¹⁴²⁵ Rb. Amsterdam (vzr.) 20 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4951 (*Filmproductie Filmpje/Endemol Nederland*), r.o. 1.a-1.c, 1.g en 7-8.

¹⁴²⁶ In casu is het mogelijk om de besluitvorming te blokkeren vanwege de tussen partijen gemaakte afspraken, aangezien de aandeelhoudersvergadering met unanimiteit bepaalde bestuursbesluiten moet goedkeuren overeenkomstig de statuten en aandeelhoudersovereenkomst.

¹⁴²⁷ Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2010, ARO 2010/59 (*BEK Holding/J.H. de B. Holding*), r.o. 2.1.a, 2.1.e, 2.1.j en 4.2. Zie ook de Elf-beschikking in paragraaf 10.3.4.

¹⁴²⁸ Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, ARO 2011/107 (*Waterspreng*), r.o. 2.1, 2.14 en 3.5.

¹⁴²⁹ Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, ARO 2011/107 (*Waterspreng*), r.o. 2.6.1 en 2.6.4.

10.3.7 *Gelijkheidsbeginsel*

In drie uitspraken is het gelijkheidsbeginsel (impliciet) waargenomen als tussen partijen een geschil speelt over de strategie en het beleid. Allereerst volgt uit de *Bosbo*-beschikking dat een voorstel van het bestuur mogelijk aanmerkelijk nadeel heeft toegebracht aan de nieuwe aandeelhouder. Dit gebeurt terwijl tussen de aandeelhouders een ernstig juridisch geschil bestaat over de rechtsgeldigheid van de gesloten overeenkomst tussen de ‘oude’ aandeelhouders. De Ondernemingskamer is daardoor van oordeel dat het bestuur en de raad van commissarissen met het geschil rekening hadden dienen te houden en zich niet zonder meer aan de kant van de overige aandeelhouders dienden te scharen. Het vennootschappelijk belang brengt namelijk mee dat de vennootschap de betrokken aandeelhouders op dezelfde voet behoort te behandelen.¹⁴³⁰

Een expliciete verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel ontbreekt ook in de *HAB Holding*-uitspraak. De uitspraak bevat wel een toetsing aan art. 2:8 BW van de (on)gelijke behandeling van aandeelhouders. Uit de uitspraak blijkt dat de contractuele uittreedleeftijd van aandeelhouders/partners bij besluit naar 62 jaar wordt verlaagd, omdat het reduceren van het aantal partners bevorderlijk is voor de vennootschap. Volgens het rechtscollege dienden de appellanten ermee rekening te houden dat de overeenkomst – blijkens hetgeen daarin staat – zou kunnen wijzigen. Niettemin treft het besluit de appellanten – die de leeftijd van 62 jaar hebben bereikt – onevenredig zwaar in vergelijking tot de andere (jongere) partners. Dit klemt te meer aangezien er in 2014 geen partnerevaluatie voorlag. Desondanks oordeelt het hof dat het besluit tot wijziging van de uittreedleeftijd niet in strijd is met art. 2:8 BW. De redenen hiervoor zijn dat het besluit voorzienbaar was en in beginsel voor alle aandeelhouder gelijkelijk werkt.¹⁴³¹

10.3.8 *Overige*

Hieronder worden twee uitspraken behandeld die niet vallen in de voorgaande categorieën. De eerste uitspraak betreft de *Rickley*-beschikking. De aandeelhouders hebben in deze zaak een aandeelhoudersovereenkomst gesloten, waarin een bepaalde systematiek staat voor het uitkeren van geld aan de meerderheids- en minderheidsaandeelhouder. De meerderheidsaandeelhouder wil deze bepaling buiten werking stellen alvorens zij een lening verstrekt aan de vennootschap. Zij wil namelijk dat haar lening eerst wordt terugbetaald voordat de uitkeringssystematiek in werking treedt. De minderheidsaandeelhouder weigert daarmee in te stemmen en daarom betoogt de meerderheidsaandeelhouder dat het onthouden van instemming in strijd is met het belang van de vennootschap en art. 2:8 BW.¹⁴³²

¹⁴³⁰ Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2003, *ARO* 2003/81 (*Bosbo*), r.o. 3.1 en 3.12. Zie verder voor een impliciete toepassing van het gelijkheidsbeginsel de *Bergmont*-beschikking. In die zaak zijn de aandeelhouders tevens afnemers van de vennootschap en één aandeelhouder/afnemer wordt op verschillende momenten bevoordeeld. Hierdoor constateert de Ondernemingskamer dat (het bestuur van) de vennootschap de betrokken belangen onvoldoende zorgvuldig heeft gescheiden en behandeld (Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2009, *ARO* 2009/119 (*Bergmont*), r.o. 3.6 en 3.9).

¹⁴³¹ Hof Amsterdam 19 december 2017, *ECLI:NL:GHAMS:2017:5298* (*Exploitiemij/HAB Holding*), r.o. 3.3-3.4. Wel is het zonder afdoende compensatie beëindigen van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Dit oordeel lijkt echter op art. 6:2 jo. art. 6:248 lid 2 BW te worden gebaseerd, omdat de appellanten zich tevens daarop beroepen en het hof in rechtsoverweging 3.5 oordeelt dat de primaire vordering tot vernietiging van de besluiten niet toewijsbaar is.

¹⁴³² Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2010, *ARO* 2010/53 (*Rickley International*), r.o. 2.4, 2.9-2.10 en 3.1.

De Ondernemingskamer twijfelt of de vennootschap überhaupt aanvullende financiering nodig heeft. Als daarvan niettemin wordt uitgegaan, dan is het bezwaar van de meerderheidsaandeelhouder – dat de huidige slechtere financiële situatie onvoorzienbaar was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst – niet van dien aard dat dat zou kunnen leiden tot het oordeel dat de bepaling buiten toepassing dient te worden gelaten.¹⁴³³ Een impliciet beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid lijkt het rechtscollege hiermee af te wijzen.

Verder verschillen de twee 50%-aandeelhouders/bestuurders in de e-Traction-beschikking van inzicht over de strategie. Hierdoor ontstaat een patstelling. Ook blijkt dat een van de twee aandeelhouders/bestuurder potentiële klanten onheus bejegend heeft om – met succes – de door de andere partij opgezette projecten te dwarsbomen.¹⁴³⁴ De aandeelhouder/bestuurder wil namelijk voorkomen dat de vennootschap onverantwoorde verplichtingen en onvoordelige projecten zou aangaan. De Ondernemingskamer acht deze handelswijze ‘zodanig onverantwoord, disproportioneel en inadequaat dat niet valt in te zien op welke wijze zij in de gegeven omstandigheden zou kunnen worden gerechtvaardigd.’¹⁴³⁵ Alhoewel de Ondernemingskamer in de voorgaande zin de term ‘redelijkheid’ niet gebruikt, lijkt de handelswijze vanwege de woordkeuze onverenigbaar met art. 2:8 BW.

10.4 Feiten en het rechterlijk oordeel

10.4.1 Inleiding

Bepaalde feiten kunnen meermaals in de verschillende uitspraken voorkomen, omdat de rechtscolleges die feiten van belang achten voor de beslechting van het geschil over de strategie en het beleid. Uit paragraaf 10.3 blijkt bijvoorbeeld dat de financiële positie van de vennootschap meeweegt bij de beoordeling van de strategie en het beleid. Dergelijke elementen staan in deze paragraaf centraal.¹⁴³⁶ De volgende elementen worden achtereenvolgens behandeld: financiële positie (paragraaf 10.4.2), gerechtelijke procedure (paragraaf 10.4.3) en (samenwerkings)overeenkomst (paragraaf 10.4.4).

10.4.2 Financiële positie

Zoals uit de onderstaande uitspraken blijkt, houden rechtscolleges met name rekening met een verslechterde financiële positie van de vennootschap. Deze positie beïnvloedt vervolgens de manier waarop het bestuur behoort te handelen, aangezien het bestuur meer of minder ruimte krijgt voor het zelfstandig maken van keuzes.

Zo bestaan de activa van de vennootschap in de Bosbo-beschikking hoofdzakelijk uit liquide middelen vanwege de afwikkeling van de bedrijfsactiviteiten. De vennootschap had in het verleden ook financiële problemen, waardoor de aandeelhouders – met uitzondering van één aandeelhouder

¹⁴³³ Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2010, *ARO* 2010/53 (*Rickley International*), r.o. 3.9.

¹⁴³⁴ Hof Amsterdam (OK) 8 september 2008, *ARO* 2008/159 (*e-Traction*), r.o. 3.1-3.2.

¹⁴³⁵ Hof Amsterdam (OK) 8 september 2008, *ARO* 2008/159 (*e-Traction*), r.o. 3.6.

¹⁴³⁶ De focus ligt op de codes die betrekking hebben op de algemene feiten zoals behandeld in paragraaf 6.4.3. Niet alle feiten zullen echter aan bod komen, omdat niet alle feiten in de rechterlijke beoordeling terugkomen met betrekking tot art. 2:8 BW. Hierdoor ligt de nadruk enkel op de aangehaalde feiten.

die haar aandelenbelang uiteindelijk aan een derde heeft overgedragen – op grond van een aanvullende overeenkomst voorzagen in de benodigde financiële middelen.¹⁴³⁷ Deze elementen neemt de Ondernemingskamer mee in haar oordeel. Vervolgens oordeelt de Ondernemingskamer dat het besluit om onder meer geldleningen te verstrekken aan de aandeelhouders die in het verleden een geldlening hebben verstrekt, niet verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel. Hierbij weegt mee dat volgens de Ondernemingskamer ‘het verstrekken van de geldleningen vooruitliep op, zo niet neerkwam op algehele vereffening van de vennootschap.’¹⁴³⁸

Duidelijker is de Ondernemingskamer in de Yoha-beschikking. In casu heeft de vennootschap financiering nodig voor de uitbreidingsplannen. Volgens de Ondernemingskamer valt de wijze waarop deze financiering geregeld wordt onder de gegeven omstandigheden binnen de marges van de beleidsvrijheid van het bestuur.¹⁴³⁹ De beleidsvrijheid van het bestuur vervult eveneens een belangrijke rol in de BGA-beschikking. Uit de uitspraak blijkt dat de financiële situatie van de vennootschap verslechterd is en door deze verslechterde situatie lijkt er voor het bestuur meer ruimte te bestaan voor het treffen van maatregelen die niet voor alle certificaathouders voordelig zijn.¹⁴⁴⁰ Een soortgelijke situatie komt tevens terug in de Bonenkamp-beschikking waarin de vennootschap ondanks leningen van één aandeelhouder betalingsachterstanden opbouwt. Met deze verslechterde financiële situatie houdt de Ondernemingskamer vervolgens rekening in haar oordeel, waaruit volgt dat de bestuurder in redelijkheid heeft kunnen besluiten om een bedrijfsrecherche in te schakelen.¹⁴⁴¹

10.4.3 Gerechtelijke procedure

Dat een andere lopende of afgeronde gerechtelijke procedure relevant is voor de beslechting van het geschil illustreert de IHD-beschikking. In deze uitspraak overweegt de Ondernemingskamer dat de vennootschap rekening had moeten houden met de belangen van de (potentiële) minderheidsaandeelhouder die naar aanleiding van een gerechtelijke procedure aandelen zou verwerven. Die verwerving zorgt er namelijk voor dat geen sprake meer is van een 100%-dochtervennootschap, maar van een vennootschap met een meerderheids- en minderheidsaandeelhouder.¹⁴⁴²

Andere voorbeelden zijn de AAMC-beschikking, Spebio-beschikking, RBOC-uitspraak en Energie Concurrent-beschikking. In de AAMC-beschikking oordeelt de Ondernemingskamer dat het bestuur in redelijkheid heeft kunnen besluiten de opzegging van een overeenkomsten aan te tasten en voor te leggen aan de rechter.¹⁴⁴³ De keuze om een gerechtelijke procedure aanhangig te maken wordt hierdoor als het ware redelijk bevonden. Wanneer een aandeelhouder daarentegen een gerechtelijke procedure jegens de vennootschap aanhangig maakt, dan is het volgens de Ondernemingskamer ontoelaatbaar als die partij zich beroept op een binnen de deelrechtsorde geldende

¹⁴³⁷ Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2003, ARO 2003/81 (*Bosbo*), r.o. 2.4 en 2.7.

¹⁴³⁸ Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2003, ARO 2003/81 (*Bosbo*), r.o. 3.12.

¹⁴³⁹ Hof Amsterdam (OK) 10 juli 2019, ARO 2019/147 (*Yoha*), r.o. 2.6 en 3.3.

¹⁴⁴⁰ Hof Amsterdam (OK) 14 november 2019, ARO 2020/7 (*Beheermaatschappij Golfbaan Amelisweerd*), r.o. 2.8-2.9, 2.14 en 3.10.

¹⁴⁴¹ Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2022, ARO 2022/116 (*Bonenkamp Mechan Trade*), r.o. 2.13, 2.19 en 3.17.

¹⁴⁴² Hof Amsterdam (OK) 22 september 2003, ARO 2003/159 (*I.H.D. Schiphol Services*), r.o. 2.4, 2.6 en 3.2.

¹⁴⁴³ Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2013, ARO 2013/46 (*Associated Asset Management Corporation*), r.o. 2.25, 2.32 en 3.29.

regel (statuut of bepaling uit een aandeelhoudersovereenkomst) waardoor de vennootschap zich in die procedure niet kan/mag verweren.¹⁴⁴⁴

Een subtielere invloed van een gerechtelijke procedure is waarneembaar in de RBOC-uitspraak. Uit de feiten volgt namelijk dat een kortgedingprocedure tot een vaststellingsovereenkomst heeft geleid en die overeenkomst vervult een centrale rol in de beslechting van het geschil.¹⁴⁴⁵ Verder geeft de beleidsbeslissing om de uitkomst van een gerechtelijke procedure af te wachten geen aanleiding in de Energie Concurrent-beschikking voor strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid.¹⁴⁴⁶

De uiteengezette uitspraken maken inzichtelijk dat de rechtscollages in bepaalde gevallen zowel met lopende als afgeronde gerechtelijke procedures rekening houden. Dit gebeurt echter in een gering aantal uitspraken, waardoor de invloed van een gerechtelijke procedure op het rechterlijk oordeel niet moet worden overschat.

10.4.4 (Samenwerkings)overeenkomst

Uiteenlopende overeenkomsten zijn waarneembaar in de gecodeerde rechtspraak met betrekking tot dit gevalstype. De mate waarin de rechtscollages daarmee rekening houden, varieert ook sterk. De casuïstiek blijft immers – zoals blijkt uit de onderstaande uitspraken – essentieel met betrekking tot de redelijkheid en billijkheid. Illustratief hiervoor zijn de onderstaande uitspraken.

Uit de Bosbo-beschikking volgt dat de oorspronkelijke aandeelhouders in 1995 een overeenkomst hebben gesloten, waaruit onder meer blijkt dat één aandeelhouder geen lening hoeft te verstrekken en in ruil daarvoor doet die aandeelhouder afstand van haar winstrecht. Deze aandeelhouder draagt enige tijd later in 1999 haar aandelen over aan een derde partij, waarna het bestuur in 2000 een voorstel doet – met inachtneming van de eerder tussen de aandeelhouders gesloten overeenkomst – dat niet verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel zoals uiteengezet in paragraaf 10.3.7. De overeenkomst tussen de aandeelhouders vormt dus feitelijk de aanleiding voor het gedrag van het bestuur dat leidt tot het schenden van het gelijkheidsbeginsel jegens de minderheidsaandeelhouder.¹⁴⁴⁷

De relevante overeenkomst kan eveneens met een derde partij zijn gesloten. Zo is de vennootschap met de bank een financieringsarrangement overeengekomen – in de BWI-beschikking – waarbij tevens de meerderheidsaandeelhouder van de vennootschap is betrokken. Het bestuur overschrijdt echter de kredietlimiet van de vennootschap voor lange duur ruimschoots zonder de meerderheidsaandeelhouder of de andere – bij het financieringsarrangement – betrokken partijen te raadplegen of om toestemming te vragen. De Ondernemingskamer is door deze gang van zaken van oordeel dat het bestuur niet de vereiste zorgvuldigheid in acht heeft genomen en de belangen van de betrokken partijen heeft geschaad.¹⁴⁴⁸ Het bestaan van de overeenkomst heeft in deze zaak dan ook

¹⁴⁴⁴ Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2013, *ARO* 2013/65 (*Spebio*), r.o. 2.23-2.24 en 3.5.

¹⁴⁴⁵ Hof Amsterdam 21 januari 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:91* (*RBOC "Fort Markenbinnen"*), r.o. 3.1.3, 3.9 en 3.10.

¹⁴⁴⁶ Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2018, *ARO* 2018/152 (*Energie Concurrent*), r.o. 2.7, 2.47-2.48 en 4.18.

¹⁴⁴⁷ Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2003, *ARO* 2003/81 (*Bosbo*), r.o. 2.2, 2.8-2.11 en 3.12.

¹⁴⁴⁸ Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWI Beheer*), r.o. 2.5-2.6 en 3.4.

bijgedragen aan het ontstaan van de verplichting voor het bestuur om de genoemde partijen te raadplegen dan wel om toestemming aan hen te vragen.

Hetgeen in de aandeelhoudersovereenkomst staat, vormt daarentegen in de Spebio-beschikking aanleiding om de desbetreffende bepaling middels de derogerende werking buiten toepassing te verklaren. Naleving van de bepaling – waarover meer in paragraaf 10.5.3 – levert namelijk een onaanvaardbare beperking op voor de vennootschap om zich te kunnen verweren in een gerechtelijke procedure.¹⁴⁴⁹

De Rechtbank Amsterdam houdt verder in de Filmpje-uitspraak rekening met meerdere overeenkomsten. In deze zaak staat namelijk centraal of de aandeelhouders hun instemming aan een overeenkomst hadden mogen onthouden. Uiteindelijk blijkt dat de handelswijze van de aandeelhouder niet in overeenstemming is met art. 2:8 BW, omdat onder meer in de statuten en samenwerkingsovereenkomst geen bepaalde contractuele beperking is overeengekomen.¹⁴⁵⁰ Dit betekent met andere woorden dat de aandeelhouders een bepaalde gang van zaken niet mochten blokkeren. In het verlengde hiervan ligt dat het misbruiken van een vetorecht – dat voortvloeit uit de aandeelhoudersovereenkomst – kan leiden tot toewijzing van een uitstotingsvordering als daardoor de noodzakelijke besluitvorming wordt geblokkeerd.¹⁴⁵¹

Voorts vervullen verschillende overeenkomsten in de RBOC- en HAB Holding-uitspraken een wezenlijke rol. In de RBOC-uitspraak is de vernietiging van een besluit ex art. 2:15 lid 1 sub b BW – zoals blijkt uit paragraaf 10.3.3 – hoofdzakelijk gebaseerd op een schending van de tussen partijen geldende vaststellingsovereenkomst. Hierbij weegt mee dat de vaststellingsovereenkomst van doorslaggevend belang had moeten zijn bij de gemaakte belangenafweging, maar dat nergens uit blijkt dat het bestaan van de overeenkomst bij die afweging is betrokken.¹⁴⁵²

Tot slot ligt de focus in de HAB Holding-uitspraak – zie tevens paragraaf 10.3.7 – op het besluit tot aanpassing van de uittreedleeftijd in de aansluitovereenkomst. Deze aanpassing heeft tot gevolg dat aandeelhouders/partners eerder uit de vennootschap moeten treden. Volgens het hof is het besluit echter niet in strijd met art. 2:8 BW, omdat in de overeenkomst staat dat de inhoud daarvan kan wijzigen krachtens een besluit van het bestuur en onder goedkeuring van de algemene vergadering.¹⁴⁵³

¹⁴⁴⁹ Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2013, ARO 2013/65 (*Spebio*), r.o. 2.8 en 3.5. Een niet geslaagde terzijdestelling van een bepaling uit de aandeelhoudersovereenkomst is waarneembaar in de volgende uitspraak: Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2010, ARO 2010/53 (*Rickley International*), r.o. 2.9-2.10 en 3.9.

¹⁴⁵⁰ Rb. Amsterdam (vzr.) 20 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4951 (*Filmproductie Filmpje/Endemol Nederland*), r.o. 1.d-1.e en 8.

¹⁴⁵¹ Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2010, ARO 2010/59 (*BEK Holding/J.H. de B. Holding*), r.o. 2.1.e en 4.2.

¹⁴⁵² Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:91 (*RBOC “Fort Markenbinnen”*), r.o. 3.1.2-3.1.3 en 3.10

¹⁴⁵³ Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5298 (*Exploitiemij/HAB Holding*), r.o. 2.6-2.8 en 3.3-3.4.

10.5 Functies art. 2:8 BW

10.5.1 Inleiding

Uit paragraaf 6.3.9.5 blijkt dat de interpreterende (13), aanvullende (1), beperkende (3) en gedragsregulerende (21) functies zijn waargenomen bij geschillen over de strategie en het beleid. Gelet op de aantallen komen met name de interpreterende en gedragsregulerende functies terug binnen dit gevalstype. Alle waargenomen functies worden in aparte subparagrafen behandeld.

10.5.2 Interpreterende functie

Bij toepassing van de interpreterende functie wordt een binnen de deelrechtsorde bestaande regel naar redelijkheid en billijkheid geïnterpreteerd. Dit gebeurt bij dit type geschil ten aanzien van verschillende bestaande regels in zowel enquêteprocedures, art. 2:15 BW-procedures als één geschillenregelingsprocedure. Hierdoor is het mogelijk om diverse voorbeelden te geven van de interpretatie van de wet, besluiten en bepalingen uit overeenkomsten.

De interpretatie van de wet is bijvoorbeeld in de Bosbo-beschikking gesignaleerd, omdat het oordeel verduidelijkt onder welke omstandigheden de vennootschap in strijd met het gelijkheidsbeginsel handelt.¹⁴⁵⁴ Hetzelfde geldt voor de BEK Holding-uitspraak, alleen verduidelijkt het rechtscollege in die zaak de omstandigheden waaronder een uitstotingsvordering toewijsbaar is.¹⁴⁵⁵ Verder geeft de Spebio-beschikking een scherp voorbeeld van de interpretatie van een bepaling uit een aandeelhoudersovereenkomst:

“De Ondernemingskamer is van oordeel dat, indien die bepaling al niet in redelijkheid moet worden gelezen als slechts betrekking te hebben op procedures tegen of ingesteld door derden en dus niet ziet op procedures zoals hier aan de orde ten gevolge van interne conflicten tussen de joint venture partners”¹⁴⁵⁶

Uit de geciteerde rechtsoverweging blijkt dat de contractuele bepaling naar redelijkheid wordt geïnterpreteerd om de bestaande regel te verduidelijken. Voorts interpreteren de rechtscolleges in verschillende uitspraken een besluit naar redelijkheid. Dit komt het duidelijkst in art. 2:15 BW-procedures terug, waarin rechtscolleges onder meer oordelen over de redelijkheid van een besluit tot vaststelling van de jaarrekening, een besluit tot opheffing van het winstcertificatenreglement en het besluit tot wijzigen van een overeenkomst.¹⁴⁵⁷ Daarentegen toetst de Ondernemingskamer in enquêteprocedures onder andere de redelijkheid van (i) een bestuursbesluit om een gerechtelijke procedure aanhangig te maken jegens de grootmoedervenootschap van de meerderheidsaandeelhouder,¹⁴⁵⁸ (ii) het besluit om voor een bepaalde wijze van financiering voor een project te

¹⁴⁵⁴ Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2003, ARO 2003/81 (*Bosbo*), r.o. 3.12.

¹⁴⁵⁵ Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2010, ARO 2010/59 (*BEK Holding/J.H. de B. Holding*), r.o. 4.2.

¹⁴⁵⁶ Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2013, ARO 2013/65 (*Spebio*), r.o. 3.5.

¹⁴⁵⁷ Hof Amsterdam 8 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:631 (*ITP Holland/International Trade Promotions*), r.o. 3.4.8; Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:91 (*RBOC “Fort Markenbinnen”*), r.o. 3.10; Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5298 (*Exploitiemij/HAB Holding*), r.o. 3.4.

¹⁴⁵⁸ Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2013, ARO 2013/46 (*Associated Asset Management Corporation*), r.o. 3.29.

opteren,¹⁴⁵⁹ (iii) een bestuursbesluit om een aandeelhouder niet op een bepaald project in te zetten,¹⁴⁶⁰ en (iv) het bestuursbesluit om een bedrijfsrecherche in te schakelen.¹⁴⁶¹

10.5.3 Aanvullende functie

Toepassing van de aanvullende functie kan leiden tot het ontstaan van een nieuwe regel die vervolgens binnen de deelrechtsorde van de vennootschap geldt, zoals gebeurd is in de Funda-beschikking. In casu oordeelt de Ondernemingskamer dat de zorgvuldigheidsplicht – die op grond van art. 2:8 BW geldt – meebrengt dat de (middellijk) meerderheidsaandeelhouders bepaalde partijen niet langer in het ongewisse mogen laten en een heldere keuze voor de toekomst moeten maken.¹⁴⁶² Deze nieuwe (unieke) regel geldt dus niet enkel voor de meerderheidsaandeelhouder maar tevens voor de middellijk meerderheidsaandeelhouder wat de reikwijdte van art. 2:8 BW mede vergroot.

10.5.4 Beperkende functie

De beperkende functie kan ertoe leiden dat een binnen de deelrechtsorde bestaande regel buiten toepassing blijft. Een impliciet beroep daarop is reeds in paragraaf 10.3.8 behandeld. De twee resterende uitspraken gaan in de kern erover dat het onaanvaardbaar is als het bestuur namens de vennootschap geen verweer mag voeren in een procedure die jegens de vennootschap aanhangig wordt gemaakt door één van haar aandeelhouders.¹⁴⁶³ De desbetreffende twee uitspraken worden hieronder wat uitgebreider uiteengezet, omdat die uitspraken in de paragrafen 10.2 en 10.3 niet zijn uiteengezet.

De Consultancy/Sywan-uitspraak betreft een uittredingsprocedure die de aandeelhouder jegens de andere aandeelhouder en vennootschap aanhangig maakt. De vennootschap voert hiertegen verweer en dient een vordering in reconventie in. Vervolgens betoogt de aandeelhouder dat de vennootschap niet-ontvankelijk is met betrekking tot het instellen van een vordering in reconventie, omdat de vennootschap daarvoor goedkeuring nodig heeft van de algemene vergadering gelet op de statuten. In de statuten staat dat de bestuurder goedkeuring nodig heeft van de algemene vergadering voor het voeren van rechtsgedingen. De rechtbank oordeelt dat het beroep op de statutaire bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat (i) de vorderingen in conventie en reconventie nauw met elkaar verbonden zijn, en (ii) de aandeelhouder is zelf een procedure begonnen en heeft zich daarbij op het standpunt gesteld om geen beroep te doen op de genoemde statutaire bepaling. Ook speelt een rol dat de aandeelhouder kennelijk geen informatie krijgt en is uitgeschreven als bestuurder, maar niettemin geen procedure aanhangig maakt bij de Ondernemingskamer om haar rechten af te dwingen.¹⁴⁶⁴

Een soortgelijk oordeel als hiervoor is in de Spebio-beschikking waarneembaar. In casu heeft het bestuur overeenkomstig de statuten en meer specifiek de aandeelhoudersovereenkomst goedkeuring nodig van de raad van commissarissen voordat het bestuur een handeling mag treffen

¹⁴⁵⁹ Hof Amsterdam (OK) 10 juli 2019, ARO 2019/147 (*Yoha*), r.o. 3.3.

¹⁴⁶⁰ Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2021, ARO 2021/38 (*FCC Advisory*), r.o. 3.6.

¹⁴⁶¹ Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2022, ARO 2022/116 (*Bonenkamp Mechan Trade*), r.o. 3.17.

¹⁴⁶² Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ARO 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.38.

¹⁴⁶³ Dit is overigens in lijn met het oordeel van de Hoge Raad in de Sluis-beschikking waarop Raaijmakers ingaat in zijn annotatie (HR 9 juli 1990, AA 1991/0083, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Sluis*), r.o. 3.2 en nr. 2-3 (annotatie)).

¹⁴⁶⁴ Rb. Den Haag 1 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2506 (*Consultancy/Sywan*), r.o. 4.5.

inzake een gerechtelijke procedure of arbitrageprocedure. Deze bepalingen zijn relevant omdat het geschil tussen de aandeelhouder en aandeelhouder/bestuurder escaleert en resulteert in een procedure in Parijs en enige tijd later een enquêteprocedure. In de laatstgenoemde procedure komt aan bod dat de verzoeker stelt dat de vennootschap geen handeling mag treffen in de procedure(s). De raad van commissarissen heeft daarvoor namelijk geen goedkeuring verleend en vanwege de impasse is zij niet in staat een dergelijk goedkeuringsbesluit te nemen. De Ondernemingskamer oordeelt – na toepassing van de interpreterende functie zoals blijkt uit paragraaf 10.5.2 – dat de aandeelhouder op die bepaling in redelijkheid geen beroep kan doen. Het zou immers onaanvaardbaar zijn als de aandeelhouder een procedure aanhangig maakt jegens de vennootschap en verhindert dat de vennootschap zich daartegen mag verweren.¹⁴⁶⁵

10.5.5 Gedragsregulerende functie

Wederom is de gedragsregulerende functie – zoals bij de andere uiteengezette gevalstypen – het vaakst gesignaleerd.¹⁴⁶⁶ Wanneer het dan ook in de paragrafen 10.2 en 10.3 niet over de interpretatie van de wet, een besluit of een overeenkomst gaat, dan komt in de desbetreffende uitspraak de gedragsregulerende functie terug. Hierdoor bevatten de voornoemde paragrafen een uitgebreide uiteenzetting van de waargenomen gedragsnormen en de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW.¹⁴⁶⁷ Zo komt in zeven uitspraken van de Ondernemingskamer in vergelijkbare zin de maatstaf voor bestuurlijk handelen terug om te duiden wanneer het bestuur zijn beleidsvrijheid te buiten treedt (zie paragraaf 10.3.2). Daarvan is sprake als ‘het bestuur zijn taak in dit opzicht heeft veronachtzaamd of miskend dan wel die taak overigens zodanig heeft vervuld dat geen redelijk handelend bestuurder de gevolgde handelwijze had kunnen kiezen met het oog op de belangen van de bij (de onderneming van) de vennootschap betrokkenen.’¹⁴⁶⁸

Verder gaat het meermaals om de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW. Zo acht de Ondernemingskamer bijvoorbeeld onder omstandigheden de volgende gedragingen (on)verenigbaar met de redelijkheid en billijkheid: (i) het zonder overleg of instemming ontslaan van de bestuurder van een dochtervennootschap,¹⁴⁶⁹ (ii) het afwijzen van een schikking vanwege nog lopende gerechtelijke procedures¹⁴⁷⁰ en (iii) het zonder plegen van overleg inschakelen van een bedrijfsrecherche.¹⁴⁷¹ Voorts bevat één kortgedingprocedure een toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW. In deze uitspraak oordeelt de Rechtbank Amsterdam – samengevat – dat de aandeelhouders in strijd met art. 2:8 BW

¹⁴⁶⁵ Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2013, *ARO* 2013/65 (*Spebio*), r.o. 2.4, 2.17, 2.23, 3.1 en 3.5.

¹⁴⁶⁶ Van de gedragsregulerende functie is er sprake als het rechtscollege een reeds op art. 2:8 BW gecreëerde gedragsnorm aanhaalt, toepast of aanscherpt. Hieronder valt ook de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW als gedragsnorm waarvan de inhoud afhankelijk is van de feiten en omstandigheden (zie code 41.5 van het codeboek (bijlage II)).

¹⁴⁶⁷ Gelet daarop zal niet elke waarneming nogmaals uitgebreid worden behandeld.

¹⁴⁶⁸ Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, *ARO* 2009/56 (*Nedelko*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam 25 september 2015, *ARO* 2015/214 (*Metrical*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 15 januari 2016, *ARO* 2016/39 (*Fruitmasters Expressive Research*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2016, *ARO* 2016/49 (*Matser*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 25 september 2018, *ARO* 2018/196 (*Hortiglass International*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, *ARO* 2019/173 (*Beheerskantoor Scheveningen*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2021, *ARO* 2021/38 (*FCC Advisory*), r.o. 3.6.

¹⁴⁶⁹ Hof Amsterdam (OK) 10 december 2003, *ARO* 2003/186 (*ERU Beheer*), r.o. 3.2 en 3.4.

¹⁴⁷⁰ Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2018, *ARO* 2018/152 (*Energie Concurrent*), r.o. 4.18.

¹⁴⁷¹ Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2022, *ARO* 2022/116 (*Bonenkamp Mechan Trade*), r.o. 3.17.

hebben gehandeld door de andere minderheidsaandeelhouder/bestuurder geen toestemming te verlenen om namens de vennootschap een overeenkomst met een derde aan te gaan.¹⁴⁷²

Ook verwijzen rechtscolleges met regelmaat naar reeds gecreëerde zorg(vuldigheids)plichten. In art. 2:15 BW-procedures is een verwijzing naar het VEB/KLM-arrest van de Hoge Raad gesignaleerd.¹⁴⁷³ De Ondernemingskamer verwijst verder naar de Cancun-beschikkingen en de Zwagerman-beschikking van de Hoge Raad.¹⁴⁷⁴ Ook overweegt/herhaalt zij dat op de vennootschap een bijzondere zorgplicht rust jegens de minderheidsaandeelhouder/niet-bestuurder, waardoor de betrokken belangen met een grote zorgvuldigheid uiteen dienen te worden gehouden.¹⁴⁷⁵

Naar aanleiding van het voorgaande kan afrondend worden opgemerkt dat de Ondernemingskamer de gedragsregulerende functie op uiteenlopendere wijze toepast voor de beslechting van geschillen. Zij hanteert namelijk verschillende zorg(vuldigheids)plichten en gebruikt als enige – althans bij dit gevalstype – de maatstaf ‘geen redelijk handelend bestuur’ inzake het beoordelen van de strategie en het beleid. Dit verschil kan op toeval berusten vanwege de voorgelegde zaken of verband houden met de vrijheid die de Ondernemingskamer heeft in een enquêteprocedure.

10.6 Wijze van toetsing

Paragraaf 6.3.9.5 maakt inzichtelijk hoe de rechtscolleges binnen dit gevalstype toetsen. Daaruit volgt dat de rechtscolleges met name terughoudend toetsen (25) en met regelmaat vol toetsen (14). Ook toetsen de rechtscolleges veelvuldig materiële aspecten (32) en een aantal keren formele aspecten (7). Naar aanleiding hiervan ontstaat de vraag of formele aspecten telkens vol worden getoetst en materiële aspecten terughoudend.

Wat betreft de formele aspecten hebben de rechtscolleges enkel vol getoetst. Bij de materiële aspecten daarentegen is hoofdzakelijk een terughoudende toetsing waarneembaar. Dit is zelfs uitsluitend het geval in de paragrafen 10.3.2 en 10.3.3 waarin de rechtscolleges terughoudend toetsen aan de maatstaf ‘geen redelijk handelend bestuur’ of terughoudend een redelijkheidsoordeel geven over een beleidskeuze of bepaald gedrag. Naast de vele terughoudende toetsingen van materiële aspecten is zeven keer een volle(re) toetsing van materiële aspecten gesignaleerd. Dit gebeurt in de volgende situaties: het bestuur handelt in strijd met het gelijkheidsbeginsel,¹⁴⁷⁶ een aandeelhouder/bestuurder betreft familieleden bij de onderneming alsmede schuldeisers, crediteuren en de ondernemingsraad bij het conflict met de andere aandeelhouder/bestuurder,¹⁴⁷⁷ het rechtscollege oordeelt resoluut dat het gedrag onverantwoord, disproportioneel en inadequaaf is,¹⁴⁷⁸ de doorgang van de besluitvorming wordt van één partij afhankelijk gemaakt terwijl de vennootschap als joint venture

¹⁴⁷² Rb. Amsterdam (vzr.) 20 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4951 (*Filmproductie Filmpje/Endemol Nederland*), r.o. 8.

¹⁴⁷³ Zie Rb. Rotterdam 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7895 (*Bloem/Bloem Doze Nienhuis*), r.o. 4.5; Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1369 (*SVO Company/Delco Participation*), r.o. 3.19.

¹⁴⁷⁴ Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2017, *ARO* 2018/9 (*Efiparind*), r.o. 3.11-3.12; Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2021, *ARO* 2021/128 (*Zeeuwse Visveiling*), r.o. 4.6; Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, *ARO* 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.30 en 4.36.

¹⁴⁷⁵ Hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/195 (*Elf*), r.o. 3.4.

¹⁴⁷⁶ Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2003, *ARO* 2003/81 (*Bosbo*), r.o. 3.12.

¹⁴⁷⁷ Hof Amsterdam (OK) 10 december 2003, *ARO* 2003/186 (*ERU Beheer*), r.o. 3.2 en 3.6-3.7.

¹⁴⁷⁸ Hof Amsterdam (OK) 8 september 2008, *ARO* 2008/159 (*e-Traction*), r.o. 3.6.

is opgericht,¹⁴⁷⁹ het bestuur verschaft de gevraagde informatie over het (voorgenomen) beleid,¹⁴⁸⁰ de Ondernemingskamer formuleert een zorgvuldigheidsplicht en constateert dat daaraan nog niet is voldaan onder de gegeven omstandigheden¹⁴⁸¹ en vanwege het vermoeden van onregelmatigheden mocht de bestuurder zelfstandig een bedrijfsrecherche vragen daarnaar onderzoek te doen.¹⁴⁸² Overigens vindt deze volle toetsing van materiële aspecten uitsluitend plaats in het kader van een enquêteprocedure. De Ondernemingskamer wijkt daardoor af van het uitgangspunt dat materiële aspecten terughoudend getoetst dienen te worden. Een reden hiervoor is mogelijk dat de Ondernemingskamer opteert voor een volle toetsing om de beleids- en beoordelingsvrijheid van de vennootschapsactoren te beperken ingeval zij constateert dat een partij hoofdzakelijk zijn eigen belangen tracht te behartigen zonder (voldoende) rekening te houden met de andere aandeelhouder(s)/(bestuurder(s)). In een dergelijk geval is het immers gerechtvaardigd om een strikte naleving van de norm te handhaven. Een andere mogelijkheid is dat in de uitspraak (niet) voldaan wordt aan een duidelijk (eenduidig) geformuleerde (zorgvuldigheids)plicht, waardoor het eenvoudiger is om te toetsen of het gedrag conform de norm is.

10.7 Bevindingen

De rechtscolleges krijgen binnen dit type geschil met diverse feitencomplexen te maken waarvoor weinig vaste gedragsnormen zijn geformuleerd. Hierdoor zou een grote variatie aan diverse rechterlijke oordelen kunnen ontstaan. Uit de paragrafen 10.2 en 10.3 blijkt echter dat het aantal verschillende normen beperkt is, waardoor een bepaalde mate van uniformiteit waarneembaar is. In deze paragraaf worden een aantal elementen uit de voorgaande paragrafen uitgelicht.

Uit dit hoofdstuk blijkt dat de redelijkheid en billijkheid op verschillende manieren terugkomt. Zo hanteert de Ondernemingskamer als enige in de gecodeerde rechtspraak binnen dit gevalstype de norm ‘geen redelijk handelend bestuur’. Deze norm gebruikt het rechtscollege met regelmaat consistent om het beleid en de strategie terughoudend te beoordelen, waardoor handelingen van het bestuur niet snel in strijd zijn met art. 2:8 BW. Bij de toetsing aan deze norm kan meewegen of de meerderheid van de aandeelhouders het beleid of de strategie steunt, alsmede of een bepaalde beleidskeuze met behulp van een adviseur is tot stand gekomen. Dat het bestuurlijk handelen niet snel in strijd met art. 2:8 BW is, volgt mede uit meerdere algemene redelijkheidsoordelen van de rechtscolleges om het geschil te beslechten. De rechtscolleges respecteren namelijk normaliter de beleidsvrijheid van het bestuur. In het kader van een gegeven redelijkheidsoordeel is ook slechts in één uitspraak een overschrijding van de beleidsvrijheid waarneembaar. Zo treedt (het bestuur van) de vennootschap haar ‘vrijheid’ te buiten door bepaalde afspraken met één certificaathouder te schenden of door een keuze te maken die een ongerechtvaardigd nadeel oplevert voor de certificaathouder. Het aannemen van een schending van de beleids- en beoordelingsvrijheid is daardoor waarschijnlijk slechts reëel als de belangen van een specifieke aandeelhouder door de handelswijze ‘onevenredig of onaanvaardbaar’ worden geschaad. Dit zou ook als ondergrens aansluiten bij de norm uit de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad.

¹⁴⁷⁹ Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, *ARO* 2011/107 (*Waterspreng*), r.o. 3.5.

¹⁴⁸⁰ Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2017, *ARO* 2018/9 (*Efiparind*), r.o. 3.12.

¹⁴⁸¹ Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, *ARO* 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.38.

¹⁴⁸² Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2022, *ARO* 2022/116 (*Bonenkamp Mechan Trade*), r.o. 3.17.

In het verlengde hiervan ligt dat het beperken of onnodig hinderen van de bestuursbevoegdheid ontoelaatbaar kan zijn. Besluitvorming dient daardoor plaats te kunnen vinden en het (structureel) blokkeren daarvan kan op gespannen voet met art. 2:8 BW staan.

Verder worden zorg(vuldigheids)plichten binnen dit type geschil sporadisch toegepast. De plichten die de rechtscolleges formuleren of aanhalen zijn hoofdzakelijk open normen, waardoor een terughoudende toetsing voor de hand ligt omdat de norm niet eenduidig is. Niettemin illustreert de Funda-beschikking van de Ondernemingskamer dat het rechtcollege onder omstandigheden eenduidige plichten kan formuleren op basis van een zorgvuldigheidsplicht – zoals het niet in het ongewisse laten van bepaalde partijen over de toekomst van de vennootschap – zodat op een later moment eenvoudiger is te beoordelen of overeenkomstig dan wel in strijd met art. 2:8 BW is gehandeld.

Voorts is gebleken dat de financiële positie, een gerechtelijke procedure of (samenwerkings)overeenkomst in afwisselende mate meeweegt bij de beslechting van het geschil. Onder omstandigheden kan het een minuscuul aspect zijn waarmee het rechtcollege rekening houdt en soms is het oordeel hoofdzakelijk daarop gebaseerd. Door de grote diversiteit tussen de oordelen kan daarover enkel het volgende worden opgemerkt. Indien de financiële positie van de vennootschap negatief is, dan leidt dat in bepaalde gevallen tot een verruiming van de bestuursbevoegdheid in de zin dat het bestuur ingrijpendere keuzes mag maken. Ook zal het in strijd handelen met een overeenkomst – waaraan een bepaalde vennootschapsactor rechten ontleent – tot een overschrijding van de bestuursbevoegdheid kunnen leiden.

Afrondend is gebleken dat de interpreterende en gedragsregulerende functies hoofdzakelijk in dit gevalstype zijn gesignaleerd, want de beperkende functie is enkele keren waargenomen en de aanvullende functie slechts één keer. Zo interpreteren rechtscolleges bijvoorbeeld of (i) in strijd met het gelijkheidsbeginsel is gehandeld, (ii) een uitstotingsvordering toewijsbaar is dan wel (iii) een besluit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid toelaatbaar is. De gedragsregulerende functie komt verder met name terug in enquêteprocedures ingeval de Ondernemingskamer bijvoorbeeld een van de hiervoor aangehaalde gedragsnormen aanhaalt.

Tot slot toetsten de rechtscolleges formele aspecten uitsluitend vol. Materiële aspecten worden daarentegen zowel terughoudend als vol(ler) getoetst. Alhoewel een terughoudende toetsing hoofdzakelijk is waargenomen, is het opvallend dat een volle(re) toetsing met regelmaat in een enquêteprocedure voorkomt. Van een volle(re) toetsing kan sprake zijn indien een partij vooral zijn eigen belang tracht te behartigen, waardoor een beperking van de beleids- en beoordelingsvrijheid optioneel is en minder ruimte resteert voor het maken van een belangenafweging. Minder ruimte voor een belangenafweging is daarnaast aanwezig als de norm – zoals een zorg(vuldigheids)plicht – voor de vennootschapsactoren duidelijk (eenduidig) is, zodat het rechtcollege vol(ler) kan toetsen.

Hoofdstuk 11. Structuurwijziging

11.1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt het een-na-laatste gevalstype dat een bundeling vormt van bepaalde soorten geschillen. Onder structuurwijziging vallen immers – overeenkomstig paragraaf 2.6.1 – geschillen over de aandelenstructuur, statuten, ondernemingsstructuur en beëindiging van de vennootschap of samenwerking. Om te verduidelijken hoe art. 2:8 BW in de voornoemde geschillen voorkomt, zal wederom de focus liggen op hetgeen in de rechtsoverwegingen van de uitspraken staat.¹⁴⁸³

Allereerst beschrijft paragraaf 11.2 welke algemene normen en constateringenvoortvloeienvoortvloeienuit het rechterlijk oordeel. Deze paragraaf verduidelijkt dat de rechtscolleges veelvuldig de redelijkheid en billijkheid zowel op soortgelijke als uiteenlopende wijzen toepassen. Daaropvolgend behandelt paragraaf 11.3 meer specifiek bepaalde normen om de nuances met betrekking tot die normen en de toepassing van art. 2:8 BW te verduidelijken. Opvallend hierbij is hoe rechtscolleges een noodzakelijk emissiebesluit faciliteren alsmede hoe zij een genomen emissiebesluit op basis van gedragsnormen beoordelen. Hierna belicht paragraaf 11.4 de feiten die de rechtscolleges meermaals aanhalen – of van belang achten – voor de beslechting van het geschil door toepassing van de redelijkheid en billijkheid. De financiële positie van de vennootschap is in dit verband meermaals essentieel gebleken voor de beslechting van het geschil, net zoals de tussen partijen gemaakte afspraken die in een overeenkomst zijn vastgelegd. Vervolgens staan eerst de gesignaleerde functies van art. 2:8 BW in paragraaf 11.5 centraal en daarna de wijze van toetsing in paragraaf 11.6. Met betrekking tot de functies is opmerkelijk dat de interpreterende functie veelvuldig voorkomt in vergelijking tot bij het merendeel van de andere typen geschillen. Wat betreft de wijze van toetsing is waargenomen dat rechtscolleges materiële aspecten niet enkel terughoudend toetsen maar ook veelvuldig vol(ler) toetsen. Ter afronding van dit hoofdstuk volgt in paragraaf 11.7 een overzicht van de bevindingen.

11.2 Algemene normen en constateringenvoortvloeienuit het rechterlijk oordeel

11.2.1 Inleiding

De normen en constateringenvoortvloeienuit uitspraken waarin een geschil over een structuurwijziging wordt beslecht, zijn gelet op de daaraan verbonden definitie in vier categorieën onder te verdelen. De volgende drie van de vier categorieën komen hieronder achtereenvolgens aan bod: aandelenstructuur (paragraaf 11.2.2), ondernemingsstructuur (paragraaf 11.2.3) en beëindiging van de vennootschap of samenwerking (paragraaf 11.2.4). De categorie ‘statuten’ komt daarentegen enkel in paragraaf 11.3.4 terug om overlap te voorkomen, omdat slechts twee uitspraken op dat subtype betrekking hebben.

¹⁴⁸³ Informatie daarover is immers essentieel voor het kunnen beantwoorden van de centrale onderzoeksvraag in paragraaf 1.2.

11.2.2 Aandelenstructuur

Wanneer partijen een geschil hebben over een (voorgenomen) aandelenemissie, dan kan de toelaatbaarheid van het (voorgenomen) besluit ter discussie staan in een gerechtelijke procedure. Het rechtscollege dient dan daarover uitsluitsel te geven en een eventuele blokkade van de besluitvorming op te heffen. Indien een partij de besluitvorming blokkeert, zal het immers onmogelijk zijn om het noodzakelijke besluit te nemen. In dergelijke geschillen is waarneembaar dat de rechtscolleges telkens de nadruk leggen op dezelfde elementen. Zo leidt de combinatie van een financiële nood situatie bij de vennootschap, een impasse in de besluitvorming¹⁴⁸⁴ en een gebrek aan andere financieringsmethoden ertoe dat de vennootschap (ingrijpende) maatregelen – zoals een besluit tot het uitschrijven van converteerbare leningen of uitgifte van aandelen – mag nemen om de benodigde financiering te verkrijgen.¹⁴⁸⁵

Als daarentegen vanwege de verhoudingen in de algemene vergadering geen sprake is van een impasse die de besluitvorming blokkeert, dan kan een aandelenemissie geoorloofd zijn vanwege bijvoorbeeld de liquiditeitsproblemen van de vennootschap.¹⁴⁸⁶ In soortgelijke zin acht de Ondernemingskamer het geenszins onredelijk dat een aandeelhouder (grotere) zeggenschap wenst te verkrijgen over de (voorlopig) in surseance verkerende vennootschap in ruil voor voortzetting van de financiering.¹⁴⁸⁷ In redelijkheid kan tevens niet van bepaalde aandeelhouders worden gevergd dat zij – in tegenstelling tot een andere aandeelhouder – (nogmaals) vermogen verstrekken aan de vennootschap zonder dat de vermogensverstrekking invloed heeft op de (zeggenschaps)verhoudingen.¹⁴⁸⁸ Kortom, als de vennootschap (ernstige) financiële problemen heeft, is het treffen van maatregelen volgens het rechtscollege veelal geoorloofd waardoor een aandeelhouder financiële middelen behoort te overleggen of een eventuele verwatering van zijn aandelen dient te dulden.¹⁴⁸⁹ Het belang van de vennootschap dat op de continuïteit van de onderneming is gericht, weegt dan in feite zwaarder dan het belang van de (individuele) aandeelhouder.¹⁴⁹⁰ De

¹⁴⁸⁴ Met ‘impasse in de besluitvorming’ wordt in dit verband – overeenkomstig de rechterlijke oordelen – zowel een staking der stemmen als blokkering van de besluitvorming bedoeld.

¹⁴⁸⁵ Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, *JOR* 2001/35 (*Skygate*), r.o. 3.6-3.7; Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD5812 (*Decidewise International*), r.o. 3.3-3.6; Hof Amsterdam (OK) 29 november 2002, *ARO* 2002/180 (*Alcas*), r.o. 3.2-3.3; Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, *ARO* 2009/84 (*Triple E*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, *ARO* 2010/6 (*Inter Access Groep*), r.o. 3.16; Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, *ARO* 2011/85 (*Rhodes Holding Netherlands*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/119 (*Delphi Bioscience*), r.o. 3.2-3.6; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4669 (*W.K. Holding/I.R.B. Holding*), r.o. 5.4; Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2022, *ARO* 2022/125 (*Cicerone Holding*), r.o. 2.11 en 2.13.

¹⁴⁸⁶ Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/6 (*Secure Internet Machines*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2011, *ARO* 2011/36 (*Amtrada Holding*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 1 april 2011, *ARO* 2011/65 (*Chameleon Investment*), r.o. 3.4-3.5; Rb. Noord-Holland 13 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:2163 (*De Princen Dranken Groep*), r.o. 4.6; Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2020, *ARO* 2020/191 (*Talking Results*), r.o. 3.13; Rb. Oost-Brabant (vzr.) 19 november 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:5787 (*MBK Summit/Smart Clinical Products*), r.o. 4.2-4.6; Rb. Amsterdam 10 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6492 (*Aaron Investments/Twenty Seven Amsterdam*), r.o. 4.6, 4.9 en 4.14.

¹⁴⁸⁷ Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2008, *ARO* 2008/37 (*Vendenco*), r.o. 3.4.

¹⁴⁸⁸ Hof Amsterdam (OK) 29 november 2002, *ARO* 2002/180 (*Alcas*), r.o. 3.4. Zie in soortgelijke zin ook Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, *ARO* 2010/6 (*Inter Access Groep*), r.o. 3.16.

¹⁴⁸⁹ Dat de aandeelhouder financieel niet in staat zou zijn om deel te nemen aan de versterking van het kapitaal, hoeft de vennootschap in dit verband niet te bewegen tot het voeren van een ander beleid (Hof Amsterdam (OK) 1 april 2011, *ARO* 2011/65 (*Chameleon Investment*), r.o. 3.6).

¹⁴⁹⁰ Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2022, *ARO* 2022/125 (*Cicerone Holding*), r.o. 2.13. Een dergelijke belangenafweging is zelfs waarneembaar als een emissiebesluit is gericht op het reduceren van de macht van een partij. Zie hiervoor Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2015, *ARO* 2015/146 (*Jeemer*), r.o. 4.13-4.14.

Ondernemingskamer werkt in dit kader eveneens met enige regelmaat faciliterend met het oog op het belang van de vennootschap door – onder meer – (i) de emissiebevoegdheid bij het bestuur¹⁴⁹¹ of de raad van commissarissen¹⁴⁹² te leggen, (ii) het voorkeursrecht van de aandeelhouder uit te sluiten,¹⁴⁹³ of (iii) het stemrecht van de aandeelhouder ten titel van beheer over te dragen¹⁴⁹⁴ dan wel te schorsen.¹⁴⁹⁵ Overigens blijft een aandeelhouder ontvankelijk in zijn enquêteverzoek ondanks de verwatering van zijn aandelenbelang.¹⁴⁹⁶

Onverminderd de voornoemde elementen die een aandelenemissie kunnen rechtvaardigen, blijken andere aspecten – eventueel in aanvulling op de voornoemde elementen – zelfstandig van belang te zijn ingeval een emissiebesluit kan worden genomen. De rechtscolleges hechten namelijk waarde aan de informatievoorziening aan de aandeelhouders,¹⁴⁹⁷ de waardering die ten grondslag ligt aan de aandelenkoers¹⁴⁹⁸ en de mate van verwatering.¹⁴⁹⁹ In dit kader is het opmerkelijk dat de Ondernemingskamer recentelijk meermaals tot een nagenoeg identieke overweging komt. In de situatie dat een aandeelhouder (hoogstwaarschijnlijk) niet aan de emissie wil deelnemen, acht de Ondernemingskamer het wezenlijk van belang dat de uitgiftekoers op een onafhankelijke waardering is gebaseerd in een transparant proces.¹⁵⁰⁰

Met betrekking tot de informatievoorziening kan de handelswijze van de aandeelhouder – of een partij die de aandeelhouder vertegenwoordigt – invloed hebben op de vereiste informatievoorziening. Zo heeft de ‘ontwrichtende rol’ van een bepaalde partij – die twee aandeelhouders vertegenwoordigde – ervoor gezorgd dat een gebrekkige informatieverstrekking jegens de desbetreffende partij niet wordt aangemerkt als wanbeleid.¹⁵⁰¹ Verder volgt uit rechtspraak dat het redelijk kan zijn dat een aandeelhouder/bestuurder moet bijdragen aan de kosten voor de waardering van de aandelen/onderneming.¹⁵⁰² Ook kan een waardering ‘uit de losse pols’ onder omstandigheden aanvaardbaar zijn.¹⁵⁰³

¹⁴⁹¹ Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD5812 (*Decidewise International*), r.o. 4; Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, ARO 2010/6 (*Inter Access Groep*), r.o. 4; Hof Amsterdam 25 mei 2011, ARO 2011/85 (*Rhodes Holding Netherlands*), r.o. 4; Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, ARO 2014/119 (*Delphi Bioscience*), r.o. 4.

¹⁴⁹² Hof Amsterdam (OK) 29 november 2002, ARO 2002/180 (*Alcas*), r.o. 4.

¹⁴⁹³ Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, ARO 2011/85 (*Rhodes Holding Netherlands*), r.o. 4.

¹⁴⁹⁴ Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, ARO 2009/84 (*Triple E*), r.o. 4.

¹⁴⁹⁵ Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, ARO 2010/6 (*Inter Access Groep*), r.o. 4.

¹⁴⁹⁶ Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, JOR 2000/125 (*Leather Design Van der Eerden*), r.o. 4.4.

¹⁴⁹⁷ Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, ARO 2012/165 (*Via Parva*), r.o. 3.8; Rb. Midden-Nederland 9 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2398, r.o. 3.32-3.33.

¹⁴⁹⁸ Hof Amsterdam (OK) 10 juli 2019, ARO 2019/147 (*Yoha*), r.o. 3.4; Rb. Oost-Brabant (vzr.) 19 november 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:5787 (*MBK Summit/Smart Clinical Products*), r.o. 4.8-4.20; Rb. Amsterdam 10 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6492 (*Aaron Investments/Twenty Seven Amsterdam*), r.o. 4.12 en 4.14; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4669 (*W.K. Holding/I.R.B. Holding*), r.o. 5.9.

¹⁴⁹⁹ Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (*Bosal Nederland*), r.o. 3.13. Deze drie aspecten komen terug in Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2011, ARO 2011/36 (*Amtrada Holding*), r.o. 3.6-3.8; Hof Amsterdam (OK) 19 december 2022, ARO 2023/5 (*Steijnborg*), r.o. 3.6.

¹⁵⁰⁰ Hof Amsterdam (OK) 30 augustus 2021, ARO 2021/160 (*OG245*), r.o. 4.8; Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, ARO 2021/185 (*Simetra Investments*), r.o. 4.18; Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2022, ARO 2022/80 (*Wamberg Vastgoed*), r.o. 3.7. Een formulering met dezelfde strekking is waarneembaar in Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2020, ARO 2020/83 (*Dynasource*), r.o. 3.4.

¹⁵⁰¹ Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2015, ARO 2015/146 (*Jeemer*), r.o. 4.20.

¹⁵⁰² Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2007, ARO 2007/103 (*2H Media*), r.o. 3.4.

¹⁵⁰³ Rb. Den Haag 30 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6963 (*Med-IP*), r.o. 4.14 en 4.21.

Bij de mate van verwatering speelt een bijzondere zorgplicht eveneens een rol. Zo kan een sterke verwatering van het aandelenbelang van de aandeelhouder niet verenigbaar zijn met de bijzondere zorgplicht¹⁵⁰⁴ van de vennootschap jegens de minderheidsaandeelhouder als een deugdelijk onderzoek naar alternatieve financieringsmethoden ontbreekt.¹⁵⁰⁵ Tevens creëert de instemming van de aandeelhouder voor het uitsluiten van het voorkeursrecht geen vrijbrief voor het verwateren van het aandelenbelang van die partij. Het blijft immers van belang om na te gaan of de (mate van) verwatering ten opzichte van die partij verantwoord en proportioneel is.¹⁵⁰⁶ In dit verband is het niet verwonderlijk dat rechtscolleges het van belang achten dat de tegenstemmende aandeelhouder de gelegenheid heeft om onder dezelfde voorwaarden gebruik te maken van het voorkeursrecht¹⁵⁰⁷ of om deel te nemen aan de financiering.¹⁵⁰⁸

Voorts rust op de meerderheidsaandeelhouder onder omstandigheden een zorgvuldigheidsplicht jegens de vennootschap, waardoor die partij ervoor dient te waken dat de vennootschap niet onevenredig door een transactie (inkoop van aandelen) wordt geschaad. Hierdoor kan een kritische opstelling ten opzichte van de financiële onderbouwing van de transactie geboden zijn.¹⁵⁰⁹

11.2.3 Ondernemingsstructuur

Bij dit subtype gaat het erom dat het bestuur (een deel van) de onderneming of activa van de vennootschap – waaronder de aandelen in de dochtervennootschap(pen) vallen – overdraagt aan een andere partij. Een dergelijke transactie kan het wezen en de aard van de vennootschap veranderen, waardoor het volgens de Ondernemingskamer op de weg van de vennootschap ligt om de aandeelhouder (in ruimere mate dan het geval is geweest) ‘te informeren zo niet daarbij te betrekken.’ Dit kan zelfs het geval zijn als de overdracht van de onderneming gebeurt als preventieve beschermingsmaatregel, zodat bepaalde partijen de vennootschap geen (ernstige) schade kunnen toebrengen.¹⁵¹⁰ Overeenkomstig vaste jurisprudentie van de Ondernemingskamer kan immers niet worden aanvaard ‘dat het bestuur van een vennootschap al haar (substantiële) activa vervreemdt – en daarmee in feite een einde maakt aan de door haar in stand gehouden onderneming – zonder haar aandeelhouders op een behoorlijke wijze in de besluitvorming daaromtrent te betrekken.’ De besluitvorming moet namelijk het resultaat zijn van overleg en in overeenstemming zijn met het bepaalde in art. 2:8 BW.¹⁵¹¹ Met het oog op het betrekken van de aandeelhouder bij de transactie kan

¹⁵⁰⁴ Zie in dit kader HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797/799/804/808 (*Cancun Holding*), r.o. 4.2.2.

¹⁵⁰⁵ Indien overigens daarnaar onderzoek is verricht, dan moet ook onderzocht worden of de uitgifte tegen een bepaalde waarde reëel is (Rb. Oost-Brabant 29 november 2017 (vzr.), ECLI:NL:RBOBR:2017:6254 (*Radboud University Participations/Secmatix*), r.o. 4.12 en 4.14). In het verlengde van de vorige uitspraak ligt Rb. Oost-Brabant 31 juli 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4456 (*Radboud University Participations/Secmatix*), r.o. 4.23.

¹⁵⁰⁶ Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2018, ARO 2018/61 (*Deus ex Machina*), r.o. 5.11. Dit geldt des te meer als er sprake is van een belangenconflict omdat de bestuurder indirect aandelen aan zichzelf uitgeeft.

¹⁵⁰⁷ Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2020, ARO 2020/191 (*Talking Results*), r.o. 3.13.

¹⁵⁰⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4669 (*W.K. Holding/I.R.B. Holding*), r.o. 5.9. Het niet betrekken van een aandeelhouder bij de besluitvorming voor een emissie – met als gevolg dat het aandelenbelang van die partij verwaterd – kan ook duiden op een onaanvaardbare vermenging van belangen (Hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, ARO 2006/145 (*TriQorp*), r.o. 3.4).

¹⁵⁰⁹ Hof Amsterdam (OK) 1 april 2021, ARO 2021/115 (*Priogen Holding*), r.o. 4.56.

¹⁵¹⁰ Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 2002, ARO 2002/151 (*Case Packing Sales Europe*), r.o. 3.12.

¹⁵¹¹ Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, ARO 2006/166 (*UMI Beheer*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 16 december 2010, ARO 2011/4 (*Fam. Van der Linden Holding*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, ARO 2018/83 (*ADW Accountants*), r.o. 3.7. Een vergelijkbaar oordeel staat mede in Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2006, ARO 2006/46 (*S. van Baarsen Halfweg*), r.o. 3.3.

meespelen of de vennootschap de aandeelhouder ‘tijdig en voorzien van alle relevante documentatie’ inlicht.¹⁵¹² Het verschaffen van informatie is daardoor een aspect dat samenhangt met het betrekken van de aandeelhouder bij de transactie.¹⁵¹³ Niettemin kan een verstoorde verhouding op aandeelhoudersniveau rechtvaardigen dat de vennootschap de nodig geachte transactie uitvoert zonder de aandeelhouder op voorhand te informeren.¹⁵¹⁴ Een verstoorde verhouding op aandeelhoudersniveau leidt echter niet tot een vrijbrief voor het bestuur. Het welbewust en opzettelijk buiten het gezichtsveld van de aandeelhouder overdragen van de onderneming zonder schriftelijke vastlegging daarvan geeft volgens het rechtscollege namelijk blijk van een volstrekt ontoelaatbare eigenrichting.¹⁵¹⁵ Zelfs als de aandeelhouder voor een concurrent gaat werken, dan nog is het niet verenigbaar met art. 2:8 BW als het vervreemden van de onderneming voor die aandeelhouder wordt verzwegen.¹⁵¹⁶

Overigens wordt de eerder uiteengezette algemene maatstaf – voor het betrekken van de aandeelhouders bij de besluitvorming – tevens in een dagvaardingsprocedure gebruikt als rechtvaardiging voor een analoge toepassing van art. 2:107a BW.¹⁵¹⁷ Het analoog toepassen van art. 2:107a BW is echter niet onomstreden en daarvoor zou geen ruimte bestaan bij het vervreemden van 51% van de aandelen in de enige deelneming van de vennootschap.¹⁵¹⁸

Of het betrekken van de aandeelhouders bij de besluitvorming inhoudt dat zij voorafgaand aan de transactie een (goedkeurings)besluit moeten nemen, volgt niet expliciet uit de hiervoor behandelde rechtspraak. Wel heeft de Ondernemingskamer reeds in 2007 geoordeeld dat onder omstandigheden een bestuursbesluit niet kan worden genomen of uitgevoerd zonder de instemming van de algemene vergadering als dat besluit leidt tot een wezenlijke wijziging van de aard van de vennootschap en de door haar in stand gehouden onderneming. Het kan zelfs zo zijn dat in bepaalde gevallen voor de transactie de instemming van de minderheidsaandeelhouder vereist is.¹⁵¹⁹ Desondanks

¹⁵¹² Hof Amsterdam (OK) 6 maart 2014, *ARO* 2011/113 (*Elpak*), r.o. 3.3. Uit de rechtsoverweging volgt dat de aandeelhouder over de aanleiding van de verkoop moet worden ingelicht alsmede ‘de omstandigheden waaronder en de voorwaarden waartegen deze zal plaatsvinden.’

¹⁵¹³ Dit kan enigszins afgeleid worden uit Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, *ARO* 2006/132 (*Selles Beheer*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 7 november 2019, *ARO* 2020/4 (*Easy Clean Plastics Recycling*), r.o. 3.5.

¹⁵¹⁴ Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, *ARO* 2006/132 (*Selles Beheer*), r.o. 3.7. Verenigbaar hiermee is dat de vrees voor het verstoren van het verkoopproces aanleiding kan geven om een certificaathouder niet eerder omtrent een transactie te informeren. Wanneer dit gebeurt met het oog op de belangen van de andere certificaathouder, kan dit in redelijkheid niet het bestuur worden verweten (Hof Amsterdam (OK) 5 december 2006, *ARO* 2006/198 (*SDN Participatie*), r.o. 3.5).

¹⁵¹⁵ Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2006, *ARO* 2006/46 (*S. van Baarsen Halfweg*), r.o. 3.3. Vergelijkbaar hiermee is dat het heimelijk overdragen van de onderneming van de vennootschap naar twee nieuwe vennootschappen potentieel in strijd is met art. 2:8 en/of art. 2:9 BW (Rb. Almelo (vzr.) 13 april 2010, *ECLI:NL:RBALM:2010:BM1158 (TSI-Solutions/Key Codes)*, r.o. 4.6-4.7).

¹⁵¹⁶ Hof Amsterdam (OK) 17 mei 2017, *ARO* 2017/126 (*Villatent*), r.o. 3.5.

¹⁵¹⁷ Rb. Amsterdam (vzr.) 23 februari 2021, *ECLI:NL:RBAMS:2021:2618 (Human Concern)*, r.o. 4.4.

¹⁵¹⁸ Hof Amsterdam 7 april 2021, *ECLI:NL:GHAMS:2021:1018 (Human Concern)*, r.o. 3.15.

¹⁵¹⁹ Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2007, *ARO* 2007/34 (*De Benpuck Holding*), r.o. 3.2. Meer specifiek oordeelt de Ondernemingskamer in de desbetreffende rechtsoverweging: “Maar ook afgezien daarvan kunnen, zeker in een geval als het onderhavige, redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW alsmede hedendaagse opvattingen omtrent corporate governance met zich brengen dat een (voorgenomen) besluit van het bestuur dat leidt tot een wezenlijke wijziging van de aard van de vennootschap en de door haar in stand gehouden onderneming niet kan worden genomen of uitgevoerd zonder de instemming van de algemene vergadering van aandeelhouders en onder omstandigheden zelfs niet kan worden genomen of uitgevoerd zonder de instemming van de minderheidsaandeelhouder, in het geval namelijk dat een bij meerderheid genomen besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders gelet op alle in aanmerking te nemen omstandigheden en belangen als in redelijkheid niet aanvaardbaar moet worden aangemerkt.”

zorgt de beleidsvrijheid van de algemene vergadering ervoor dat het besluit tot verkoop van de onderneming niet per se in strijd is met art. 2:8 BW als een minderheidsaandeelhouder daardoor mogelijk schade lijdt. Dit is bovendien het geval als het bestuur van de vennootschap indirect de meerderheid van de aandelen houdt.¹⁵²⁰ Vergelijkbaar hiermee is dat de verhangings van de dochtervennootschappen – met goedkeuring van de algemene vergadering – door de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder geoorloofd kan zijn als dat gebeurt om de continuïteit van de onderneming te beschermen tegen een dreigende inmenging van een nieuwe onwettige aandeelhouder. Hierbij is van belang dat de verkrijger een marktconforme prijs betaalt.¹⁵²¹ Een andere rechtvaardiging voor de verhangings van alle activa is om een faillissement van de vennootschap te voorkomen. Door druk van de crediteuren – die niet verder willen met de tegenstemmende minderheidsaandeelhouder/bestuurder – kan er namelijk geen andere optie zijn om de vennootschap te redden.¹⁵²² De minderheidsaandeelhouder(s) moeten zich dus in bepaalde situaties conformeren aan hetgeen de meerderheid wil. In dit verband kan meewegen dat het onderwerp (de transactie) tijdig is geagendeerd en dat de onderliggende documenten binnen een redelijke termijn zijn toegezonden.¹⁵²³

Verder zijn er nog uiteenlopende omstandigheden en normen waarmee de rechtscolleges rekening kunnen houden. Zo kan doorbreking van de vereiste (statutaire) unanimiteit voor de vervreemding van alle activa van de vennootschap onder uitzonderlijke omstandigheden gerechtvaardigd zijn. In dat geval moet het bestuur ex art. 2:8 BW aan de algemene vergadering mededelen welke dringende omstandigheden de doorbreking van de goedkeuringsregel rechtvaardigen.¹⁵²⁴ Indien de raad van commissarissen daarentegen een transactie moet goedkeuren, dient zij daarvoor in redelijkheid tijd en gelegenheid te worden geboden.¹⁵²⁵ Voorts is het niet met art. 2:8 BW verenigbaar wanneer de vennootschap een ten overstaan van de rechter gedane toezegging schendt om de certificaaathouders bij de besluitvorming te betrekken over de vervreemding van activa.¹⁵²⁶ In het kader van de

¹⁵²⁰ Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ5898 (*Cab Truck/Limij*), r.o. 4.3.2. Aan de overdracht van de onderneming was een aandelenoverdracht met de andere aandeelhouders voorafgegaan, waardoor het bestuur 83,3% van het totale aandelenbelang verwierf. Deze *management buy-out* was ingegeven door het belang van de continuïteit van de onderneming (zie de rechtsoverwegingen 4.1.10 en 4.3.3 van de voormelde uitspraak).

¹⁵²¹ Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2009, ARO 2009/18 (*Beheermaatschappij Trial*), r.o. 3.3-3.4. Dat de rechtscolleges waarde hechten aan een marktconforme prijs en de verstrekking van de daarmee samenhangende informatie volgt onder meer uit Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, ARO 2014/64 (*Beheermaatschappij Plat Edam*), r.o. 3.8-3.9; Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, ARO 2016/41 (*Meduprof-S Holding*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 17 mei 2017, ARO 2017/126 (*Villatent*), r.o. 3.5.

¹⁵²² Rb. Noord-Holland 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7064 (*R.M. Lodder Beheer/Datacenter Energy Consulting*), r.o. 4.23. Op vergelijkbare wijze kan in redelijkheid een besluit tot gecontroleerde verkoop van alle activa worden genomen, indien de vennootschap op korte termijn niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen en niet de benodigde financiering kan verkrijgen (Hof Amsterdam (OK) 5 november 2020, ARO 2021/3 (*L2Fiber*), r.o. 3.19).

¹⁵²³ Rb. Limburg 29 augustus 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8245 (*Diagnostisch Centrum Parkstad*), r.o. 4.12 en 4.17.

¹⁵²⁴ Hof Amsterdam (OK) 12 april 2016, ARO 2016/118 (*Phoenicia Hotel*), r.o. 4.3.

¹⁵²⁵ Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, ARO 2003/47 (*Corus Nederland*), r.o. 3.11. Ondanks een substantiële tegemoetkoming voor de transactie is het niet onredelijk dat de raad van commissarissen met het oog op de belangen van de vennootschap wil spreken en onderhandelen met de moedervennootschap over verdergaande voorstellen en tegemoetkomingen. Hierbij weegt mee dat de raad van commissarissen zich niet uitsluitend richt op het vennootschappelijk belang, maar ook rekening houdt met het concernbelang (zie rechtsoverweging 3.13 van de voormelde beschikking).

¹⁵²⁶ Hof Amsterdam (OK) 3 september 2012, ARO 2012/130 (*Pebblestone Fashion*), r.o. 3.7. In casu had de 49%-certificaaathouder/bestuurder toegezegd om overeenkomstig het 'directiereglement' te handelen op basis waarvan

besluitvorming kan eveneens de in acht te nemen redelijkheid meebrengen dat de vennootschap controleert of de niet-aanwezige aandeelhouder op de hoogte is van de aandeelhoudersvergadering waarin cruciale beslissingen over de vervreemding van de activa aan bod komen. Hierbij speelt een rol dat de desbetreffende aandeelhouder waarschijnlijk niet zou instemmen met de voorgestelde besluiten.¹⁵²⁷ Tevens handelt de vennootschap in strijd met de in acht te nemen zorgvuldigheid jegens de minderheidsaandeelhouder door bij de feitelijke toepassing van een sterfhuisconstructie de omzet naar de ‘nieuwe’ vennootschap om te leiden zonder dat de achterblijvende crediteuren garanties krijgen en zonder dat voor het gebruik van de handelsnaam een vergoeding wordt betaald.¹⁵²⁸

Naast de vele verplichtingen die hoofdzakelijk op de vennootschap en het bestuur rusten, gelden er eveneens verplichtingen voor de aandeelhouders. Op de aandeelhouders kan namelijk een bijzondere zorgplicht rusten jegens de vennootschap, waardoor de aandeelhouders voldoende rekening moeten houden met de belangen van de vennootschap bij het streven naar een ontvlechting. Hierbij weegt mee of er waarborgen zijn voor het op zakelijke wijze vaststellen van de prijs.¹⁵²⁹ Ook mag een aandeelhouder niet onbegrensd zijn stemrecht uitoefenen, aangezien de aandeelhouder geen misbruik van dat recht mag maken en art. 2:8 BW in acht moet nemen. Onder zeer bijzondere omstandigheden kan daardoor een aandeelhouder op grond van art. 2:8 BW gehouden zijn om te stemmen voor de vervreemding van de gehele onderneming.¹⁵³⁰

De hiervoor behandelde rechtspraak gaat met name over de vervreemding van een onderneming. Daarentegen kan de verwerving van (een deel van) een onderneming eveneens aanleiding geven voor de plicht om de aandeelhoudersvergadering (tijdig) te moeten informeren. Dit kan verband houden met een aandelenemissie waarmee de verwerving van de goederen wordt betaald.¹⁵³¹ Ook geldt voor de bestuurders onderling een bijzondere zorgplicht en daarmee kunnen bestuurders in strijd handelen ingeval zij niet voldoende openheid verschaffen jegens elkaar over de aankoop van de aandelen van een andere vennootschap.¹⁵³² Het belang van het verschaffen van openheid komt verder terug als de vennootschap haar aandelen in de dochtervennootschap wil intrekken, waardoor feitelijk sprake is van een materiële liquidatie. Art. 2:8 BW brengt in die situatie mee dat de vennootschap bij de voorbereiding en totstandkoming van het besluit de nodige transparantie moet betrachten en de minderheidsaandeelhouder daarbij moet betrekken. Wat in dit verband de term

goedkeuring gevraagd moest worden aan de 51%-certificaathouder. Deze goedkeuring is gevraagd maar niet verleend, waarna alsnog de activa is vervreemd (zie de rechtsoverwegingen 2.23, 3.5 en 3.6).

¹⁵²⁷ Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, ARO 2014/64 (*Beheermaatschappij Plat Edam*), r.o. 3.6.

¹⁵²⁸ Hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, ARO 2017/148 (*Bakery Initiatives*), r.o. 3.5.

¹⁵²⁹ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2004, ARO 2004/64 (*SCUA Holding*), r.o. 3.1-3.2 en 3.7.

¹⁵³⁰ Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1360 (*Avinco Group Holdings/Eolia*), r.o. 3.4 en 3.8. Uit deze uitspraak volgt ook dat art. 2:8 BW een voldoende grondslag vormt voor een inbreuk op art. 1 EP EVRM. De inbreuk dient namelijk het algemeen belang gelet op dat het belang van de vennootschap erbij is gebaat en het belang van het behoud van de onderneming alsmede werkgelegenheid. In casu was eveneens geen reëel alternatief voor het verkopen van de onderneming aanwezig, aangezien het enige alternatief een liquidatie was.

¹⁵³¹ Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, ARO 2007/46 (*ITpreneurs*), r.o. 3.6.

¹⁵³² Hof Amsterdam (OK) 29 september 2011, ARO 2011/148 (*Rosenberg Van der Does & Partners*), r.o. 3.5. In deze zaak zou initieel de vennootschap de aandelen overnemen, maar uiteindelijk – mogelijk vanwege de ontstane onenigheid tussen de certificaathouders/bestuurders – heeft de bestuurder (een vennootschap van bepaalde certificaathouders) de aandelen overgenomen. Verder leidt de zorgplicht meer specifiek ertoe dat de bestuurders van de vennootschap jegens de medebestuurder een zo groot mogelijke openheid dienen te geven over strategische onderwerpen die de toekomst van de onderneming betreffen.

‘betrekken’ inhoudt, benoemt de Ondernemingskamer overigens niet expliciet. Hierdoor ontstaat de indruk dat ‘betrekken’ in de letterlijke zin van het woord moet worden verstaan.¹⁵³³

Het voorgaande illustreert dat het betrekken van de aandeelhouders bij de besluitvorming en het verschaffen van informatie omtrent de transactie een rode draad vormen bij dit subtype.

11.2.4 Beëindiging van de vennootschap of samenwerking

Onder ‘beëindiging van de vennootschap’ vallen geschillen over het willen ontbinden van de vennootschap middels een ontbindingsbesluit of het aansturen op een faillissement. Het aansturen op een faillissement kan duiden op een – ontoelaatbare – belangenvermenging als de meerderheidsaandeelhouder daarop aanstuurt, terwijl die partij tevens bestuurder is en er discussie bestaat over de gemaakte financieringsafspraken.¹⁵³⁴ Een aandeelhouder mag immers zijn stemrecht op grond van art. 2:8 BW niet onbegrensd gebruiken, waardoor het aanvragen van faillissement of surseance niet in overeenstemming kan zijn met de voornoemde norm.¹⁵³⁵ Ook kan het zich op niet goede gronden verzetten tegen de ontbinding van de vennootschap onverenigbaar zijn met art. 2:8 BW.¹⁵³⁶ In vergelijkbare zin handelt een aandeelhouder/bestuurder in strijd met art. 2:8 BW als die partij zelfstandig de samenwerking opzegt met een belangrijke contractspartij – die goed is voor 90% van de omzet – zonder de andere aandeelhouder daarbij te betrekken.¹⁵³⁷ Het aansturen op de beëindiging (van de onderneming) van de vennootschap kan dus leiden tot een schending van art. 2:8 BW. In het verlengde hiervan ligt dat potentiële nieuwe investeerders een redelijke termijn moeten krijgen voor het uitvoeren van een *due diligence* onderzoek dat enig perspectief biedt voor het voortbestaan van de vennootschap.¹⁵³⁸

Wat betreft de beëindiging van de samenwerking tussen de vennootschapsactoren gaat het erom dat minimaal een van de partijen de samenwerking wil verbreken en dat partijen daarover geen consensus weten te bereiken. Hierbij komt art. 2:8 BW op uiteenlopende manieren terug om het

¹⁵³³ Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2023, ARO 2023/39 (*Ministerie van Voedingszaken*), r.o. 3.9: “De op grond van artikel 2:8 BW jegens R. Schneider Beheer in acht te nemen zorgvuldigheid brengt dan mee dat bij de voorbereiding en de totstandkoming van dat besluit de nodige transparantie wordt betracht en dat de minderheidsaandeelhouder daarbij wordt betrokken. Daarvan is naar het oordeel van de Ondernemingskamer geen sprake geweest. Pas op 31 augustus 2022 is R. Schneider Beheer in de oproepingsbrief voor de aandeelhoudersvergadering van MvV van 8 september 2022 over deze gang van zaken geïnformeerd (zie 2.15). Op dat moment had de intrekking van de door MvV gehouden aandelen in Foodned volgens MvV al plaatsgevonden. Reeds op deze grond bestaat reden te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van MvV. Aan dat oordeel draagt bij dat De Koning en Feltzer - zonder daarbij R. Schneider Beheer te betrekken - samen met Gautam op 9 en 12 september 2022 een drietal nieuwe vennootschappen hebben opgericht met als doel daarin de resterende activa van Foodned onder te brengen.”

¹⁵³⁴ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2004, ARO 2004/34 (*Headscanning Patent*), r.o. 3.6.

¹⁵³⁵ Rb. Limburg (vzr.) 19 januari 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:460 (*Collect & Legal Service Group/Twaalf Provinciën Gerechtsdeurwaarders*), r.o. 4.9.

¹⁵³⁶ Rb. Amsterdam 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AZ0410 (*Interroyal Amsterdam*), r.o. 4.3-4.4.

¹⁵³⁷ Hof Amsterdam 22 (OK) december 2017, ARO 2018/51 (*ProSolar Installatietechniek*), r.o. 3.5. Hierna staat in de rechtsoverweging: “Evenmin heeft Bloomboom de algemene vergadering om goedkeuring gevraagd, terwijl zij die statutair wel behoefde voor een dergelijk besluit. Vervolgens heeft zij, wederom zonder overleg met de medeaandeelhouder, de installateurs geïnformeerd over de beëindiging van deze samenwerking.” ‘Betrekken’ lijkt hierdoor erover te gaan dat met de medeaandeelhouder geen overleg is gevoerd.

¹⁵³⁸ Hof Amsterdam (OK) 3 juli 2009, ARO 2009/115 (*CRV Beheer*), r.o. 3.9. In casu hadden de gezamenlijke meerderheidsaandeelhouders/bestuurder geen vertrouwen in het voorstel van de minderheidsaandeelhouder/bestuurder dat investeerders hen zouden uitkopen. Hierdoor kregen de potentiële investeerders slechts twee weken om een *due diligence* onderzoek uit te voeren, waardoor de kans niet groot was dat het onderzoek een positief resultaat zou opleveren.

gedrag van de partijen in te kaderen. Zo rust op de vennootschap – of de andere aandeelhouders – geen algemene plicht om een aandeelhouder uit te kopen.¹⁵³⁹ Dat andere aandeelhouders eerder wel zijn uitgekocht, brengt daarin geen verandering.¹⁵⁴⁰ Indien partijen verder in staat zijn over de beëindiging van de samenwerking te onderhandelen, dan is het stellen van randvoorwaarden voor het bewerkstelligen van een uitkoop niet per se onredelijk.¹⁵⁴¹ Daarnaast is het van belang om gedurende het proces in contact met elkaar te blijven, aangezien het plotseling mijden van elk contact in strijd kan zijn met art. 2:8 BW.¹⁵⁴²

Het niet naleven van de afspraken in een (aandeelhouders)overeenkomst kan voorts aanleiding geven voor het invoeren van een aanbiedingsplicht,¹⁵⁴³ waarbij het van belang is dat de in gebreke zijnde aandeelhouder een redelijke termijn krijgt¹⁵⁴⁴ en de verkoop geschiedt tegen de marktwaarde.¹⁵⁴⁵ In aanvulling hierop kan de overeenkomst een recht bevatten om gehoord te worden, waardoor naleving daarvan essentieel is gelet op het fundamentele karakter van dat recht.¹⁵⁴⁶ Een beroep op een aanbiedingsplicht is echter niet altijd verenigbaar met art. 2:8 BW. Een dergelijk beroep kan immers onder omstandigheden onaanvaardbaar zijn.¹⁵⁴⁷

Tevens staat het de vennootschap vrij om de samenwerking met een door de minderheidsaandeelhouder beheerste rechtspersoon zorgvuldig te beëindigen. Het voorgaande ligt mogelijk anders indien de opzegging onaanvaardbaar is of als de opzegging de minderheidsaandeelhouder ernstig en onevenredig in zijn belangen treft.¹⁵⁴⁸ In beginsel mag een meerderheidsaandeelhouder ook zijn eigen belang voorop stellen. Hierdoor kan voornoemde partij bij het aangaan van een overeenkomst bedingen dat de minderheidsaandeelhouder – die tevens bestuurder was en gelieerd zou worden aan een concurrent – geen informatie- en vergaderrechten mag behouden.¹⁵⁴⁹ Het handelen van een aandeelhouder is echter – zoals meermaals aangehaald – niet onbegrensd. Het kan namelijk in strijd zijn met art. 2:8 BW als een van de drie aandeelhouders heimelijk zijn aandelen overdraagt aan een andere aandeelhouder, waardoor afbreuk wordt gedaan aan de beoogde aandeelhoudersgelijkheid.¹⁵⁵⁰

Behalve in de hiervoor beschreven situaties die onder meer kunnen leiden tot een verandering van het aandeelhoudersbestand, kan middels een geschillenregeling een gedwongen aandelenoverdracht worden bewerkstelligd. Dit kan gebeuren door toepassing van art. 2:336 BW of art. 2:343 BW, maar partijen kunnen eveneens afwijken van de wettelijke geschillenregeling. Indien partijen

¹⁵³⁹ Een afnameplicht geldt temeer niet nu de wet daarin ex art. 2:343 BW voorziet (Rb. Gelderland 16 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1355 (*Nidapi*), r.o. 5.5).

¹⁵⁴⁰ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2006, ARO 2006/73 (*Drukkerij Bevrijding*), r.o. 3.7.

¹⁵⁴¹ Hof Amsterdam (OK) 5 november 2007, ARO 2007/172 (*Fit & Healthclub d'r Pool*), r.o. 3.12.

¹⁵⁴² Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2021, ARO 2021/101 (*Holding Inbetween Ham*), r.o. 3.8.

¹⁵⁴³ Deze inroeping zal onder omstandigheden niet in strijd met art. 2:8 BW zijn: Rb. Midden-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8915 (*Apotheek Eemnes*), r.o. 4.7.

¹⁵⁴⁴ Hof Amsterdam (OK) 30 december 2008, ARO 2009/7 (*Sunergy Investco*), r.o. 3.8-3.10 en 3.12.

¹⁵⁴⁵ Hof Amsterdam (OK) 24 juni 2019, ARO 2019/141 (*Interhal Group*), r.o. 3.7.

¹⁵⁴⁶ Rb. Amsterdam (vzr.) 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4519 (*Bearingpoint Holding*), r.o. 5.6.

¹⁵⁴⁷ Rb. Den Haag (vzr.) 20 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7910 (*China Creates/DLS Holding*), r.o. 3.12. Meer informatie over deze uitspraak staat in paragraaf 11.5.4.

¹⁵⁴⁸ Hof Amsterdam (OK) 4 april 2008, ARO 2008/80 (*Kliniek Holystaete Heerenveen*), r.o. 3.11.

¹⁵⁴⁹ Hof Amsterdam 18 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:511 (*Doedijns International*), r.o. 3.11-3.12.

¹⁵⁵⁰ Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, ARO 2012/113 (*Cancun Holding*), r.o. 3.25.2; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun Holding*), r.o. 4.7.1; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799/804/808 (*Cancun Holding*), r.o. 4.6.1-4.6.2.

daarvan afwijken, blijft art. 2:8 BW onverminderd van toepassing bij de statutaire geschillenregeling, waardoor de vennootschap bijvoorbeeld het voorgenomen besluit moet toelichten, relevante informatie daarover moet verstrekken en de aandeelhouder de gelegenheid moet geven zich daartegen te verwerven.¹⁵⁵¹

Voorts is in paragraaf 5.6.4 beschreven dat het gedrag dat leidt tot toewijzing van een uitstotings- of uittredingsvordering aan te merken is als in strijd handelen met art. 2:8 BW. Om deze reden volgt hieronder een opsomming van gedragingen die hebben geleid tot toewijzing van een uitstotings- of uittredingsvordering, omdat daardoor meer inzicht ontstaat in welk gedrag niet verenigbaar is met art. 2:8 BW.

De volgende omstandigheden en gedragingen hebben onder meer in een toewijzing van een uitstotingsvordering geresulteerd: (i) medewerking verlenen aan een concurrerende vennootschap en een ernstige impasse in stand laten door redelijke voorstellen te negeren wat het voortbestaan van de vennootschap in gevaar brengt,¹⁵⁵² (ii) een impasse en de financiële noodsituatie van de vennootschap,¹⁵⁵³ (iii) een impasse, de financiële afhankelijkheid van de bank – die slechts met één partij verder wil – en het ontplooiën van concurrerende activiteiten¹⁵⁵⁴ of het verrichten van handelingen die de relatie met de bank in gevaar hebben gebracht,¹⁵⁵⁵ (iv) opdrachten van de vennootschap en de bijbehorende dossiers weghalen, de codes voor de gebruikte software laten wijzigen, concurrerende activiteiten ontplooiën en klanten van de vennootschap benaderen,¹⁵⁵⁶ (v) een impasse, een slechte financiële situatie, concurrerende activiteiten en onttrekkingen,¹⁵⁵⁷ (vi) een zeer ernstig conflict tussen de aandeelhouders/bestuurders, een gebrekkige besluitvorming, het verrichten van concurrerende activiteiten alsmede dat alle betrokken partijen een overdracht van de aandelen beogen,¹⁵⁵⁸ en (vii) partijen streven naar een ontvlechting en hierbij laat de toekomstig uittredende partij zijn financiële belangen prevaleren waardoor de besluitvorming wordt verlamd.¹⁵⁵⁹

Inzake de uittredingsprocedure volgt uit rechtspraak dat – samengevat – de volgende omstandigheden en gedragingen tot toewijzing van een uittredingsvordering kunnen leiden: (i) het ontslag van de aandeelhouder als werknemer (vanwege een ernstig verstoorde relatie) en de hoogstwaarschijnlijk bestaande onmogelijkheid om de aandelen tegen een reële prijs te kunnen overdragen,¹⁵⁶⁰ (ii) het bewerkstelligen dat de aandeelhouder zich in een ‘benarde positie’ verkeert,¹⁵⁶¹ (iii) het ontslaan van de aandeelhouder als bestuurder vanwege de verstoorde verhouding, waardoor die partij geen wezenlijke invloed meer heeft en in een benarde positie verkeert,¹⁵⁶² (iv) een ernstig

¹⁵⁵¹ Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2023, ARO 2023/39 (*Ministerie van Voedingszaken*), r.o. 3.13.

¹⁵⁵² Hof Amsterdam (OK) 10 april 2003, ARO 2003/71 (*Gerd Herbert Hoffman/Gerd Hoffman*), r.o. 4.2-4.9.

¹⁵⁵³ Rb. Breda (vzr.) 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ5250 (*Freber Beheer/Brandustry Holding*), r.o. 3.4.

¹⁵⁵⁴ Rb. Gelderland (vzr.) 27 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:535 (*La Sposa*), r.o. 3.10-3.11.

¹⁵⁵⁵ Rb. Breda (vzr.) 23 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU5680 (*P.A.B. Baremans Holding/U.J.W.M. Muijs Holding*), r.o. 3.5.

¹⁵⁵⁶ Hof Amsterdam (OK) 10 september 2013, ARO 2013/151 (*Keijmel/Wesdorp*), r.o. 2.7-2.9 en 3.7.

¹⁵⁵⁷ Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7826 (*Intraco*), r.o. 6.1-6.12.

¹⁵⁵⁸ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 20 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4066 (*Castanje Vermogensbeheer*), r.o. 4.6-4.8.

¹⁵⁵⁹ Rb. Oost-Brabant (vzr.) 8 maart 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2116, r.o. 4.6.

¹⁵⁶⁰ Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5588 (*Van der Werff/Van der Togt*), r.o. 4.10-4.12; Rb. Overijssel 27 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3846, r.o. 3.8-3.9.

¹⁵⁶¹ Rb. Amsterdam 3 juni 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL0658 (*Budget Chauffeur Drive Holding*), r.o. 4.12.

¹⁵⁶² Rb. Den Haag 29 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ6356, r.o. 2.3; Rb. Utrecht 7 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ9561 (*Chapahaba Beheer/T@kecare*), r.o. 10.8.3; Rb. Amsterdam 13 mei 2015,

verstoorde verhouding – gelet op meerdere gerechtelijke procedures – waarbij de aandeelhouder geen informatie meer krijgt van de bestuurder en geen toegang meer heeft tot het bedrijfspand alsmede de computersystemen,¹⁵⁶³ (v) het achterhouden van informatie en het niet uitkeren van dividend omdat de aandeelhouder afspraken niet zou nakomen,¹⁵⁶⁴ (vi) het bestaan van een verstoorde verhouding die ertoe leidt dat de noodzakelijke informatie niet meer wordt verstrekt en het enige tijd blokkeren van alle dividendbesluiten,¹⁵⁶⁵ (vii) een duurzaam ontworpen verhouding waarbij de managementvergoeding is verhoogd, de aandeelhouder geen dividend meer krijgt en het voor de aandeelhouder onmogelijk is om invulling te geven aan het aandeelhouderschap,¹⁵⁶⁶ (viii) het omleiden van gelden en het buiten spel zetten van de andere bestuurder terwijl er sprake is van een impasse op bestuursniveau,¹⁵⁶⁷ (ix) het herhaaldelijk niet meer uitnodigen van de aandeelhouder voor de algemene vergadering nadat die ontslag heeft genomen als bestuurder,¹⁵⁶⁸ (x) een verstoorde verhouding die een negatieve invloed heeft op de vennootschap, de aandeelhouder buiten de besluitvorming houden en die partij eveneens geen informatie meer verstrekken,¹⁵⁶⁹ (xi) het niet verstrekken van (de gevraagde) inlichtingen aan de aandeelhouder vanwege de verstoorde verhouding en het niet meer organiseren van aandeelhoudersvergaderingen waardoor de algemene vergadering geen jaarrekening(en) vaststelt,¹⁵⁷⁰ (xii) een kritische uitspraak van de Ondernemingskamer met betrekking tot bepaalde besluiten, de aandeelhouder heeft geen vertegenwoordiging meer in het bestuur en de partijen willen uit elkaar omdat de verstandhouding ernstig en duurzaam is verstoord, alleen bereiken zij geen overeenstemming over de prijs,¹⁵⁷¹ (xiii) het schenden van het (statutaire) oproepings- en agenderingsrecht van de aandeelhouder alsmede het deponeren van een jaarrekening als ware het een vastgestelde jaarrekening betreft terwijl de aandeelhoudersvergadering daarover niet heeft besloten en een vergadering mogelijk heeft plaatsgevonden zonder het oproepen van de aandeelhouders,¹⁵⁷² en (xiv) een ernstig en duurzaam verstoord relatie – waarbij partijen de samenwerking niet weten te verbreken vanwege de financiële afwikkeling –, het onvoldoende informeren van de minderheidsaandeelhouder en het onvoldoende toelichten waarom de toegekende bestuursvergoeding gerechtvaardigd is.¹⁵⁷³

De voorgaande uitspraken bevatten telkens een toewijzing van de uitstotings- of uitredingsprocedure zonder een expliciete verwijzing naar art. 2:8 BW. Art. 2:8 BW kan daarentegen ook expliciet in de uitspraak staan inzake een wettelijke geschillenregelingsprocedure. Zo overweegt het rechtscollege in één uitredingsprocedure dat art. 2:8 BW niet lijkt te zijn geschonden, want er worden geen onjuiste besluiten genomen, de besluitvorming blijft mogelijk, partijen lijken elkaar niet te dwarsbomen, noodzakelijke informatie wordt niet onthouden en er is geen sprake van een benarde

ECLI:NL:RBAMS:2015:2801 (*LDMA Holding/TW&E Management*), r.o. 4.10; Rb. Amsterdam 18 januari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1372 (*Nortra Holding/Simetra Investments*), r.o. 5.8 en 5.12.1-5.12.3.

¹⁵⁶³ Rb. Den Haag 1 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2506 (*Consultancy/Sywan*), r.o. 4.31 en 4.33.

¹⁵⁶⁴ Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672, r.o. 7.6 en 7.8.

¹⁵⁶⁵ Rb. Noord-Nederland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1277 (*Voogel/Heijnis*), r.o. 4.8. Deze blokkering van de dividendbesluiten gebeurt nadat de aandeelhouder als bestuurder is afgetreden.

¹⁵⁶⁶ Hof Amsterdam (OK) 3 september 2019, ARO 2019/183 (*Maassen/Arnold Maassen Holding*), r.o. 3.32.

¹⁵⁶⁷ Hof Amsterdam (OK) 24 september 2019, ARO 2019/184 (*Widdershoven Holding*), r.o. 3.8.

¹⁵⁶⁸ Rb. Overijssel 11 maart 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1239 (*Podo Pro/Manderijn*), r.o. 3.14.

¹⁵⁶⁹ Rb. Den Haag 8 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3000 (*DPB/MNP*), r.o. 4.6-4.12.

¹⁵⁷⁰ Rb. Noord-Holland 31 maart 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3288 (*Hendriksma Beheer/Torra Beheer*), r.o. 4.7-4.10.

¹⁵⁷¹ Rb. Amsterdam 9 februari 2022, ARO 2022/59 (*Spala Investments XXI/Heritage*), r.o. 4.2.

¹⁵⁷² Rb. Gelderland 14 september 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5344 (*Mecus Beheer/Helisa Holding*), r.o. 4.4-4.7.

¹⁵⁷³ Hof Amsterdam (OK) 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:995 (*Facemed/Ankates*), r.o. 4.45 en 4.50-4.52.

aandeelhouder die geen informatie of dividend ontvangt.¹⁵⁷⁴ Ook kan toewijzing van een uittredingsvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, indien het geschil tussen de aandeelhouders aan de eisende partij is te wijten die zich niet overeenkomstig art. 2:8 BW gedraagt.¹⁵⁷⁵

Afrondend kan opgemerkt worden dat art. 2:8 BW op uiteenlopende manieren terugkomt in geschillen over de beëindiging van de vennootschap of samenwerking. Alhoewel partijen de nodige vrijheid genieten om keuzes te maken, dienen zij onverminderd rekening te houden met de redelijkheid en billijkheid, waardoor de handelingsvrijheid van die partijen enige beperking ondervindt. Tevens is geconstateerd dat een veelheid aan variaties van omstandigheden kan leiden tot toewijzing van een uitstotings- of uittredingsvordering.

11.3 De codering ten gronde

11.3.1 Inleiding

Paragraaf 11.2 heeft meer inzicht gegeven in hoe art. 2:8 BW terugkomt in geschillen over een structuurwijziging. Doordat vele normen en constateringingen zijn behandeld, blijven bepaalde aspecten onderbelicht. Deze paragraaf verschaft meer inzicht in de details, waardoor duidelijker wordt waar het verschil ligt tussen handelingen overeenkomstig dan wel in strijd met de normen ter zake van een structuurwijziging zoals deze uit de rechtspraakanalyse naar voren zijn gekomen. Wat betreft de structuur wordt aansluiting gezocht bij de codes in het codeboek. Om deze reden komen achtereenvolgens aan bod: aandelenstructuur (paragraaf 11.3.2), statuten (paragraaf 11.3.3), ondernemingsstructuur (paragraaf 11.3.4) en beëindiging van de vennootschap of samenwerking (paragraaf 11.3.5).

11.3.2 Aandelenstructuur

11.3.2.1 Inleiding

Bij de uitspraken in dit subtype gaat het er hoofdzakelijk om dat de vennootschap vanwege haar financiële situatie aanvullende financiering nodig heeft die verkregen kan worden middels een aandelenuitgifte. Deze uitspraken zijn overwegend in twee categorieën te plaatsen. Wanneer door een impasse in de besluitvorming rechterlijk ingrijpen vereist is om de noodzakelijke uitgifte te realiseren, dan wordt aansluiting gezocht bij de term ‘noodzaakfinanciering’ (paragraaf 11.3.2.2).¹⁵⁷⁶ Indien daarentegen geen sprake is van een impasse, dan kan de vereiste besluitvorming doorgang vinden, waardoor de toelaatbaarheid van de (voorgenomen) uitgifte centraal staat gelet op de ‘noodzakelijke dan wel gewenste financiering’ (paragraaf 11.3.2.3).

¹⁵⁷⁴ Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:874 (*Atlas Chemie*), r.o. 3.3.

¹⁵⁷⁵ Rb. Limburg 8 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:1676 (*Anth&m/Pro-Health*), r.o. 4.7.

¹⁵⁷⁶ De term noodzaakfinanciering is bijvoorbeeld waarneembaar in Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4669 (*W.K. Holding/I.R.B. Holding*), r.o. 5.4.

11.3.2.2 Noodzaakfinanciering

Een essentieel terugkerend onderdeel in paragraaf 11.2.2 is dat de financiële problemen bij de vennootschap aanleiding vormen voor een aandelenemissie en dat die problemen tevens gelden als rechtvaardiging voor (het bewerkstelligen van) een emissie. Een duidelijk voorbeeld hiervan betreft de Skygate-beschikking die ruim twee decennia geleden is gepubliceerd.¹⁵⁷⁷ Uit de overwegingen van de Ondernemingskamer blijkt dat uit het onderzoeksverslag voortvloeit dat er sprake was van een acute financiële nood situatie en dat in het belang van de continuïteit van Skygate BV een oplossing moest worden gevonden. Volgens de onderzoeker – die is aangesteld door de Ondernemingskamer – kon de vennootschap enkel nog via een emissie financiering verkrijgen. De aandeelhouders van Skygate Holding BV konden daarover echter geen overeenstemming bereiken. Hierdoor ontstond een impasse, omdat de personen achter de aandeelhouders waren overeengekomen dat zij – samengevat – niet voor een voorstel zouden stemmen ‘bij gebreke van overeenstemming’. Niettemin tracht de meerderheidsaandeelhouder een aandelenemissie door te drukken, waarmee de andere (circa) 43%-aandeelhouder niet instemt. Voor dit voorstel blijkt de meerderheidsaandeelhouder achteraf niet de vereiste financiering te kunnen verwerven. Ook blokkeert de Ondernemingskamer in de eerstefasebeschikking het emissiebesluit en bij onmiddellijke voorziening wordt het bestuur bevoegd om te stemmen voor de aanvullende financiering. Dit zorgt binnen één maand ervoor dat de minderheidsaandeelhouder participeert in converteerbare leningen, terwijl de meerderheidsaandeelhouder daarvan afziet.¹⁵⁷⁸ Naar aanleiding van het voorgaande oordeelt de Ondernemingskamer:

“Aldus moet worden geoordeeld dat, terwijl de vennootschap in ernstige financiële problemen verkeerde, de beide aandeelhouders, vooral ten gevolge van onderlinge problemen, niet in staat waren om tot de voor de vennootschap noodzakelijke oplossing te geraken. Zowel deze impasse als het in die impasse tot stand komen van het besluit van 18 januari 2000, dat in strijd was met de tussen de aandeelhouders in privé gesloten overeenkomst en dat – bovenal – ongeschikt was om de nood te lenigen omdat het niet tot feitelijke financiering leidde, moet als wanbeleid worden aangemerkt.”¹⁵⁷⁹

De impasse en de onmacht van partijen om de ernstige financiële problemen van de vennootschap te verhelpen leiden in de kern tot het oordeel wanbeleid. Daarnaast is de uiteindelijk gekozen financieringsmethode nadelig voor de meerderheidsaandeelhouder, maar tegen de achtergrond van de bijzondere omstandigheden – de acute financiële noodzaak en het onvermogen van de meerderheidsaandeelhouder tot financiering – is dat niet te kwalificeren als een onbehoorlijke handelswijze. Bovendien neemt de Ondernemingskamer in aanmerking dat het besluit tot uitschrijven van converteerbare leningen niet verhindert dat de meerderheidsaandeelhouder in een later stadium haar participatie in de vennootschap alsnog uitbreidt.¹⁵⁸⁰

Deze uitspraak illustreert dat de vennootschap – met behulp van het rechtscollege – ingrijpende besluiten mag nemen, indien er sprake is van een financiële nood situatie, een impasse in de besluitvorming en een gebrek aan reële alternatieve financieringsmethoden. Deze drie elementen vormen de ingangsvoorwaarden voor zogeheten ‘noodzaakfinanciering’, waarna het rechtscollege

¹⁵⁷⁷ Dit betreft een tweedefasebeschikking van de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure.

¹⁵⁷⁸ Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, *JOR* 2001/35 (*Skygate*), r.o. 2.1, 2.4, 2.6 en 3.5; Hof Amsterdam (OK) 27 januari 2000, *JOR* 2000/74 (*Skygate*), r.o. 3.

¹⁵⁷⁹ Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, *JOR* 2001/35 (*Skygate*), r.o. 3.6.

¹⁵⁸⁰ Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, *JOR* 2001/35 (*Skygate*), r.o. 3.7.

kan bewerkstelligen dat de noodzakelijke besluitvorming kan plaatsvinden.¹⁵⁸¹ Dat een aandeelhouder daardoor een voordeel ten opzichte van de andere aandeelhouder(s) kan verkrijgen, is te billijken. Hierbij weegt mee of alle aandeelhouders kunnen participeren in de financieringsmogelijkheid en daardoor een (uiteindelijke) verwatering van hun aandelenbelang kunnen voorkomen.¹⁵⁸²

Uit de Skygate-beschikking volgt dat de feitelijke stemverhoudingen tussen de aandeelhouders initieel niet leiden tot een impasse. Het zijn namelijk de door de aandeelhouders gemaakte afspraken die eenvoudig kunnen resulteren in een impasse in de besluitvorming. Dit is ook waarneembaar in de Decidewise-beschikking, alleen kan in deze zaak een aandeelhouder wel aanvullende financiering verstrekken. De andere aandeelhouder is echter daarmee niet akkoord, omdat de aandeelhouder niet wil dat zijn aandelenbelang verwatert.¹⁵⁸³ Hierdoor treft de Ondernemingskamer – gelet op de overige voorwaarden voor noodzaakfinanciering waaraan is voldaan – wederom een onmiddellijke voorziening om de impasse te doorbreken. Het uitgangspunt hierbij is dat alle aandeelhouders kunnen deelnemen aan de financiering van de vennootschap om verwatering van hun aandelenbelang te voorkomen.¹⁵⁸⁴

Behalve dat een (aandeelhouders)overeenkomst – vanwege de daarin neergelegde afspraken over het benodigde aantal stemmen voor een besluit – tot een impasse kan leiden, kunnen de statuten evengoed een bepaling bevatten – zoals in de Alcas-beschikking – die elke aandeelhouder als het ware een blokkerende stem geeft voor bepaalde besluiten.¹⁵⁸⁵ In de laatstgenoemde beschikking wordt het voortbestaan van de vennootschap onmiddellijk bedreigd en is aan de voorwaarden voor noodzaakfinanciering voldaan. De Ondernemingskamer treft daardoor weer een onmiddellijke voorziening die de noodzakelijke financiering mogelijk maakt en rekening houdt met de zeggenschapsverhoudingen door het voorkeursrecht van de aandeelhouders niet uit te sluiten.¹⁵⁸⁶ In aanvulling daarop overweegt het rechtscollege:

“Nadat zij zulks reeds eerder hebben gedaan kan van Parnib en First Global in redelijkheid niet worden gevergd dat zij andermaal vermogen verstrekken aan de vennootschap zonder dat ook Van

¹⁵⁸¹ Een situatie van noodzaakfinanciering laat onverlet dat de andere aandeelhouder in een 50/50-verhouding geïnformeerd moet worden over een emissie op dochterniveau. Die partij moet namelijk voldoende tijd hebben om de juistheid van de emissie(prijs) te onderzoeken, waardoor het heimelijk uitvoeren van een emissie afbreuk doet aan de gelijkwaardige verhouding tussen partijen (Rb. Midden-Nederland 9 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2398, r.o. 3.32-3.33).

¹⁵⁸² Enigszins afwijkend van de Skygate-beschikking is de Elenses-beschikking. De drie hiervoor genoemde elementen voor ‘noodzaakfinanciering’ komen tevens daarin terug, alleen verleent in deze zaak het bestuur – dat gelieerd is aan de gezamenlijke meerderheidsaandeelhouders – geen goedkeuring aan de minderheidsaandeelhouder om zijn lening overeenkomstig de gestelde voorwaarden te converteren. Deze conversie zou logischerwijs leiden tot verwatering van het aandelenbelang van de andere aandeelhouders, maar de Ondernemingskamer concludeert stellig dat de handelswijze van de minderheidsaandeelhouder op voorshands niet als onredelijk is aan te merken. Het conversierecht vloeit namelijk voort uit een overeenkomst die de vennootschap niet nakomt door haar renteverplichting niet te voldoen (Hof Amsterdam (OK) 10 januari 2002, ARO 2002/8 (*Elenes*), r.o. 3.2-3.8).

¹⁵⁸³ Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD5812 (*Decidewise International*), r.o. 2.1, 2.3 en 2.10.

¹⁵⁸⁴ Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD5812 (*Decidewise International*), r.o. 3.3-3.7.

¹⁵⁸⁵ Zie in dit kader ook de Triple E-beschikking, waarin de statuten en aandeelhoudersovereenkomst ervoor zorgen dat de prioriteitsaandeelhouders een blokkerende stem hebben bij onder meer een besluit tot uitgifte van aandelen (Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, ARO 2009/84 (*Triple E*), r.o. 2.6, 2.8 en 3.7).

¹⁵⁸⁶ Hof Amsterdam (OK) 29 november 2002, ARO 2002/180 (*Alcas*), r.o. 2.2, 2.4, 3.2, 3.3, 3.5 en 4.

der Horst als aandeelhouder daaraan op enige wijze - pro rata parte - deelneemt of, indien hij zulks niet zou wensen te doen, zonder dat de vermogensverstrekking op enige wijze tot uitdrukking zou komen in de (zeggenschaps)verhoudingen binnen de vennootschap.¹⁵⁸⁷

Uit deze rechtsoverweging blijkt dat de Ondernemingskamer waarde hecht aan de financieringsbereidheid van aandeelhouders en het niet bezwaarlijk vindt als daardoor de (zeggenschaps)verhoudingen binnen de vennootschap wijzigen. Hierbij blijft onverminderd relevant dat de andere aandeelhouder de mogelijkheid heeft om eveneens deel te nemen aan de financiering. Desondanks is in de Inter Access-beschikking waarneembaar dat de Ondernemingskamer onder meer bij wijze van onmiddellijke voorziening het voorkeursrecht van bepaalde aandeelhouders uitsluit. Tot deze ingrijpende beslissing komt de Ondernemingskamer op basis van de volgende omstandigheden.¹⁵⁸⁸

De minderheidsaandeelhouder (Rapar) heeft als crediteur al bijna één jaar een aanzienlijke onbetwiste vordering op de vennootschap die afstevent op een faillissement. Een adequate mogelijkheid om de deconfiture van de vennootschap te voorkomen is door het converteren van de lening in aandelen. Dit leidt echter ertoe dat het aandelenbelang van de meerderheidsaandeelhouder verwatert tot een minderheidsbelang. Gezien de omstandigheden is dit niettemin gerechtvaardigd, want van Rapar kan in redelijkheid niet gevergd worden dat zij middelen beschikbaar blijft stellen aan de vennootschap, terwijl de (meerderheids)belangen van de andere aandeelhouder gehandhaafd blijven. Gerelateerd hieraan overweegt de Ondernemingskamer dat het niet is vol te houden dat de vennootschap en Rapar over voorstellen van de andere aandeelhouders in redelijkheid overleg zouden moeten voeren. Dit hebben zij immers reeds gedaan. Het voorgaande zorgt ervoor dat de conversie noodzakelijk is en in het belang van de vennootschap – en de daarbij betrokken belangen – is.¹⁵⁸⁹ Hierbij merkt de Ondernemingskamer op dat de getroffen voorziening geenszins een belemmering vormt voor de aandeelhouders – wiens belang hoogstwaarschijnlijk zal verwateren – om nieuwe voorstellen aan te dragen. Deze uitspraak illustreert dat de Ondernemingskamer zelfs uitsluiting van het voorkeursrecht niet als voorziening schuwt om een redelijke en noodzakelijke uitkomst te realiseren. Wel blijft de Ondernemingskamer benadrukken dat de aandeelhouders het deels zelf in de hand hebben of en in hoeverre hun aandelenbelang verwatert.¹⁵⁹⁰

De voorgaande uitspraken wekken de indruk dat slechts de Ondernemingskamer zich buigt over dergelijke geschillen. Dit is echter niet het geval zoals – onder meer – blijkt uit een vrij recente uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden. In deze uitspraak worden de voorwaarden voor noodzaakfinanciering uitgebreid nagelopen, waarna het rechtscollege benoemt dat bij de beoordeling van het besluit aan art. 2:8 BW ook andere aspecten van belang zijn. Zo is het belangrijk dat de aandeelhouders kunnen deelnemen aan de emissie, dat de uitgiftekoers objectief is vastgesteld en dat alle onderlinge stukken en cijfers met betrekking tot de waardering met de aandeelhouders

¹⁵⁸⁷ Hof Amsterdam (OK) 29 november 2002, *ARO* 2002/180 (*Alcas*), r.o. 3.4.

¹⁵⁸⁸ Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, *ARO* 2010/6 (*Inter Access Groep*), r.o. 4.

¹⁵⁸⁹ Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, *ARO* 2010/6 (*Inter Access Groep*), r.o. 3.10-3.11 en 3.16-3.17. Tevens blijkt uit rechtsoverweging 3.14 dat het op grond van art. 6:258 BW onaanvaardbaar is als de aandeelhouder een beroep zou kunnen doen op een bepaling van een overeenkomst waardoor die partij zijn aandelenbelang niet onder de 50,1% mag verwateren. Een ander voorbeeld van een noodzakelijke conversie volgt uit Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/119 (*Delphi Bioscience*), r.o. 3.2-3.6.

¹⁵⁹⁰ Dit blijkt ook uit de Rhodes-beschikking waarin aan de voorwaarden voor noodzaakfinanciering wordt voldaan. In deze zaak treft de Ondernemingskamer een onmiddellijke voorziening die ertoe leidt dat een emissie mogelijk wordt en dat het voorkeursrecht van een van de twee 50%-aandeelhouders wordt uitgesloten. Van welke partij het aandelenbelang verwatert, lijkt afhankelijk van welke financieringsmogelijkheid het bestuur prefereert (Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, *ARO* 2011/85 (*Rhodes Holding Netherlands*), r.o. 2.2, 3.2-3.3 en 4).

worden gedeeld.¹⁵⁹¹ Overigens maakt deze uitspraak duidelijk dat de rechtspraak op het gebied van noodzaakfinanciering al ruim twintig jaar consistent is.¹⁵⁹² De drie ingangsvoorwaarden voor noodzaakfinanciering blijven immers ongewijzigd, zodat vervulling daarvan tot gevolg heeft dat het belang van de vennootschap zwaarder weegt dan het belang van de eventuele tegenstemmende aandeelhouders. Een belangenafweging is daardoor als het ware in het kader geïnternaliseerd, waarbij het rechtscollege meeweegt of alle aandeelhouders kunnen deelnemen aan de financieringsmogelijkheid. Indien dat niet het geval is, vormt dat veelal geen belemmering voor het bewerkstelligen van de noodzakelijke financiering mits aan de drie ingangsvoorwaarden is voldaan.

11.3.2.3 Noodzakelijke dan wel gewenste financiering

Het rechtscollege hoeft niet onder alle omstandigheden middels bijvoorbeeld een onmiddellijke voorziening in te grijpen, aangezien de verhoudingen en gemaakte afspraken niet altijd leiden tot een impasse. In die situatie kan niettemin de vennootschap een (acute) liquiditeitsbehoefte hebben, waarin andere partijen niet kunnen of willen voorzien met uitzondering van bijvoorbeeld een deel van de aandeelhouders. Dit is onder meer in de SIM-beschikking het geval. In deze uitspraak wil een van de twee aandeelhouders(/bestuurder) financiering aan de vennootschap verstrekken voor additionele aandelen. Hiertegen heeft de minderheidsaandeelhouder – die recentelijk als bestuurder is ontslagen – bezwaar. De Ondernemingskamer oordeelt dat het onder de gegeven omstandigheden niet ongerechtvaardigd is dat de vennootschap het aanbod van de aandeelhouder/bestuurder accepteert. Dat hierdoor de desbetreffende aandeelhouder/bestuurder haar aandelenbelang vergroot, komt de Ondernemingskamer niet onredelijk voor. Ook valt niet in te zien – zoals de minderheidsaandeelhouder betoogt – waarom de aandeelhouder een achtergestelde lening zou moeten verstrekken aan de vennootschap.¹⁵⁹³

Een soortgelijk oordeel is in de Vendenco-beschikking waarneembaar. Het aandelenbelang van de initiële minderheidsaandeelhouder is in casu van 20 naar 84% toegenomen, omdat die partij als enige bereid was om aanvullende financiering aan de vennootschap te verstrekken. Deze financiering was ook noodzakelijk gelet op het feit dat daardoor de surseance van betaling is opgeheven. Naar aanleiding hiervan oordeelt de Ondernemingskamer dat het geenszins onredelijk is dat de aandeelhouder in ruil voor de financiering (grotere) zeggenschap in de vennootschap wenst te krijgen.¹⁵⁹⁴

In overeenstemming met de voorgaande twee beschikkingen – gelet op de financiële situatie en gebrek aan alternatieven – overweegt de Ondernemingskamer in de Amtrada-beschikking dat niet gezegd kan worden dat de algemene vergadering en het bestuur niet in redelijkheid in het belang van de vennootschap konden besluiten tot een emissie. Bij deze overweging weegt mee dat er geen bezwaren bestaan over de informatieverstrekking aan de aandeelhouders. Hetzelfde geldt echter niet voor de uitgiftekoers en de mate van verwatering. De uitgiftekoers is namelijk niet op een

¹⁵⁹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4669 (*W.K. Holding/I.R.B. Holding*), r.o. 5.4-5.9.

¹⁵⁹² Zie ook Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2022, *ARO 2022/125 (Cicerone Holding)*, r.o. 2.11.

¹⁵⁹³ Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO 2008/6 (Secure Internet Machines)*, r.o. 2.2-2.3, 2.18 en 3.3.

¹⁵⁹⁴ Hof Amsterdam (OK) 13 april 2007, *ARO 2007/71 (Vendenco)*, r.o. 2.1 en 4; Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2008, *ARO 2008/37 (Vendenco)*, r.o. 2.13 en 3.4. Verder volgt uit de laatste rechtsoverweging dat de Ondernemingskamer waarde hecht aan de informatieverstrekking in het kader van de emissie. Deze informatieverstrekking toont vanwege de omstandigheden geen gebreken en de Ondernemingskamer deelt dan ook niet de opvatting van de verzoeker dat het besluit vernietigbaar is wegens strijd met art. 2:8 BW.

deugdelijke waardering gebaseerd, waardoor onduidelijk is of de waarde van de vennootschap nihil is ondanks dat het uitblijven van een kapitaalinjectie naar verwachting zou leiden tot het faillissement.¹⁵⁹⁵ Wat betreft de mate van verwatering wil de initiële minderheidsaandeelhouder middels de emissie doorslaggevende zeggenschap verkrijgen vanwege de moeizame verhoudingen tussen de vennootschapsactoren. Deze reden alleen rechtvaardigt niet zonder meer dat het aandelenbelang van de minderheidsaandeelhouder tot 80% toeneemt. Hierbij speelt een rol dat de gemaakte afspraken geen bescherming bieden aan de (nieuwe) minderheidsaandeelhouders, omdat de mogelijkheid om de verwatering ongedaan te maken niet reëel is.¹⁵⁹⁶

De Amtrada-beschikking geeft weer dat de financiële noodsituatie onverminderd blijft gelden als rechtvaardiging voor een emissie als er geen andere reële financieringsmogelijkheid is. In aanvulling hierop – zoals volgt uit paragraaf 11.2.2 – acht de Ondernemingskamer bij haar beoordeling van het emissiebesluit de volgende omstandigheden van belang: de informatievoorziening aan de aandeelhouders, de objectieve waardering van de uitgiftekoers en de mate van verwatering van het aandelenbelang.¹⁵⁹⁷

Het belang van een deugdelijke informatieverstrekking komt tevens in de Via Parva-beschikking aan bod. In deze uitspraak oordeelt de Ondernemingskamer dat de minderheidsaandeelhouder aanspraak heeft ‘op beantwoording van de vraag waarop de emissiekoers was gebaseerd en op informatie over de wijze waarop op de uit te geven aandelen gestort diende te worden.’ Over deze wezenlijke aspecten van de emissie wordt niet de vereiste duidelijkheid verschaft, waardoor de vennootschap onvoldoende rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van haar minderheidsaandeelhouder.¹⁵⁹⁸ Op een vergelijkbare manier acht de Ondernemingskamer het in de OG245-beschikking bezwaarlijk dat de minderheidsaandeelhouder ‘geen inbreng heeft kunnen hebben in de keuze van de waarderingsdeskundige, het formuleren van de aan de deskundige te stellen vraag en de aan die deskundige te verschaffen informatie.’¹⁵⁹⁹ In dit kader moet het bestuur zich volgens de Ondernemingskamer ook niet verschuilen achter een statutaire bepaling die de prioriteitsaandeelhouders de bevoegdheid geeft om de uitgifteprijs te bepalen. Het bestuur moet immers de aandeelhouders bij de waardering van de onderneming betrekken ter bepaling van de emissiekoers.¹⁶⁰⁰

Een deugdelijke waardering kan er voorts voor zorgen dat zelfs een aandelenemissie met een uitgiftekoers van € 0,01 redelijk kan zijn, terwijl daardoor het aandelenbelang van een niet aan de emissie deelnemende aandeelhouder van 10 naar minder dan 0,01% daalt. Hierbij is wederom

¹⁵⁹⁵ Dat de waarde van de vennootschap nagenoeg nihil is, steunt niet op een waardering maar op de verwachting dat het uitblijven van een kapitaalinjectie uiteindelijk leidt tot het faillissement van de vennootschap.

¹⁵⁹⁶ Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2011, ARO 2011/36 (*Amtrada Holding*), r.o. 3.6-3.8.

¹⁵⁹⁷ De mate van verwatering is aan de uitgiftekoers gelinkt, omdat een te lage waardering tot een onevenredige verwatering kan leiden, waardoor de vennootschap de op haar rustende zorgplicht potentieel schendt (Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (*Bosal Nederland*), r.o. 3.13-3.15).

¹⁵⁹⁸ Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, ARO 2012/165 (*Via Parva*), r.o. 3.8.

¹⁵⁹⁹ Hof Amsterdam (OK) 30 augustus 2021, ARO 2021/160 (*OG245*), r.o. 4.8. Bij de voornoemde uitspraak ontstaat ook enige twijfel over de uitgiftekoers, omdat de inschakelde deskundige van de minderheidsaandeelhouder op een aanzienlijk hogere waardering was uitgekomen. Zie in vergelijkbare zin de Simetra-beschikking waarin de totstandkoming van de emissiebesluiten onzorgvuldig is jegens de minderheidsaandeelhouder. De uitgifteprijs is namelijk gebaseerd op een waardering waarbij voornoemde partij niet is betrokken en waarvan niet is gebleken dat deze op een onafhankelijke en deskundige wijze tot stand is gekomen (Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, ARO 2021/185 (*Simetra Investments*), r.o. 4.18).

¹⁶⁰⁰ Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2022, ARO 2022/80 (*Wamberg Vastgoed*), r.o. 3.7. In deze zaak speelt mede dat volgens de Ondernemingskamer een ‘zakelijke rationele voor de uitgifte van de nieuwe aandelen lijkt te ontbreken.’

belangrijk dat de vennootschap dringend financiering nodig heeft, dat er geen reële financieringsalternatieven zijn en dat de aandeelhouders gebruik kunnen maken van het voorkeursrecht. De uitgiftekoers bedraagt overigens slechts € 0,01, omdat de vennootschap nog geen product op de markt heeft gebracht en niet vaststaat dat het product ooit op de markt zal komen.¹⁶⁰¹

Op basis van de vorige uitspraak ontstaat de indruk dat een vennootschap niet snel de beschikbare ruimte voor de toepassing van een aandelenemissie overschrijdt als de vennootschap in financiële problemen verkeert. Niettemin is overschrijding van de beschikbare ruimte zelfs mogelijk als de vennootschap een dringende kapitaalbehoefte heeft waarin de markt niet kan voorzien. Onder omstandigheden kan namelijk de schijn worden gewekt dat er sprake is van een onaanvaardbare vermenging van belangen indien de emissie geschiedt met het doel om de belangen van de minderheidsaandeelhouder – die geen bestuurder meer is – te verwateren.¹⁶⁰²

Vergelijkbaar hiermee is de Secmatix-uitspraak. In deze zaak vormt een mogelijke ontoelaatbare verstrengeling van belangen een obstakel voor de aandelenemissie die het aandelenbelang van de minderheidsaandeelhouders van 42,5 naar 0,02% dreigt te verwateren. Om deze verwatering te voorkomen moeten de minderheidsaandeelhouders participeren in de uitgifte van aandelen, waardoor zij als het ware gedwongen worden voor een substantieel bedrag deel te nemen aan de emissie. Op de vennootschap rust aldus de voorzieningenrechter ook een bijzondere zorgplicht die meebrengt dat de vennootschap onder de gegeven omstandigheden deugdelijk onderzoek had moeten verrichten naar de beschikbaarheid van een alternatieve financieringsmogelijkheid. Indien dat niet het geval zou zijn, dan zou onderzocht moeten worden of de uitgifte tegen de nominale waarde reëel is. De rechter concludeert vooralsnog dat een deugdelijk onderzoek daarnaar ontbreekt en hetzelfde geldt voor een deugdelijke waardebeoordeling. Dit zorgt ervoor dat het emissiebesluit waarschijnlijk vernietigbaar is wegens strijd met art. 2:8 BW, omdat ‘onvoldoende vaststaat dat een alternatieve vorm van financiering onmogelijk is en onvoldoende zeker is dat de uitgiftekoers van de aandelen reëel is’.¹⁶⁰³

Niet alleen benadrukt de voorgaande uitspraak nogmaals het belang van een deugdelijke waardering van de aandelen, maar de uitspraak geeft ook een bijzonder voorbeeld van een situatie waarin onduidelijkheid bestaat over de reële alternatieve financieringsmethoden.¹⁶⁰⁴ In de andere behandelde uitspraken vormt dit aspect immers telkens geen obstakel voor de toepassing van de emissie,¹⁶⁰⁵ maar ditmaal blijkt onvoldoende onderzoek daarnaar te zijn gedaan. Het belang van het

¹⁶⁰¹ Rb. Oost-Brabant (vzr.) 19 november 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:5787 (*MBK Summit/Smart Clinical Products*), r.o. 4.2-4.15 en 4.19. Relevant is eveneens dat de Rechtbank Amsterdam in een andere uitspraak oordeelt dat de enkele betwisting van een waarderingsrapport onvoldoende is. Het ligt namelijk op de weg van de desbetreffende partij om minimaal te onderbouwen welke uitgifteprijs dan wel reëel en redelijk zou zijn (Rb. Amsterdam 10 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6492 (*Aaron Investments/Twenty Seven Amsterdam*), r.o. 4.12).

¹⁶⁰² Hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, ARO 2006/145 (*TriQorp*), r.o. 3.4.

¹⁶⁰³ Rb. Oost-Brabant (vzr.) 29 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6254 (*Radboud University Participations/Secmatix*), r.o. 4.13-4.17.

¹⁶⁰⁴ Zie ook de Steijnborg-beschikking waarin volgens de Ondernemingskamer niet gebleken is dat het bestuur een gedegen afweging heeft gemaakt van alle betrokken belangen en mogelijke alternatieven voor de emissie. Van het voorgaande is sprake omdat de andere 50%-aandeelhouder bereid was te praten over aanvullende financiering, maar het bestuur is daarover geen gesprek met die partij aangegaan. Daarnaast is deze uitspraak bijzonder, omdat het emissiebesluit buiten medeweten van de 50%-aandeelhouder is genomen in een buitengewone aandeelhoudersvergadering (Hof Amsterdam (OK) 19 december 2022, ARO 2023/5 (*Steijnborg*), r.o. 2.22 en 3.6).

¹⁶⁰⁵ Wanneer immers een financiële noodzaak bestaat en een andere financieringsmogelijkheid ontbreekt, zal het rechtscollege waarschijnlijk oordelen dat het emissiebesluit niet in strijd is met art. 2:8 BW gelet op de marginale

verrichten van onderzoek naar alternatieven moet daardoor niet onderschat worden in de context van een aandelenemissie. Dit blijkt wederom twee jaar later uit de bodemprocedure tussen dezelfde partijen als in de Secmatix-uitspraak, aangezien de rechtbank tot een soortgelijk oordeel komt als de voorzieningenrechter met betrekking tot de keuze voor een aandelenemissie. In aanvulling daarop blijkt dat het voorstel van een minderheidsaandeelhouder om converteerbare leningen te verstrekken tevens in strijd is met art. 2:8 BW, aangezien dat voorstel niet in het belang van de vennootschap is. Hetzelfde geldt voor de voorgestelde conversievoorwaarden die de meerderheidsaandeelhouder voorstelt, waardoor nogmaals duidelijk wordt dat niet elk financieringsvoorstel verenigbaar is met art. 2:8 BW.¹⁶⁰⁶

In afwijking van de voorgaande uitspraken kan een rechtvaardiging voor een emissie ook gelegen zijn in de redelijke veronderstelling van de aandeelhouders dat elke aandeelhouder van het voorkeursrecht gebruik zou maken om kapitaal bijeen te brengen voor de toekenning van een vergoeding aan de voorheen onbezoldigde bestuurder. Dat achteraf gezien een van de drie aandeelhouders daarvan geen gebruik wil maken, zorgt er niet voor dat de keuze voor kapitaalsuitbreiding de toetsing aan art. 2:8 BW niet doorstaat. Tevens hoeft het gebrek aan een gedegen waardering niet tot een ander oordeel te leiden, omdat de twee andere aandeelhouders mochten veronderstellen dat de aandeelhouder zou deelnemen aan de emissie. In dit kader is van belang dat niets erop wijst dat de emissie plaatsvindt om het aandelenbelang van de niet deelnemende aandeelhouder op een goedkope wijze te laten verwateren.¹⁶⁰⁷

Samengevat illustreren de uitspraken in deze paragraaf dat een financiële noodsituatie en gebrek aan alternatieve financieringsmogelijkheden een rechtvaardiging blijven vormen voor een emissiebesluit of besluit dat kan leiden tot de verwatering van bepaalde aandeelhouders hun aandelenbelang. Doordat de besluitvorming in deze uitspraken veelal doorgang kan vinden, ligt in deze uitspraken mede de nadruk op de informatieverstrekking over (wezenlijke) aspecten met betrekking tot de emissie zoals de emissiekoers. Daarnaast achten de rechtscollages de methode en objectiviteit van de waardering van de uitgiftekoers van belang alsmede de mate van verwatering, waarbij de redelijkheid van de mate van verwatering deels afhankelijk is van de uitgiftekoers en de financiering die de vennootschap nodig heeft. Ook het blijft van belang dat een emissie niet ingegeven mag zijn door het oogmerk het aandelenbelang van een aandeelhouder moedwillig te verwateren. Hiermee hangt samen dat de aandeelhouder in zijn algemeenheid de mogelijkheid moet krijgen om te participeren in de financieringsmogelijkheid om een eventuele verwatering te voorkomen.¹⁶⁰⁸ Tot slot is opmerkelijk dat de verschillende rechtscollages – rechtbanken en de Ondernemingskamer –

toetsing daarvan (Rb. Noord-Holland 13 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:2163 (*De Princen Dranken Groep*), r.o. 4.6).

¹⁶⁰⁶ Rb. Oost-Brabant 31 juli 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4456 (*Radboud University Participations/Secmatix*), r.o. 4.23-4.25.

¹⁶⁰⁷ Rb. Den Haag 30 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6963 (*Med-IP*), r.o. 4.11, 4.13-4.15 en 4.21.

¹⁶⁰⁸ Een deel van de genoemde voorwaarden blijkt ook helder uit Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2020, *ARO 2020/191 (Talking Results)*, r.o. 3.13: “Dat het emissiebesluit uitsluitend is genomen om TallKing Well buitenspel te zetten, heeft TallKing Well tegenover de betwisting door TallKing Results Management c.s. niet nader geconcretiseerd. Ook anderszins is niet gebleken dat het emissiebesluit in strijd met de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid tot stand is gekomen, waarbij met name ook van belang is dat a) niet is gebleken dat de emissie tegen een onredelijke prijs of op onzakelijke voorwaarden plaatsvindt en b) dat TallKing Well op grond van het haar toekomstige voorkeursrecht de gelegenheid heeft om desgewenst op gelijke voorwaarden als de andere aandeelhouders aan de emissie deel te nemen.”

deze geschillen op soortgelijke wijze beslechten door de focus te leggen op de hiervoor uiteenzette elementen.

11.3.3 Statuten

De dataset bevat slechts twee uitspraken waarin onder meer een statutenwijziging centraal staat. In de MMP/VHC-uitspraak rechtvaardigen de omstandigheden dat de aandeelhouder ex art. 2:343 BW mag uittreden. Hierbij springt de statutenwijziging volgens de Ondernemingskamer het meest in het oog. Middels de statutenwijziging komt namelijk nagenoeg alle winst toe aan de meerderheidsaandeelhouder die de preferente aandelen houdt.¹⁶⁰⁹ Alhoewel niet expliciet in de uitspraak staat dat deze handelswijze in strijd met art. 2:8 BW is, lijkt het veilig om te stellen dat deze handelswijze niet met de voornoemde norm verenigbaar is wegens misbruik van meerderheidsmacht.

De andere uitspraak betreft de Prien Holding-beschikking. In casu is één aandeel extra uitgegeven aan een van de twee 50%-aandeelhouders vanwege fiscale redenen, waardoor één aandeelhouder 50,25% van de stemrechten kan uitoefenen. Enige tijd later ontstaat onenigheid tussen de partijen. De ‘meerderheidsaandeelhouder’ wil vervolgens via een statutenwijziging bewerkstelligen dat de aandeelhoudersvergadering het besluit tot benoeming, schorsing of ontslag van bestuurders met een gewone meerderheid kan nemen.¹⁶¹⁰ De Ondernemingskamer overweegt eerst dat het nooit de bedoeling van partijen is geweest om het evenwicht tussen de aandeelhouders voor onbepaalde tijd te wijzigen. Naar aanleiding hiervan oordeelt het rechtscollege dat de statutenwijziging in strijd is met art. 2:8 BW, aangezien de meerderheidsaandeelhouder daarmee poogt om de uiteindelijke controle over de vennootschap te verwerven.¹⁶¹¹

De voorgaande uitspraken geven weer dat een meerderheidsaandeelhouder niet onbegrensd zijn stemrecht mag uitoefenen om een statutenwijziging te bewerkstelligen. Waar de grens ligt, is echter niet geheel duidelijk. Niettemin lijkt een besluit snel op gespannen voet met art. 2:8 BW te staan indien het besluit wordt genomen om een bepaald ongerechtvaardigd voordeel te verkrijgen ten koste van de minderheidsaandeelhouder.

11.3.4 Ondernemingsstructuur

Uit paragraaf 11.2.3 blijkt dat in een behoorlijk aantal uitspraken terugkomt dat het in zijn algemeenheid niet aanvaard wordt als het bestuur alle (substantiële) activa vervreemdt – ‘en daarmee in feite een einde maakt aan de door de vennootschap in stand gehouden onderneming’ – zonder de aandeelhouders op behoorlijke wijze bij de besluitvorming te betrekken. Wat ‘betrekken bij de besluitvorming’ betekent is niet geheel duidelijk geworden. Het lijkt niettemin alsof het er – afhankelijk van de gemaakte afspraken – om gaat dat minimaal overleg met de aandeelhouder(s) plaatsvindt waarna de besluitvorming doorgang kan vinden. Hierbij is het van belang dat de aandeelhouder(s) tijdig en volledig over de transactie worden geïnformeerd, omdat het voeren van overleg

¹⁶⁰⁹ Hof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, *JOR* 2000/167 (*MMP/Van Hoosden Consultancy*), r.o. 3a, 3c, 4.1 en 4.4-4.5.

¹⁶¹⁰ Hof Amsterdam (OK) 24 december 2015, *ARO* 2016/22 (*Prien Holding*), r.o. 2.5-2.8 en 2.22.

¹⁶¹¹ Hof Amsterdam (OK) 24 december 2015, *ARO* 2016/22 (*Prien Holding*), r.o. 3.7-3.8.

anders weinig meerwaarde heeft.¹⁶¹² Goedkeuring of instemming van de aandeelhoudersvergadering lijkt in dit kader – vanwege het niet expliciet benoemen daarvan – niet altijd verplicht te zijn.

Dat het bestuur de voorgaande norm schendt, is evident als alle activa en activiteiten van de vennootschap worden overgedragen zonder de aandeelhouder daarbij (op enige wijze) te betrekken.¹⁶¹³ Deze norm geldt volgens de Ondernemingskamer ook te meer indien het slechts gaat om twee takken van aandeelhouders waarvan de bestuurder één tak vormt¹⁶¹⁴ of als de vervreemding geschiedt tegen een prijs van slechts twee maal één euro.¹⁶¹⁵ Opvallend in dit kader is dat de Ondernemingskamer het volgende oordeelt in de eerstefasebeschikking van de UMI-zaak:

“Aan het hiervoor overwogene doet niet af het betoog van UMI Beheer dat indien een algemene vergadering van aandeelhouders zou hebben plaatsgevonden het besluit tot vervreemding van de aandelen in TMM Holding zou zijn genomen gezien het meerderheidsbelang van Lamme, reeds niet omdat naar vaste rechtspraak besluitvorming in ieder geval het resultaat dient te zijn van overleg en bovendien ook daarop het in artikel 2:8 BW bepaalde van toepassing is.”¹⁶¹⁶

Een bestuurder die tevens een meerderheidsbelang in de vennootschap houdt, kan zich gelet op deze rechtsoverweging niet zonder meer verschuilen achter het feit dat die partij de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering in beginsel kan bepalen. In het verlengde hiervan ligt de De Benpuck-beschikking waarin de Ondernemingskamer oordeelt dat een besluit dat leidt tot een wezenlijke wijziging van de aard van de vennootschap en de door haar in stand gehouden onderneming, niet kan worden genomen of uitgevoerd zonder instemming van de aandeelhoudersvergadering. Omstandigheden kunnen ook meebrengen dat de instemming van de minderheidsaandeelhouder noodzakelijk is, indien het genomen besluit ‘gelet op alle in aanmerking te nemen omstandigheden en belangen als in redelijkheid niet aanvaardbaar moet worden aangemerkt.’¹⁶¹⁷ Deze overweging gaat een stap verder dan de geciteerde rechtsoverweging uit de UMI-beschikking en geeft duidelijk weer dat onder bijzondere omstandigheden instemming noodzakelijk is.

Dat de aandeelhouders op een bepaalde manier betrokken moeten worden bij de besluitvorming is zeker het geval als alle activa worden vervreemd. Minder duidelijk is daarentegen wanneer er sprake is van vervreemding van substantiële activa. In de Selles Beheer-beschikking vervreemdt het bestuur zelfstandig alle aandelen van vier van de acht dochtervennootschappen. Deze overdracht wordt als het ware geëist van het Chrysler-dealerschap op straffe van beëindiging van het

¹⁶¹² Deze gedachtegang is gebaseerd op de volgende uitspraken: Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2006, *ARO* 2006/46 (*S. van Baarsen Halfweg*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, *ARO* 2006/132 (*Selles Beheer*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, *ARO* 2006/166 (*UMI Beheer*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 16 december 2010, *ARO* 2011/4 (*Fam. Van der Linden Holding*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 3 september 2012, *ARO* 2012/130 (*Pebblestone Fashion*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 6 maart 2014, *ARO* 2011/113 (*Elpak*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/83 (*ADW Accountants*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 7 november 2019, *ARO* 2020/4 (*Easy Clean Plastics Recycling*), r.o. 3.5.

¹⁶¹³ In dit kader is met enige regelmaat waarneembaar dat het bestuur alle aandelen van de vennootschap in haar dochtervennootschap(en) vervreemdt. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, *ARO* 2006/166 (*UMI Beheer*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 16 december 2010, *ARO* 2011/4 (*Fam. Van der Linden Holding*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2022, *ARO* 2022/143 (*T-Rex Holding Invest*), r.o. 2.3.

¹⁶¹⁴ Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2006, *ARO* 2006/46 (*S. van Baarsen Halfweg*), r.o. 2.2-2.3 en 3.3.

¹⁶¹⁵ Hof Amsterdam (OK) 16 november 2005, *ARO* 2005/196 (*UMI Beheer*), r.o. 3.4 waarnaar de Ondernemingskamer verwijst in Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, *ARO* 2006/166 (*UMI Beheer*), r.o. 3.3.

¹⁶¹⁶ Hof Amsterdam (OK) 16 november 2005, *ARO* 2005/196 (*UMI Beheer*), r.o. 3.5.

¹⁶¹⁷ Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2007, *ARO* 2007/34 (*De Benpuck Holding*), r.o. 3.2.

dealerschap. DaimlerChrysler bemoeit zich namelijk actief in de bedrijfsopvolging binnen de ondernemingen van haar dealers, waardoor het begrijpelijk is dat de vennootschap zich in belangrijke mate liet leiden door de visie van DaimlerChrysler bij haar besluitvorming. Het voorgaande neemt niet weg dat bij het overdragen van een substantieel gedeelte van de activiteiten de andere houder van 50% van (de certificaten van) haar aandelen in het algemeen voor de verkoop dient te worden geïnformeerd. In deze zaak is het echter volgens de Ondernemingskamer te billijken dat de 50%-certificaathouder niet vooraf is ingelicht vanwege de goede gronden die bestaan voor de verkoop van de vier dochtervennootschappen. De verkoop was namelijk in het belang van de vennootschap, omdat beëindiging van het dealership waarschijnlijk het faillissement van de groep tot gevolg zou hebben. Daarnaast zou de verstoorde verhouding tussen de twee middellijke aandeelhouders mogelijk een belemmering vormen voor de uitvoering van de op gerechtvaardigde gronden nodig gemaakte transactie.¹⁶¹⁸ Het voorgaande neemt overigens niet weg dat de Ondernemingskamer het van belang acht dat de verkoop van de aandelen geschiedt tegen *at arm's length* voorwaarden.¹⁶¹⁹

De uitspraak maakt inzichtelijk dat uitzonderlijke omstandigheden gerelateerd aan het vennootschappelijk belang kunnen meebrengen dat de andere aandeelhouder buiten de besluitvorming wordt gehouden.¹⁶²⁰ Geen inzicht wordt echter verkregen in de exacte omvang van het gedeelte dat is vervreemd ondanks dat hoogstwaarschijnlijk minimaal 50% van de activa is vervreemd. Hierdoor blijft onduidelijk wanneer sprake is van vervreemding van substantiële activa. De andere uitspraken verschaffen over dit begrip – vanwege hoogstwaarschijnlijk de daaraan ten grondslag liggende feitencomplexen – eveneens geen verdere informatie.

Voorts is de prijs waartegen de activa wordt vervreemd, een essentieel punt waaraan rechtscolleges de nodige aandacht besteden. In de Villatent-beschikking heeft de minderheidsaandeelhouder in 2013 € 150.000,- voor een 30%-aandelenbelang betaald. Wanneer de gehele onderneming vervolgens in 2016 zonder deugdelijk waarderingsrapport voor € 200.000,- wordt verkocht, lijkt dat besluit onredelijk.¹⁶²¹ De verkrijger behoort immers een marktconforme prijs te betalen, waardoor het logischerwijs noodzakelijk is om de verkoopprijs te baseren op een gedegen waardering. Het inschakelen van een deskundige kan omwille daarvan geboden zijn, zodat het bepalen van de waarde van de activa geschiedt op een ‘consciëntieuze, transparante en zorgvuldige wijze’.¹⁶²² Hierbij is mede van belang dat het gebruikte taxatierapport nog actueel is.¹⁶²³ Art. 2:8 BW brengt namelijk mee dat de aandeelhouder aan de hand van de beschikbare informatie – waaronder het waarderings-/taxatierapport – zich een mening moet kunnen vormen over het (voorgenomen) besluit om de activa van de vennootschap te vervreemden.¹⁶²⁴

¹⁶¹⁸ Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, ARO 2006/132 (*Selles Beheer*), r.o. 2.4-2.5, 2.8, 2.13, 2.17, 3.5, 3.7 en 3.9.

¹⁶¹⁹ Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, ARO 2006/132 (*Selles Beheer*), r.o. 3.10.

¹⁶²⁰ Van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden was geen sprake in Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 2002, ARO 2002/151 (*Case Packing Sales Europe*), r.o. 3.12: “Ook indien moet worden aangenomen dat de vennootschap in redelijkheid kon vrezen dat de besprekingen die plaats vonden tussen Vader, Moeder en Gerda enerzijds en FPI Holding Company B.V. en de met haar verbonden vennootschappen anderzijds haar ernstige schade zouden kunnen toebrengen en ook al konden de afspraken die in dat kader werden gemaakt door haar als onbehoorlijk en bedreigend worden aangemerkt, zijn er niettemin vraagtekens te plaatsen bij het als bescherming daartegen doen plaatsvinden van zo een ingrijpende transactie als waarvan sprake is.”

¹⁶²¹ Hof Amsterdam (OK) 17 mei 2017, ARO 2017/126 (*Villatent*), r.o. 3.5.

¹⁶²² Hof Amsterdam (OK) 16 december 2010, ARO 2011/4 (*Fam. Van der Linden Holding*), r.o. 3.4.

¹⁶²³ Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, ARO 2014/64 (*Beheermaatschappij Plat Edam*), r.o. 3.9.

¹⁶²⁴ Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, ARO 2016/41 (*Meduprof-S Holding*), r.o. 3.3. Hetzelfde volgt in soortgelijke zin uit Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2022, ARO 2022/143 (*T-Rex Holding Invest*), r.o. 2.3 en 2.5.

Afrondend valt op te merken dat de Ondernemingskamer veelal gaat over het beslechten van geschillen waarin het bestuur de (volledige) onderneming van de vennootschap wil overdragen of heeft overgedragen. Dit zorgt ervoor dat een consistente lijn waarneembaar is, waarbij de nadruk ligt op het (geïnformeerd) betrekken van de aandeelhouders bij de besluitvorming alsmede het verkopen van de onderneming voor een marktconforme prijs. Wanneer de vervreemding dan ook buiten het zicht van de aandeelhouders plaatsvindt, dan zal de handelswijze van het bestuur normaliter niet met art. 2:8 BW verenigbaar zijn. Op die manier kunnen zij namelijk niet (eenvoudig) ageren tegen de transactie. Indien daarentegen de aandeelhouders bij de besluitvorming worden betrokken, creëert dat enige ruimte om de onderneming tegen de zin van bepaalde aandeelhouders te vervreemden. Zowel de Ondernemingskamer als andere rechterlijke instanties erkennen immers – zoals blijkt uit paragraaf 11.2.3 – dat het belang van bepaalde aandeelhouders ondergeschikt kan zijn aan het zwaarder wegende belang van de vennootschap en de daarbij betrokkenen, mits de waardering in orde is.

11.3.5 Beëindiging van de vennootschap of samenwerking

11.3.5.1 Inleiding

Paragraaf 11.2.4 bevat een behoorlijk aantal uiteenlopende normen en gedragingen die de kaders van art. 2:8 BW verduidelijken. Veel van deze aspecten staan op zichzelf waardoor daarover weinig aanvullends is op te merken. Niettemin kunnen bepaalde zaken met betrekking tot het willen beëindigen van het voortbestaan van de vennootschap of de samenwerking nader worden geduid (paragraaf 11.3.5.2). Verder geeft deze paragraaf een beschouwing van de overlappende feiten en omstandigheden die aanleiding vormen voor de toewijzing van de uitstotings- en uittredingsvorderingen (paragraaf 11.3.5.3).

11.3.5.2 Beëindiging

In de Headscanning-beschikking zijn beide aandeelhouders tevens bestuurders en zij houden respectievelijk 30 en 70% van de aandelen. Na enige tijd ontstaat onenigheid tussen de partijen. Hierdoor stopt de meerderheidsaandeelhouder overeenkomstig een bepaling uit de tussen partijen gesloten intentieovereenkomst – aldus hemzelf – met het verstrekken van gelden aan de vennootschap. Dit leidt ertoe dat de vennootschap niet meer aan haar lopende verplichtingen kan voldoen. Vervolgens wil dezelfde aandeelhouder het faillissement van de vennootschap aanvragen en daarover besluiten in de algemene vergadering. De andere aandeelhouder/bestuurder betoogt daarentegen dat de meerderheidsaandeelhouder moet voortgaan met het verstrekken van gelden, omdat het toegezegde bedrag nog niet aan de vennootschap beschikbaar is gesteld alsmede dat niet aan de voorwaarden is voldaan voor het beëindigen van de verdere financiering.¹⁶²⁵ De Ondernemingskamer overweegt eerst dat er tussen partijen sprake is van een onoverbrugbare tegenstelling die de continuïteit van de vennootschap bedreigt. Ook acht de Ondernemingskamer het niet overtuigend dat de meerderheidsaandeelhouder niet (langer) gehouden is aan de overeengekomen inbrengverplichting en dat het ingelegde bedrag als een geldlening zou moeten worden beschouwd. Hierna oordeelt de Ondernemingskamer:

¹⁶²⁵ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2004, ARO 2004/34 (*Headscanning Patent*), r.o. 2.2-2.3, 2.9-2.10 en 2.14.

“Gesteld reeds dat de Intentieverklaring - anders dan uit haar bewoordingen lijkt af te leiden - Topscan verplicht tot financiering bij wijze van geldlening in plaats van bij wijze van kapitaalbreng, dan is het in het licht van de tussen partijen blijkens de Intentieverklaring beoogde samenwerking én in het licht van behoorlijke vennootschappelijke verhoudingen nog niet aanvaardbaar te achten dat Topscan haar eigen opvatting omtrent - beëindiging van - de financiering tegen de opvatting van haar medebestuurder en medeaandeelhouder in en kennelijk zonder bereidheid tot overleg wil doorzetten. Het vanuit de meerderheidspositie aansturen op een faillissement van de vennootschap moet onder die omstandigheden als - ontoelaatbare - belangenvermenging worden aangemerkt.”¹⁶²⁶

Blijkens de voorgaande rechtsoverweging is het niet aanvaardbaar om uit eigen beweging op het faillissement van de vennootschap aan te sturen zonder daarover overleg te willen voeren met de andere aandeelhouder/bestuurder. Het rechtscollege merkt dit zelfs aan als – ontoelaatbare – belangenvermenging. Deze uitspraak illustreert dat de uitoefening van de meerderheidsmacht niet onbegrensd is. In aanvulling hierop kan het rechtscollege een bepaalde mate van bereidwilligheid van een partij verwachten om overleg te voeren over bepaalde ingrijpende besluiten.

Bijna twintig jaar na de voorgaande beschikking blijkt dat hetgeen daarin is geoordeeld, onverminderd relevant blijft. In de C&LSG/TPG-uitspraak gaat het tevens om twee aandeelhouders/bestuurders met een aandelenbelang van 49 en 51%. De meerderheidsaandeelhouder is daarnaast zelfstandig bevoegd als bestuurder en in die hoedanigheid heeft hij de gerechtsdeurwaarderspraktijk overgedragen aan een gelieerde vennootschap. Deze transactie vormt de basis voor het oordeel van de voorzieningenrechter dat het agenderen van de faillissementsaanvraag in strijd is met art. 2:8 BW ondanks dat een aandeelhouder in beginsel het stemrecht in zijn eigen belang mag uitoefenen. De minderheidsaandeelhouder/bestuurder heeft namelijk gerechtvaardigde twijfels over de rechtmatigheid van de transactie – gelet op de onduidelijkheid over de prijs en waardering – en door een faillissement zou het onderzoek naar die transactie onmogelijk worden gemaakt. Ook is de kans klein dat de curator een onderzoek daarnaar zal instellen, omdat de vennootschap geen actief meer heeft en de schuldeisers van de vennootschap gelieerd zijn aan de aandeelhouders/bestuurders.¹⁶²⁷

In deze zaak lijkt het willen aansturen op de beëindiging van de vennootschap wederom gebaseerd te zijn op oneigenlijke motieven die hoofdzakelijk verband houden met het eigen belang van de desbetreffende partij. De rechter houdt daarmee rekening en beperkt de aandeelhouder als het ware in de uitoefening van zijn stemrecht, totdat de minderheidsaandeelhouder/bestuurder de benodigde informatie kan verkrijgen.

Daarentegen kan het ook zo zijn dat een partij zich op niet goede gronden verzet tegen de beëindiging van de vennootschap. In de Interroyal-uitspraak is er sprake van een impasse, waardoor het niet mogelijk is om een ontbindingsbesluit te nemen. De vennootschap ontplooit echter al geruime tijd (anderhalf jaar) geen activiteiten meer, alleen wil een aandeelhouder niet met de ontbinding instemmen omdat die partij nog een vordering heeft op de vennootschap. Naar aanleiding hiervan overweegt de rechter eerst dat de aandeelhouders zich overeenkomstig art. 2:8 BW jegens elkaar moeten gedragen. Daarna oordeelt de rechter dat de aandeelhouder zich niet op goede gronden heeft verzet tegen de gewenste ontbinding, want er is geen rechtens te respecteren belang dat

¹⁶²⁶ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2004, ARO 2004/34 (*Headscanning Patent*), r.o. 3.6.

¹⁶²⁷ Rb. Limburg (vzr.) 19 januari 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:460 (*Collect & Legal Service Group/Twaalf Provinciën Gerechtsdeurwaarders*), r.o. 2.2, 2.5-2.8 en 4.9-4.10.

daaraan in de weg staat. De desbetreffende aandeelhouder mag dan wel een vordering hebben op de vennootschap, maar die partij heeft niet aannemelijk gemaakt dat voortzetting van de vennootschap tot voldoening van die vordering zal leiden.¹⁶²⁸

Een terugkerend element in de drie aangehaalde uitspraken is dat de aandeelhouder telkens beperkt wordt in de uitoefening van zijn stemrecht. In de eerste twee uitspraken mag een aandeelhouder ergens niet voor stemmen en in de laatste uitspraak behoort een aandeelhouder ergens mee in te stemmen. Uitzonderlijke omstandigheden kunnen daardoor de beëindiging van de vennootschap door middel van een rechtsgang bemoeilijken of vereenvoudigen.

Alhoewel de voorgaande uitspraken over de beëindiging van de vennootschap gaan, komt het feitelijk op hoofdlijnen overeen met een beëindiging van de samenwerking tussen twee aandeelhouders. Wanneer partijen onderhandelen over het overdragen van de aandelen om tot een einde van de samenwerking te komen, dan is wederom waarneembaar dat partijen (logischerwijs) een bepaalde mate van vrijheid genieten. In de F&HP-beschikking stelt de 25%-aandeelhouder dat de meerderheidsaandeelhouder niet in redelijkheid bereid was om met hem te onderhandelen over de voorwaarden en prijs voor uitkoop. De meerderheidsaandeelhouder wil namelijk op basis van een deskundigenonderzoek komen tot een bindende waardering als partijen ten minste overeenstemming bereiken over de peildatum, het uit te betalen dividend, de inhoud van een non-concurrentiebeding en de einddatum van de managementvergoeding. Het stellen van deze voorwaarden komt de Ondernemingskamer niet onredelijk voor, zodat niet kan worden gezegd dat de meerderheidsaandeelhouder zich onredelijk opstelt.

De vorige uitspraak geeft enig inzicht in de voorwaarden die een meerderheidsaandeelhouder (logischerwijs) mag stellen gedurende het onderhandelingsproces over een uitkoop. Daarnaast blijkt daaruit de vrijheid die partijen hebben gedurende het proces. Deze vrijheid kan niettemin overschreden worden. In de Holding Inbetween-beschikking acht de Ondernemingskamer aannemelijk dat herstel van de verhouding tussen de twee aandeelhouders/bestuurders niet reëel is gelet op hun echtscheiding. Deze conflictueuze situatie zorgt er bovendien voor dat de continuïteit van de vennootschap in gevaar komt, waardoor het in het belang van de vennootschap is om een ontvlechting of verkooptraject te beproeven. Partijen zijn ook reeds gestart met een verkooptraject, alleen heeft een partij na toezending van de *letter of intent* elk contact hierover gemeden zonder nadere toelichting te geven. Dit gedrag lijkt volgens de Ondernemingskamer niet verenigbaar met art. 2:8 BW.¹⁶²⁹

De uitspraken geven weer dat de handelingsvrijheid van partijen – zelfs als zij via ontbinding of uitkoop de samenwerking willen beëindigen – niet ongelimiteerd is. Gedurende het proces lijken de rechtscolleges namelijk waarde te hechten aan het contact (de informatieverstrekking) tussen de partijen en de mate waarin een partij zijn eigen belang nastreeft ten koste van de andere partij.

¹⁶²⁸ Rb. Amsterdam 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AZ0410 (*Interroyal Amsterdam*), r.o. 2.1 en 4.3-4.4. Daarnaast zou de andere aandeelhouder tot ontbinding willen overgaan om bestuurdersaansprakelijkheid te ontkomen. Volgens de rechter is het bestaan van een grond daarvoor echter niet afhankelijk van het voortbestaan van de vennootschap.

¹⁶²⁹ Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2021, ARO 2021/101 (*Holding Inbetween Ham*), r.o. 2.4, 2.24 en 3.8.

11.3.5.3 Uitstotings- en uittredingsvorderingen

Net zoals de toepassing van art. 2:8 BW sterk afhankelijk is van de feiten en omstandigheden, is de toewijsbaarheid van een uitstotings- en uittredingsvordering sterk afhankelijk van de casuïstiek. Niettemin zijn er in het algemeen overlappende patronen waarneembaar en die patronen komen in deze paragraaf aan bod.

Feitelijk gaat het in de acht toegewezen uitstotingsprocedures erom dat de aandeelhouder zich niet (voldoende) coöperatief – mogelijk zelfs escalierend – opstelt en dat de houding en/of het handelen van die partij een bedreiging vormen voor de continuïteit van de vennootschap.¹⁶³⁰ Van een impasse is dan ook vaak volgens de rechtscolleges sprake en die impasse heeft een negatieve weerslag op de vennootschap.¹⁶³¹ Een financiële noodsituatie kan hierbij een belangrijke rol spelen, aangezien dat eveneens invloed heeft op het voortbestaan van de vennootschap.¹⁶³² Kortom, op basis van de gecodeerde uitspraken ontstaat de indruk dat een uitstotingsvordering toewijsbaar is als het voortbestaan van de vennootschap in gevaar komt en de desbetreffende aandeelhouder zich verwijtbaar heeft gedragen.¹⁶³³

Bij de toegewezen uittredingsprocedures komt meermaals terug dat de beëindiging van het dienstverband als werknemer of het ontslag als bestuurder in combinatie met een ander element aanleiding geeft voor toewijzing van de uittredingsvordering.¹⁶³⁴ Een ander element kan bijvoorbeeld de verkoopbaarheid van de aandelen zijn¹⁶³⁵ of een (ernstig) verstoorde verhouding die verdere samenwerking onmogelijk maakt.¹⁶³⁶ Een (ernstig) verstoorde verhouding leidt met regelmaat ook ertoe dat de rechten van de aandeelhouder – zoals onder meer het informatierecht in brede zin, het recht op een redelijk dividendbeleid en het (statutaire) bijeenroepings-/agenderingsrecht –

¹⁶³⁰ Hof Amsterdam (OK) 10 april 2003, ARO 2003/71 (*Gerd Herbert Hoffman/Gerd Hoffman*), r.o. 4.4; Rb. Breda (vzr.) 23 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU5680 (*P.A.B. Baremans Holding/U.J.W.M. Muijs Holding*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 10 september 2013, ARO 2013/151 (*Keijmel/Wesdorp*), r.o. 2.7-2.9 en 3.7; Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7826 (*Intraco*), r.o. 6.9-6.10; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 20 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4066 (*Castanje Vermogensbeheer*), r.o. 4.6-4.8; Rb. Gelderland (vzr.) 27 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:535 (*La Sposa*), r.o. 3.10-3.11; Rb. Oost-Brabant (vzr.) 8 maart 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2116, r.o. 4.6.

¹⁶³¹ Hof Amsterdam (OK) 10 april 2003, ARO 2003/71 (*Gerd Herbert Hoffman/Gerd Hoffman*), r.o. 4.5; Rb. Breda (vzr.) 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ5250 (*Freber Beheer/Brandustry Holding*), r.o. 3.4; Rb. Breda (vzr.) 23 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU5680 (*P.A.B. Baremans Holding/U.J.W.M. Muijs Holding*), r.o. 3.5; Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7826 (*Intraco*), r.o. 6.6-6.7; Rb. Gelderland (vzr.) 27 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:535 (*La Sposa*), r.o. 3.10.

¹⁶³² Rb. Breda (vzr.) 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ5250 (*Freber Beheer/Brandustry Holding*), r.o. 3.4; Rb. Breda (vzr.) 23 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU5680 (*P.A.B. Baremans Holding/U.J.W.M. Muijs Holding*), r.o. 3.5; Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7826 (*Intraco*), r.o. 6.8; Rb. Gelderland (vzr.) 27 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:535 (*La Sposa*), r.o. 3.11.

¹⁶³³ Zoals blijkt uit paragraaf 11.2.4 kan dat gedrag ook zien op het verrichten van concurrerende activiteiten, het doen van onttrekkingen en het verstoren van de relatie met een belangrijke contractspartij (de bank).

¹⁶³⁴ Bij de beëindiging van het dienstverband of het ontslag als bestuurder gaat het erom dat daardoor de aandeelhouder niet meer betrokken is bij de vennootschap of geen feitelijke invloed meer kan uitoefenen ondanks dat de invloed van die partij reeds vrij beperkt was.

¹⁶³⁵ Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5588 (*Van der Werff/Van der Togt*), r.o. 4.10-4.12; Rb. Overijssel 27 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3846, r.o. 3.8-3.9.

¹⁶³⁶ Rb. Den Haag 29 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ6356, r.o. 2.3; Rb. Utrecht 7 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ9561 (*Chapahaba Beheer/T@kecare*), r.o. 10.8.3; Rb. Amsterdam 13 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2801 (*LDMA Holding/IW&E Management*), r.o. 4.10; Rb. Amsterdam 18 januari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1372 (*Nortra Holding/Simetra Investments*), r.o. 5.12.3-5.12.4.

(meermaals) niet meer geëerbiedigd worden en eventueel de vaststelling van de jaarrekening uitblijft. De schending van de rechten van de aandeelhouder kan zowel zelfstandig¹⁶³⁷ als in combinatie met de uitblijvende vaststelling van de jaarrekening de toewijsbaarheid van de uittredingsvordering tot gevolg hebben.¹⁶³⁸ Daarnaast kan de verstoorde verhouding ervoor zorgen dat de aandeelhouder/bestuurder de andere partij buitenspel tracht te zetten. Een dergelijke handelswijze geeft tevens aanleiding voor toewijzing van een uittredingsvordering.¹⁶³⁹

Gelet op de voorgaande voorbeelden gaat het normaliter niet om één zelfstandig incident, maar om een samenstel van omstandigheden die de uittreding van de aandeelhouder rechtvaardigt.¹⁶⁴⁰ Hierbij kunnen de omstandigheden nauwe verwevenheid vertonen en voortvloeien uit hetzelfde incident.

11.4 Feiten en het rechterlijk oordeel

11.4.1 Inleiding

Bepaalde feiten kunnen meermaals in de verschillende uitspraken voorkomen, omdat de rechtscolleges die feiten van belang achten voor de beslechting van het geschil over een structuurwijziging. In paragraaf 11.3.2 is bijvoorbeeld herhaaldelijk teruggekomen dat de financiële positie een essentieel onderdeel vormt voor de toelaatbaarheid van een aandelenemissie. Dergelijke elementen staan in deze paragraaf centraal.¹⁶⁴¹ De volgende elementen worden achtereenvolgens behandeld: financiële positie (paragraaf 11.4.2), uitstoting en uittreding (paragraaf 11.4.3) en (samenwerkings)overeenkomst (paragraaf 11.4.4).¹⁶⁴²

11.4.2 Financiële positie

De financiële positie van de vennootschap vervult binnen dit brede type geschil een omvangrijke rol. Bij geschillen over de herfinanciering van de vennootschap staat – zoals blijkt uit paragraaf 11.3.2 – veelal centraal of er een financiële noodzaak bestaat voor een aandelenemissie. Deze noodzaak vormt namelijk een essentieel element met betrekking tot de vraag of een aandelenemissie gerechtvaardigd is ondanks het feit dat daardoor het aandelenbelang van bepaalde aandeelhouders

¹⁶³⁷ Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672, r.o. 7.6 en 7.8; Rb. Noord-Nederland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1277 (*Voogel/Heijnis*), r.o. 4.8; Hof Amsterdam (OK) 3 september 2019, ARO 2019/183 (*Maassen/Arnold Maassen Holding*), r.o. 3.32; Rb. Overijssel 11 maart 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1239 (*Podo Pro/Manderijn*), r.o. 3.14; Rb. Den Haag 8 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3000 (*DPB/MNP*), r.o. 4.6-4.12.

¹⁶³⁸ Rb. Amsterdam 3 juni 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL0658 (*Budget Chauffeur Drive Holding*), r.o. 4.12; Rb. Noord-Holland 31 maart 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3288 (*Hendriksma Beheer/Torra Beheer*), r.o. 4.7-4.10; Rb. Gelderland 14 september 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5344 (*Mecus Beheer/Helisa Holding*), r.o. 4.4-4.7.

¹⁶³⁹ Rb. Den Haag 1 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2506 (*Consultancy/Sywan*), r.o. 4.31 en 4.33; Hof Amsterdam (OK) 24 september 2019, ARO 2019/184 (*Widdershoven Holding*), r.o. 3.8.

¹⁶⁴⁰ Dit volgt ook uit Hof Amsterdam (OK) 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:995 (*Facemed/Ankates*), r.o. 4.52.

¹⁶⁴¹ De focus ligt op de codes die betrekking hebben op de algemene feiten zoals behandeld in paragraaf 6.4.3. Niet alle feiten zullen echter aan bod komen, omdat niet alle feiten in de rechterlijke beoordeling terugkomen met betrekking tot art. 2:8 BW, waardoor de nadruk enkel ligt op de aangehaalde feiten.

¹⁶⁴² Bij de codes uitstoting en uittreding gaat het er in de kern om dat uit het feitencomplex volgt dat een aandeelhouder wil uittreden of dat de aandeelhouder(s) willen dat een aandeelhouder zijn aandelenbelang overdraagt (uitstoten). Onder deze codes is gecodeerd als de voornoemde ‘wensen’ niet de aanleiding vormen van het geschil.

kan verwateren. Hierbij vindt een afweging plaats tussen de belangen van de aandeelhouders en de belangen van de vennootschap, waarbij de belangen van de vennootschap zwaarder kunnen wegen als de financiële positie een obstakel vormt voor de continuïteit van de onderneming. Daarnaast kan de precare financiële positie van de vennootschap overeenkomstig paragraaf 11.3.2.3 meebrengen dat een uitzonderlijk lage uitgiftekoers is toegestaan.

Ten aanzien van de overdracht van (een deel van) de onderneming is eveneens een rol weggelegd voor de financiële positie van de vennootschap, want een suboptimale financiële toestand kan aan de basis liggen voor het verrichten van een transactie die leidt tot vervreemding van de onderneming.¹⁶⁴³ De financiële positie van de vennootschap kan tevens dermate slecht zijn dat een overdracht van de onderneming geschiedt om het faillissement van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming af te wenden. Hierbij blijft onverminderd relevant dat de vennootschap de nodige zorgvuldigheid in acht neemt jegens haar minderheidsaandeelhouders, waardoor de winst van de vennootschap niet zomaar naar de nieuwe vennootschap mag worden omgeleid en laatstgenoemde moet ook een vergoeding betalen voor het gebruik van de verkregen handelsnaam.¹⁶⁴⁴ Verder geldt dat het bestuur de minderheidsaandeelhouders bij de besluitvorming moet betrekken ondanks dat de vervreemding van de onderneming in het belang van de vennootschap was.¹⁶⁴⁵ Wanneer het voorgaande deugdelijk gebeurt, dan kan het bestuur de gehele onderneming vervreemden tegen de zin van bepaalde aandeelhouders. Hierbij weegt mee dat er geen reële alternatieve oplossing bestaat om de onderneming te redden.¹⁶⁴⁶ In feite is er daardoor wederom sprake van een belangenafweging die in het voordeel van de vennootschap – en de vervreemding van de onderneming – uitvalt vanwege de financiële malaise.¹⁶⁴⁷ De financiële nood kan zelfs zo hoog zijn dat een aandeelhouder op grond van art. 2:8 BW gehouden is te stemmen voor de goedkeuring inzake de vervreemding van de onderneming.¹⁶⁴⁸

Afrondend komt bij de beëindiging van de samenwerking eveneens het belang van de financiële positie terug. Het rechtscollege houdt bijvoorbeeld rekening met die positie bij de vraag of het redelijk is dat de vennootschap de aandelen van één partij niet wil overnemen.¹⁶⁴⁹ Voorts kan een acute financieringsbehoefte waarin één aandeelhouder kan voorzien, aanleiding geven voor de toewijzing van een uitstotingsvordering in kort geding.¹⁶⁵⁰ Bij uitstotingsprocedures hechten de rechtscolleges ook waarde aan de financieringsbereidheid van de bank, aangezien het voortbestaan van de vennootschap daarvan afhankelijk is.¹⁶⁵¹ De financiële positie van de vennootschap kan daardoor – zoals volgt uit paragraaf 11.3.5.3 – de uitkomst van een uitstotingsvordering beïnvloeden.

¹⁶⁴³ Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ5898 (*Cab Truck/Limij*), r.o. 4.3.3.

¹⁶⁴⁴ Hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, ARO 2017/148 (*Bakery Initiatives*), r.o. 3.5.

¹⁶⁴⁵ Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, ARO 2018/83 (*ADW Accountants*), r.o. 3.6-3.7.

¹⁶⁴⁶ Rb. Noord-Holland 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7064 (*R.M. Lodder Beheer/Datacenter Energy Consulting*), r.o. 4.23.

¹⁶⁴⁷ Hof Amsterdam (OK) 5 november 2020, ARO 2021/3 (*L2Fiber*), r.o. 3.19.

¹⁶⁴⁸ Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1360 (*Avinco Group Holdings/Eolia*), r.o. 3.8.

¹⁶⁴⁹ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2006, ARO 2006/73 (*Drukkerij Bevrijding*), r.o. 3.7.

¹⁶⁵⁰ Rb. Breda (vzr.) 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ5250 (*Freber Beheer/Brandustry Holding*), r.o. 3.4.

¹⁶⁵¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland (vzr.) 27 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:535 (*La Sposa*), r.o. 3.11.

Kortom, de financiële positie van de vennootschap komt bij alle subtypen binnen het gevalstype structuurwijziging terug. Hierbij kan een omvangrijke rol voor dat element zijn weggelegd, aangezien het in de regel als rechtvaardiging geldt voor een besluit of de toewijzing van een vordering.

11.4.3 *Uitstoting en uittreding*

Bij de toewijzing van een uittredingsvordering besteden de rechtscolleges meermaals aandacht aan de wens van een bepaalde partij om uit te treden. Dit lijkt hierdoor een omstandigheid die meeweegt bij de toewijzing van een dergelijke vordering. Het illustreert namelijk dat een partij graag wil uittreden, maar dat de partijen geen overeenstemming weten te bereiken vanwege bijvoorbeeld de aandelenprijs.¹⁶⁵² Het voorgaande geldt ook bij de toewijzing van een uitstotingsvordering, aangezien een ingestelde uittredingsvordering erop wijst dat partijen de samenwerking willen verbreken.¹⁶⁵³ Verder is hetzelfde waarneembaar bij de beëindiging van de samenwerking met een door de aandeelhouder beheerste rechtspersoon. Het rechtscollege oordeelt namelijk in de KHH-beschikking dat de gevolgde procedure haar voldoende zorgvuldig voorkomt, zeker nu vaststaat dat onder meer de minderheidsaandeelhouder eerder haar aandelenpakket wilde verkopen.¹⁶⁵⁴ De ‘wens’ van een partij om zijn deelname aan de vennootschap te beëindigen is daardoor een omstandigheid waarmee de rechtscolleges rekening houden, alleen besteden de rechtscolleges niet veelvuldig aandacht aan die wens van een partij.

11.4.4 *(Samenwerkings)overeenkomst*

In paragraaf 11.3.2.2 is reeds behandeld dat een aandeelhoudersovereenkomst – net zoals overigens de statuten – een impasse in de besluitvorming kan veroorzaken, omdat elke partij als het ware een vetorecht verkrijgt om de noodzakelijke financiering te kunnen blokkeren. Hierdoor hebben de gemaakte afspraken een wezenlijke invloed bij noodzaakfinanciering.¹⁶⁵⁵ Daarnaast kunnen de gemaakte afspraken het onaantrekkelijk maken voor een partij om de noodzakelijke financiering te verstrekken aan de vennootschap, waardoor het van belang is om die afspraken expliciet terzijde te stellen.¹⁶⁵⁶ De gemaakte afspraken in een aandeelhoudersovereenkomst vormen overigens logischerwijs niet altijd een belemmering voor het bewerkstelligen van een aandelenemissie.¹⁶⁵⁷ Verder kan de vennootschap in het kader van het verkrijgen van de vereiste financiering een conversieovereenkomst met de meerderheidsaandeelhouder overeenkomen. In die situatie geldt

¹⁶⁵² Hof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, *JOR* 2000/167 (*MMP/Van Hoosden Consultancy*), r.o. 4.4-4.5; Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:874 (*Atlas Chemie*), r.o. 3.4; Rb. Overijssel 27 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3846, r.o. 3.8-3.9; Rb. Amsterdam 9 februari 2022, *ARO* 2022/59 (*Spala Investments XXI/Heritage*), r.o. 4.2.

¹⁶⁵³ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 20 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4066 (*Castanje Vermogensbeheer*), r.o. 4.8. Vergelijkbaar hiermee is Rb. Oost-Brabant (vzr.) 8 maart 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2116, r.o. 4.6 waarin duidelijkheid bestaat over welke partij gaat uittreden, maar over de voorwaarden hebben partijen geen overeenstemming bereikt.

¹⁶⁵⁴ Hof Amsterdam (OK) 4 april 2008, *ARO* 2008/80 (*Kliniek Holystaete Heerenveen*), r.o. 3.11.

¹⁶⁵⁵ Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, *JOR* 2001/35 (*Skygate*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2022, *ARO* 2022/125 (*Cicerone Holding*), r.o. 2.11e en 3.

¹⁶⁵⁶ Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD5812 (*Decidewise International*), r.o. 3.4 en 4. Enigszins vergelijkbaar hiermee is Hof Amsterdam (OK) 1 april 2011, *ARO* 2011/65 (*Chameleon Investment*), r.o. 3.5.

¹⁶⁵⁷ Rb. Amsterdam 10 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6492 (*Aaron Investments/Twenty Seven Amsterdam*), r.o. 4.6 en 4.9.

onverminderd een zorgplicht voor de vennootschap jegens de minderheidsaandeelhouder.¹⁶⁵⁸ Een aandelenemissie is daardoor niet ongelimiteerd mogelijk ondanks dat verkrijging van de financiële middelen noodzakelijk is.

Voorts komen uiteenlopende (bepalingen van) overeenkomsten terug bij geschillen die gaan over het beëindigen van de vennootschap of samenwerking. Uit paragraaf 11.3.5.2 volgt bijvoorbeeld dat een intentieovereenkomst – en de daarin vastgelegde verplichting – mede aanleiding geeft voor het niet mogen aansturen op een faillissement.¹⁶⁵⁹ Ook kan het niet naleven van de gemaakte afspraken uit een aandeelhoudersovereenkomst of een beroep op de nietigheid van de contracten die ten grondslag liggen aan de samenwerking, meewegen bij de toewijsbaarheid van een uittredingsvordering.¹⁶⁶⁰ Het schenden van een (aandeelhouders)overeenkomst kan eveneens een zelfstandige omstandigheid zijn die kan leiden tot ‘uitkoop’, omdat partijen – zoals blijkt uit paragraaf 11.2.4 – een aanbiedingsplicht zijn overeengekomen en naleving daarvan niet in strijd is met art. 2:8 BW.¹⁶⁶¹ Tevens kunnen overeenkomsten met derden relevant zijn voor het rechterlijk oordeel.¹⁶⁶²

Uit de aangehaalde voorbeelden is niet een brede lijn te destilleren met betrekking tot de invloed van (samenwerkings)overeenkomsten. Wel is daaruit af te leiden dat diverse afspraken in overeenkomsten kunnen meewegen bij de beslechting van het type geschil op grond van art. 2:8 BW. Dit is niet verwonderlijk gelet op het gegeven dat afspraken uit aandeelhoudersovereenkomsten mede invulling geven aan de regels die gelden binnen de deelrechtsorde van de vennootschap. De invloed van afspraken met derden is daarentegen opvallender, aangezien het belang van bepaalde contracten de bewegingsruimte van de vennootschapsactoren kan beperken dan wel verruimen.

11.5 Functies art. 2:8 BW

11.5.1 Inleiding

Paragraaf 6.3.9.5 maakt inzichtelijk dat de interpreterende (50), aanvullende (10), beperkende (7) en gedragsregulerende (69) functies zijn waargenomen bij geschillen over een structuurwijziging. Hierbij is opmerkelijk dat de interpreterende functie bij dit type geschil het vaakst voorkomt ten opzichte van de interpreterende functie bij de andere typen geschillen. Het aantal keren dat de aanvullende en beperkende functies zijn gesignaleerd, is daarentegen ook noemenswaardig ten opzichte van het merendeel van de andere typen geschillen. Deze aantallen zorgen ervoor dat voldoende informatie aanwezig is om de voornoemde functies achtereenvolgens in aparte subparagrafen te behandelen.

¹⁶⁵⁸ Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (*Bosal Nederland*), r.o. 3.13-3.15.

¹⁶⁵⁹ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2004, ARO 2004/34 (*Headscanning Patent*), r.o. 3.6.

¹⁶⁶⁰ Rb. Amsterdam 3 juni 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL0658 (*Budget Chauffeur Drive Holding*), r.o. 4.3-4.12; Rb. Den Haag 1 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2506 (*Consultancy/Sywan*), r.o. 4.31.

¹⁶⁶¹ Zie onder meer Hof Amsterdam (OK) 30 december 2008, ARO 2009/7 (*Sunergy Investco*), r.o. 3.8-3.10 en 3.12; Rb. Amsterdam (vzr.) 30 mei 2018, ECLI:NL:RBSGR:2018:4519 (*Bearingpoint Holding*), r.o. 5.6.

¹⁶⁶² Zie hiervoor paragraaf 11.2.4 waarin onder meer de beëindiging van de overeenkomst met een belangrijke opdrachtgever terugkomt (Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ARO 2018/51 (*ProSolar Installatietechniek*), r.o. 3.5) en de vrijheid van de meerderheidsaandeelhouder om bepalingen in een overeenkomst met een derde op te nemen die vooral strekken ten voordele van zichzelf (Hof Amsterdam 18 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:511 (*Doedijns International*), r.o. 3.11-3.12).

11.5.2 *Interpreterende functie*

Bij de interpreterende functie wordt een binnen de deelrechtsorde bestaande regel naar redelijkheid en billijkheid geïnterpreteerd. Dit gebeurt bij dit type geschil ten aanzien van verschillende bestaande regels. Hierdoor is het mogelijk om uiteenlopende voorbeelden te geven van de interpretatie van de wet, de statuten, besluiten en bepalingen uit overeenkomsten.

Met betrekking tot een wettelijke regel komt de interpreterende functie bijna dertig keer terug. De hoofdzakelijke reden voor dit hoge aantal is dat de toetsing aan de artt. 2:336 en 2:343 BW als een interpretatie van de wet wordt beschouwd. Het rechtscollege maakt namelijk door toetsing inzichtelijk onder welke omstandigheden een dergelijke vordering wordt toe- of afgewezen, waardoor een bestaande regel wordt verduidelijkt. Een verduidelijking van een wettelijke regel is ook waarneembaar in het Human Concern-arrest, omdat het Hof Amsterdam meer duidelijkheid verschaft over de analoge toepassing van art. 2:107a BW.¹⁶⁶³

De interpretatie van een wettelijke bepaling komt dus meermaals terug. Dit geldt niet voor de interpretatie van een statutaire bepaling, aangezien deze slechts in één ‘geschil’ voorkomt dat initieel bij de Rechtbank Midden-Nederland aanhangig is gemaakt. In de desbetreffende zaak overweegt het rechtscollege dat zij niet de eisende partij volgt in haar uitleg van een statutaire aanbiedingsclausule, omdat de gegeven uitleg niet strookt met de bedoeling van partijen.¹⁶⁶⁴ Vergelijkbaar hiermee is de Nidapi-uitspraak waarin een afnameverplichting in de aandeelhoudersovereenkomst centraal staat. Het rechtscollege overweegt in deze zaak dat partijen voor bepaalde gevallen specifiek een afnameverplichting zijn overeengekomen. De weigering van partijen om de aandelen van de andere partijen niet af te nemen is daardoor niet onredelijk en onbillijk, omdat de gegeven situatie niet valt onder de afgesproken gevallen.¹⁶⁶⁵ Verduidelijking over de reikwijdte van een bepaling in een overeenkomst komt verder voor in de Bearingpoint-uitspraak. De voorzieningenrechter oordeelt in deze zaak op basis van de ‘geobjectiveerde’ Haviltexmaatstaf dat de aandeelhouder een bepaald recht toekomt. Dit recht is niet nageleefd en op voorhand is dan ook aannemelijk dat het besluit vernietigbaar is op grond van art. 2:15 lid 1 sub b BW.¹⁶⁶⁶

Tot slot interpreteren de rechtscolleges onder meer emissiebesluiten en besluiten tot vervreemding van de onderneming. Bij een geschil over een emissie kan bijvoorbeeld zowel de keuze voor kapitaalsuitbreiding als de vaststelling van de emissieprijs aan bod komen, waardoor het rechtscollege de redelijkheid van beide afzonderlijke besluiten (onderdelen) toetst.¹⁶⁶⁷ Wat betreft het besluit tot

¹⁶⁶³ Hof Amsterdam 7 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1018 (*Human Concern*), r.o. 3.15-3.16. Zie in dit verband ook Rb. Amsterdam (vzr.) 23 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2618 (*Human Concern*), r.o. 4.4.

¹⁶⁶⁴ Rb. Midden-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8915 (*Apotheek Eemnes*), r.o. 4.4. In soortgelijke zin oordeelt vervolgens het Hof Arnhem-Leeuwarden in hoger beroep (Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2640 (*Apotheek Eemnes*), r.o. 3.3-3.7).

¹⁶⁶⁵ Rb. Gelderland 16 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1355 (*Nidapi*), r.o. 5.5. Zie voor een ander duidelijk voorbeeld van de interpreterende functie: Rb. Oost-Brabant 31 juli 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4456 (*Radboud University Participations/Secmatix*), r.o. 4.16.

¹⁶⁶⁶ Rb. Amsterdam (vzr.) 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4519 (*Bearingpoint Holding*), r.o. 5.6-5.7. Overigens blijkt niet duidelijk uit de uitspraak of het rechtscollege gebruikmaakt van de interpreterende functie van art. 2:8 BW of de uitlegfunctie van art. 6:2 BW.

¹⁶⁶⁷ Rb. Den Haag 30 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6963 (*Med-IP*), r.o. 4.21. Vergelijkbaar hiermee is Rb. Oost-Brabant (vzr.) 19 november 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:5787 (*MBK Summit/Smart Clinical Products*), r.o. 4.15 en 4.20.

vervreemding van de onderneming kan dat onder omstandigheden in redelijkheid worden genomen, omdat de continuïteit van de onderneming ernstig bedreigd wordt door een nieuwe aandeelhouder.¹⁶⁶⁸ Bij de interpretatie van de redelijkheid van een besluit gaat het in feite om de vraag of de belangenafweging in het voordeel van het vennootschapsorgaan uitvalt of de vennootschapsactor die zich tegen het bestreden besluit verzet.¹⁶⁶⁹

11.5.3 Aanvullende functie

Toepassing van de aanvullende functie kan leiden tot het ontstaan van een nieuwe regel die vervolgens binnen de deelrechtsorde van de vennootschap geldt. Zo volgt uit de Case Packing-beschikking dat de vennootschap in ruime(re) mate de aandeelhouders over een transactie – die de aard van de vennootschap en bijbehorende onderneming verandert – moet informeren dan wel daarbij betrekken.¹⁶⁷⁰ Ingrijpender is de aanvullende regel die uit de De Benpuck-beschikking voortvloeit. Onder omstandigheden kan namelijk een transactie – die leidt tot een wezenlijke wijziging van de aard van de vennootschap of de daaraan verbonden onderneming – niet worden genomen of uitgevoerd zonder instemming van de aandeelhoudersvergadering en onder omstandigheden niet zonder de instemming van de minderheidsaandeelhouder.¹⁶⁷¹ Deze (ingrijpende) verplichting is overigens niet op eenzelfde wijze in latere rechtspraak gesignaleerd, waardoor de meerwaarde daarvan niet moet worden overschat. Verder is SCUA-beschikking in het kader van de overdracht van de onderneming relevant. In deze zaak is sprake van een *management buy-out* waarbij partijen streven naar een ontvlechting die op gespannen voet kan staan met de belangen van de vennootschap. Gelet hierop oordeelt de Ondernemingskamer dat een bijzondere zorgplicht rust op de aandeelhouders met betrekking tot de belangen van de vennootschap.¹⁶⁷²

Een wezenlijk andere aanvullende verplichting staat in de Corus-beschikking. Zo komt in de beschikking terug dat de raad van commissarissen in redelijkheid tijd en gelegenheid dient te worden geboden ingeval hij goedkeuring voor een bestuursbesluit moet verlenen.¹⁶⁷³ Voorts heeft de Cancun-zaak tot relevante nieuwe normen geleid. Uit de beschikking van de Ondernemingskamer blijkt dat het bestuur van de vennootschap rekening moest houden met de aard van de samenwerking tussen de aandeelhouders en erop diende toe te zien dat ‘de verschillende bij haar onderneming betrokken belangen adequaat en met een grote zorgvuldigheid werden behartigd en werden uiteengehouden.’¹⁶⁷⁴ Vervolgens gaat de Hoge Raad een stap verder door te oordelen:

“Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad. Zoals ook voortvloeit uit hetgeen hiervoor aan het slot van 4.2.1 is overwogen, kan de verplichting van bestuurders van een joint venture-vennootschap om jegens de aandeelhouders de nodige zorgvuldigheid te

¹⁶⁶⁸ Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2009, ARO 2009/18 (*Beheermaatschappij Trial*), r.o. 3.3.

¹⁶⁶⁹ Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ5898 (*Cab Truck/Limij*), r.o. 4.3.2; Rb. Noord-Holland 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7064 (*R.M. Lodder Beheer/Datacenter Energy Consulting*), r.o. 4.23; Hof Amsterdam (OK) 5 november 2020, ARO 2021/3 (*L2Fiber*), r.o. 3.19.

¹⁶⁷⁰ Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 2002, ARO 2002/151 (*Case Packing*), r.o. 3.12.

¹⁶⁷¹ Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2007, ARO 2007/34 (*De Benpuck*), r.o. 3.2. Onder welke precieze omstandigheden de instemming van de minderheidsaandeelhouder vereist is, noemt de Ondernemingskamer niet.

¹⁶⁷² Hof Amsterdam (OK) 28 april 2004, ARO 2004/64 (*SCUA*), r.o. 3.1.

¹⁶⁷³ Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, ARO 2003/47 (*Corus*), r.o. 3.11.

¹⁶⁷⁴ Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, ARO 2012/113 (*Cancun*), r.o. 3.26.

betrachten, een bijzondere zorgplicht meebrengen met betrekking tot de positie van een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren.”¹⁶⁷⁵

De eerder geformuleerde norm van de Ondernemingskamer wordt zodanig aangevuld dat een nieuwe regel ontstaat die daarna onder omstandigheden geldt binnen de deelrechtsorde van de vennootschap. Ten slotte is een verruiming van de reikwijdte van art. 2:343 BW in de Widdershoven-uitspraak gesignaleerd.¹⁶⁷⁶ In casu past de Ondernemingskamer art. 2:343 BW analoog toe voor de uittreding van een certificaathouder wiens positie vergelijkbaar is met die van een aandeelhouder. Deze uitspraak en de hiervoor behandelde uitspraken zijn illustratief voor de uiteenlopende wijzen waarop rechtscolleges de aanvullende functie kunnen toepassen.

11.5.4 Beperkende functie

De beperkende functie kan ervoor zorgen dat een binnen de deelrechtsorde bestaande regel buiten toepassing blijft.¹⁶⁷⁷ Op het gebied van de geschillenregeling kan dit meebrengen dat toekenning van de reële waarde van de aandelen onaanvaardbaar is, omdat de bedoeling van partijen was dat de uittredende partij niet meer dan de nominale waarde zou krijgen vermeerderd met een rentevergoeding. Onder die omstandigheden behoort de uittredende partij dan ook niet te kunnen meedelen in de opbrengsten van de vennootschappen.¹⁶⁷⁸ In het verlengde hiervan ligt dat het onaanvaardbaar is om een uittredingsvordering toe te wijzen, aangezien de eisende partij mede de situatie heeft veroorzaakt door gedragingen die niet met art. 2:8 BW verenigbaar zijn. De aandeelhouder mag als het ware niet beloond worden door de uittreding ‘op basis van een geschil tussen aandeelhouders dat aan haarzelf te wijten is.’¹⁶⁷⁹ Gelet op het voorgaande is de kern van beide uitspraken dat een aandeelhouder niet een oneigenlijk voordeel mag verkrijgen door toepassing van de uittredingsprocedure.

Verder geeft het beroep op een aanbiedingsclausule twee keer aanleiding voor een toetsing aan art. 2:8 lid 2 BW. In een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland heeft de aandeelhouder zijn aandelenbelang aan een door hem beheerste stichting overdragen. Naar aanleiding hiervan beroepen de andere aandeelhouders zich op de aanbiedingsregeling, omdat de feitelijke zeggenschap over het aandelenpakket nu niet is gewijzigd maar in de toekomst daardoor kan wijzigen. Volgens de eisende partij is dit beroep onaanvaardbaar. Het rechtscollege oordeelt echter dat dat niet het geval is, omdat deze bepaling is geschreven ter voorkoming van toetreding van derden zonder toestemming van de andere aandeelhouders.¹⁶⁸⁰

¹⁶⁷⁵ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797/799/804/808 (*Cancun*), r.o. 4.2.2.

¹⁶⁷⁶ Hof Amsterdam (OK) 24 september 2019, ARO 2019/184 (*Widdershoven Holding*), r.o. 3.7.

¹⁶⁷⁷ In de hoofdtekst volgen ter illustratie enkele voorbeelden van de derogerende werking van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid. Zie in dit verband ook Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ5898 (*Cab Truck/Limij*), r.o. 4.3.7-4.3.8; Hof Amsterdam (OK) 4 april 2008, ARO 2008/80 (*Kliniek Holystaete Heerenveen*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 12 april 2016, ARO 2016/118 (*Phoenix Hotel*), r.o. 4.3-4.4.

¹⁶⁷⁸ Hof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, JOR 2000/167 (*MMP/Van Hoosden Consultancy*), r.o. 4.13.

¹⁶⁷⁹ Rb. Limburg 8 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:1676 (*Anth&m/Pro-Health*), r.o. 4.7.

¹⁶⁸⁰ Rb. Midden-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8915 (*Apotheek Eemnes*), r.o. 4.2-4.3 en 4.7.

In de CC/DLS-uitspraak daarentegen komt de voorzieningenrechter inzake een aanbiedingsregeling tot een ander oordeel.¹⁶⁸¹ In casu wil de initiële 100%-aandeelhouder een meerderheidsbelang overdragen (verkopen) aan een andere partij, maar vanwege fiscale redenen wordt echter twee keer een aandelenbelang van 33% overgedragen aan twee verschillende partijen. In de toekomst moet daardoor nogmaals een aandelenoverdracht plaatsvinden, zodat de correcte partij uiteindelijk het meerderheidsbelang houdt. Enige tijd later vindt de desbetreffende transactie plaats. Vervolgens beroept de oude 100%-aandeelhouder – die ondertussen een aandelenbelang van 34% houdt – zich naar aanleiding van die transactie op de aanbiedingsregeling. De voorzieningenrechter oordeelt dat dit beroep onaanvaardbaar is gelet op de bekendheid van de desbetreffende aandeelhouder met de wens van partijen ten tijde van de overdracht van het initiële aandelenbelang, waardoor de aandeelhouder geen beroep toekomt op de aanbiedingsplicht. De rechter heeft ook de indruk dat het beroep op de aanbiedingsregeling plaatsvindt door de ontstane spanningen tussen partijen, waardoor het de 34%-aandeelhouder goed zou uitkomen om (weer) meerderheidsaandeelhouder te worden.¹⁶⁸²

Het verschil tussen beide uitspraken omtrent de aanbiedingsregeling lijkt te liggen in de bekendheid van de aandeelhouder – die zich op de aanbiedingsregeling beroept – met de wens van de andere partij om een overdracht te realiseren. Hierbij weegt mee dat de desbetreffende aandeelhouder initieel geen bezwaar had tegen het plan van de aandeelhouder en dat de beoogde verkrijger (aandeelhouder) daardoor de zeggenschap verwerft.

11.5.5 Gedragsregulerende functie

Zoals bij de andere typen geschillen is de gedragsregulerende functie wederom het vaakst waargenomen.¹⁶⁸³ Hierdoor is het onvermijdelijk dat de toepassing van deze functie reeds (impliciet) uitgebreid behandeld is in de voorgaande paragrafen van dit hoofdstuk. Dit komt hoofdzakelijk doordat de rechtscolleges veelvuldig gedragsnormen aanhalen en gedrag toetsen aan art. 2:8 BW. In deze paragraaf worden dan ook niet alle waargenomen gevallen (nogmaals) beschreven om herhaling van hetgeen in de paragrafen 11.2 en 11.3 staat te voorkomen.

Een norm die meermaals in dit hoofdstuk is uiteengezet en voortvloeit uit art. 2:8 BW, betreft de norm inzake noodzaakfinanciering. Indien er samengevat sprake is van een financiële nood situatie, impasse en geen andere financieringsmogelijkheid bestaat, dan kan door rechterlijk ingrijpen de vereiste financiering (aandelenuitgifte) worden bewerkstelligd.¹⁶⁸⁴ Het blokkeren van de noodzakelijke emissie is onder die omstandigheden niet met de redelijkheid en billijkheid verenigbaar.

¹⁶⁸¹ Deze uitspraak wordt uitgebreider dan de andere voorbeelden uiteengezet, omdat deze uitspraak nog niet in de eerdere paragrafen is beschreven.

¹⁶⁸² Rb. Den Haag (vzr.) 20 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7910 (*China Creates/DLS Holding*), r.o. 2.1-2.6 en 3.9-3.12.

¹⁶⁸³ Van de gedragsregulerende functie is er sprake als het rechtscollege een reeds op art. 2:8 BW gecreëerde gedragsnorm aanhaalt, toepast of aanscherpt. Hieronder valt ook de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW als gedragsnorm waarvan de inhoud afhankelijk is van de feiten en omstandigheden (zie code 41.5 van het codeboek (bijlage II)).

¹⁶⁸⁴ Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, *JOR* 2001/35 (*Skygate*), r.o. 3.6-3.7; Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD5812 (*Decidewise International*), r.o. 3.3-3.6; Hof Amsterdam (OK) 29 november 2002, *ARO* 2002/180 (*Alcas*), r.o. 3.2-3.3; Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, *ARO* 2009/84 (*Triple E*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, *ARO* 2010/6 (*Inter Access Groep*), r.o. 3.16; Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, *ARO* 2011/85 (*Rhodes Holding Netherlands*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/119 (*Delphi Bioscience*), r.o. 3.2-3.6; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4669 (*W.K. Holding/I.R.B. Holding*), r.o. 5.4; Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2022, *ARO* 2022/125 (*Cicerone Holding*), r.o. 2.11 en 2.13.

Wat tevens niet met art. 2:8 BW verenigbaar is, is als het bestuur van een vennootschap alle (substantiële) activa van de vennootschap vervreemdt zonder haar aandeelhouders op een behoorlijke wijze in de besluitvorming daaromtrent te betrekken.¹⁶⁸⁵ In het algemeen geldt de gedragsnorm dat de aandeelhouders in een dergelijke situatie bij de besluitvorming moeten worden betrokken. Ingeval de activa niettemin vervreemd worden, is het eveneens van belang dat dat geschiedt tegen een marktconforme prijs. Het inschakelen van een deskundige derde voor een onafhankelijke waardering dient als waarborg voor het bepalen van een marktconforme prijs.¹⁶⁸⁶

In het rechterlijk oordeel staat voorts met regelmaat een zorg(vuldigheids)plicht. Zo kan op de aandeelhouders een bijzondere zorgplicht rusten om te letten op de belangen van de vennootschap bij het streven naar een ontvlechting.¹⁶⁸⁷ In vergelijkbare zin kan uit art. 2:8 BW de plicht voor de meerderheidsaandeelhouder voortvloeien om zorg te dragen dat de belangen van de vennootschap niet bij een transactie onevenredig worden geschaad.¹⁶⁸⁸ Ook kunnen bestuurders in strijd met een bijzondere zorgplicht handelen ingeval zij niet voldoende openheid betrachten jegens een medebestuurder over een transactie.¹⁶⁸⁹ Bij de formulering van zorg(vuldigheids)plichten kunnen de rechtscolleges eveneens verwijzen naar andere rechtspraak waaruit de gedragsnorm afkomstig is. Zo zijn namelijk in de rechtspraak verwijzingen waarneembaar naar de Zwagerman-beschikking,¹⁶⁹⁰ het VEB/KLM-arrest¹⁶⁹¹ en de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad.¹⁶⁹²

Verder zijn bijvoorbeeld de volgende gedragingen onder omstandigheden niet verenigbaar met art. 2:8 BW: (i) het schenden van een jegens het rechtscollege gedane toezegging,¹⁶⁹³ (ii) het plotseling mijden van elk contact gedurende het onderhandelingsproces,¹⁶⁹⁴ (iii) het zich op niet goede gronden verzetten tegen ontbinding,¹⁶⁹⁵ (iv) het niet controleren of een aandeelhouder op de hoogte is van een belangrijke aandeelhoudersvergadering,¹⁶⁹⁶ (v) het omleiden van omzet zonder het treffen van garanties alsmede het niet betalen van een vergoeding voor de ‘oude’ handelsnaam bij een sterfhuisconstructies,¹⁶⁹⁷ en (vi) het onthouden van instemming voor een *management buy-out* die noodzakelijk is gelet op de financiële situatie van de vennootschap.¹⁶⁹⁸

¹⁶⁸⁵ Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, ARO 2006/166 (*UMI Beheer*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 16 december 2010, ARO 2011/4 (*Fam. Van der Linden Holding*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, ARO 2018/83 (*ADW Accountants*), r.o. 3.7. Een vergelijkbaar oordeel staat mede in Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2006, ARO 2006/46 (*S. van Baarsen Halfweg*), r.o. 3.3.

¹⁶⁸⁶ Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2009, ARO 2009/18 (*Beheermaatschappij Trial*), r.o. 3.3-3.4. Dat de rechtscolleges waarde hechten aan een marktconforme prijs en de verstrekking van de daarmee samenhangende informatie volgt onder meer uit Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, ARO 2014/64 (*Beheermaatschappij Plat Edam*), r.o. 3.8-3.9; Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, ARO 2016/41 (*Meduprof-S Holding*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 17 mei 2017, ARO 2017/126 (*Villatent*), r.o. 3.5.

¹⁶⁸⁷ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2004, ARO 2004/64 (*SCUA Holding*), r.o. 3.1.

¹⁶⁸⁸ Hof Amsterdam (OK) 1 april 2021, ARO 2021/115 (*Priogen Holding*), r.o. 4.56.

¹⁶⁸⁹ Hof Amsterdam (OK) 29 september 2011, ARO 2011/148 (*Rosenberg Van der Does & Partners*), r.o. 3.5.

¹⁶⁹⁰ Rb. Oost-Brabant 31 juli 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4456 (*Radboud University Participations/Secmatix*), r.o. 4.19.

¹⁶⁹¹ Rb. Noord-Holland 13 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:2163 (*De Princen Dranken Groep*), r.o. 4.4.

¹⁶⁹² Rb. Oost-Brabant (vzr.) 29 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6254 (*Radboud University Participations/Secmatix*), r.o. 4.12; Rb. Midden-Nederland 9 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2398, r.o. 3.31.

¹⁶⁹³ Hof Amsterdam (OK) 3 september 2012, ARO 2012/130 (*Pebblestone Fashion*), r.o. 3.7.

¹⁶⁹⁴ Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2021, ARO 2021/101 (*Holding Inbetween Ham*), r.o. 3.8.

¹⁶⁹⁵ Rb. Amsterdam 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AZ0410 (*Interroyal Amsterdam*), r.o. 4.3-4.4.

¹⁶⁹⁶ Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, ARO 2014/64 (*Beheermaatschappij Plat Edam*), r.o. 3.6.

¹⁶⁹⁷ Hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, ARO 2017/148 (*Bakery Initiatives*), r.o. 3.5.

¹⁶⁹⁸ Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1360 (*Avinco Group Holdings/Eolia*), r.o. 3.8.

Samengevat passen rechtscolleges de gedragsregulerende functie – zoals in de voorgaande hoofdstukken – op uiteenlopende wijzen toe bij de beslechting van geschillen binnen dit gevalstype. De rechtscolleges grijpen met enige regelmaat terug op eerder geformuleerde gedragsnormen en vinden zo steun in hetgeen andere rechtscolleges eerder hebben overwogen. Daarnaast kunnen rechtscolleges via deze functie relatief eenvoudig op unieke feiten en omstandigheden inspelen door het gedrag aan art. 2:8 BW te toetsen om te verduidelijken welk gedrag (on)toelaatbaar is.

11.6 Wijze van toetsing

Paragraaf 6.3.9.5 verschaft eveneens inzicht in de wijze waarop de rechtscolleges binnen dit gevalstype toetsen. Daaruit volgt dat een volle (64) en terughoudende toetsing (69) qua aantallen ongeveer evenveel is geconstateerd. Dat geldt niet voor de toetsing van materiële (88) en formele (45) aspecten. De vraag is hierdoor of de formele aspecten telkens vol worden getoetst en de materiële aspecten terughoudend. Hoofdzakelijk is dat wel het geval bij de toetsing van formele aspecten, aangezien de rechtscolleges bijvoorbeeld gebruikelijk vol toetsen of de aandeelhouders zijn betrokken bij de besluitvorming over de overdracht van alle activa. Slechts in één uitspraak toetst het rechtscollege een formeel aspect terughoudend. Daarvan is sprake in de *Selles Beheer*-beschikking. In deze uitspraak – die uitgebreid in paragraaf 11.3.4 is behandeld – heeft de certificaathouder/bestuurder de andere 50%-certificaathouder niet betrokken bij de besluitvorming over de vervreemding van de gehele onderneming. Normaliter zou deze handelswijze in strijd zijn met het uitgangspunt dat de aandeelhouders geïnformeerd moeten worden over dit soort transacties. In casu zorgen de feiten en omstandigheden er echter voor dat de Ondernemingskamer terughoudend is met betrekking tot het aannemen van een schending van de voornoemde gedragsnorm. Er bestaat namelijk een rechtvaardiging voor het niet naleven van de gedragsnorm, die overeenkomstig de belangenafweging zwaarder weegt dan de naleving daarvan.¹⁶⁹⁹

Ten opzichte van de terughoudende toetsing van formele aspecten komt de volle toetsing van materiële aspecten veelvuldiger voor, want rechtscolleges – met name de Ondernemingskamer – hebben in twintig uitspraken een materieel aspect vol getoetst.¹⁷⁰⁰ Een opvallend voorbeeld hiervan betreft de rechtspraak inzake noodzaakfinanciering. In deze uitspraken zijn de rechtscolleges veelal bondig ten aanzien van de ingangsvoorwaarden voor noodzaakfinanciering. Er vindt als het ware een controle plaats van (i) de slechte financiële positie van de vennootschap, (ii) het ontbreken van alternatieve financieringsmogelijkheden en (iii) het bestaan van een impasse. Indien aan deze voorwaarden is voldaan, dan treft het rechtscollege een onmiddellijke voorziening om de noodzakelijke financiering te faciliteren.¹⁷⁰¹ Een belangenafweging is in feite geïncorporeerd in de gestelde ingangsvoorwaarden, waardoor het rechtscollege niet nogmaals uitgebreid een belangenafweging hoeft te maken en beknopt kan oordelen over de kwestie. Illustratief hiervoor is de *Alcas*-beschikking waarin staat:

¹⁶⁹⁹ Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, *ARO* 2006/132 (*Selles Beheer*), r.o. 3.7.

¹⁷⁰⁰ 17 van de 20 gevallen komen aan bod in een enquêteprocedure.

¹⁷⁰¹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD5812 (*Decidewise International*), r.o. 3.3-3.6; Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, *ARO* 2009/84 (*Triple E*), r.o. 3.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4669 (*W.K. Holding/I.R.B. Holding*), r.o. 5.4-5.8; Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2022, *ARO* 2022/125 (*Cicerone Holding*), r.o. 2.11-2.13.

“Er moet van worden uitgegaan dat de vennootschap thans in ernstige financiële moeilijkheden verkeert en wel van een aard dat indien niet spoedig tot een oplossing wordt gekomen zij in haar voortbestaan onmiddellijk wordt bedreigd. De desbetreffende stelling van Parnib is immers door de vennootschap en door First Global volledig onderschreven en Van der Horst heeft haar in geen enkel opzicht tegengesproken. Vast staat dat verdere financiering door derden, zoals de kredietverstrekende banken, niet kan worden verkregen zolang niet (ook) de aandeelhouders hun bereidheid tonen het eigen vermogen van de vennootschap te versterken. Aannemelijk is geworden dat houders van opeisbare vorderingen met verder uitstel van betaling geen genoegen meer nemen. De besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders omtrent de versterking van het eigen vermogen is in een impasse terechtgekomen die, naar eveneens aannemelijk is geworden, zonder ingrijpen niet kan worden doorbroken.

Gelet op het vorenoverwogene is naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer dan ook sprake van gegronde redenen om aan een juist beleid van de vennootschap te twijfelen die het treffen van onmiddellijke voorzieningen geboden doen zijn.”¹⁷⁰²

Uit de geciteerde rechtsoverwegingen volgt duidelijk dat de Ondernemingskamer de drie ingangsvoorwaarden nagaat en op basis daarvan een onmiddellijke voorziening geboden acht. Dit leidt tot een inperking van de beoordelingsvrijheid van een vennootschappelijk orgaan, omdat het rechtscollege moet ingrijpen om de benodigde besluitvorming mogelijk te maken.

Het voorgaande laat onverlet dat de Ondernemingskamer in andere uitspraken meer aandacht besteedt aan de belangen die gebaat zijn bij het treffen van een onmiddellijke voorziening. Deze beperkte belangenafweging rechtvaardigt echter niet de kwalificatie ‘terughoudende toetsing’, waardoor eerder sprake is van een niet volledig volle toetsing.¹⁷⁰³ Wanneer daarentegen geen sprake is van een impasse en het vennootschapsorgaan een emissiebesluit kan nemen, dan is een terughoudende toetsing waarneembaar, omdat het rechtscollege het besluit slechts ‘marginaal toetst’ en de beleidsvrijheid van het orgaan respecteert.¹⁷⁰⁴

Tevens is waarneembaar dat rechtscolleges vol(ler) toetsen als een vennootschapsactor zijn eigen belang oneigenlijk laat meewegen bij bepaalde gedragingen en besluiten. Zo kan het aansturen vanuit de meerderheidspositie op een faillissement van de vennootschap duiden op een – ontoelaatbare – belangenvermenging.¹⁷⁰⁵ Ook bestaan sterke aanwijzingen dat de aandeelhouders niet overeenkomstig een bijzondere zorgplicht handelen als zij zich met name bezighouden met het ontlopen van eventuele aansprakelijkheden en aansturen op een ontvlechting die hoogstwaarschijnlijk een faillissement meebrengt.¹⁷⁰⁶ Vergelijkbaar hiermee is dat het rechtscollege vol(ler) toetst dat het feitelijk financieel benadelen van de minderheidsaandeelhouder in strijd is met de in acht te nemen zorgvuldigheid jegens die partij.¹⁷⁰⁷ Verder kan de samenwerking tussen de aandeelhouders zodanig ontwricht zijn dat het rechtscollege direct overweegt dat partijen gelet op de uiteengezette omstandigheden zich niet meer overeenkomstig art. 2:8 BW kunnen gedragen. In de AIM

¹⁷⁰² Hof Amsterdam (OK) 29 november 2002, ARO 2002/180 (*Alcas*), r.o. 3.2-3.3.

¹⁷⁰³ Dit blijkt onder meer uit Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, ARO 2011/85 (*Rhodes Holding Netherlands*), r.o. 3.2-3.3; Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, ARO 2014/119 (*Delphi Bioscience*), r.o. 3.2-3.7.

¹⁷⁰⁴ Het rechtscollege hanteert de term ‘marginale toetsing’ waardoor deze term hier tevens is gebruikt: Rb. Noord-Holland 13 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:2163 (*De Princen Dranken Groep*), r.o. 4.6.

¹⁷⁰⁵ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2004, ARO 2004/34 (*Headscanning Patent*), r.o. 3.6.

¹⁷⁰⁶ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2004, ARO 2004/64 (*SCUA Holding*), r.o. 3.1-3.2 en 3.5.

¹⁷⁰⁷ Hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, ARO 2017/148 (*Bakery Initiatives*), r.o. 3.5.

Opleidingen-beschikking zijn partijen bijvoorbeeld elkaar aan het beconcurreren en beschuldigen zij elkaar van het stelen van klanten.¹⁷⁰⁸

Kortom, alhoewel de toetsing van geschillen binnen dit type hoofdzakelijk geschiedt overeenkomstig het gebruikelijke uitgangspunt – met betrekking tot het vol toetsen van formele aspecten en het terughoudend toetsen van materiële aspecten – is niettemin waarneembaar dat de rechtscolleges onder omstandigheden een formeel aspect terughoudend toetsen en een materieel aspect vol(ler) toetsen. Met name een volle(re) toetsing van materiële aspecten komt relatief veelvuldig voor. Voorts is opgemerkt dat een volle toetsing niet per se betekent dat het rechtscollege zich onthoudt van het verrichten van een belangenafweging, waardoor een minder volle(re) toetsing waarneembaar is. Het uitgangspunt is daarom niet volledig zwart-wit.

11.7 Bevindingen

Uit het overzicht in paragraaf 11.2 en de daaropvolgende paragrafen blijkt dat de redelijkheid en billijkheid op uiteenlopende manieren terugkomt bij dit gevalstype. Het voorgaande is onder meer zichtbaar bij geschillen over een aandelenemissie. In geval van noodzaakfinanciering gelden namelijk als ingangsvoorwaarden voor het faciliteren van een aandelenemissie dat er sprake is van een financiële noodsituatie, een impasse in de besluitvorming en een gebrek aan reële alternatieve financieringsmethoden. Indien daarentegen de besluitvorming kan plaatsvinden – omdat partijen niet in een impasse verkeren – dan achten de rechtscolleges mede van belang: de informatievoorziening aan de aandeelhouders, de waardering van de uitgiftekoers en de mate van verwatering. Deze elementen gelden om de belangen van de tegenstemmende aandeelhouder te waarborgen, zodat die partij niet (onevenredig) wordt benadeeld. Rechtscolleges hechten in beide gevallen eveneens waarde aan het feit of de tegenstemmende aandeelhouder kan participeren in de financieringsmogelijkheid om verwatering van zijn aandelenbelang te voorkomen. De ontwikkelde kaders focussen zich daardoor initieel op het belang van de vennootschap, aangezien de vennootschap de noodzakelijke financiering moet kunnen verkrijgen. Daarna richten de kaders zich mede op de belangen van de tegenstemmende aandeelhouders.

In vergelijkbare zin is waarneembaar dat de rechtscolleges een vervreemding van de gehele onderneming niet in strijd achten met art. 2:8 BW als dat noodzakelijk is om een faillissement af te wenden. Normaliter is het wel van belang om de aandeelhouders bij de besluitvorming te betrekken en daarmee hangt samen dat de aandeelhouders tijdig over de vervreemding moeten worden geïnformeerd. Echter, de omstandigheden van het geval – die verband houden met het belang van de vennootschap – kunnen meebrengen dat de niet-naleving van die gedragsnorm ongesanctioneerd blijft. Onverminderd relevant hierbij is dat de vennootschap de onderneming voor een marktconforme vergoeding vervreemdt die gebaseerd is op een objectieve waardering.

Onderbelicht in het voorgaande is dat de meerderheid van de aandeelhouders ingrijpende besluiten kan nemen, die wezenlijke veranderingen kunnen teweegbrengen. Deze vrijheid komt tevens meermaals aan bod bij de beëindiging van de vennootschap of samenwerking, aangezien aandeelhouders in beginsel hun eigen belangen voorop mogen stellen. Dit kan ervoor zorgen dat bepaalde partijen

¹⁷⁰⁸ Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2007, *ARO* 2007/165 (*A.I.M. Opleidingen*), r.o. 3.3-3.4.

dienen te dulden dat zij geconfronteerd worden met voor hen onwelgevallige besluiten of keuzes zoals de ontbinding van de vennootschap of de overdracht van aandelen.

Voorts blijkt duidelijk uit de uitspraken dat de noodlijdende financiële positie van de vennootschap een essentieel element kan zijn waarmee de rechtscolleges rekening houden bij de beslechting van het geschil. Door deze positie kan namelijk een ingrijpend besluit redelijk zijn ondanks dat het niet voordelig is voor alle aandeelhouders. Hierbij lijkt tevens een toename van de beoordelingsvrijheid van de vennootschapsorganen waarneembaar, omdat zij minder snel in strijd met gedragsnormen lijken te handelen vanwege de financiële noodzaak om actie te ondernemen. De tussen partijen gemaakte afspraken kunnen eveneens bepalend zijn voor de uitkomst van het geschil, alleen komt dit minder frequent voor dan de financiële positie van de vennootschap. Verder houden de rechtscolleges in een beperkt aantal uitspraken – met name geschillenregelingsprocedures – er rekening mee dat de aandeelhouder(s) de samenwerking willen verbreken, waardoor bijvoorbeeld toewijzing van een uittredingsvordering minder bezwaarlijk is.

Tot slot is uit de voorgaande paragrafen gebleken dat uiteenlopende rechtscolleges – rechtbanken, gerechtshoven alsmede meer specifiek de Ondernemingskamer – soortgelijke gedragsnormen hanteren om geschillen te beslechten. De Ondernemingskamer toetst gedrag ook stelselmatig aan art. 2:8 BW en maakt veelvuldig gebruik van reeds geformuleerde gedragsnormen inzake bijvoorbeeld noodzaakfinanciering of de vervreemding van alle substantiële activa. Hierdoor maakt de Ondernemingskamer in verzoekschriftprocedures hoofdzakelijk gebruik van de gedragsregulerende functie, terwijl de rechtscolleges in dagvaardingsprocedures eveneens vaker gebruikmaken van de interpreterende functie om een bestaande regel te verduidelijken. Hetzelfde geldt in zekere zin voor de aanvullende en beperkende functies, omdat de aanvullende functie nagenoeg uitsluitend in verzoekschriftprocedures voorkomt en de beperkende functies met name in dagvaardingsprocedures. Wat betreft de wijze van toetsing begeven de rechtscolleges zich mede hoofdzakelijk op dezelfde lijn, omdat de rechtscolleges formele aspecten nagenoeg uitsluitend vol toetsen en materiële aspecten overwegend terughoudend toetsen. Hierbij is opvallend dat rechtscolleges materiële aspecten veelvuldig vol toetsen en dat die volle(re) toetsing bijna exclusief geschiedt door de Ondernemingskamer in enquêteprocedures.

Hoofdstuk 12. Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder

12.1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt het laatste gevalstype. De focus ligt hierdoor wederom op hetgeen in de rechtsoverwegingen van de uitspraken staat, zodat de werking van de redelijkheid en billijkheid binnen dit gevalstype inzichtelijk wordt alsmede hoe rechtscolleges oordelen over dergelijke geschillen.¹⁷⁰⁹

De structuur van dit hoofdstuk is als volgt. Allereerst beschrijft paragraaf 12.2 welke algemene normen en constateringen voortvloeien uit het rechterlijk oordeel. Hierdoor wordt zichtbaar dat de redelijkheid en billijkheid op uiteenlopende manieren terugkomt in dit type geschil. Daaropvolgend behandelt paragraaf 12.3 meer specifiek bepaalde normen om de nuances met betrekking tot die normen en de toepassing van art. 2:8 BW te verduidelijken. Hierbij is bijvoorbeeld relevant welke handelingen in de totstandkomingsfase van het voorgenomen besluit essentieel zijn, aangezien kennis daarvan ervoor kan zorgen dat de vennootschapsactoren de misstappen uit het verleden minder snel nogmaals begaan. Ook blijkt uit deze paragraaf dat onduidelijkheid bestaat over de betekenis van het Sjardin-arrest van de Hoge Raad uit 1984.¹⁷¹⁰ Hierna belicht paragraaf 12.4 de feiten die de rechtscolleges meermaals aanhalen – of van belang achten – voor de beslechting van het geschil door toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Een (aandeelhouders)overeenkomst kan in dit verband relevant zijn vanwege de invloed van de gemaakte afspraken op de verhoudingen tussen partijen. Daarnaast kunnen de afspraken leiden tot tegenstrijdigheden met wettelijke of statutaire bepalingen, waardoor de vraag opkomt welke regel prevaleert. Vervolgens staan achtereenvolgens de gesignaleerde functies van art. 2:8 BW en de wijze van toetsing centraal in de paragrafen 12.5 en 12.6. Hierbij is opvallend hoe vaak de beperkende functie is gesignaleerd en deze waarop rechtscolleges bepaalde materiële aspecten vol(ler) toetsen. Afsluitend volgt in paragraaf 12.7 een overzicht van de bevindingen.

12.2 Algemene normen en constateringen

12.2.1 Inleiding

De normen en constateringen die voortvloeien uit uitspraken waarin een geschil over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder wordt beslecht, zijn hoofdzakelijk in twee categorieën onder te verdelen. De normen en constateringen hebben namelijk veelal betrekking op de totstandkoming van het besluit (de formele kant) of de gronden voor het besluit (de materiële kant). Deze onderverdeling is leidend in deze paragraaf, waardoor de totstandkoming eerst in paragraaf 12.2.2 aan bod komt en daarna de gronden in paragraaf 12.2.3.

¹⁷⁰⁹ Informatie daarover is immers essentieel voor beantwoording van de centrale onderzoeksvraag in paragraaf 1.2.

¹⁷¹⁰ HR 26 oktober 1984, NJ 1985/375, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Sjardin/Sjartec*).

12.2.2 Totstandkoming besluit

Op grond van art. 2:227 lid 7 BW heeft de bestuurder een raadgevende stem in de algemene vergadering van aandeelhouders. Dit recht geldt onverminderd in de algemene vergadering waarin het ontslag van de bestuurder aan bod komt.¹⁷¹¹ Alhoewel dit recht een wettelijke grondslag heeft, blijft art. 2:8 BW niettemin relevant. Voornoemde norm brengt namelijk onder andere mee dat de bestuurder bepaalde stukken moet krijgen die hij nodig acht voor het uitbrengen van een gefundeerd advies.¹⁷¹² In dit verband blijkt ook dat het niet toezenden van bepaalde stukken – die de bestuurder nodig acht voor zijn verdediging inzake het ontslag – niet leidt tot een schending van art. 2:8 BW als de bestuurder niet in enig redelijk belang is geschaad.¹⁷¹³

Gerelateerd aan de raadgevende stem is het ‘hoorrecht’ van de bestuurder. Voorafgaand aan het ontslag of de schorsing van een bestuurder is het essentieel dat de bestuurder wordt gehoord over het voorgenomen besluit. Dit wordt het ‘hoorrecht’ van de bestuurder genoemd en dit recht dient het privébelang van de bestuurder.¹⁷¹⁴ Wanneer het orgaan dat bevoegd is tot ontslag of schorsing over te gaan niet aan de ‘hoorplicht’ voldoet, dan zal het genomen besluit normaliter in strijd met art. 2:8 BW zijn.¹⁷¹⁵ Het is daardoor van belang dat de bestuurder de mogelijkheid krijgt om – eventueel in het bijzijn van een ingeschakelde advocaat – zijn zienswijze over het voorgenomen besluit naar voren te brengen en dat hij voldoende voorbereidingstijd heeft.¹⁷¹⁶ Een termijn van één dag – na een vakantie van vijf weken¹⁷¹⁷ – kan bijvoorbeeld onvoldoende zijn indien daarvoor geen rechtvaardiging bestaat, omdat een bestuurder zich dan niet deugdelijk kan verweren tegen het voorgenomen ontslag- of schorsingsbesluit.¹⁷¹⁸

¹⁷¹¹ Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BD9776 (*Eco-HT*), r.o. 6; Rb. Amsterdam 21 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4286, r.o. 4.9; Rb. Limburg 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6453 (*Ontwikkelingsmaatschappij Midden-Limburg*), r.o. 4.5.

¹⁷¹² Rb. Limburg 9 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:125, r.o. 4.10.

¹⁷¹³ Rb. Noord-Nederland 7 mei 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2048, r.o. 4.47 en 4.49.

¹⁷¹⁴ Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741 (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.8-5.9; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6420, r.o. 4.2; Rb. Den Haag (vzr.) 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12889 (*Cannock Chase Holding*), r.o. 4.9.

¹⁷¹⁵ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 26 september 2002, ARO 2002/153 (*Bolle Technofast*), r.o. 2.10 en 3.4; Rb. Zutphen (vzr.) 27 juli 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ9088 (*De Jong Intra Vakanties/Roan Comfort Camp*), onder ‘de beoordeling’; Rb. Utrecht (vzr.) 6 september 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB3563 (*Van Dop/Football Club Utrecht*), r.o. 4.6; Rb. Amsterdam (vzr.) 10 mei 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM6151 (*Yukos CIS Investment*), r.o. 5.5.1; Rb. Amsterdam (vzr.) 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6895 (*Nyenrode New Business School*), r.o. 4.3; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6420, r.o. 4.2; Rb. Midden-Nederland 24 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2547, r.o. 5.6; Rb. Noord-Nederland 7 mei 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2048, r.o. 4.45; Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:653 (*MB-Beheer*), r.o. 3.7.

¹⁷¹⁶ Rb. Amsterdam (vzr.) 30 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL0290 (*Amtrada Holding*), r.o. 4.2; Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 30 december 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL3617 (*DMI Dutch*), r.o. 5.6; Rb. Haarlem (vzr.) 16 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV7745, r.o. 4.3; Rb. Amsterdam 21 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4286, r.o. 4.9; Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, ARO 2017/115 (*Kors*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2018, ARO 2018/163 (*Primeval Genetics*), r.o. 3.5.

¹⁷¹⁷ Rb. Den Haag (vzr.) 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12889 (*Cannock Chase Holding*), r.o. 4.11.

¹⁷¹⁸ Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, ARO 2008/49 (*MBV*), r.o. 3.4; Rb. Noord-Holland 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7064 (*R.M. Lodder Beheer/Datacenter Energy Consulting*), r.o. 4.12. Dat de bestuurder zich deugdelijk moet kunnen voorbereiden, geldt logischerwijs ook voor de uitoefening van de raadgevende stem op grond van art. 2:8 BW. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag (vzr.) 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12889 (*Cannock Chase Holding*), r.o. 4.11; Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, ARO 2017/115 (*Kors*), r.o. 2.22 en 3.6; Rb. Midden-Nederland 18 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1857, r.o. 3.7.

Of en hoe de bestuurder van het hoorrecht gebruikmaakt, hoeft het rechtscollege overigens niet van belang te achten voor de toetsing van het besluit.¹⁷¹⁹ Het niet gebruikmaken van het hoorrecht komt namelijk voor eigen risico van de bestuurder,¹⁷²⁰ waardoor dit invloed heeft op de vernietigbaarheid van het besluit.¹⁷²¹ Het gaat erom of de bestuurder ‘op voldoende wijze in de gelegenheid is gesteld om zijn standpunt ten aanzien van het ontslag kenbaar te maken’ aan het orgaan met de ontslagbevoegdheid.¹⁷²² Een bestuurder kan zelfs voldoende in de gelegenheid zijn gesteld indien de bestuurder verhinderd is¹⁷²³ – door bijvoorbeeld een na oproeping ontstane ziekte¹⁷²⁴ – of verzoekt om de aandeelhoudersvergadering uit te stellen vanwege een verhindering van zijn advocaat.¹⁷²⁵ Als het vervolgens mogelijk is om de aandeelhoudersvergadering te verplaatsen, is het van belang dat de bestuurder per ommekeer reageert op de alternatieve datum.¹⁷²⁶

De oproepingsbrief kan in dit kader tevens van belang zijn, aangezien op basis daarvan voor de bestuurder inzichtelijk wordt dat het ontslag of de schorsing van de bestuurder ter discussie zal staan.¹⁷²⁷ De gronden voor het voorgenomen besluit – evenals het hoorrecht van de bestuurder – kunnen mede daaruit blijken.¹⁷²⁸ Het uitgangspunt is namelijk dat de gronden kenbaar moeten zijn,¹⁷²⁹ waarbij het mogelijk is dat de kenbaarheid voorkomt uit het bestaande conflict tussen de partijen.¹⁷³⁰ Het voorgaande betekent overigens niet dat de gronden in de oproepingsbrief moeten staan.¹⁷³¹ Een onduidelijke oproepingsbrief kan er wel voor zorgen dat de bestuurder zich niet voldoende heeft kunnen voorbereiden, zodat het ontslag niet verenigbaar is met art. 2:8 BW.¹⁷³² Om dezelfde reden zal het ‘overvallen’ van de bestuurder met een schorsing – of ontslag – veelal niet

¹⁷¹⁹ Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150 (*Venlo/Asparagus Beheer*), r.o. 4.1.3.

¹⁷²⁰ Rb. Haarlem (vzr.) 18 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM4921 (*Hostway*), r.o. 4.7.

¹⁷²¹ Dit is ook het geval als de bestuurder meent dat het geven van een reactie zinloos is, omdat het ontslag al zou vaststaan (Rb. Midden-Nederland 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2903, r.o. 4.3). Wanneer de bestuurder overigens wel een reactie geeft en meent dat het geven daarvan zinloos was, doet dat niet per se af aan de rechtsgeldigheid van het besluit (Rb. Overijssel (vzr.) 26 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2602 (*Centric Netherlands*), r.o. 4.10).

¹⁷²² Rb. Maastricht 25 juni 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AH8736 (*Naaldenfabriek*), r.o. 3.4; Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741 (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.8-5.11.

¹⁷²³ In casu wilde de bestuurder aanwezig zijn bij een belangrijke beurs en daardoor was hij verhinderd. Niettemin mocht de vennootschap de vergadering laten doorgaan, omdat de bestuurder aanvankelijk met de datum had ingestemd, de algemene vergadering op korte termijn diende plaats te vinden en de bestuurder zich kon laten vertegenwoordigen (Hof Amsterdam 20 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3597 (*Eurosuit*), r.o. 4.7).

¹⁷²⁴ Rb. Amsterdam (vzr.) 8 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:760 (*BrandsCommerce/Disapo.de Apotheke*), r.o. 3.4.

¹⁷²⁵ Rb. Haarlem (vzr.) 18 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM4921 (*Hostway*), r.o. 4.7; Rb. Rotterdam 14 juli 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4048, r.o. 5.1.1. De verhindering van de gemachtigde van de aandeelhouder/bestuurder kan daarentegen ook leiden tot een handelswijze die in strijd is met art. 2:8 BW, indien bij het vaststellen van de datum voor de vergadering daarmee onvoldoende rekening wordt gehouden (Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:653 (*MB-Beheer*), r.o. 3.5 en 3.7).

¹⁷²⁶ Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741 (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.14.

¹⁷²⁷ Hof Amsterdam 16 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3875, r.o. 3.13; Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:653 (*MB-Beheer*), r.o. 3.5 en 3.7.

¹⁷²⁸ Rb. Noord-Holland 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7064 (*R.M. Lodder Beheer/Datacenter Energy Consulting*), r.o. 4.14.

¹⁷²⁹ Daarvan is bijvoorbeeld geen sprake als de gronden dermate vaag en algemeen zijn (Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 30 december 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL3617 (*DMI Dutch*), r.o. 5.8).

¹⁷³⁰ Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3864 (*Riamo Holdings/Rotendo Invest*), r.o. 3.4.1.

¹⁷³¹ Rb. Gelderland 11 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6420 (*Blycolin Shares*), r.o. 4.6.

¹⁷³² Rb. Arnhem 26 maart 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC8811 (*Dimension Data Nederland*), r.o. 7.7.

gerechtvaardigd zijn,¹⁷³³ tenzij daarvoor een rechtvaardiging bestaat zoals een gegronde vrees dat de vennootschap anders schade wordt toegebracht.¹⁷³⁴ Bovendien hoeft een niet tijdige oproeping niet per se te leiden tot een vernietigbaar besluit zolang de bestuurder niet in enig belang is geschaad. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien de schorsing van een bestuurder wordt verlengd en de gronden daarvoor bekend zijn alsmede het onveranderde standpunt van de bestuurder.¹⁷³⁵

Verder leidt de (enigszins) vooringenomenheid en vastberadenheid van de aandeelhouder om de bestuurder te ontslaan er niet toe dat het hoorrecht van de bestuurder is geschonden, zolang hoor en wederhoor heeft plaatsgevonden.¹⁷³⁶ Van hoor en wederhoor is echter geen sprake als de meerderheidsaandeelhouder voor het ontslag stemt zonder dat een discussie over het besluit heeft plaatsgevonden.¹⁷³⁷ Het is dan ook van belang dat de aandeelhouder openstaat voor discussie.¹⁷³⁸

Uit de rechtspraak blijkt ook dat bepaalde handelswijzen snel onverenigbaar zijn met art. 2:8 BW. Zo is het ‘doordrukken’ van een benoemings- of ontslagbesluit in strijd met art. 2:8 BW als de aandeelhouder/bestuurder weet of mag veronderstellen dat de andere aandeelhouder(/bestuurder) enkele minuten te laat aanwezig is voor de algemene vergadering.¹⁷³⁹ Ook moet een bestuurder niet onkundig gelaten worden van een algemene vergadering waarin zijn ontslag ter discussie staat. Het is daarom logischerwijs in strijd met art. 2:8 BW als de oproeping voor de vergadering bewust naar het verkeerde (oude) adres van de aandeelhouder/bestuurder wordt gestuurd.¹⁷⁴⁰ In soortgelijke zin kunnen de omstandigheden meebrengen dat de aandeelhouder/bestuurder vooraf moet vaststellen of de andere aandeelhouder/bestuurder op de hoogte is van de bijzondere algemene vergadering waarvoor de partijen op correcte wijze zijn opgeroepen.¹⁷⁴¹ Gelet hierop is het niet verwonderlijk dat het bewust onwetend laten van een partij over benoemingsbesluiten in strijd is met art. 2:8 BW als dat gebeurt met geen ander doel dan de zeggenschap van de desbetreffende partij binnen de groep te ontnemen.¹⁷⁴² De omstandigheden kunnen verder meebrengen dat de oprichter van de vennootschap op grond van art. 2:8 BW niet zomaar mag worden ontslagen.¹⁷⁴³ Tevens moet de

¹⁷³³ Rb. Amsterdam (vzr.) 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6895 (*Nyenrode New Business School*), r.o. 4.3; Rb. Gelderland (vzr.) 7 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:4987 (*Tismi*), r.o. 4.7. Zie in soortgelijke zin ook Rb. Utrecht (vzr.) 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1237, r.o. 4.14.

¹⁷³⁴ Rb. Utrecht (vzr.) 6 september 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB3563 (*Van Dop/Football Club Utrecht*), r.o. 4.6.

¹⁷³⁵ Rb. Amsterdam (vzr.) 10 mei 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM6151 (*Yukos CIS Investment*), r.o. 5.5.5.

¹⁷³⁶ Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696 (*Avantes*), r.o. 4.20.

¹⁷³⁷ Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2018, ARO 2018/140 (*DMBH Vastgoed Beheer*), r.o. 3.4.

¹⁷³⁸ Deze uitspraak had meer specifiek betrekking op de raadgevende stem: Rb. Midden-Nederland 18 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1857, r.o. 3.7-3.8.

¹⁷³⁹ Rb. Zutphen (vzr.) 27 juli 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ9088 (*De Jong Intra Vakanties/Roan Comfort Camp*), onder ‘de beoordeling’; Rb. Rotterdam 14 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6946 (*Akro Consulting/VVMZ*), r.o. 4.3; Hof Den Haag 9 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2335 (*VVMZ/Akro Consulting*), r.o. 5.5.

¹⁷⁴⁰ In casu waren voorheen reeds stukken naar het juiste adres gestuurd (Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2007, ARO 2007/122 (*Technoton Construction*), r.o. 3.6-3.7).

¹⁷⁴¹ De aandeelhouders hoefden in deze zaak niet bedacht te zijn op de wens tot besluitvorming te komen, omdat de vennootschap jarenlang in een staat van faillissement verkeerde (Rb. Amsterdam 18 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2349 (*Riamo Holdings*), r.o. 4.19 en 4.21).

¹⁷⁴² Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1450 (*Luckey Establishment*), r.o. 4.17; Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1015 (*Luckey Establishment*), r.o. 3.39.

¹⁷⁴³ In casu was van belang dat de andere aandeelhouders/bestuurders niet duidelijk met de oprichter hebben gesproken over het functioneren van de oprichter en dat er geen inspanningen zijn verricht om afspraken te maken over de (financiële) gevolgen van het ontslag (Rb. Amsterdam (vzr.) 23 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5911, r.o. 4.3).

termijn voor het beleggen van een bestuursvergadering – waarin het ontslag van een bestuurder ter sprake komt – niet onredelijk kort zijn als daarvoor geen noodzaak bestaat.¹⁷⁴⁴ Kortom, het is van belang dat er sprake is van een zorgvuldig proces waarbij partijen voldoende tijd krijgen om deugdelijk te reageren op de ingrijpende aangelegenheid.

12.2.3 Gronden/inhoud van het besluit

Uit paragraaf 12.2.2 blijkt onder meer dat de totstandkomingsfase van het ontslag-, schorsings- of benoemingsbesluit de nodige complicaties kan opleveren in het licht van art. 2:8 BW. De rechtscolleges hebben daardoor veelvuldig normen geformuleerd om deze fase als het ware in goede banen te leiden. Hetzelfde geldt in bepaalde mate voor de gronden waarop het bestreden besluit berust.

Voor de toetsing van de gronden voor ontslag blijft onverminderd relevant het uit 1984 daterende Sjardin-arrest van de Hoge Raad.¹⁷⁴⁵ Rechtscolleges blijven immers met regelmaat naar het voornoemde arrest verwijzen.¹⁷⁴⁶ Volgens de rechtspraak volgt uit het arrest dat de (arbeidsrechtelijke) ontslaggronden niet betrokken kunnen worden bij de toetsing van het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit aan art. 2:15 BW.¹⁷⁴⁷ Toetsing van het ontslagbesluit aan de redelijkheid en billijkheid zou daardoor beperkt zijn tot de totstandkoming van het besluit.¹⁷⁴⁸ Ondanks dat deze regel duidelijk lijkt, ligt het voorgaande genuanceerder gelet op andere rechtspraak. Het ontslagbesluit zou namelijk in strijd met de redelijkheid en billijkheid kunnen zijn ‘indien aan het ontslagbesluit niet geoorloofde (bijvoorbeeld discriminatoire) motieven ten grondslag liggen of indien het evident is dat het ontslagbesluit op grond van valse en/of voorgewende argumenten is genomen.’¹⁷⁴⁹

Ontslag van een bestuurder zal ook te allen tijde mogelijk zijn, tenzij dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹⁷⁵⁰ Hierbij kan relevant zijn of de belangen van de vennootschap op onaanvaardbare wijze door het ontslag worden geschaad.¹⁷⁵¹ Tevens kan de aandeelhouder in strijd met art. 2:8 BW handelen door een ontslag te willen doorzetten, terwijl ‘het ontslag niet op enige goede grond berust’ en slechts is ingegeven

¹⁷⁴⁴ Meer specifiek stond het ontslag van de aandeelhouder als bestuurder zijnde van een dochtervennootschap centraal tijdens de bestuursvergadering (Hof Amsterdam (OK) 13 november 2017, ARO 2018/35 (*Aptitude Health*), r.o. 3.10).

¹⁷⁴⁵ HR 26 oktober 1984, NJ 1985/375, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Sjardin/Sjartec*).

¹⁷⁴⁶ Rb. Maastricht 25 juni 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AH8736 (*Naaldenfabriek*), r.o. 3.2; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 21 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3697, r.o. 4.6; Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696 (*Avantes*), r.o. 4.17; Rb. Gelderland 4 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:52 (*Stergro International*), r.o. 5.16.

¹⁷⁴⁷ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 21 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3697, r.o. 4.6; Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696 (*Avantes*), r.o. 4.17; Rb. Gelderland 4 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:52 (*Stergro International*), r.o. 5.16.

¹⁷⁴⁸ Rb. Maastricht 25 juni 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AH8736 (*Naaldenfabriek*), r.o. 3.2 en 3.4.

¹⁷⁴⁹ Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741 (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.19. Zie in vergelijkbare zin Rb. Noord-Holland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4596 (*Moerheim New Plant*), r.o. 7.8.

¹⁷⁵⁰ Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2021, ARO 2021/45 (*Broekman Group*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:748 (*Breens*), r.o. 3.11. In dit verband is ook relevant Hof Amsterdam (OK) 24 mei 2007, ARO 2007/83 (*KBK Beheer*), r.o. 3.8; Rb. Haarlem (vzr.) 16 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV7745, r.o. 4.3.

¹⁷⁵¹ Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2021, ARO 2021/45 (*Broekman Group*), r.o. 3.8. Het kan zelfs zo zijn dat het ontslag in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, omdat daardoor het belang van de vennootschap wordt geschaad (Rb. Midden-Nederland (vzr.) 21 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3697, r.o. 4.19).

door een foutieve opvatting over de uitoefening van aandeelhoudersmacht.¹⁷⁵² Een andere beperking van de ‘ontslagbevoegdheid’ is dat de uitoefening van de aandeelhoudersrechten niet door het rechtscollege gerespecteerd hoeft te worden indien het ontslag ‘zodanig disproportioneel zou zijn dat de partij daardoor onevenredig in haar belangen als aandeelhouder of bestuurder zou worden getroffen.’¹⁷⁵³ Verder komt het gedrag van de bestuurder en de redenen voor het (voorgenomen) ontslag – zoals een vertrouwensbreuk of het willen beëindigen van een onwenselijke situatie – meermaals terug in de rechtspraak om te beoordelen of het ontslag in strijd is met art. 2:8 BW.¹⁷⁵⁴ Hierdoor ontstaat de indruk dat rechtscolleges de rechtsregel uit het Sjardin-arrest als minder absoluut beschouwen.

Zoals beschreven heeft de Sjardin-regel betrekking op de toetsing van het ontslagbesluit. Eenzelfde regel is echter niet waarneembaar bij de toetsing van een schorsingsbesluit. Bij de toetsing van een schorsingsbesluit komt meermaals terug dat voor schorsing een voldoende zwaarwegende grond is vereist. Van een voldoende zwaarwegende grond is bijvoorbeeld sprake als de bestuurder in strijd handelt met het belang van de (moeder)vennootschap.¹⁷⁵⁵ De noodzaak voor een voldoende zwaarwegende grond lijkt verband te houden met het diffamerend karakter van schorsing. Schorsing zou daardoor slechts zijn toegestaan indien het ongewijzigd laten van de situatie tot (potentieel) grote schade leidt bij de vennootschap of wanneer vanwege de zwaarwegende grond voor schorsing – waartegen het belang van de bestuurder niet opweegt – in redelijkheid niet van de vennootschap gevergd kan worden dat zij de bestuurder nog langer op het werk duldt.¹⁷⁵⁶ Alhoewel deze toets niet in elke uitspraak terugkomt, is deze toets illustratief voor het feit dat een bestuurder niet zomaar mag worden geschorst. Geldige redenen voor schorsing kunnen bijvoorbeeld zijn dat (i) de geschorste bestuurder meer dan één jaar geen bestuurswerkzaamheden heeft verricht,¹⁷⁵⁷ (ii) er sprake is van een ernstige vertrouwenscrisis tussen de raad van commissarissen en het bestuur,¹⁷⁵⁸ (iii) er gebreken in de administratie zijn geconstateerd,¹⁷⁵⁹ (iv) er sprake is van een impasse in het bestuur

¹⁷⁵² Hof Amsterdam (OK) 10 december 2008, ARO 2009/1 (*Amsterdamsche Huizenhandel en Administratiemaatschappij*), r.o. 3.17. In soortgelijke zin kan de (meerderheids)aandeelhouder in strijd handelen met een zorgvuldigheidsplicht door ontslag te gebruiken als pressiemiddel (Hof Amsterdam (OK) 14 november 2022, ARO 2022/210 (*Dmarc Advisor*), r.o. 4.12).

¹⁷⁵³ Hof Amsterdam (OK) 26 augustus 2009, ARO 2009/131 (*Logispring Investment Fund*), r.o. 3.7.

¹⁷⁵⁴ Hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2008, ARO 2008/164 (*Aardappelweek- en Selectiebedrijf IJsselmeerpol- ders*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, ARO 2009/56 (*Nedelko*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 7 mei 2013, ARO 2013/84 (*Viadata*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 16 april 2014, ARO 2014/101 (*Kosmed Inter- national*), r.o. 3.6; Rb. Rotterdam (vzr.) 14 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5709 (*International Plywood*), r.o. 4.7; Rb. Noord-Holland 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7064 (*R.M. Lodder Beheer/Datacenter En- ergy Consulting*), r.o. 4.17 en 4.22; Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150 (*Venlo/Asparagus Beheer*), r.o. 4.1.4; Rb. Oost-Brabant (vzr.) 23 juli 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:3691 (*Dirriketeur*), r.o. 4.5; Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2020, ARO 2020/191 (*Talking Results*), r.o. 3.10; Rb. Noord-Holland (vzr.) 4 juli 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5753 (*Nachtegalenpad/Hemingway’s Beach Restaurant*), r.o. 4.12; Hof Am- sterdam (OK) 17 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:748 (*Breens*), r.o. 3.11 en 3.14.

¹⁷⁵⁵ Rb. Amsterdam (vzr.) 10 mei 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM6151 (*Yukos CIS Investment*), r.o. 5.5.4.

¹⁷⁵⁶ Rb. Utrecht (vzr.) 6 september 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB3563 (*Van Dop/Football Club Utrecht*), r.o. 4.9; Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 30 december 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL3617 (*DMI Dutch*), r.o. 5.12; Rb. Gelderland (vzr.) 7 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:4987 (*Tismi*), r.o. 4.5. Zie rechtsoverweging 4.3 van de laatste beschikking waaruit blijkt dat de maatstaf voor schorsing van een bestuurder sterk verweven is met de maatstaf voor schorsing van een werknemer.

¹⁷⁵⁷ Rb. Dordrecht (vzr.) 22 januari 2004, ECLI:NL:RBDOR:2004:AO2234 (*Scalia/GS Handelsbedrijf*), r.o. 19- 21. Tevens is van belang dat het treffen van maatregelen nodig was om de continuïteit van de onderneming te waarborgen vanwege de ontstane impasse tussen partijen.

¹⁷⁵⁸ Rb. Amsterdam (vzr.) 30 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL0290 (*Amtrada Holding*), r.o. 4.2.

¹⁷⁵⁹ Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2018, ARO 2018/79 (*Opwerk Uitzendbureau*), r.o. 3.4.

terwijl er grote en acute financiële problemen zijn,¹⁷⁶⁰ (v) een potentieel miljoenenverlies niet tijdig aan de raad van commissarissen is medegedeeld terwijl eerdere cijfers positief waren,¹⁷⁶¹ en (vi) een verkoopproces niet verder wordt vertraagd omdat het bestuur geen uitvoering wil geven aan een besluit.¹⁷⁶² Daarentegen kan een schorsing niet met art. 2:8 BW verenigbaar zijn, omdat de bestuurder onder meer ‘vrij is om – in het belang van de betrokken vennootschappen – niet in te stemmen met een opdracht’ gezien de bestuursautonomie.¹⁷⁶³

Voorts komt een benoemingsbesluit slechts drie keer in de gecodeerde rechtspraak terug. Niettemin geldt art. 2:8 BW onverminderd bij dergelijke besluiten. Een benoemingsbesluit kan dan ook in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn als daardoor welbewust – in strijd met de gemaakte afspraken – iedere invloed van een bepaalde partij wordt ontnomen.¹⁷⁶⁴ Hetzelfde geldt potentieel voor een benoemingsbesluit dat strekt ten nadele van een bepaalde partij. De geanalyseerde rechtspraak bevat echter niet een dergelijk concreet voorbeeld.¹⁷⁶⁵

12.3 De codering ten gronde

12.3.1 Inleiding

Paragraaf 12.2 heeft meer inzicht gegeven in hoe art. 2:8 BW terugkomt in geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. Doordat een veelheid aan normen is behandeld, blijven bepaalde nuances onderbelicht. Deze paragraaf verschaft meer inzicht in de details, waardoor duidelijker wordt waar het verschil ligt tussen handelingen overeenkomstig dan wel in strijd met de normen ter zake van dit gevalstype zoals deze uit de rechtspraakanalyse naar voren zijn gekomen. Wat betreft de structuur wordt – zoals in de voorgaande hoofdstukken – aansluiting gezocht bij de codes in het codeboek. Hierdoor komen achtereenvolgens aan bod: hoorrecht (paragraaf 12.3.2), totstandkoming besluit (paragraaf 12.3.3), materiële gronden ontslagbesluit (paragraaf 12.3.4), materiële gronden schorsingsbesluit (paragraaf 12.3.5), materiële gronden benoemingsbesluit (paragraaf 12.3.6) en overige (paragraaf 12.3.7). Onder overige wordt onder meer informatie geplaatst die onder de algemene code omtrent ontslag, schorsing en benoeming bestuurder is gecodeerd.

12.3.2 Hoorrecht

Zoals beschreven in paragraaf 12.2.2 vloeit het hoorrecht voort uit art. 2:8 BW en zorgt dit recht ervoor dat de bestuurder – met inachtneming van zijn privébelang – zijn zienswijze kan geven op het voorgenomen ontslag- of schorsingsbesluit. Anders verwoord brengt voornoemde norm mee dat de bestuurder zich in beginsel moet kunnen ‘verdedigen’ tegen een dergelijk besluit. Daarvan is geen sprake als de bestuurder gevraagd wordt ‘om even de koppen bij elkaar te steken’ en vervolgens geschorst wordt zonder zijn visie te kunnen geven. Het voorgaande typeert de rechter als

¹⁷⁶⁰ Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3864 (*Riamo Holdings/Rotendo Invest*), r.o. 3.4.2.

¹⁷⁶¹ Rb. Nood-Holland 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:11026 (*Royal Duyvis Wiener*), r.o. 2.9 en 5.18.

¹⁷⁶² Hof Amsterdam (OK) 5 november 2020, ARO 2021/3 (*L2Fiber*), r.o. 3.25.

¹⁷⁶³ Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, ARO 2017/115 (*Kors*), r.o. 3.6.

¹⁷⁶⁴ Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1450 (*Luckey Establishment*), r.o. 4.17; Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1015 (*Luckey Establishment*), r.o. 3.39.

¹⁷⁶⁵ Alhoewel de geanalyseerde rechtspraak geen concreet voorbeeld bevat, neigt de volgende uitspraak wel in die richting: Hof Amsterdam (OK) 30 december 2008, ARO 2009/7 (*Sunergy Investco*), r.o. 3.13.

een ‘overvalstrategie’ waarvoor alleen een rechtvaardiging bestaat als er gegronde vrees bestaat dat de bestuurder in de tussentijd anders schade aan de vennootschap berokkent. Een meningsverschil over het financiële beleid en de wijze waarop de bestuurder communiceert, zijn dan ook geen rechtvaardiging voor een dergelijke strategie.¹⁷⁶⁶ Van een rechtvaardiging is eveneens geen sprake als de bestuurder ruim tweeënhalve maand voor de bespreking een dreigement heeft geuit – om maatregelen te nemen als niet aan de wensen van de bestuurder werd tegemoetgekomen – die in latere communicatie niet meer is herhaald of aan de orde is gekomen.¹⁷⁶⁷

De voorgaande situatie is evident onverenigbaar met het hoorrecht van de bestuurder, omdat de bestuurder onverwachts te maken krijgt met een schorsing of ontslag. Hetzelfde geldt voor een onduidelijke oproeping voor een vergadering waarin het ontslag van de bestuurder aan bod komt.¹⁷⁶⁸ Gelet hierop is het eerste aandachtspunt in het kader van het hoorrecht dat de bestuurder via de oproeping weet dat het voorgenomen ontslag- of schorsingsbesluit ter sprake komt tijdens de vergadering. Indien de oproeping duidelijk is, kan het vervolgens zo zijn dat de bestuurder verzoekt om de aandeelhoudersvergadering uit te stellen. Dit verzoek hoeft de vennootschap niet te honoreren, aangezien de vennootschap voldoende belang kan hebben bij de gekozen datum. Het uitstellen van de algemene vergadering kan namelijk tot een extra maandsalaris leiden.¹⁷⁶⁹ Een verzoek van de bestuurder moet de vennootschap daarentegen wel honoreren als de bestuurder terecht stelt dat hij door omstandigheden te weinig tijd heeft om zich voor te bereiden voor het innemen van een goed gefundeerd standpunt. Van te weinig tijd is in de CCH-uitspraak sprake, omdat de vergadering één dag na de vakantie van de bestuurder plaatsvindt.¹⁷⁷⁰ Tot een soortgelijk oordeel komt het rechtscollege in de Lodder Beheer-uitspraak, waarin de bestuurder bij aangetekende brief van 2 oktober is uitgenodigd voor de vergadering van 3 oktober. Hiervoor bestaat volgens de vennootschap een rechtvaardiging, omdat zij vreesde dat de bestuurder opnieuw gelden aan de vennootschap zou onttrekken. De gestelde termijn acht het rechtscollege niettemin onvoldoende voor een bestuurder om zich deugdelijk te kunnen verweren.¹⁷⁷¹ Voldoende tijd heeft de bestuurder daarentegen bijvoorbeeld als hij drie weken de tijd krijgt om zijn zienswijze te geven op een concept-aandeelhoudersbesluit. Hierbij is van belang dat het concept-besluit de bestuurder heeft bereikt.¹⁷⁷²

Gelet op het voorgaande is naast een correcte en tijdige oproeping van belang dat de bestuurder tijdig op de hoogte is van de gronden voor het voorgenomen besluit, omdat de bestuurder anders geen zinvolle invulling kan geven aan het uitoefenen van het hoorrecht.¹⁷⁷³ Daarnaast is het van

¹⁷⁶⁶ Rb. Utrecht (vzr.) 6 september 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB3563 (*Van Dop/Football Club Utrecht*), r.o. 4.4-4.6.

¹⁷⁶⁷ Rb. Amsterdam (vzr.) 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6895 (*Nyenrode New Business School*), r.o. 4.3.

¹⁷⁶⁸ Rb. Arnhem 26 maart 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC8811 (*Dimension Data Nederland*), r.o. 7.7.

¹⁷⁶⁹ Rb. Haarlem (vzr.) 18 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM4921 (*Hostway*), r.o. 4.7.

¹⁷⁷⁰ Rb. Den Haag (vzr.) 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12889 (*Cannock Chase Holding*), r.o. 4.10-4.11.

¹⁷⁷¹ Rb. Noord-Holland 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7064 (*R.M. Lodder Beheer/Datacenter Energy Consulting*), r.o. 4.12.

¹⁷⁷² Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150 (*Venlo/Asparagus Beheer*), r.o. 2.10-2.11 en 4.1.3.

¹⁷⁷³ Rb. Midden-Nederland 24 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2547, r.o. 5.6; Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2018, *ARO* 2018/140 (*DMBH Vastgoed Beheer*), r.o. 3.4; Rb. Midden-Nederland 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2903, r.o. 4.3. Gelet op de voorgaande uitspraken is het opmerkelijk dat de Rechtbank Gelderland er blijkbaar geen bezwaar tegen heeft als de gronden voor het ontslag pas duidelijk worden tijdens de

belang dat ‘alle’ gronden tijdig kenbaar zijn. Indien de bestuurder namelijk geen wetenschap heeft van alle gronden, dan zal een eventuele schriftelijke verdediging voorafgaand aan de vergadering onvolledig kunnen zijn als tijdens de vergadering – voor de bestuurder onverwachts – nieuwe gronden worden aangedragen. De bestuurder hoeft immers niet bij de algemene vergadering aanwezig te zijn en mag onder omstandigheden erop vertrouwen dat hij zich reeds tegen alle aangevoerde gronden heeft verweerd.¹⁷⁷⁴

In de kern gaat het er hierdoor om of de bestuurder voorafgaand en tijdens de algemene vergadering voldoende in de gelegenheid is gesteld om zijn standpunt kenbaar te maken.¹⁷⁷⁵ Of de bestuurder gedurende de vergadering voldoende in de gelegenheid is gesteld, kan betwijfeld worden als de bespreking slechts een beperkte tijdsduur heeft.¹⁷⁷⁶ Een soortgelijke twijfel bestaat niet in de Avantes-uitspraak, aangezien uit de notulen volgt dat er een discussie van één uur en twintig minuten heeft plaatsgevonden, waarbij er concrete voorbeelden voor het ontslag zijn genoemd.¹⁷⁷⁷ De notulen kunnen dan ook een belangrijk bewijsstuk vormen als partijen geen overeenstemming bereiken over de vraag of de bestuurder tijdens de algemene vergadering (voldoende) is gehoord.¹⁷⁷⁸

Samenvattend is het hoorrecht vrij eenduidig en breder dan in eerste instantie wordt gedacht, omdat de met het hoorrecht verweven aspecten meewegen bij de toetsing aan art. 2:8 BW. Het gaat namelijk erom dat de bestuurder (i) voor de vergadering weet dat de schorsing of het ontslag aan bod komt, (ii) op de hoogte is van de gronden voor het voorgenomen besluit, en (iii) voldoende tijd krijgt – zowel voorafgaand als tijdens de vergadering – om zijn zienswijze deugdelijk voor te bereiden en te geven. Hierdoor zijn er als het ware drie elementen in het kader van het hoorrecht relevant bij de beoordeling van de feiten en omstandigheden aan art. 2:8 BW. Illustratief voor een zorgvuldig proces waarin de drie voornoemde elementen terugkomen, is de Avantes-uitspraak:

“In de oproepingsbrief van 12 december 2019 is vermeld dat Avantes het vertrouwen in [eiser] had verloren. In de begeleidende brief van diezelfde datum, die drie pagina’s telt, zijn daartoe de nodige voorbeelden gegeven. Vervolgens heeft op 30 december 2019 de AVA plaatsgevonden, waarbij [eiser] en zijn advocaat aanwezig waren. Uit de overgelegde notulen (die zes pagina’s tellen) volgt dat de AVA van Avantes één uur en 20 minuten heeft geduurd en dat er een discussie heeft plaatsgevonden, waarbij er concrete voorbeelden zijn genoemd waarop het ontslag gegrond zou zijn. Partijen hebben dus hetgeen in de brief van 12 december 2019 was vermeld nader kunnen bespreken, [eiser] heeft op de verwijten kunnen reageren en gemotiveerd uiteen kunnen zetten waarom hij bezwaar maakte tegen het voorgenomen ontslagbesluit. Daarbij werd hij bijgestaan door zijn advocaat. Dat het horen slechts een formaliteit was kan hieruit niet worden afgeleid.”¹⁷⁷⁹

aandeelhoudersvergadering, terwijl de bestuurder voorafgaand aan de vergadering daar tweemaal om heeft verzocht (Rb. Gelderland 11 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6420 (*Blycolin Shares*), r.o. 4.6).

¹⁷⁷⁴ Rb. Arnhem 1 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ8301 (*ICTRL Holding*), r.o. 4.6-4.8.

¹⁷⁷⁵ Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741 (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.11; Rb. Midden-Nederland 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2903, r.o. 4.3; Rb. Overijssel (vzr.) 26 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2602 (*Centric Netherlands*), r.o. 4.10.

¹⁷⁷⁶ Rb. Amsterdam (vzr.) 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6895 (*Nyenrode New Business School*), r.o. 4.3.

¹⁷⁷⁷ Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696 (*Avantes*), r.o. 4.19.

¹⁷⁷⁸ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6420, r.o. 4.2 en 4.4.

¹⁷⁷⁹ Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696 (*Avantes*), r.o. 4.19.

In de daaropvolgende rechtsoverweging oordeelt het rechtscollege dat het recht op hoor en wederhoor niet is geschonden. Het tijdig geven van duidelijkheid en het aangaan van de discussie zorgen ervoor dat binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid wordt gehandeld.

12.3.3 Totstandkoming besluit

De totstandkoming van het besluit is tot op zekere hoogte reeds in paragraaf 12.3.2 aan bod gekomen. Het hoorrecht vormt immers een onderdeel van het totstandkomingsproces en de daaraan gerelateerde regels – met betrekking tot de (tijdige) oproeping en mededeling van de gronden – zijn tevens van belang voor het proces in het algemeen. Daarnaast is een behoorlijk aantal relevante elementen in het kader van de totstandkoming in paragraaf 12.2.2 behandeld. Deze paragraaf gaat daarom op elementen in die onderbelicht zijn gebleven of nog niet zijn uiteengezet in de voornoemde paragrafen.

Uit de vorige paragraaf is gebleken dat de inhoud van de oproeping van belang is om een toetsing aan art. 2:8 BW te doorstaan. De wijze waarop de aandeelhoudersvergadering wordt bijeengeroepen, is daarentegen eveneens van belang. Dit volgt uit een zaak waarin de bestuurder een brief ontvangt van de andere drie partners waarin zij het vertrouwen in hem opzeggen. Aan deze brief is een oproeping voor de aandeelhoudersvergadering toegevoegd. Uit de feiten blijkt echter dat de bestuurder niet heeft kunnen deelnemen aan de bestuursvergadering over het bijeenroepen van de vergadering.¹⁷⁸⁰ Het Hof Amsterdam oordeelt hierover¹⁷⁸¹ dat het besluit tot bijeenroeping van de bijzondere algemene vergadering in strijd is met art. 2:8 BW, omdat het besluit niet na onderling overleg binnen de directie tot stand is gekomen waaraan ook de desbetreffende bestuurder kon deelnemen.¹⁷⁸¹ Dit betekent dat de bijeenroeping van een aandeelhoudersvergadering niet correct is als de oproeping voortvloeit uit een heimelijk overleg tussen een deel van de bestuurders.¹⁷⁸²

Verder is in paragraaf 12.2.2 aan bod gekomen dat de bestuurder de stukken moet ontvangen die hij nodig heeft voor het uitbrengen van een gefundeerd advies. De bestuurder heeft echter niet onbeperkt recht op de gevraagde stukken. De gevraagde stukken moet de bestuurder namelijk in staat stellen om zijn verhaal te kunnen vertellen, waardoor het niet van belang is dat de bestuurder het volledige advies tot in de puntjes kan bewijzen. Dit verandert alleen als de aandeelhouders het advies van de bestuurder in twijfel trekken qua juistheid. Op dat moment brengt art. 2:8 BW mee dat de bestuurder de stukken moet krijgen die de vennootschap bezit en waarin het antwoord kan staan.¹⁷⁸³ Dat de bestuurder geen recht heeft op alle stukken, volgt ook uit de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland. In deze uitspraak heeft de bestuurder bepaalde stukken opgevraagd maar niet ontvangen. Hierdoor stelt de bestuurder dat hij in zijn verdediging is belemmerd, alleen blijft onduidelijk ‘in hoeverre het missen van de genoemde stukken hem concreet heeft belemmerd

¹⁷⁸⁰ Hof Amsterdam 16 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3875, r.o. 3.1.f-3.1.h.

¹⁷⁸¹ Hof Amsterdam 16 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3875, r.o. 3.11. Interessant is overigens dat de Rechtbank Amsterdam in eerste aanleg oordeelt dat het bestuursbesluit niet in strijd is met art. 2:8 BW, omdat overleg eigenlijk zinloos was vanwege de verhoudingen in het bestuur en verstandhouding tussen partijen (Rb. Amsterdam 10 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6430, r.o. 4.2-4.3).

¹⁷⁸² Een van de gebreken die de Ondernemingskamer in de MBV-beschikking constateert, is dat de aandeelhoudersvergadering buiten de medebestuurder om is uitgeschreven. Uiteindelijk acht de Ondernemingskamer de geschetste gang van zaken – waaronder het vorige feit valt – strijdig met het bepaalde in art. 2:8 BW (Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, ARO 2008/49 (MBV), r.o. 3.4).

¹⁷⁸³ Rb. Limburg 9 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:125, r.o. 4.10.

bij het voeren van zijn verdediging.’ Door deze onduidelijkheid oordeelt de rechtbank dat niet is gebleken dat de bestuurder ‘in enig redelijk belang is geschaad door het niet verkrijgen van deze stukken.’¹⁷⁸⁴

Voorts is in paragraaf 12.2.2 beschreven dat het ‘doordrukken’ van een besluit onder omstandigheden in strijd is met art. 2:8 BW. In de De Jong/Roan-uitspraak heeft de aandeelhouder tien minuten voorafgaand aan de vergadering doorgegeven dat hij enkele minuten later aanwezig is vanwege wegwerkzaamheden. Vervolgens arriveert de voornoemde partij vijf of acht minuten te laat. In de tussentijd heeft de tijdelijk bestuurder – die tevens aandeelhouder is – zichzelf tot statutair bestuurder benoemd en is de algemene vergadering reeds gesloten.¹⁷⁸⁵ De voorzieningenrechter oordeelt hierover:

“Mede gezien het belang dat De Jong Intra Vakanties B.V. had bij het bijwonen van de AvA, dat door [gedaagde 1] niet in twijfel is getrokken, gaat het niet aan dat [gedaagde 1] en mr. Sark niet op [naam directeur De Jong Intra Vakanties B.V.] en mr. Van Nijnatten hebben gewacht maar bij hun afwezigheid de vergadering hebben laten plaats vinden waarin de aandeelhouder het onderhavige besluit heeft genomen. Op de voet van artikel 2:8 BW is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dan ook onaanvaardbaar dat dit besluit van toepassing blijft. Dit betekent dat [gedaagde 1] tijdelijk bestuurder van Roan is gebleven.”¹⁷⁸⁶

De aanwezige partij had gelet op het belang van de andere aandeelhouder langer moeten wachten. Dit lijkt met name het geval te zijn vanwege de verwaarloosbare tijd die de aandeelhouder te laat was en dat daarover reeds was gecommuniceerd. In de Akro/VVMZ-uitspraak doet zich een soortgelijke situatie voor, alleen heeft de aandeelhouder/bestuurder geen bericht gestuurd over de latere aankomsttijd. Niettemin oordeelt de rechter ook in deze zaak dat het (ontslag)besluit de toets aan art. 2:8 BW niet kan doorstaan:

“Dat Akro belang had om aanwezig te zijn bij de vergadering, waarin zou worden besloten over haar ontslag als bestuurder van VVMZ, is evident. Er was geen enkele reden om te veronderstellen dat Akro niet aanwezig zou willen zijn. Integendeel, uit de brief van de advocaat van Akro van 26 september 2016 (zie onder 2.11) volgt onmiskenbaar dat ([naam 1] namens) Akro aanwezig wilde zijn bij de vergadering en ook [naam 2] lijkt in zijn e-mail van 29 september 2016 (zie onder 2.12) uit te gaan van de aanwezigheid van [naam 1] en/of diens advocaat ter vergadering. Door in de gegeven omstandigheden de vergadering buiten aanwezigheid van Akro zo snel mogelijk formeel te laten plaatsvinden, zonder te verifiëren of er namens Akro iemand onderweg was en alsnog binnen korte tijd zou arriveren, heeft VVMZ zich jegens Akro niet gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.”¹⁷⁸⁷

Gelet op de eerdere communicatie tussen partijen mocht de andere partij veronderstellen dat de aandeelhouder/bestuurder aanwezig wilde zijn. Hierdoor had die partij moeten verifiëren of de andere aandeelhouder/bestuurder aanwezig zou zijn. Het Hof Den Haag oordeelt in hoger beroep tevens dat deze gang van zaken niet verenigbaar is met art. 2:8 BW. Hierbij overweegt het

¹⁷⁸⁴ Rb. Noord-Nederland 7 mei 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2048, r.o. 4.47.

¹⁷⁸⁵ Rb. Zutphen (vzr.) 27 juli 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ9088 (*De Jong Intra Vakanties/Roan Comfort Camp*), onder ‘de feiten’.

¹⁷⁸⁶ Rb. Zutphen (vzr.) 27 juli 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ9088 (*De Jong Intra Vakanties/Roan Comfort Camp*), onder ‘de beoordeling’.

¹⁷⁸⁷ Rb. Rotterdam 14 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6946 (*Akro Consulting/VVMZ*), r.o. 4.3.

rechtscollege dat na verloop van tijd van de algemene vergadering van aandeelhouders in redelijkheid niet (meer) verlangd kan worden dat zij de besluitvorming aanhoudt in afwachting van de aandeelhouder/bestuurder. In casu was de desbetreffende partij echter vier minuten te laat aanwezig, waardoor de vennootschap had moeten en kunnen wachten met de besluitvorming ten aanzien van het ontslag.¹⁷⁸⁸ Verder is de uitspraak van het Hof Den Haag relevant, omdat het rechtscollege de verplichtingen uiteenzet die art. 2:8 BW inkleuren in het kader van een (voorgenomen) ontslagbesluit. Deze verplichtingen zien op het feit dat de bestuurder gebruik moet kunnen maken van de raadgevende stem en het hoorrecht alsmede dat de bestuurder in zijn hoedanigheid als aandeelhouder moet kunnen stemmen. Inachtneming daarvan zorgt ervoor dat de aandeelhouder/bestuurder de gelegenheid krijgt om deel te nemen aan de aandeelhoudersvergadering, zodat een inhoudelijke gedachtewisseling kan plaatsvinden over het voorgenomen besluit.¹⁷⁸⁹ Dit is in lijn met de norm – zoals uiteengezet in paragraaf 12.3.2 – dat de bestuurder voldoende de gelegenheid moet krijgen om zijn standpunt kenbaar te maken.

Door de behandelde uitspraken in dit hoofdstuk ontstaat de indruk dat ‘onzuiverheden’ in de totstandkomingsfase snel leiden tot gedrag of een besluit dat in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Het is dan ook opmerkelijk dat de voorzieningenrechter in 2017 oordeelt dat het schenden van de raadgevende stem niet voldoende is voor het oordeel dat in strijd met art. 2:8 BW is gehandeld, omdat ontslag een vergaande discretionaire bevoegdheid is van de algemene vergadering.¹⁷⁹⁰ In casu heeft de vennootschap aan haar klanten en relaties bericht dat de bestuurder niet meer voor haar werkte. Dit bericht heeft de vennootschap verstuurd voordat de termijn is afgelopen waarbinnen de bestuurder zijn zienswijze kon geven, waardoor het adviesrecht van de bestuurder is geschonden. Deze schending acht de voorzieningenrechter onvoldoende voor de gevraagde voorziening, omdat de uitoefening van de raadgevende stem hoogstwaarschijnlijk niet tot een ander resultaat zou leiden of leidt indien de bestuurder alsnog de mogelijkheid daartoe krijgt. Vervolgens blijkt niet wat de zienswijze van de bestuurder inhoudt, omdat hij deze nooit heeft gegeven binnen de gestelde termijn. Daarnaast zou de bestuurder in de kortgedingprocedure – overeenkomstig hetgeen in de dagvaarding staat – zijn zienswijze alsnog inbrengen, maar dat is niet gebeurd.¹⁷⁹¹ De overweging van de rechter mag dan wel pragmatisch zijn, alleen lijkt deze niet verenigbaar met de strikte wijze waarop het merendeel van de rechtspraak oordeelt over onzuiverheden in de totstandkomingsfase. Niettemin kunnen uitzonderlijke omstandigheden meebrengen dat afwijking van een regel mogelijk is, alleen ontbreekt een expliciete toepassing van de derogerende werking van art. 2:8 BW in de International Plywood-uitspraak.

Uitzonderlijke omstandigheden doen zich eveneens voor in de Breens-beschikking, waarin de Ondernemingskamer vraagtekens plaatst bij het gehanteerde tempo voor ontslag van de bestuurder. Uit deze uitspraak volgt dat het begrijpelijk is dat de bestuurder zich overvallen voelde door het

¹⁷⁸⁸ Hof Den Haag 9 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2335 (*VVMZ/Akro Consulting*), r.o. 5.5.

¹⁷⁸⁹ Hof Den Haag 9 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2335 (*VVMZ/Akro Consulting*), r.o. 5.3.

¹⁷⁹⁰ Rb. Rotterdam (vzr.) 14 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5709 (*International Plywood*), r.o. 4.7.

¹⁷⁹¹ Rb. Rotterdam (vzr.) 14 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5709 (*International Plywood*), r.o. 2.3-2.4 en 4.5. In aanvulling hierop staat in de laatste rechtsoverweging: “De voorzieningenrechter heeft [eiser] ter zitting nog gevraagd naar zijn mening over de gegrondheid van het ontslagbesluit. Het antwoord van [eiser] kwam erop neer dat hij in zijn visie toch nog wel redelijk heeft gepresteerd, rekening houdend met de moeilijke omstandigheden waarbinnen hij zijn taak heeft moeten uitvoeren. Dit standpunt kan juist zijn, maar is niet voldoende zwaarwegend om aan te mogen nemen dat de zienswijze van [eiser] tot een andere uitkomst zou hebben geleid, dan wel zal leiden.”

voorgenomen ontslagbesluit. De Ondernemingskamer noemt het gevolgde proces ook ‘weinig elegant’. Desondanks is het tempo waarmee het ontslagbesluit tot stand is gekomen niet onaanvaardbaar, omdat de meerderheidsaandeelhouder zich geconfronteerd zag met bestuurders die niet zo maar meer met haar wilden overleggen. Ook blies het bestuur onverwachts nieuw leven in een enquêteverzoek, terwijl de meerderheidsaandeelhouder en het bestuur eerder gezamenlijk probeerden om de negatieve gevolgen van een dergelijke procedure voor de vennootschap te voorkomen.¹⁷⁹²

De voorgaande uitspraken illustreren dat de totstandkomingsfase breder is dan de inhoud van de oproeping, de gronden voor het besluit en het horen van de bestuurder. De totstandkoming van het besluit tot bijeenroeping van de aandeelhoudersvergadering is immers eveneens relevant en hetzelfde geldt voor een informatieverzoek van de bestuurder voor het deugdelijk kunnen uitbrengen van advies. Verder kan een aandeelhouder het opportuun achten om een besluit in de algemene vergadering erdoorheen te drukken bij afwezigheid van de andere aandeelhouder die hoogstwaarschijnlijk aanwezig wil zijn, maar te laat arriveert. De voorgaande opportunistische handelswijze staat op gespannen voet met art. 2:8 BW indien de aanwezige aandeelhouder de afwezige partij niet tracht te contacteren. Tot slot volgt uit deze paragraaf dat (kleine) onzuiverheden in de totstandkomingsfase niet in alle gevallen leiden tot een schending van art. 2:8 BW.

12.3.4 Materiële gronden ontslagbesluit

12.3.4.1 Inleiding

Uit paragraaf 12.2.3 volgt dat het Sjardin-arrest van de Hoge Raad een prominente rol vervult in het kader van de toetsing van het ontslagbesluit. Hierdoor zouden de (arbeidsrechtelijke) ontslaggronden niet betrokken mogen worden bij een toetsing aan art. 2:8 BW. Rechtscolleges lijken echter voornoemde regel verschillend te interpreteren, waardoor een bepaalde ruimte ontstaat voor de toetsing van materiële gronden. Op deze ruimte wordt hieronder eerst ten aanzien van enquêteprocedures (paragraaf 12.3.4.2) nader ingegaan en daarna ten aanzien van dagvaardingsprocedures (paragraaf 12.3.4.3). Vervolgens komt een vergelijking van de procedures in paragraaf 12.3.4.4 aan bod.

12.3.4.2 Enquêteprocedures

De Ondernemingskamer ziet meermaals ruimte om materiële (ontslag)gronden mee te wegen in de toetsing aan art. 2:8 BW. In de IJsselmeerpolers-beschikking verslechtert de relatie tussen de meerderheidsaandeelhouder en minderheidsaandeelhouder waarbij laatstgenoemde tevens als bestuurder van de vennootschap fungeert. De irritaties tussen de partijen nemen toe, de minderheidsaandeelhouder entameert een gerechtelijke procedure en er is sprake van een vertrouwensbreuk tussen partijen. Gelet op deze omstandigheden overweegt de Ondernemingskamer dat het ontslag van de bestuurder niet als strijdig met art. 2:8 BW kan worden aangemerkt. Dat is ook niet het geval omdat één partij een meerderheidsbelang houdt, aangezien dergelijke aangelegenheden nu eenmaal tot de

¹⁷⁹² Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:748 (*Breens*), r.o. 3.17. Tevens is relevant dat de meerderheidsaandeelhouder niet de formele vereisten voor ontslag heeft genegeerd.

bevoegdheid van de aandeelhouders behoren.¹⁷⁹³ Een vertrouwensbreuk kan zelfs ervoor zorgen dat in redelijkheid een van de oprichters kan worden ontslagen.¹⁷⁹⁴

De uitoefening van het stemrecht door een meerderheidsaandeelhouder is echter niet onbegrensd. Illustratief hiervoor is de AHAM-beschikking. In casu heeft de verstandhouding tussen de meerderheidsaandeelhouder en het bestuur zich negatief ontwikkeld, omdat de meerderheidsaandeelhouder zich indringend met de dagelijkse gang van zaken wil bemoeien. In hetzelfde jaar staat het bestuur kritisch ten opzichte van een voorstel van de meerderheidsaandeelhouder en wil daaraan voorwaarden verbinden. Naar aanleiding hiervan wil de aandeelhouder overgaan tot ontslag van de bestuurders, omdat het bestuur niet onvoorwaardelijk wil meewerken aan een voor de aandeelhouder belangrijke maatregel.¹⁷⁹⁵ De Ondernemingskamer oordeelt:

“Sint Antonius heeft op geen enkele manier duidelijk weten te maken welke kritiek in redelijkheid op goede gronden kan worden gemaakt op het huidige bestuur en op de wijze waarop dat functioneert. (...) Evenmin heeft Sint Antonius - zoals hiervoor reeds is overwogen - duidelijk weten te maken dat na een ontslag van de huidige bestuurders zou worden voorzien in een, met het oog op de belangen van (de onderneming van) AHAM voldoende adequaat en naar behoren functionerend bestuur. (...) De slotsom kan dan ook geen andere zijn dat het voorgenomen ontslag niet op enige goede grond berust en slechts is ingegeven door opvattingen van het kunnen uitoefenen van aandeelhoudersmacht die blijk geeft van miskennis van de Nederlandse wet- en regelgeving inzake bestuur en toezicht en de positie van aandeelhouders in dat verband. Door dat ontslag niettemin te willen doorzetten handelt Sint Antonius inderdaad, zoals verzoekers en het bestuur hebben aangevoerd, in strijd met de ingevolge artikel 2:8 BW op haar rustende verplichting zich als aandeelhouder te gedragen overeenkomstig hetgeen redelijkheid en billijkheid van haar vergen.”¹⁷⁹⁶

De Ondernemingskamer betreft de ontslaggronden in haar oordeel en komt tot de conclusie dat het ontslag ‘niet op enige goede grond berust’. Ook miskent de aandeelhouder de wijze waarop de aandeelhoudersmacht mag worden uitgeoefend. Deze twee aspecten zorgen ervoor dat de aandeelhouder in strijd handelt met art. 2:8 BW omdat hij het ontslag wil doorzetten. Door de AHAM-beschikking ontstaat de indruk dat de aandeelhouder volgens de Ondernemingskamer de bestuurders niet altijd mag ontslaan om het strategische beleid te wijzigen en te bepalen. Deze veronderstelling wordt in de Logispring-beschikking bevestigd, maar de Ondernemingskamer overweegt in deze beschikking eveneens dat de uitoefening van de rechten van de meerderheidsaandeelhouder in beginsel gerespecteerd moet worden. Dit is slechts anders als de meerderheidsaandeelhouder zodanig disproportioneel handelt dat de andere partij daardoor onevenredig in haar belangen als bestuurder of aandeelhouder wordt getroffen.¹⁷⁹⁷ Alhoewel deze toets logisch lijkt om te bepalen of de ontslagbevoegdheid te buiten wordt getreden, gebruikt de Ondernemingskamer deze toets niet altijd. In de Kosmed-beschikking overweegt de Ondernemingskamer dat de argumenten voor

¹⁷⁹³ Hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2008, ARO 2008/164 (*Aardappelkweek- en Selectiebedrijf IJsselmeerpol-ders*), r.o. 2.9 en 3.5.

¹⁷⁹⁴ Hof Amsterdam (OK) 7 mei 2013, ARO 2013/84 (*Viadata*), r.o. 3.4.

¹⁷⁹⁵ Hof Amsterdam (OK) 10 december 2008, ARO 2009/1 (*Amsterdamsche Huizenhandel en Administratiemaatschappij*), r.o. 2.15, 2.17 en 2.24.

¹⁷⁹⁶ Hof Amsterdam (OK) 10 december 2008, ARO 2009/1 (*Amsterdamsche Huizenhandel en Administratiemaatschappij*), r.o. 3.15-3.17.

¹⁷⁹⁷ Hof Amsterdam (OK) 26 augustus 2009, ARO 2009/131 (*Logispring Investment Fund*), r.o. 3.7. In rechts-overweging 3.4 van dezelfde uitspraak stelt de Ondernemingskamer voorop dat de partijen overeenkomstig art. 2:8 BW jegens elkaar moeten handelen en elkaars belangen in het oog moeten houden.

ontslag haar niet bij voorbaat onredelijk voorkomen, waardoor ‘de aandeelhouders in redelijkheid tot de conclusie komen’ dat de bestuurder zijn positie moet opgeven.¹⁷⁹⁸ In latere rechtspraak daarentegen benoemt de Ondernemingskamer dat de bestuurder te allen tijde ontslagen kan worden, tenzij dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹⁷⁹⁹ Zo leidt het verlies van vertrouwen in de bestuurder er niet toe dat het ontslag onaanvaardbaar is. Hierbij weegt mee dat de belangen van de vennootschap – althans zo is niet gebleken – niet onaanvaardbaar door het ontslag worden geschaad.¹⁸⁰⁰

Gelet op de voorgaande uitspraken ziet de Ondernemingskamer regelmatig ruimte om materiële (ontslag)gronden te toetsen aan art. 2:8 BW. Niettemin respecteert zij de ruime ontslagbevoegdheid van (veelal) de algemene vergadering, waardoor het (voorgenomen) ontslag zelden in strijd is met art. 2:8 BW. Aanknoping bij de derogerende werking van art. 2:8 BW lijkt in dit verband ook de correcte weg, aangezien deze functie van art. 2:8 BW onverminderd relevant blijft ondanks het Sjardin-arrest. Kortom, afhankelijk van de strekking van de Sjardin-regel toetst de Ondernemingskamer blijkens de analyse van de gecodeerde rechtspraak (mogelijk) niet altijd conform de Sjardin-regel, aangezien de Ondernemingskamer materiële (ontslag)gronden bij haar toetsing aan art. 2:8 BW betreft. Een reden hiervoor kan zijn dat de Sjardin-regel hoofdzakelijk in verband met de art. 2:15 BW wordt gebracht, terwijl de Ondernemingskamer meer vrijheid heeft bij de toetsing of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen alsmede of er sprake is van wanbeleid.

12.3.4.3 Dagvaardingsprocedures

Bij de dagvaardingsprocedures gaat het hoofdzakelijk erom dat het bestreden besluit op grond van art. 2:15 BW vernietigd wordt. Hierdoor bevinden deze procedures zich in ieder geval binnen de reikwijdte van de Sjardin-regel. Niettemin bestaat hier eveneens ruimte voor de beperkende werking van art. 2:8 BW.¹⁸⁰¹ Verder geeft de Rechtbank Utrecht een eigen aanvulling op de Sjardin-regel, waardoor zij ruimte creëert voor een nieuwe (specifiekere) maatstaf:

“Bij de toetsing van het besluit in vennootschapsrechtelijke zin op strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid kunnen arbeidsrechtelijke ontslaggronden waarop het ontslag is gebaseerd geen rol spelen. Uit de aard van de rechtsbetrekking van de bestuurder tot de vennootschap volgt niet snel dat een besluit tot ontslag in strijd is met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Het verlenen van ontslag is een vergaande discretionaire bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering. Van strijd met de redelijkheid en billijkheid zou sprake kunnen zijn indien aan het ontslagbesluit niet geoorloofde (bijvoorbeeld discriminatoire) motieven ten grondslag liggen of indien het evident is dat het ontslagbesluit op grond van valse en/of voorgewende argumenten is genomen.”¹⁸⁰²

Deze maatstaf respecteert de vergaande ontslagbevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering en ziet ruimte voor beperking daarvan onder uitzonderlijke omstandigheden. Voor een beroep daarop

¹⁷⁹⁸ Hof Amsterdam (OK) 16 april 2014, ARO 2014/101 (*Kosmed International*), r.o. 3.6.

¹⁷⁹⁹ Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:748 (*Breens*), r.o. 3.11. Deze maatstaf lijkt dicht bij de maatstaf uit de Logispring-beschikking te liggen, aangezien de ontslagbevoegdheid daardoor expliciet wordt gerespecteerd.

¹⁸⁰⁰ Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2021, ARO 2021/45 (*Broekman Group*), r.o. 3.5 en 3.8.

¹⁸⁰¹ Rb. Haarlem (vzr.) 16 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV7745, r.o. 4.3.

¹⁸⁰² Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741 (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.19.

is volgens de rechtbank vereist dat niet geoorloofde (discriminatoire) motieven ten grondslag liggen aan het besluit of het moet evident zijn dat het besluit op grond van valse en/of voorgewende argumenten is genomen.¹⁸⁰³ Hierdoor lijkt deze maatstaf met art. 2:8 lid 2 BW verenigbaar en daar invulling aan te geven ondanks dat de gekozen formulering afwijkt van de beperkende werking.

De Rechtbank Midden-Nederland erkent eveneens de rechtsregel van het Sjardin-arrest en stelt voorop dat een ontslagbesluit in strijd met art. 2:8 BW kan zijn indien de belangen van de vennootschap door het ontslag worden geschaad. In casu schendt het ontslag de belangen van de vennootschap, omdat de ontslagen bestuurders adequaat leiding geven aan de vennootschap, één bestuurder een zeer belangrijke rol voor de vennootschap vervult en de benoeming van een eerdere bestuurder suboptimaal lijkt. Volgens de voorzieningenrechter lijkt de meerderheidsaandeelhouder met name haar bevoegdheid oneigenlijk te gebruiken vanwege een aandeelhoudersgeschil. Ook is van belang dat de bank zich het recht voorbehoudt om de financiering onmiddellijk op te zeggen als een wijziging van de zeggenschap of het management plaatsvindt.¹⁸⁰⁴ De vraag is of dit oordeel verenigbaar is met de Sjardin-regel. Mogelijk moet deze vraag positief worden beantwoord, omdat de focus niet per se ligt op de ‘onterechte’ ontslaggronden maar eerder op de belangen van de vennootschap en hoe de aandeelhouder het stemrecht uitoefent.

Ten opzichte van de voorgaande rechterlijke instanties hanteert de Rechtbank Limburg een andere maatstaf om te toetsen of de inhoud van het ontslagbesluit vernietigbaar is op grond van art. 2:15 lid 1 sub b BW. In de uitspraak staat:

“In de tweede plaats niet omdat voor wat betreft de inhoud van het besluit van 18 januari 2017 niet kan worden gezegd dat de algemene vergadering van aandeelhouders bij afweging van alle bij het besluit betrokken belangen in redelijkheid en naar billijkheid niet tot het besluit heeft kunnen komen.”¹⁸⁰⁵

Naast deze maatstaf benoemt de rechter dat ontslag een vergaande bevoegdheid is, waardoor de aandeelhouder bepaalt wie de bestuurder van de vennootschap is. Een verschil van inzicht en de wens om een voltijds bestuurder aan te stellen zorgen er daarom niet voor dat het besluit niet in redelijkheid kon worden genomen.¹⁸⁰⁶

De Rechtbank Gelderland daarentegen houdt het korter door te oordelen dat de aangevoerde gronden op basis van het Sjardin-arrest niet betrokken kunnen worden bij de toetsing van het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit aan de artt. 2:14 en 2:15 BW.¹⁸⁰⁷ Een strikte hantering van de Sjardin-regel is overigens niet onbekend bij de Rechtbank Gelderland gelet op een eerdere uitspraak uit 2020:

“Daar komt bij dat [eiser] geen expliciet beroep heeft gedaan op artikel 2:8 BW, maar enkel heeft aangevoerd dat het ontbreken van een arbeidsrechtelijke ontslaggrond in strijd met voornoemd artikel is. In een procedure zoals de onderhavige waarin de geldigheid van het

¹⁸⁰³ Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741 (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.19. Zie eveneens Rb. Noord-Holland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4596 (*Moerheim New Plant*), r.o. 7.8.

¹⁸⁰⁴ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 21 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3697, r.o. 4.6-4.8.

¹⁸⁰⁵ Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150 (*Venlo/Asparagus Beheer*), r.o. 4.1.4.

¹⁸⁰⁶ Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150 (*Venlo/Asparagus Beheer*), r.o. 4.1.4.

¹⁸⁰⁷ Rb. Gelderland 4 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:52 (*Stergro International*), r.o. 5.15-5.16.

(vennootschapsrechtelijk) ontslagbesluit beoordeeld dient te worden, is volgens de Hoge Raad – anders dan [eiser] stelt – dus geen ruimte voor een toetsing van de redelijkheid van de arbeidsrechtelijke ontslaggrond en kan het beweerdelijk ontbreken van die arbeidsrechtelijke ontslaggrond(en) niet tot vernietiging van het ontslagbesluit leiden. Dat het standpunt van [eiser] in de literatuur wordt onderschreven door E.S. de Bock en volgens annotator Maeijer gelezen kan worden in de overwegingen van de Hoge Raad leidt niet tot een ander oordeel.¹⁸⁰⁸

In deze zaak stelt de eiser dat het ontslag ‘zo apert onjuist en ongefundeerd is’ dat het ontslagbesluit ook getoetst moet worden aan de arbeidsrechtelijke normen.¹⁸⁰⁹ Het Sjardin-arrest zou daarvoor ruimte bieden. Uit het geciteerde deel blijkt echter dat de Rechtbank Gelderland deze visie niet deelt ondanks dat het standpunt van eiser door De Bock en Maeijer zou worden ondergeschreven. Deze uitspraak maakt daardoor nogmaals duidelijk dat niet alle rechtscolleges op dezelfde manier de Sjardin-regel interpreteren, waardoor de wijze van toetsing in zekere zin afhankelijk is van het rechtscollege.

12.3.4.4 Vergelijking procedures

Wanneer de Sjardin-regel strikt wordt geïnterpreteerd, dan mogen de (arbeidsrechtelijke) ontslaggronden niet betrokken worden bij de toetsing van het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit aan de redelijkheid en billijkheid. Met inachtneming daarvan zijn zowel verschillende enquêteprocedures (verzoekschriftprocedures) als dagvaardingsprocedures niet in overeenstemming met de Sjardin-regel, omdat de rechtscolleges meermaals de aangevoerde ontslaggronden betrekken bij de toetsing aan art. 2:8 BW. Indien daarentegen betoogd wordt dat de rechtscolleges overeenkomstig de Sjardin-regel oordelen als zij het ontslag in stand laten gelet op onder meer de vergaande discretionaire ontslagbevoegdheid van het daartoe bevoegde orgaan, dan zijn minder uitspraken niet conform de regel. De enige gecodeerde uitspraken waarin de (voorgenomen) ontslagbesluiten wegens de materiële (ontslag)gronden een toetsing aan art. 2:8 BW niet doorstaan, zijn namelijk de AHAM-beschikking en de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland.¹⁸¹⁰ In deze uitspraken bestaat geen goede (aantoonbare) grond voor het ontslagbesluit, terwijl het ontslag de belangen van de vennootschap (ernstig) schaadt.

Verder volgt uit de uiteengezette rechtspraak dat de rechtscolleges slechts onder uitzonderlijke omstandigheden ruimte aanwezig achten voor een overschrijding van de ontslagbevoegdheid gelet op de materiële gronden. De Ondernemingskamer sluit hiervoor met name aan bij de derogerende werking van art. 2:8 BW of een daarmee vergelijkbare strenge maatstaf.¹⁸¹¹ Bij de dagvaardingsprocedures is echter slechts eenmaal een verwijzing naar de derogerende werking waargenomen. Wel verwijzen de rechtscolleges in dagvaardingsprocedure veelal (expliciet) naar de Sjardin-regel om te duiden dat zij de vergaande discretionaire ontslagbevoegdheid van (normaliter) de

¹⁸⁰⁸ Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696 (*Avantes*), r.o. 4.17.

¹⁸⁰⁹ Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696 (*Avantes*), r.o. 4.16.

¹⁸¹⁰ Hof Amsterdam (OK) 10 december 2008, ARO 2009/1 (*Amsterdamsche Huizenhandel en Administratiemaatschappij*), r.o. 3.15-3.17; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 21 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3697, r.o. 4.6-4.8 en 4.19.

¹⁸¹¹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 26 augustus 2009, ARO 2009/131 (*Logispring Investment Fund*), r.o. 3.7. Uit deze uitspraak blijkt dat de Ondernemingskamer de ontslagbevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering in beginsel respecteert, tenzij de meerderheidsaandeelhouder met het ontslag van de bestuurder zodanig disproportioneel handelt dat de belangen van de aandeelhouder/bestuurder daardoor onevenredig worden getroffen.

aandeelhoudersvergadering respecteren. Hierbij komt ook twee keer voor dat rechtscolleges benadrukken dat het ontslag niet mag berusten op een valse of voorgewende reden.¹⁸¹² Dit is qua terminologie wezenlijk afwijkend van de derogerende werking. De vraag is daardoor of de maatstaven vergelijkbaar zijn. Dat kan echter niet op basis van de beschikbare informatie worden achterhaald.

12.3.5 Materiële gronden schorsingsbesluit

Voor schorsing is een zwaarwegende grond vereist vanwege (hoogstwaarschijnlijk) het diffameerende karakter van de maatregel. Niettemin blijkt uit paragraaf 12.2.3 dat er diverse geldige redenen voor schorsing bestaan. Deze paragraaf gaat op enkele uitspraken nader in om de maatstaf te verduidelijken, zodat inzichtelijker wordt wanneer er (on)voldoende grond aanwezig is voor schorsing.

In de Van Dop/Football Club Utrecht-uitspraak is de bestuurder geschorst vanwege (i) verwijten in de sfeer van financieel wanbeleid, (ii) onvoldoende visie en beleidsontwikkeling, (iii) slechte communicatie met de raad van commissarissen en (iv) verantwoordelijkheid voor schadelijke berichtgeving in de media. Deze gronden zijn volgens de voorzieningenrechter onvoldoende zwaarwegend om het schorsingsbesluit te rechtvaardigen. Zo is de kritiek op de financiële onderbouwing van de begroting onder de gegeven omstandigheden niet een terecht ernstig verwijt. Daarnaast is het niet gerechtvaardigd om te stellen dat de bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan financieel wanbeleid. Onduidelijk blijft tevens waarom de bestuurder geen visie zou hebben, aangezien hij een meerjarenplan heeft overgelegd waarin de visie staat uiteengezet. Wat betreft de slechte communicatie kan de rechter niet concluderen dat die vanwege de houding van de raad van commissarissen alleen of voornamelijk aan de bestuurder is toe te schrijven. Tot slot is een bepaalde uitlating van de bestuurder niet aan te merken als schadelijk. Alles samen genomen kan de schorsing op basis van de inhoudelijke redenen daarom niet in stand blijven, aangezien het een ingrijpende maatregel is – met een diffamerend karakter – waarvoor geen zwaarwegende grond bestaat.¹⁸¹³

Deze uitspraak maakt inzichtelijk dat het zomaar aanvoeren van gronden er niet toe leidt dat de bestuurder mag worden geschorst. Zelfs als een bepaalde grond enigszins terecht is, betekent dat niet dat aan de (zwere) maatstaf voor schorsing wordt voldaan.

Aan de maatstaf voor schorsing is eveneens niet voldaan in de DMI-uitspraak. In casu is de bestuurder geschorst – samengevat – vanwege de slechte financiële situatie en de onwil van de bestuurder om gehoor te geven aan verzoeken van de concernleiding. Volgens de voorzieningenrechter volgt uit hetgeen de partijen aanvoeren echter niet het beeld ‘van een bestuurder die ondanks negatieve resultaten weigert verantwoorde maatregelen te nemen en redelijke verzoeken van het moederbedrijf uit te voeren’. Hierdoor zijn er geen (deugdelijke) gronden aanwezig die het schorsingsbesluit kunnen rechtvaardigen.¹⁸¹⁴ In deze uitspraak heeft de rechter overigens aangehaald dat schorsing een ingrijpende maatregel is waarvoor een zwaarwegende grond is vereist.¹⁸¹⁵ Die grond

¹⁸¹² Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741 (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.19; Rb. Noord-Holland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4596 (*Moerheim New Plant*), r.o. 7.8.

¹⁸¹³ Rb. Utrecht (vzr.) 6 september 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB3563 (*Van Dop/Football Club Utrecht*), r.o. 4.9-4.15.

¹⁸¹⁴ Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 30 december 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL3617 (*DMI Dutch*), r.o. 5.12-5.15.

¹⁸¹⁵ Recenter komt deze maatstaf ook terug in de Tismi-uitspraak. De voorzieningenrechter overweegt: “Wanneer geen sprake is van een zwaarwegende reden die meebrengt dat van de vennootschap in redelijkheid niet gevergd kan worden dat zij de bestuurder nog langer op het werk duldt, is het besluit tot schorsing vernietigbaar. Dit geldt

hoeft dus niet aanwezig te zijn als een bestuurder instructies niet opvolgt vanwege het belang van de vennootschap.

De twee behandelde uitspraken maken inzichtelijk dat de rechtscolleges een zwaarwegende grond noodzakelijk achten voor schorsing. Deze maatstaf staat echter niet in elke uitspraak, waardoor onduidelijk is of de rechtscolleges eenzelfde maatstaf hanteren voor de toetsing van de schorsingsgronden. In de Amtrada-uitspraak is de desbetreffende maatstaf bijvoorbeeld niet waargenomen.

Uit de feiten blijkt dat in deze zaak sprake is van een acuut onhoudbare situatie. Dit begint met een brief van de bestuurder aan de raad van commissarissen waarin de bestuurder zijn ongenoegen uit over het handelen van de aandeelhouders. Mede door deze brief ontstaat het idee om een derde bestuurder te benoemen. Vervolgens gebeurt het volgende:

“Twee dagen voordat deze benoeming zou plaatsvinden, heeft [eiser]de aandeelhouders schriftelijk geadviseerd tegen deze benoeming te stemmen, hetgeen “hoogst opmerkelijk” mag worden genoemd, aldus Amtrada. Na de benoeming van [R] hebben [eiser]en [H] (bij e-mail van 31 augustus 2009) aan twee leden van de Raad van Commissarissen te kennen gegeven dat geen geldig benoemingsbesluit was genomen, op grond van een volgens Amtrada “onbenullige en formalistische” redenering. Vervolgens hebben [eiser]en [H] de grootaandeelhouders bij brief van 25 september 2009 bericht dat de relatie tussen de directie en de Raad van Commissarissen verstoord is, dat de samenwerking met [R] onmogelijk is, dat het contract met [R] moet worden opgezegd en dat de relatie tussen de directie en bepaalde aandeelhouders de continuïteit van de onderneming ondermijnt.”¹⁸¹⁶

De bestuurder doet verschillende uitlatingen waaruit blijkt dat de verstandhouding tussen de partijen suboptimaal is. Op basis daarvan oordeelt de voorzieningenrechter dat er sprake is van een ernstige vertrouwenscrisis die de schorsing van de bestuurder rechtvaardigt. De ernst van de situatie lijkt verenigbaar met de hiervoor uiteengezette maatstaf voor schorsing ondanks dat deze maatstaf niet expliciet wordt aangehaald.

De Ondernemingskamer heeft in de Kors-beschikking tevens de eerder uiteengezette maatstaf niet uiteengezet. Wel is waarneembaar dat de schorsing de toets aan art. 2:8 BW niet kan doorstaan, omdat de aangevoerde grond daarvoor geen rechtvaardiging vormt. In casu heeft de bestuurder namelijk in het belang van de vennootschap niet meegewerkt aan een onderzoek door een derde.¹⁸¹⁷ Deze uitspraak lijkt daardoor verenigbaar met de andere uitspraken, aangezien de Ondernemingskamer eveneens afwijkt van het wettelijk uitgangspunt dat het schorsen van een bestuurder te allen tijde mogelijk is. Hierdoor bestaat de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer – ondanks dat een expliciete benoeming daarvan ontbreekt – tevens een zwaarwegende grond nodig acht voor een geldige schorsing.

12.3.6 Materiële gronden benoemingsbesluit

De toetsing van een benoemingsbesluit komt zelden aan bod. In deze paragraaf worden daardoor slechts twee uitspraken behandeld. De eerste uitspraak betreft een enquêteprocedure waarin de

ook als de motivering van een besluit tot schorsing van een statutair bestuurder voor hem niet kenbaar is.” Rb. Gelderland (vzr.) 7 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:4987 (*Tismi*), r.o. 4.5.

¹⁸¹⁶ Rb. Amsterdam (vzr.) 30 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL0290 (*Amtrada Holding*), r.o. 4.2.

¹⁸¹⁷ Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, ARO 2017/115 (*Kors*), r.o. 3.6.

minderheidsaandeelhouder/bestuurder bezwaar heeft tegen de benoeming van een derde bestuurder. In deze beschikking overweegt de Ondernemingskamer:

“De benoeming van Solar tot bestuurder van Sunergy kan niet louter op de grond dat in de aandeelhoudersovereenkomst en het aandeelhoudersbesluit niet - uitdrukkelijk - in die benoeming is voorzien als een schending van de in artikel 2:8 BW bedoelde zorgvuldigheidnorm worden aangemerkt. Voor het overige is onvoldoende toegelicht dat had moeten worden afgezien van benoeming van Solar tot bestuurder van Sunergy. Het feit dat Delta op deze wijze bewerkstelligt dat, zoals S'Energy heeft gesteld, de inbreng van Wiersma in het bestuur van Sunergy kan worden overstemd, kan naar het oordeel van de Ondernemingskamer, in het licht van hetgeen in de aandeelhoudersovereenkomst en het aandeelhoudersbesluit is overeengekomen en van de feitelijke ontwikkelingen, worden gebillijkt. Niet is gebleken dat de benoeming van Solar ten nadele van Sunergy strekt.”¹⁸¹⁸

In casu doet de minderheidsaandeelhouder/bestuurder tevergeefs een beroep op art. 2:8 BW. Hierbij lijkt de Ondernemingskamer er rekening mee te houden dat de benoeming van de bestuurder niet strekt ten nadele van de vennootschap. Mogelijk zou het beroep van de verzoeker dan ook anders uitpakken indien het benoemingsbesluit het belang van de vennootschap schendt, alleen blijft dat slechts gissen.

Verder gaat het in de Luckey Establishment-uitspraak om een familievennootschap. Na het overlijden van de oprichter zijn de drie kinderen de ‘*beneficial owners*’ van de vennootschap. Op het niveau van de UBO’s zijn de partijen ook een vaststellingsovereenkomst overeengekomen waaruit volgt dat de controle over de groep bij de familie ligt. Verder voerde een van de kinderen feitelijk de leiding over de vennootschap totdat diegene ziek werd. Daarnaast vormden de kinderen gezamenlijk de raad van commissarissen, maar door omstandigheden dienden zij herbenoemd te worden.¹⁸¹⁹ Dit gebeurt vervolgens deels, aangezien de partij – die voorheen in de praktijk het bestuur voerde – als enige niet wordt herbenoemd. In plaats daarvan benoemt de vennootschap een andere partij als commissaris. In deze zaak oordeelt het rechtscollege:

“Deze structuurwijziging strekt ertoe de leden van de familie [B] de controle en gezamenlijk beslissende zeggenschap te geven binnen de [gedaagde sub 1] groep. De op 17 januari 2014 en 28 maart 2014 genomen besluiten hebben tot gevolg dat [eiser sub 1] geen zeggenschap meer heeft binnen de [gedaagde sub 1] Groep, hetgeen in strijd is met de in de SA beoogde gezamenlijke zeggenschap van de familieleden. De rechtbank is van oordeel dat de SA vennootschapsrechtelijke werking heeft in die zin, dat nu geen rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van [eiser sub 1] en hem in strijd met de in de SA beoogde gezamenlijke zeggenschap van de familie [B] welbewust iedere invloed binnen de [gedaagde sub 1] Groep is ontnomen, de besluiten in strijd zijn met artikel 2:8 BW. Dat de vennootschap geen partij is bij deze SA doet daar niet aan af, aangezien de SA in dit opzicht eigenlijk niet meer is dan een bevestiging van de reeds bestaande gezamenlijke invloed van de familie [B] binnen de [gedaagde sub 1] Groep, welke invloed [X] en [Y] ook altijd hebben onderkend. Door onder deze omstandigheden [eiser sub 1] niet bij de besluitvorming te betrekken, hem daarvan zelfs niet op de hoogte te stellen en de besluiten in feite te nemen met geen ander doel dan [eiser sub 1] welbewust zijn zeggenschap binnen de [gedaagde sub 1] Groep te ontnemen, is

¹⁸¹⁸ Hof Amsterdam (OK) 30 december 2008, ARO 2009/7 (*Sunergy Investco*), r.o. 3.13.

¹⁸¹⁹ Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1450 (*Lucky Establishment*), r.o. 2.1, 2.6-2.11, 2.16 en 4.5.

gehandeld in strijd met de jegens [eiser sub 1] en [eiser sub 2] in acht te nemen redelijkheid en billijkheid.”¹⁸²⁰

Het rechtscollege oordeelt dat onder meer het benoemingsbesluit in strijd is met art. 2:8 BW, omdat daardoor een van de kinderen welbewust iedere invloed binnen de vennootschap is ontnomen. De impliciete grond voor benoeming is daardoor in strijd met art. 2:8 BW. Het besluit is daarnaast qua totstandkoming onverenigbaar met de redelijkheid en billijkheid, omdat de partij bewust buiten de besluitvorming is gehouden. Overigens oordeelt in hoger beroep het Hof ’s-Hertogenbosch in lijn met de geciteerde rechtsoverweging, alleen geeft het hof een opsomming van de feiten die aanleiding geven voor het oordeel dat de vennootschap in strijd met art. 2:8 BW heeft gehandeld.¹⁸²¹

Kortom, alhoewel het aantal voorbeelden beperkt is, geeft de beschikbare rechtspraak weer dat art. 2:8 BW onverminderd relevant blijft bij een benoemingsbesluit. Het niet in acht nemen van deze norm kan daardoor leiden tot een vernietigbaar besluit of in theorie een gegronde reden opleveren voor toewijzing van het enquêteverzoek.

12.3.7 Overige

Bepaalde uitspraken hebben geen betrekking op de totstandkomingsfase en de gronden van het bestreden besluit. Niettemin kunnen daarin elementen staan die vanwege de toepassing van art. 2:8 BW relevant zijn in het kader van een geschil over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder.

Een van deze elementen betreft de invloed van art. 2:8 BW op hoe de communicatie over het ontslag moet geschieden. Indien de berichtgeving aan de werknemers van de vennootschap namelijk onzorgvuldig is over het ontslag van de bestuurder – vanwege de onjuiste inhoud en een suggestieve ongepaste opmerking – dan handelt de vennootschap in strijd met art. 2:8 BW jegens de ontslagen bestuurder.¹⁸²² Hetzelfde geldt voor het onvoldoende tijd geven aan de bestuurder om te reageren op een concept communiqué over zijn schorsing.¹⁸²³

Verder volgt uit de Hepta G-beschikking dat het zelfstandig genomen ontslag van een bestuurder invloed kan hebben op hetgeen van de meerderheidsaandeelhouder wordt verwacht. In casu heeft de vennootschap door het ontslag namelijk vier jaar geen statutair bestuurder gehad. Dit valt onder

¹⁸²⁰ Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1450 (*Lucky Establishment*), r.o. 4.17.

¹⁸²¹ Hof ’s-Hertogenbosch 29 maart 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1015 (*Lucky Establishment*), r.o. 3.39: “Door [geïntimeerde 1] niet bij de besluitvorming te betrekken, hem daarvan zelfs niet op de hoogte te stellen en besluiten te nemen met het kennelijke doel om [geïntimeerde 1] welbewust zijn zeggenschap binnen de [[X]] Groep te ontzeggen en daarmee de zeggenschap van de familie over de [[X]] Groep te ondergraven, heeft [[X]] Holding in strijd gehandeld met wat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van haar verwacht had mogen worden. (...) Het samenstel van besluiten waartoe deze handelwijze heeft geleid en dat ertoe strekte om een einde te maken aan het (de facto) commissariaat van [geïntimeerde 1] en de benoeming van [persoon G] in zijn plaats, te weten de besluiten van 28 maart 2014 tot het aannemen van de profielschets en benoeming van [persoon G] tot commissaris van [[X]] Holding en het bekrachtigings-/benoemingsbesluit van 18 maart 2016, is daarom in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW worden vereist (...).”

¹⁸²² Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, ARO 2008/49 (*MBV*), r.o. 3.5.

¹⁸²³ Rb. Amsterdam (vzr.) 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6895 (*Nyenrode New Business School*), r.o. 4.3.

meer de meerderheidsaandeelhouder aan te rekenen, aangezien op grond van art. 2:8 BW mocht worden verwacht dat ‘zij stappen zou zetten om alsnog in de ontstane vacature te voorzien.’¹⁸²⁴

Het uitschrijven van een bestuurder komt voorts terug in twee uitspraken. In de VHU-beschikking bestaat er twijfel over de geldigheid van de benoeming van de bestuurder. Naar aanleiding hiervan tracht de andere bestuurder uit eigen beweging de recent benoemde bestuurder uit te schrijven uit het handelsregister zonder daarover met die partij in overleg te treden.¹⁸²⁵ Uiteindelijk lukt het ook om de bestuurder uit te schrijven. De Ondernemingskamer oordeelt dat deze handelswijze niet verenigbaar is met art. 2:8 BW gelet op het feit dat er geen sprake is van een ‘evident’ nietig benoemingsbesluit.¹⁸²⁶ De andere uitspraak betreft de *Essa Holding/Q.A.T.I. Group*-uitspraak. In deze zaak heeft een aandeelhouder/bestuurder twee andere aandeelhouders/bestuurders als bestuurder laten uitschrijven bij de Kamer van Koophandel, omdat er geldige ontslagbesluiten zouden zijn genomen. De uitgeschreven bestuurders stellen echter dat de oproeping voor de algemene vergadering nietig is. Zij hebben ook bezwaar ingediend bij de Kamer van Koophandel en dat bezwaar is gegrond verklaard.¹⁸²⁷ De rechter oordeelt dat de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat de aandeelhouder na de gegrondverklaring van de Kamer van Koophandel een nieuw verzoek tot oproeping had moeten doen aan het bestuur. Dit heeft hij echter nagelaten.¹⁸²⁸

Voorts staat de zeggenschap over de vennootschap in de *H.B.P.*-uitspraak centraal. In casu is voldoende aannemelijk geworden dat de huidige meerderheidsaandeelhouder een deel van haar aandelen – naar aanleiding van een uitspraak van de Franse bodemrechter – moet overdragen aan de minderheidsaandeelhouder, waardoor de stemverhoudingen zullen wijzigen. Twee à drie maanden voor deze verwachte overdracht ontslaat de meerderheidsaandeelhouder de huidige bestuurder en benoemt een bestuurder die aan haar gelieerd is. Volgens de voorzieningenrechter is deze gang van zaken in strijd met art. 2:8 BW gelet op de jaren voortdurende juridische strijd tussen de aandeelhoudende familieleden. Het besluit kan namelijk leiden tot onomkeerbare gevolgen en zou het beleid van de vennootschap kunnen frustreren en daardoor schade kunnen veroorzaken bij de dochtervennootschappen.¹⁸²⁹ Tot slot acht de voorzieningenrechter de duur van de schorsing en de daarover bestaande onduidelijkheid van belang in het kader van een toetsing aan art. 2:8 BW. In het oordeel staat:

“Het voorgaande leidt tot het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dat de schorsingsbesluiten geen deugdelijke grondslag hebben, dat deze niet deugdelijk tot stand zijn gekomen en dat Tismi tegenover de belangen van [gezamenlijke eisers] bij de schorsingen niet een redelijk en zwaarwegend belang heeft om deze te kunnen rechtvaardigen. Het is onaanvaardbaar dat Tismi [gezamenlijke eisers] liet en nog langer laat ‘bungelen’, zonder dat duidelijk is waarom dat gerechtvaardigd zou zijn.”¹⁸³⁰

¹⁸²⁴ Hof Amsterdam (OK) 2 mei 2018, *ARO* 2018/130 (*Hepta G*), r.o. 5.8.

¹⁸²⁵ In casu speelt mogelijk ook een rol dat de bestuurder tracht om alle zeggenschap over de vennootschap te verwerven.

¹⁸²⁶ In deze zaak gaat het om de bestuurder van een STAK, waardoor het in feite gaat om de zeggenschap over de vennootschap die centraal staat in de enquêteprocedure (Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO* 2016/90 (*Van Huis Uit Holding*), r.o. 3.12-3.13).

¹⁸²⁷ Rb. Noord-Nederland 10 mei 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1930 (*Essa Holding/Q.A.T.I. Group*), r.o. 2.1, 2.8-2.13 en 3.1.

¹⁸²⁸ Rb. Noord-Nederland 10 mei 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1930 (*Essa Holding/Q.A.T.I. Group*), r.o. 4.12.

¹⁸²⁹ Rb. Rotterdam (vzr.) 13 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5863 (*H.B.P.*), r.o. 4.5.3.

¹⁸³⁰ Rb. Gelderland (vzr.) 7 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:4987 (*Tismi*), r.o. 4.10.

Het geciteerde deel geeft weer dat de duur van de schorsing belangrijk is in relatie tot de daaraan ten grondslag liggende grond. Wanneer daarover onduidelijkheid bestaat, zal het onaanvaardbaar kunnen zijn om een schorsing in stand te laten.

De uitspraken in deze paragraaf illustreren dat verschillende elementen gerelateerd aan het bestreden besluit van belang zijn voor partijen. Een besluit kan bijvoorbeeld qua inhoud en totstandkoming overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid geschieden, maar de daarmee samenhangende zaken kunnen niettemin aanleiding geven voor een schending van art. 2:8 BW. Partijen moeten dan ook voldoende rekening houden met elkaars belangen en niet de focus leggen op alleen hun eigen belang.

12.4 Feiten en het rechterlijk oordeel

12.4.1 Inleiding

Bepaalde feiten kunnen meermaals in de verschillende uitspraken voorkomen, omdat rechtscolleges die feiten van belang achten voor de beslechting van het geschil over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. In paragraaf 12.2.2 staan bijvoorbeeld verschillende voorbeelden van financiële aspecten die de rechtscolleges van belang achten bij de toetsing van de ontslag- en schorsingsgronden. Dergelijke elementen staan in deze paragraaf centraal.¹⁸³¹ De volgende elementen worden achtereenvolgens behandeld: financiële positie (paragraaf 12.4.2), (samenwerkings)overeenkomst (paragraaf 12.4.3) en tegenstrijdigheden (paragraaf 12.4.4).¹⁸³²

12.4.2 Financiële positie

De (tegenvallende) financiële situatie van de vennootschap wordt meermaals gebruikt als grond voor schorsing of ontslag. Wanneer de vennootschap in zwaar weer verkeert en de bestuurder wettenschap heeft van een litigieuze betaling en daarover niet in gesprek gaat met de andere bestuurders, dan kan dat een deugdelijke reden vormen voor het ontslag.¹⁸³³ Een besluit tot schorsing kan eveneens in redelijkheid genomen worden, indien de raad van commissarissen – in afwijking van eerdere berichtgeving – plotseling geconfronteerd wordt met een potentieel miljoenenverlies.¹⁸³⁴ Verder levert een impasse in het bestuur, de grote en acute problemen en ‘de noodzaak om op de kortst mogelijke termijn een overbruggingskrediet aan te trekken’ een redelijke grond op voor schorsing.¹⁸³⁵ De aangevoerde grond op het gebied van de financiële positie van de vennootschap vormt echter niet altijd een rechtvaardiging voor het bestreden besluit. Indien de bestuurder immers succesvol verweer voert jegens de verwijten, dan kan die grond niet tot schorsing leiden.¹⁸³⁶

¹⁸³¹ De focus ligt op de codes die betrekking hebben op de algemene feiten zoals behandeld in paragraaf 6.4.3. Niet alle feiten zullen echter aan bod komen, omdat niet alle feiten in de rechterlijke beoordeling terugkomen met betrekking tot art. 2:8 BW. Hierdoor ligt de nadruk enkel op de aangehaalde feiten.

¹⁸³² Overeenkomstig code 26 van het codeboek (bijlage II) gaat het bij tegenstrijdigheden erom of de genoemde bepalingen uit de wet, statuten, samenwerkings-/aandeelhoudersovereenkomst of andere overeenkomst tegenstrijdigheden bevatten.

¹⁸³³ Rb. Noord-Holland 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7064 (*R.M. Lodder Beheer/Datacenter Energy Consulting*), r.o. 4.22.

¹⁸³⁴ Rb. Noord-Holland 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:11026 (*Royal Duyvis Wiener*), r.o. 5.18.

¹⁸³⁵ Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3864 (*Riamo Holdings/Rotendo Invest*), r.o. 3.4.2.

¹⁸³⁶ Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 30 december 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL3617 (*DMI Dutch*), r.o. 5.13-5.15.

Voorts overweegt de Rechtbank Noord-Holland dat aan een financieel directeur hoge eisen mogen worden gesteld wat betreft diens betrouwbaarheid, financiële moraliteit en accuratesse. De financiële chaos bij de vennootschap lijkt de bestuurder daardoor zwaarder te worden aangerekend, zodat het ontslagbesluit niet in strijd met art. 2:8 BW is.¹⁸³⁷ Tevens houden de rechtscolleges rekening met het standpunt van de bank als de vennootschap afhankelijk is van de financieringsbereidheid van die partij. In de Nedelko-beschikking oordeelt de Ondernemingskamer namelijk dat het ontslag te billijken is gelet op het verlies van vertrouwen van de bank in de bestuurder. Opvallend is dat een voorwaarde voor herfinanciering is dat de desbetreffende bestuurder niet langer betrokken is bij de vennootschap.¹⁸³⁸

De voorzieningenrechter krijgt met een soortgelijke situatie te maken, aangezien een bestuurder – die de aandeelhouders willen ontslaan – volgens de bank een sleutelpersoon is. Dit volgt ook uit de financieringsovereenkomst, omdat de bank zich het recht heeft voorbehouden om de financiering met onmiddellijke ingang op te eisen als het management van de onderneming wijzigt. Het voorgenomen ontslag van de desbetreffende bestuurder is volgens de voorzieningenrechter onder meer vanwege het gemaakte voorbehoud in strijd met de redelijkheid en billijkheid, aangezien het ontslag de belangen van de vennootschap zal schaden.¹⁸³⁹

Afrondend heeft de financiële staat van de vennootschap invloed op de wijze waarop een aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen moet worden. In casu verkeert de vennootschap – aldus de rechter – jarenlang in een staat van faillissement, waardoor de aandeelhouders er niet bedacht op hoeven te zijn dat binnen de vennootschap tot besluitvorming zal worden overgegaan. Wanneer een van de aandeelhouders niettemin een algemene vergadering bijeenroept om bepaalde aandeelhoudersbesluiten te kunnen nemen, dan moet die partij op grond van art. 2:8 BW nagaan of de oproeping de andere aandeelhouder – die gezien de situatie bij de vennootschap geen activiteit hoeft te verwachten – daadwerkelijk heeft bereikt.¹⁸⁴⁰

Gelet op de voorgaande uitspraken speelt de financiële positie van de vennootschap enkele keren een (omvangrijke) rol bij de beoordeling van het geschil. Er is echter geen duidelijke lijn uit de rechtspraak te destilleren wat betreft de relatie tussen het ontslag-, schorsings- of benoemingsbesluit en de financiële positie van de vennootschap ondanks dat de rechtscolleges met de financiële positie rekening houden.

12.4.3 (Samenwerkings)overeenkomst

Een overeenkomst kan invloed hebben op het rechterlijk oordeel, aangezien daarin afspraken kunnen staan die invulling geven aan de verhoudingen tussen partijen en de daarmee samenhangende rechten en plichten. De rechtscolleges benadrukken ook dat de afspraken uit de (aandeelhouders)overeenkomst kunnen ‘doorwerken’, waardoor het rechtscollege bij de toetsing van het besluit aan art. 2:8 BW rekening kan houden met de gemaakte afspraken.¹⁸⁴¹ In strijd handelen met de

¹⁸³⁷ Rb. Noord-Holland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4596 (*Moerheim New Plant*), r.o. 7.8.

¹⁸³⁸ Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, ARO 2009/56 (*Nedelko*), r.o. 3.7.

¹⁸³⁹ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 21 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3697, r.o. 4.8 en 4.19.

¹⁸⁴⁰ Rb. Amsterdam 18 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2349 (*Riamo Holdings*), r.o. 4.19 en 4.21.

¹⁸⁴¹ Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:193 (*Kekk/Delfino*), r.o. 5.1; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 31 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5677, r.o. 4.2 en 4.7; Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3864 (*Riamo Holdings/Rotendo Invest*), r.o. 3.5.3.

overeenkomst kan daardoor ertoe leiden dat het besluit vernietigbaar is ex art. 2:15 lid 1 sub b BW wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid.¹⁸⁴² Een ander voorbeeld van de invloed van een bepaling van de aandeelhoudersovereenkomst betreft de UHB-beschikking. In casu betoogt een partij dat een bepaling van de overeenkomst het ontslag van de bestuurder kan verhinderen. Deze bepaling interpreteert de Ondernemingskamer vervolgens waarna blijkt dat dat niet het geval is gelet op de bedoeling van partijen.¹⁸⁴³ Kortom, de rechtscolleges kunnen rekening houden met een bepaling uit de overeenkomst en paragraaf 12.4.4 verschaft meer inzicht in hoe deze regels zich verhouden ten opzichte van andere bepalingen binnen de deelrechtsorde van de vennootschap.

12.4.4 Tegenstrijdigheden

De doorwerking van de afspraken in een aandeelhoudersovereenkomst speelt eveneens een prominente rol in deze paragraaf.¹⁸⁴⁴ Hierbij gaat het om de vraag of de bepaling uit de overeenkomst prevaleert boven een eventuele wettelijke regel of statutaire bepaling.

Illustratief hiervoor is de Kekk/Delfino-uitspraak. In casu is bij oprichting statutair verankerd dat voor de benoeming, de schorsing of het ontslag van een bestuurder een twee derde meerderheid is vereist. Volgens de later overeengekomen aandeelhoudersovereenkomst kan ontslag van een bestuurder echter alleen met unanimiteit van stemmen worden genomen in een vergadering waarin het gehele geplaatste aandelenkapitaal is vertegenwoordigd. Ook staat in de overeenkomst dat de aandeelhoudersovereenkomst boven de statuten prevaleert zolang het dwingend recht zich daartegen niet verzet. Enige tijd later zijn partijen vanwege een verslechterde verstandhouding voornemens om een van de vier aandeelhouders/bestuurders te ontslaan, waarna die partij de gerechtelijke procedure entameert.¹⁸⁴⁵

Naar aanleiding van het voorgaande legt het rechtscollege eerst de focus op de verhouding tussen de wet, statuten en aandeelhoudersovereenkomst. Art. 2:244 lid 2 BW brengt mee dat een statutaire unanimiteitsbepaling niet mogelijk is, maar dat blokkeert niet de mogelijkheid om een dergelijke bepaling op te nemen in een aandeelhoudersovereenkomst. Voorts kan een dergelijke bepaling van een overeenkomst doorwerken. Wel kunnen bijzondere omstandigheden meebrengen dat onverkorte nakoming van die contractuele bepaling ex art. 2:8 lid 2 BW niet van een aandeelhouder kan worden verlangd.¹⁸⁴⁶ Vervolgens oordeelt het rechtscollege dat de aandeelhouder een beroep op naleving van de aandeelhoudersovereenkomst kan doen, omdat de verstoorde verhouding onvoldoende is om de aandeelhouder dat beroep te ontzeggen gelet op zijn belang daarbij.¹⁸⁴⁷

¹⁸⁴² Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1450 (*Lucky Establishment*), r.o. 4.14 en 4.17. In casu leidt het in strijd handelen met de vaststellingsovereenkomst ertoe dat in strijd met art. 2:8 BW is gehandeld.

¹⁸⁴³ Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2017, ARO 2017/146 (*United Home Brands*), r.o. 3.7.

¹⁸⁴⁴ Zie voor meer informatie over doorwerking bijvoorbeeld Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 107-108 en de literatuur waarnaar in de Asser wordt verwezen.

¹⁸⁴⁵ Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:193 (*Kekk/Delfino*), r.o. 2.2-2.4 en 2.9.

¹⁸⁴⁶ Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:193 (*Kekk/Delfino*), r.o. 5.1. In deze rechtsoverweging staat ook wanneer naleving onaanvaardbaar is: "Dat zal zich kunnen voordoen als het belang van de vennootschap door onverkorte naleving van de aandeelhoudersovereenkomst, afgezet tegen het daarmee gediende aandeelhoudersbelang, in onaanvaardbare mate wordt geschaad."

¹⁸⁴⁷ Ontslag leidt namelijk tot verlies van controle over de vennootschap en verlies van inkomsten vanwege de opzegging van de managementovereenkomst. Ook blijft de aandeelhouder gebonden aan het concurrentie- en relatiebeding. Tevens is van belang dat de medeaandeelhouders zich tot op heden niet bereid hebben verklaard om haar aandelenbelang over te nemen (Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:193 (*Kekk/Delfino*), r.o. 5.2).

Het Hof Amsterdam deelt in hoger beroep niet de opvatting van het rechtscollege in eerste aanleg, waardoor de zaak een andere uitkomst krijgt. Volgens het hof dient art. 2:244 BW het belang van de vennootschap door ervoor te waken ‘dat ontslag van een bestuurder te zeer wordt bemoeilijkt dan wel onmogelijk wordt gemaakt.’ Gelet daarop zal nakoming van een unanimiteitsregel in een aandeelhoudersovereenkomst snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. In deze zaak overweegt het hof ook dat nakoming onaanvaardbaar is. Het belang van de aandeelhouder/bestuurder moet daardoor wijken voor het belang van de vennootschap dat door de verstoorde verhouding tussen de partijen wordt geschaad.¹⁸⁴⁸

Alhoewel de aandeelhoudersovereenkomst in de vorige uitspraak niet prevaleert, blijft zeer beperkte ruimte aanwezig voor de nakoming van een unanimiteitsregel inzake het ontslag. De Rechtbank Midden-Nederland erkent deze ruimte door te benadrukken dat een statutaire unanimiteitsregel niet geldig is, maar dat een unanimiteitsregel in de aandeelhoudersovereenkomst kan doorwerken in de verhoudingen tussen partijen. Niettemin oordeelt de rechtbank eveneens dat het beschermde belang van de minderheidsaandeelhouder niet opweegt ‘tegen het in artikel 2:244 lid 2 BW beschermde belang van de vennootschap.’ Redenen hiervoor zijn de verstoorde verhoudingen alsmede de verslechterde financiële situatie van de vennootschap en de daarmee verband houdende verwijten aan de ontslagen bestuurder.¹⁸⁴⁹

Ten slotte is in de *Riamo Holding/Rotendo Invest*-uitspraak waarneembaar dat een statutaire bepaling haar werking niet verliest ondanks dat deze mogelijk op gespannen voet staat met een bepaling van de aandeelhoudersovereenkomst. Hierdoor kon een ontslagbesluit worden genomen ondanks de gestelde quorumeis van 100% in de overeenkomst. Wel kan deze bepaling uit de overeenkomst meewegen in de toetsing aan art. 2:8 BW. Echter, deze bepaling mocht de bestuurder onder de gegeven omstandigheden niet baten vanwege argumenten die neigen in de richting van het vennootschappelijk belang dat aanwezig was bij het ontslag van de bestuurder.¹⁸⁵⁰ Daarmee is deze uitspraak in lijn met de *Delfino/Kekk*-uitspraak van het Hof Amsterdam.

De uitspraken maken inzichtelijk dat de mogelijkheid bestaat om een unanimiteitsregel op te nemen in de aandeelhoudersovereenkomst. Een vordering tot nakoming daarvan zal alleen niet snel leiden tot het beoogde gevolg voor de (toekomstig) ontslagen bestuurder. Dit heeft te maken met het belang van de vennootschap dat normaliter zal prevaleren boven het belang van de partij wiens ontslag ter discussie staat.

12.5 Functies art. 2:8 BW

12.5.1 Inleiding

Uit paragraaf 6.3.8.4 blijkt dat de interpreterende (31), aanvullende (1), beperkende (17) en gedragsregulerende (47) functies zijn waargenomen bij geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. Hierbij is opmerkelijk dat de interpreterende en beperkende functies bij dit type geschil – in verhouding tot bij de andere typen geschillen – relatief gezien het

¹⁸⁴⁸ Hof Amsterdam 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:55 (*Delfino/Kekk*), r.o. 3.8-3.13.

¹⁸⁴⁹ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 31 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5677, r.o. 2.12 en 4.2-4.7.

¹⁸⁵⁰ Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3864 (*Riamo Holdings/Rotendo Invest*), r.o. 3.5.1-3.5.3 en 3.5.7.

vaakst voorkomen ten opzichte van de gedragsregulerende functie. De beperkende functie is zelfs ruimschoots het vaakst gesignaleerd bij dit type geschil in vergelijking tot bij de andere typen geschillen. Deze aantallen zorgen ervoor dat de voornoemde functies achtereenvolgens in aparte subparagrafen worden behandeld.

12.5.2 *Interpreterende functie*

Bij de interpreterende functie wordt een binnen de deelrechtsorde bestaande regel naar redelijkheid en billijkheid geïnterpreteerd. Dit gebeurt bij dit type geschil ten aanzien van verschillende bestaande regels. Hierdoor is het mogelijk om uiteenlopende voorbeelden te geven van de interpretatie van de wet, de statuten, bepalingen uit overeenkomsten en besluiten.

De rechtscolleges interpreteren meermaals art. 2:244 BW en daaruit volgt dat ontslag een vergaande discretionaire bevoegdheid betreft, waardoor een ontslagbesluit niet snel in strijd is met art. 2:8 BW.¹⁸⁵¹ Ook is een interpretatie van art. 2:224 lid 1 BW waarneembaar waarin staat dat de oproepingsbrief de te behandelen onderwerpen dient te vermelden. In tegenstelling tot wat de ontslagen bestuurder betoogt, hoeft volgens het rechtscollege de oproepingsbrief niet de gronden voor het ontslag te vermelden. Dat volgt niet uit vaste jurisprudentie of uit art. 2:8 BW.¹⁸⁵² Verder kan de bestuurder rechten ontlene aan een statutaire bepaling. In de statuten van OPDR staat samengevat dat ontslag van een bestuurder te allen tijde mogelijk is en dat de desbetreffende bestuurder – eventueel bijgestaan door een raadsman – in de gelegenheid wordt gesteld zich in de algemene vergadering te verantwoorden. Ook kunnen de aandeelhouders alle besluiten buiten vergadering nemen.¹⁸⁵³ De bestuurder mag echter in deze zaak van de aandeelhouder slechts schriftelijk zijn visie geven en daarom oordeelt de Rechtbank Rotterdam:

“Verantwoorden” impliceert een gesprek tussen aandeelhouders en directeur, alsmede zijn raadsman, tijdens een vergadering waarbij op elkaars argumenten kan worden gereageerd. Bijstand van een raadsman is minder waardevol indien deze zich beperkt tot het schrijven van een brief aan de afdeling zonder dat van gedachten kan worden gewisseld. De rechtbank overweegt voorts dat artikel 14 lid 3 van de statuten een door de opstellers van de statuten zelf verkozen invulling vormt van artikel 2:8 BW; (...).”¹⁸⁵⁴

Deze rechtsoverweging illustreert dat de gekozen bewoording invulling geeft aan art. 2:8 BW. Daardoor heeft de gekozen bewoording invloed op hoe de partijen zich jegens elkaar dienen te gedragen. Hetzelfde geldt voor hoe en met welk doel partijen afspraken vastleggen in een aandeelhoudersovereenkomst. Hierbij is het opmerkelijk dat de Ondernemingskamer in de UHB-beschikking overweegt dat de uitleg van bepalingen van de aandeelhoudersovereenkomst niet aan haar is, maar aan de gewone burgerlijke rechter. Vervolgens overweegt de Ondernemingskamer:

¹⁸⁵¹ Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741 (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.19; Rb. Rotterdam (vzr.) 14 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5709 (*International Plywood*), r.o. 4.7; Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150 (*Venlo/Asparagus Beheer*), r.o. 4.1.4.

¹⁸⁵² Rb. Gelderland 11 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6420 (*Blycolin Shares*), r.o. 4.6. Dat de gronden niet in de oproepingsbrief hoeven te staan, laat onverlet dat alle gronden – zoals beschreven in paragraaf 12.3.2 – voor de bestuurder tijdig kenbaar moeten zijn.

¹⁸⁵³ Rb. Rotterdam 7 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY2646 (*OPDR Netherlands Agencies*), r.o. 2.5-2.6.

¹⁸⁵⁴ Rb. Rotterdam 7 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY2646 (*OPDR Netherlands Agencies*), r.o. 5.6-5.7.

“Nu deze vrijwillige terugtred bij het aangaan van de overeenkomst expliciet door partijen werd beoogd, vormt dit een krachtige aanwijzing dat partijen in redelijkheid aan artikel 3.4 van de aandeelhoudersovereenkomst niet de betekenis hebben kunnen toekennen dat dit artikel ook ontslag zou verhinderen in geval een van partijen zich niet zou houden aan de in artikel 3.6 besloten liggende verplichting tot gelijktijdig terugtreden van de zittende bestuurders bij het aantreden van een nieuwe algemeen directeur.”¹⁸⁵⁵

Doordat er duidelijkheid bestaat over hetgeen partijen beogen, ontstaat een sterke aanwijzing dat een bepaalde uitleg van een bepaling ‘correct’ is. De Ondernemingskamer lijkt zich hierdoor enigszins op het terrein van ‘uitleg’ te begeven, terwijl dit ook volgens de Ondernemingskamer behoort tot de competentie van de burgerlijke rechter. De houding van de Ondernemingskamer kan dan ook als pragmatisch worden bestempeld, aangezien de beoordeling leidt tot beslechting van het geschil. Voorts komt de interpretatie van een besluit meermaals terug in de gecodeerde uitspraken, aangezien de rechtscollages in het kader van dit type geschil veelal beoordelen of het orgaan in redelijkheid – gelet op de totstandkoming en aangevoerde gronden – tot ontslag of schorsing kon overgaan.¹⁸⁵⁶ Deze formulering wordt overigens door rechtbanken, gerechtshoven en meer specifiek de Ondernemingskamer gehanteerd.

12.5.3 Aanvullende functie

Wat betreft de aanvullende functie gaat het erom dat er sprake is van een leemte binnen de deelrechtsorde, die door middel van de aanvullende functie wordt opgevuld. Er ontstaat daardoor als het ware een nieuwe regel. De Rechtbank Limburg maakt van deze functie gebruik door een kader te creëren voor het beoordelen of de bestuurder – wiens ontslag op de agenda staat – de benodigde stukken heeft ontvangen voor het kunnen uitbrengen van een gefundeerd advies.¹⁸⁵⁷ Een dergelijk overzichtelijk kader is niet eerder in andere rechtspraak waargenomen.

12.5.4 Beperkende functie

De beperkende functie kan ervoor zorgen dat een binnen de deelrechtsorde bestaande regel buiten toepassing blijft. In paragraaf 12.3.4.2 is reeds behandeld dat de Ondernemingskamer de beperkende functie van art. 2:8 BW enkele keren aanhaalt om de ruime ontslagbevoegdheid te duiden. Andere rechtscollages benoemen deze functie eveneens om terughoudend te toetsen of een ontslag- of schorsingsbesluit onaanvaardbaar is onder de gegeven omstandigheden.¹⁸⁵⁸ Gelet op deze terughoudendheid zal dan ook een minder ‘elegant’ besluitvormingsproces¹⁸⁵⁹ of een enigszins redelijke grond voor ontslag of schorsing niet snel aanleiding geven om het besluit onaanvaardbaar te

¹⁸⁵⁵ Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2017, ARO 2017/146 (*United Home Brands*), r.o. 3.7.

¹⁸⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 20 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3597 (*Eurosuit*), r.o. 4.7; Rb. Amsterdam (vzr.) 30 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL0290 (*Amtrada Holding*), r.o. 4.2; Hof Amsterdam (OK) 7 mei 2013, ARO 2013/84 (*Viadata*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 16 april 2014, ARO 2014/101 (*Kosmed International*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3864 (*Riamo Holdings/Rotendo Invest*), r.o. 3.4.3; Rb. Nood-Holland 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:11026 (*Royal Duyvis Wiener*), r.o. 5.18; Hof Amsterdam (OK) 5 november 2020, ARO 2021/3 (*L2Fiber*), r.o. 3.25.

¹⁸⁵⁷ Rb. Limburg 9 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:125, r.o. 4.10.

¹⁸⁵⁸ Rb. Dordrecht (vzr.) 22 januari 2004, ECLI:NL:RBDOR:2004:AO2234 (*Scalia/GS Handelsbedrijf*), r.o. 17-21; Rb. Haarlem (vzr.) 16 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV7745, r.o. 4.3.

¹⁸⁵⁹ Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:748 (*Breens*), r.o. 3.17.

achten.¹⁸⁶⁰ Daarentegen kan bijvoorbeeld het doordrukken van een aandeelhoudersbesluit – zoals volgt uit paragraaf 12.3.3 – tot een onaanvaardbare totstandkoming van het besluit leiden, indien de afwezige aandeelhouder – die naar alle verwachtingen aanwezig wilde zijn – niet voorafgaand aan de besluitvorming is benaderd.

Tevens is waarneembaar dat de vennootschap tracht om de nietigheid of vernietigbaarheid van het ontslag- of schorsingsbesluit te pareren door middel van de beperkende functie. In die situatie bevoegt de vennootschap – of althans de andere partij die voorstander is van het ontslag of de schorsing – dat het beroep van de bestuurder op de nietigheid of vernietigbaarheid van het besluit onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹⁸⁶¹ In de voornoemde situatie komt overigens het beroep van de bestuurder veelal voort uit een schending van een totstandkomingsvereiste, zoals de raadgevende stem of het hoorrecht. Dit beroep op de beperkende werking is echter weinig kansrijk, omdat de rechtscolleges het beroep telkens afwijzen. Volgens de Rechtbank Limburg zou het beroep kunnen slagen als de ‘bestuurder de besluitvorming frustreert of anderszins sprake is van zeer zwaarwegende belangen die enig uitstel van de aandeelhoudersvergadering onmogelijk maken.’¹⁸⁶² Hiermee samenhangend oordelen de rechtscolleges eveneens dat het hoorrecht of de raadgevende stem blijft gelden, omdat naleving van die rechten niet onaanvaardbaar is onder de gegeven omstandigheden.¹⁸⁶³

Naast de voorgaande toepassingen van de beperkende functie is deze werking tevens zichtbaar indien de aandeelhoudersovereenkomst een unanimiteitsregel bevat (zie paragraaf 12.4.4) of indien de oprichter ontslagen wordt ‘zonder inhoudelijk gesprek over de verwijten aan zijn adres’.¹⁸⁶⁴ Voorts kan een beroep op de vervaltermijn van art. 2:15 lid 5 BW onaanvaardbaar zijn als de andere partij welbewust niet op de hoogte is gebracht van een besluit (machtswisseling).¹⁸⁶⁵ Niet alleen de wet maar ook de statuten kan het rechtscollege buiten werking stellen middels deze functie van art. 2:8 BW. In de Stergro International-uitspraak heeft de algemene vergadering plaatsgevonden op het gebruikelijke adres dat afwijkt van hetgeen in de statuten staat. Hiervan was de bestuurder op de hoogte en daartegen heeft de bestuurder geen bezwaar gemaakt. Hij heeft zelfs bevestigd aanwezig te zijn. Onder deze omstandigheden is volgens het rechtscollege sprake van een dermate geringe afwijking van de statuten dat vernietiging van het ontslagbesluit op grond daarvan onaanvaardbaar is.¹⁸⁶⁶

Het voorgaande illustreert dat de beperkende werking op uiteenlopende manieren terugkomt in dit type geschil. Dit geeft rechtscolleges onder uitzonderlijke omstandigheden de ruimte om pragmatisch te oordelen over de zaak om een onaanvaardbare uitkomst te voorkomen.

¹⁸⁶⁰ Hof Amsterdam (OK) 24 mei 2007, ARO 2007/83 (*KBK Beheer*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2021, ARO 2021/45 (*Broekman Group*), r.o. 3.8.

¹⁸⁶¹ Rb. Utrecht (vzr.) 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1237, r.o. 4.14; Rb. Overijssel (vzr.) 22 juni 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2585 (*Simarc Beheer/Securion Vastgoed*), r.o. 4.6.

¹⁸⁶² Rb. Limburg 9 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:125, r.o. 4.18.

¹⁸⁶³ Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BD9776 (*Eco-HT*), r.o. 8; Rb. Gelderland (vzr.) 7 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:4987 (*Tismi*), r.o. 4.7.

¹⁸⁶⁴ Rb. Amsterdam (vzr.) 23 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5911, r.o. 4.3.

¹⁸⁶⁵ Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1450 (*Lucky Establishment*), r.o. 4.20.

¹⁸⁶⁶ Rb. Gelderland 4 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:52 (*Stergro International*), r.o. 5.12.

12.5.5 Gedragsregulerende functie

Zoals bij de andere typen geschillen is de gedragsregulerende functie wederom het vaakst waargenomen.¹⁸⁶⁷ Hierdoor is het onvermijdelijk dat de toepassing van deze functie reeds (impliciet) uitgebreid behandeld is in de voorgaande paragrafen van dit hoofdstuk. Dit komt hoofdzakelijk doordat de rechtscolleges veelvuldig gedragsnormen aanhalen zoals het hoorrecht en de daarmee samenhangende normen die partijen in acht moeten nemen bij de totstandkoming van een schorsings- of ontslagbesluit. Hierbij kan gedacht worden aan (i) dat de bestuurder voorafgaand aan de vergadering dient te weten dat de schorsing of het ontslag zal worden behandeld, (ii) dat de bestuurder van de gronden voor het voorgenomen besluit op de hoogte moet worden gesteld, en (iii) dat de bestuurder voldoende tijd krijgt om zijn zienswijze deugdelijk voor te bereiden en te geven.¹⁸⁶⁸ Andere voorbeelden zijn de ‘ontslagvrijheid’ van het daartoe bevoegde orgaan – mede gelet op het Sjardin-arrest – en dat voor schorsing een voldoende zwaarwegende grond is vereist (paragraaf 12.2.3).

Ook wordt met enige regelmaat het gedrag van partijen aan art. 2:8 BW getoetst. Hiervan zijn uiteenlopende voorbeelden in de paragrafen 12.2 en 12.3 gegeven. Zo is onder meer het volgende gedrag onder omstandigheden niet verenigbaar met art. 2:8 BW: (i) bepaalde suggestieve berichtgeving verspreiden over de bestuurder inzake het ontslag,¹⁸⁶⁹ (ii) het ‘misbruiken’ van de aandeelhoudersmacht door het ontslag te willen doorzetten,¹⁸⁷⁰ (iii) de bestuurder uit het handelsregister uitschrijven bij gebreke van evidente nietigheid van het benoemingsbesluit,¹⁸⁷¹ (iv) het kort voor een machtswissel op aandeelhoudersniveau ontslaan en benoemen van een bestuurder,¹⁸⁷² en (v) het niet trachten te voorzien in een openstaande vacature voor een statutair bestuurder terwijl de vennootschap geen bestuurder (meer) heeft.¹⁸⁷³

Voorts grijpen de rechtscolleges (impliciet) terug op uitspraken van de Hoge Raad zoals de Zwagerman-beschikking,¹⁸⁷⁴ de Cancun-beschikkingen,¹⁸⁷⁵ het VEB/KLM-arrest en het Mante-arrest.¹⁸⁷⁶ Met name de Zwagerman-norm wordt door de Ondernemingskamer in de Dmarc Advisor-beschikking creatief gebruikt om de macht van de meerderheidsaandeelhouder in te beperken, aangezien het oneigenlijk uitoefenen van de ontslagbevoegdheid onder de gegeven omstandigheden niet verenigbaar is met de art. 2:8 BW.

¹⁸⁶⁷ Van de gedragsregulerende functie is er sprake als het rechtscollege een reeds op art. 2:8 BW gecreëerde gedragsnorm aanhaalt, toepast of aanscherpt. Hieronder valt ook de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW als gedragsnorm waarvan de inhoud afhankelijk is van de feiten en omstandigheden (zie code 41.5 van het codeboek (bijlage II)).

¹⁸⁶⁸ Zie onder meer paragraaf 12.3.2.

¹⁸⁶⁹ Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, ARO 2008/49 (MBV), r.o. 3.5.

¹⁸⁷⁰ Hof Amsterdam (OK) 10 december 2008, ARO 2009/1 (Amsterdamsche Huizenhandel en Administratiemaatschappij), r.o. 3.17.

¹⁸⁷¹ Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, ARO 2016/90 (Van Huis Uit Holding), r.o. 3.13.

¹⁸⁷² Rb. Rotterdam (vzr.) 13 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5863 (H.B.P.), r.o. 4.5.3.

¹⁸⁷³ Hof Amsterdam (OK) 2 mei 2018, ARO 2018/130 (Hepta G), r.o. 5.8.

¹⁸⁷⁴ Hof Amsterdam (OK) 14 november 2022, ARO 2022/210 (Dmarc Advisor), r.o. 4.12.

¹⁸⁷⁵ Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1450 (Luckey Establishment), r.o. 4.14.

¹⁸⁷⁶ Rb. Amsterdam 18 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2349 (Riamo Holdings), r.o. 4.8-4.9. Zie voor het VEB/KLM-arrest bijvoorbeeld ook Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1450 (Luckey Establishment), r.o. 4.14, aangezien het arrest van de Hoge Raad met name gebruikt wordt om de toetsingsmaatstaf inzake art. 2:15 lid 1 sub b BW te duiden.

Samengevat blijkt uit de rechtspraak dat rechtscolleges op diverse manieren de gedragsregulerende functie – zoals in de voorgaande hoofdstukken – toepassen om het geschil te beslechten. Hierbij grijpen de rechtscolleges met enige regelmaat terug op eerder geformuleerde gedragsnormen en vinden daardoor steun in hetgeen andere rechtscolleges hebben overwogen. Daarnaast zorgt een toetsing van het gedrag aan art. 2:8 BW ervoor dat de rechtscolleges eenvoudig kunnen inspelen op unieke feiten en omstandigheden, waardoor duidelijk wordt dat bepaald gedrag (on)toelaatbaar is.

12.6 Wijze van toetsing

Paragraaf 6.3.9.5 bevat ook informatie over de wijze waarop de rechtscolleges toetsen bij geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. Daaruit volgt dat een volle (55) en terughoudende toetsing (53) qua aantallen ongeveer evenveel is geconstateerd. Hetzelfde geldt voor de toetsing van materiële (49) en formele (59) aspecten. De vraag is hierdoor of de formele aspecten telkens vol worden getoetst en de materiële aspecten terughoudend. Hoofdzakelijk is dat wel het geval, aangezien de rechtscolleges enerzijds bijvoorbeeld bij de beoordeling van het hoorrecht – of een aanverwante gedragsnorm met betrekking tot de totstandkoming van het besluit – zonder belangenafweging oordelen of de handelwijze verenigbaar is met art. 2:8 BW.¹⁸⁷⁷ Anderzijds zijn de rechtscolleges terughoudend wat betreft de beoordeling van de inhoudelijke gronden voor schorsing en ontslag. Bij de toetsing van het schorsingsbesluit vindt namelijk een belangenafweging plaats om te beoordelen of er sprake is van een ‘zwaarwegende grond’.¹⁸⁷⁸ Daarnaast is van een belangenafweging eveneens sprake bij de toetsing van het ontslagbesluit, alleen ligt de nadruk daarbij (sterker) op de ruime discretionaire bevoegdheid van het orgaan met de ontslagbevoegdheid.¹⁸⁷⁹

Terugkerend op de vraag uit de vorige alinea valt op te merken dat rechtscolleges met name overeenkomstig het uitgangspunt formele aspecten vol toetsen en materiële aspecten terughoudend. In de Riamo Holding-uitspraak komt deze wijze van toetsing aan bod om te verduidelijken hoe een rechtscollege een besluit behoort te toetsen. Het rechtscollege oordeelt in deze zaak:

“Dit laat onverlet dat de rechter in zijn algemeenheid terughoudendheid past bij de beoordeling of een orgaan van een vennootschap bij het nemen van een besluit alle in aanmerking komende belangen naar redelijkheid en billijkheid heeft afgewogen en daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht heeft genomen (vgl. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461). De ratio van het marginale karakter van deze toetsing is dat het orgaan bij de besluitvorming en de daarbij af te wegen - dikwijls tegenstrijdige - belangen een eigen verantwoordelijkheid heeft en de rechter dat orgaan die ruimte ook moet laten.

Een besluit kan, behalve inhoudelijk, ook in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid door de wijze van totstandkoming. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat in deze gevallen de

¹⁸⁷⁷ Zie paragraaf 12.2.2.

¹⁸⁷⁸ Zie paragraaf 12.3.5.

¹⁸⁷⁹ Dit blijkt uit paragraaf 12.3.4. Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland (vzr.) 4 juli 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5753 (*Nachtegalenpad/Hemingway's Beach Restaurant*), r.o. 4.2; Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150 (*Venlo/Asparagus Beheer*), r.o. 4.1.4.

toetsing niet marginaal is. In het Mante-arrest (Hoge Raad 30 oktober 1964, NJ 1965/107) is het volgende overwogen (...).¹⁸⁸⁰

Overeenkomstig het VEB/KLM-arrest behoren de rechtscolleges dus terughoudend te toetsen en het Mante-arrest maakt inzichtelijk dat de totstandkoming van het besluit niet terughoudend dient te worden getoetst.¹⁸⁸¹ Ondanks deze rechtspraak van de Hoge Raad moet de eerder gestelde vraag met ‘nee’ worden beantwoord, want de rechtscolleges toetsen – zoals volgt uit de onderstaande uitspraken – niet alle formele aspecten vol en niet alle materiële aspecten terughoudend.

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zorgt bijvoorbeeld ervoor dat de rechtscolleges een formeel aspect terughoudend toetsten.¹⁸⁸² Deze terughoudende toetsing ligt in de lijn der verwachtingen gelet op de toepassing van art. 2:8 lid 2 BW. Minder voordehand liggend is de terughoudende toetsing van een schending van de raadgevende stem. In de Eurosuit-uitspraak stelt de bestuurder dat hij niet zijn raadgevende stem heeft kunnen uitbrengen vanwege een doorgegeven verhindering.¹⁸⁸³ Hierna vindt een belangenafweging plaats die in het voordeel van de vennootschap uitvalt, waardoor zij in redelijkheid kon besluiten om de algemene vergadering te laten doorgaan.¹⁸⁸⁴ De International Plywood-uitspraak bevat een soortgelijk oordeel. In casu leidt de schending van de raadgevende stem namelijk – mede gelet op de vergaande discretionaire bevoegdheid van de algemene vergadering – er niet toe dat in strijd met art. 2:8 BW wordt gehandeld.¹⁸⁸⁵ Vergelijkbaar hiermee zijn twee uitspraken van de Rechtbank Midden-Nederland en de Rechtbank Overijssel. In die uitspraken betogen de ontslagen bestuurders dat het geven van een reactie of raadgevende stem zinloos was omdat het ontslag in de aandeelhoudersvergadering reeds zou vaststaan. Volgens de rechtbanken doet dat argument geen afbreuk aan de rechtsgeldigheid van het ontslagbesluit, aangezien ontslag een vergaande discretionaire bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering is en niet snel in strijd met art. 2:8 BW is.¹⁸⁸⁶ Ondanks dat een terughoudendere toetsing bij de laatste drie uitspraken minder in de lijn der verwachting ligt, past het overigens in zekere zin wel bij de terughoudende toetsing van besluiten conform het VEB/KLM-arrest zoals hierboven volgt uit de Riamo Holding-uitspraak.

Verder toetsten de rechtscolleges een aantal keren een materieel aspect vol(ler). Zo oordeelt de Ondernemingskamer meermaals resoluut dat bepaald (materieel) gedrag in strijd is met art. 2:8 BW. Een partij handelt bijvoorbeeld niet overeenkomstig deze norm, omdat (i) de inhoud van de

¹⁸⁸⁰ Rb. Amsterdam 18 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2349 (*Riamo Holdings*), r.o. 4.8-4.9.

¹⁸⁸¹ In onder meer de volgende uitspraken verwijzen de rechtscolleges eveneens (impliciet) naar het VEB/KLM-arrest van de Hoge Raad: Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1450 (*Luckey Establishment*), r.o. 4.17; Rb. Noord-Nederland 7 mei 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2048, r.o. 4.43; Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1015 (*Luckey Establishment*), r.o. 3.36; Rb. Noord-Holland (vzr.) 4 juli 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5753 (*Nachtegalenpad/Hemingway's Beach Restaurant*), r.o. 4.2.

¹⁸⁸² Rb. Zutphen (vzr.) 27 juli 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ9088 (*De Jong Intra Vakanties/Roan Comfort Camp*), onder ‘de beoordeling’; Rb. Amsterdam (vzr.) 23 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5911, r.o. 4.3; Rb. Gelderland 4 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:52 (*Stergro International*), r.o. 5.12; Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:748 (*Breens*), r.o. 3.17.

¹⁸⁸³ In casu wilde de bestuurder aanwezig zijn bij een belangrijke beurs en daardoor was hij verhinderd. Niettemin mocht de vennootschap de vergadering laten doorgaan, omdat de bestuurder aanvankelijk met de datum had ingestemd, de algemene vergadering op korte termijn diende plaats te vinden en de bestuurder zich kon laten vertegenwoordigen.

¹⁸⁸⁴ Hof Amsterdam 20 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3597 (*Eurosuit*), r.o. 4.7.

¹⁸⁸⁵ Zie paragraaf 12.3.3 voor een uitgebreidere uiteenzetting van deze uitspraak: Rb. Rotterdam (vzr.) 14 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5709 (*International Plywood*), r.o. 4.7.

¹⁸⁸⁶ Rb. Midden-Nederland 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2903, r.o. 4.3; Rb. Overijssel (vzr.) 26 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2602 (*Centric Netherlands*), r.o. 4.10.

berichtgeving over het ontslag van de bestuurder ongepast is,¹⁸⁸⁷ (ii) de partij bij gebreke van evidente nietigheid een medebestuurder heeft uitgeschreven,¹⁸⁸⁸ en (iii) een ‘ondeugdelijke’ grond ten grondslag ligt aan het ontslagbesluit.¹⁸⁸⁹ Naast de Ondernemingskamer toetst de voorzieningenrechter een materieel aspect vol. De H.B.P.-uitspraak illustreert dat de voorzieningenrechter zonder belangenafweging bepaald gedrag – ontslaan en benoemen van een bestuurder kort voor een machtswissel op aandeelhoudersniveau – in strijd met art. 2:8 BW acht.¹⁸⁹⁰

Alhoewel de toetsing van geschillen binnen dit type hoofdzakelijk overeenkomstig het standaard uitgangspunt – met betrekking tot volle en terughoudende toetsing – geschiedt, is niettemin waarneembaar dat de rechtscolleges onder omstandigheden een formeel aspect terughoudend toetsen en een materieel aspect vol(ler) toetsen. Hieruit volgt dan ook dat de rechtscolleges niet rigide vasthouden aan het standaard uitgangspunt, aangezien zij de beleids- en/of beoordelingsvrijheid van de vennootschapsactoren inperken of verruimen afhankelijk van de feiten en omstandigheden of de toetsingsnorm.

12.7 Bevindingen

Uit het overzicht in paragraaf 12.2 en de daaropvolgende paragrafen blijkt dat de redelijkheid en billijkheid op uiteenlopende manieren terugkomt in de totstandkomingsfase bij een besluit tot ontslag, schorsing of benoeming van een bestuurder. Vanaf het moment dat een bestuursbesluit voor het bijeenroepen van de aandeelhoudersvergadering wordt genomen tot zelfs na het nemen van het bestreden besluit, blijft de voornoemde norm onverkort van kracht. Hierdoor is een zorgvuldige voorbereiding en uitvoering essentieel om overeenkomstig art. 2:8 BW te handelen. De bestuurder mag immers als het ware niet in het duister tasten met betrekking tot het voorgenomen besluit. Hij dient tevens in staat te worden gesteld om zich tegen een eventuele schorsing of ontslag te verdedigen. Dit brengt bijvoorbeeld mee dat de bestuurder de benodigde informatie voor zijn verdediging tijdig moet ontvangen. Ook vormt het hoorrecht in dit geheel een cruciaal element dat samenhangt met andere regels betreffende de totstandkoming van het besluit. Het is immers van belang dat de bestuurder op basis van de oproeping weet wanneer het ontslag of de schorsing wordt behandeld alsmede dat de bestuurder op een bepaalde manier verneemt wat de gronden voor het voorgenomen besluit zijn. In aanvulling hierop moet de bestuurder voldoende tijd krijgen voor het voorbereiden van zijn zienswijze en het geven daarvan. Gelet op hetgeen in deze alinea staat, zijn er dus verschillende elementen van belang voorafgaand aan het daadwerkelijk nemen van het besluit. Indien deze ‘voorfase’ niet zorgvuldig geschiedt, bestaat het risico dat de bestuurder onvoldoende in de gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze deugdelijk te geven.

Naast de vele normen met betrekking tot de totstandkomingsfase is het opmerkelijk dat de rechtsregel uit het Sjardin-arrest niet alle rechtscolleges ervan weerhoudt om in geval van ontslag materiële (ontslag)gronden te betrekken bij een toetsing aan art. 2:8 BW. Daarnaast interpreteren niet alle rechtscolleges het arrest op dezelfde manier, waardoor een discrepantie ontstaat tussen de wijze waarop de verschillende rechtscolleges dergelijke geschillen beslechten. Wel bestaat er

¹⁸⁸⁷ Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, *ARO* 2008/49 (*MBV*), r.o. 3.5.

¹⁸⁸⁸ Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO* 2016/90 (*Van Huis Uit Holding*), r.o. 3.12-3.13.

¹⁸⁸⁹ Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, *ARO* 2017/115 (*Kors*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 13 november 2017, *ARO* 2018/35 (*Aptitude Health*), r.o. 3.10.

¹⁸⁹⁰ Rb. Rotterdam (vzr.) 13 mei 2016, *ECLI:NL:RBROT:2016:5863 (H.B.P.)*, r.o. 4.5.3.

(hoogstwaarschijnlijk) overeenstemming over het feit dat ontslag een vergaande discretionaire bevoegdheid is. Dit zorgt ervoor dat de eventuele toetsing van materiële gronden slechts onder uitzonderlijke omstandigheden leidt tot een schending van art. 2:8 BW op basis van die gronden. Het wettelijk uitgangspunt dat ontslag te allen tijde mogelijk is, blijft daardoor grotendeels overeind. Hierdoor blijft de beoordelingsvrijheid van het orgaan met de ontslagbevoegdheid mede in stand, aangezien de rechtscolleges (zeer) terughoudend toetsen. Dit geldt echter niet voor de schorsingsbevoegdheid. Schorsing zou immers tevens overeenkomstig de wet te allen tijde mogelijk zijn, alleen blijkt dat voor schorsing een voldoende zwaarwegende grond is vereist. Dit doet afbreuk aan het wettelijk uitgangspunt. De schorsingsbevoegdheid wordt namelijk daardoor ingeperkt, waardoor de beoordelingsvrijheid van het daartoe bevoegde orgaan afneemt. Deze inperking versterkt voorts de positie van de (toekomstig) geschorste bestuurder en kan het belang van de vennootschap dienen. Een gegronde reden voor schorsing van de bestuurder zal immers minder snel aanwezig zijn indien de bestuurder overeenkomstig het belang van de vennootschap handelt of als het belang van de vennootschap zich tegen de schorsing verzet.

Bij ontslag en schorsing kunnen verder de financiële positie en de tussen partijen gemaakte afspraken een rol spelen. De rechtscolleges houden met enige regelmaat daarmee rekening bij de toetsing van het geschil aan art. 2:8 BW. Voorts geven de gemaakte afspraken en de genomen besluiten aanleiding voor de toepassing van de interpreterende functie. Deze functie gebruiken de rechtscolleges – net zoals de gedragsregulerende functie – op soortgelijke wijze. Dit geldt in bepaalde mate eveneens voor de beperkende functie, waarbij een grote variatie aan toepassingen waarneembaar is ten opzichte van bij de andere typen geschillen. Wat betreft de wijze van toetsing bevinden de rechtscolleges zich eveneens hoofdzakelijk op dezelfde lijn. De rechtscolleges toetsen namelijk nagenoeg uitsluitend materiële aspecten terughoudend en formele aspecten vol. Opvallend hierbij is dat het Hof Amsterdam en drie rechtbanken – in tegenstelling tot de Ondernemingskamer – een formeel aspect terughoudend hebben getoetst, terwijl het in die zaken niet gaat om een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. De meerwaarde van deze vier uitspraken moet echter niet worden overschat. Het zijn immers slechts vier uitspraken.

DEEL III – SYNTHESE, CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Hoofdstuk 13. De rechtspraakanalyse vergeleken met het beschreven kader

13.1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt hoe de bevindingen in de hoofdstukken 7 tot en met 12 zich verhouden tot het beschreven kader in de hoofdstukken 2 tot en met 4.¹⁸⁹¹ Middels deze analyse wordt inzichtelijk of het kader aansluit bij de vaststellingen uit de rechtspraak en of het kader aanvulling behoeft. Hierbij dient te worden opgemerkt dat het beschreven kader hoofdzakelijk op literatuur is gebaseerd en – zoals beschreven in paragraaf 1.3 – faciliterend is om de systematische rechtspraakanalyse uitvoerbaar te maken. Dit brengt mee dat het kader en de rechtspraakanalyse gedeeltelijk kunnen overlappen indien de opvattingen in de literatuur zich baseren op vergelijkbare dan wel (nagenoeg) dezelfde rechtspraak.

Achtereenvolgens worden de volgende elementen behandeld: informatieverstrekking (paragraaf 13.2), belangenverstrengeling (paragraaf 13.3), winstbestemming (paragraaf 13.4), strategie en beleid (paragraaf 13.5), structuurwijziging (paragraaf 13.6) en ontslag, schorsing en benoeming bestuurder (paragraaf 13.7). Vervolgens gaan de paragrafen 13.8 en 13.9 respectievelijk in op de functies van art. 2:8 BW en de wijze van toetsing met betrekking tot de zes typen ondernemingsrechtelijke geschillen. Indien mogelijk wordt in de voornoemde paragrafen aansluiting gezocht bij de codes van het codeboek voor de structuur. Ook wordt telkens eerst het beschreven kader bondig uiteengezet.¹⁸⁹² Hierna volgt een beschrijving van de bevindingen uit de rechtspraakanalyse.¹⁸⁹³ Daaropvolgend worden de bevindingen vergeleken met het kader voor het in kaart brengen van de overeenkomsten en afwijkingen. Afrondend komt aan bod of het beschreven kader aanvulling behoeft.¹⁸⁹⁴ Hiermee geeft dit hoofdstuk antwoord op de vraag: ‘Hoe verhoudt hetgeen in de gecodeerde rechtspraak is waargenomen zich tot het beschreven kader met betrekking tot de gevalstypen, de functies van art. 2:8 BW alsmede de wijze van toetsing en dient dit kader naar aanleiding daarvan te worden aangevuld?’

13.2 Informatieverstrekking

13.2.1 Inleiding

Aansluitend bij het codeboek worden achtereenvolgens behandeld: het informatierecht van de aandeelhouder binnen vergadering (paragraaf 13.2.2), het informatierecht van de aandeelhouder buiten vergadering (paragraaf 13.2.3), de spontane/zelfstandige informatieplicht van het bestuur aan de

¹⁸⁹¹ In dit hoofdstuk staan verwijzingen naar rechtspraak die vanwege de recentere publicatiedatum niet in de rechtspraakanalyse zijn meegenomen. Dit gebeurt om weer te geven of de ‘recentere’ rechtspraak aansluit of afwijkt van hetgeen is beschreven.

¹⁸⁹² Zie de inhoudelijke hoofdstukken 2 tot en met 4 voor een uitgebreidere beschrijving van de verschillende elementen inclusief bijbehorende bronnen.

¹⁸⁹³ Ter illustratie wordt hierbij verwezen naar een gedeelte van de gecodeerde rechtspraak.

¹⁸⁹⁴ De vergelijking en/of aanvulling staan ten behoeve van de structuur in dezelfde subparagraaf. Ook kunnen bij een gevalstype bepaalde onderdelen van de uiteengezette structuur worden samengevoegd om niet in herhaling te hoeven treden.

aandeelhouder(s) (paragraaf 13.2.4) en het informatierecht tussen bestuurders onderling (paragraaf 13.2.5).

13.2.2 *Informatierecht binnen vergadering*

13.2.2.1 Het beschreven kader

Art. 2:217 lid 2 BW bepaalt dat het bestuur en de raad van commissarissen alle verlangde inlichtingen aan de algemene vergadering moeten verstrekken, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet.¹⁸⁹⁵ Dit brengt mee dat de aandeelhoudersvergadering recht heeft op alle inlichtingen over de financiële en operationele situatie van de vennootschap om een gefundeerde besluitvorming daarover mogelijk te maken. In aanvulling hierop is de heersende leer dat individuele aandeelhouders recht hebben om tijdens de aandeelhoudersvergadering vragen te stellen, maar dat een aandeelhouder bij een informatieverzoek rekening moet houden met de grenzen van art. 2:8 BW. De vragen behoren daardoor direct verband te houden met het gevoerde beleid. Verder is niet vereist dat de gestelde vragen per se betrekking hebben op een voorliggend agendapunt. Wel zal de vennootschap in beginsel minder gedetailleerd en uitvoerig een vraag hoeven te beantwoorden ingeval de vennootschap zich daarop niet heeft kunnen voorbereiden.

13.2.2.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

Paragraaf 7.3.2 gaat in op binnen de algemene vergadering gestelde vragen. Daaruit blijkt dat het bestuur op voorhand rekening moet houden met welke vragen een aandeelhouder kan stellen tijdens de algemene vergadering. Zo kan het onbegrijpelijk zijn dat een bestuurder geen antwoord geeft op een vraag die betrekking heeft op de specificatie van de omzet zoals vermeld in de concept-jaarstukken.¹⁸⁹⁶ Ook is een informatieverstrekking – gelet op de in acht te nemen bijzondere zorgvuldigheid – gebrekkig als niet alle vragen worden beantwoord en vele antwoorden meer het karakter hebben van polemieken dan van informatieverschaffing.¹⁸⁹⁷

Een zorgvuldigheidsplicht kan ontstaan omdat een van de aandeelhouders niet (meer) in het bestuur is vertegenwoordigd. Deze plicht kan te meer gelden indien de aanvankelijke samenwerking op basis van gelijkwaardigheid is ingestoken. Van de vennootschap wordt dan verwacht dat zij de minderheidsaandeelhouder ‘desgevraagd ruimhartig voorziet van relevante informatie met betrekking tot de vennootschap waarvan zij redelijkerwijs mag aannemen dat de minderheidsaandeelhouder daarover niet beschikt.’¹⁸⁹⁸ De ongelijke verhouding en de initieel beoogde samenwerking zorgen er feitelijk voor dat informatieverzoeken van de minderheidsaandeelhouder eerder ingewilligd behoren te worden en minder snel onredelijk zijn.

Vergelijkbaar hiermee is de bijzondere zorgplicht die in een ongelijke verhouding ontstaat jegens de minderheidsaandeelhouder/niet-bestuurder, waaruit een ruimhartige informatieplicht

¹⁸⁹⁵ De informatie in deze paragraaf volgt uit paragraaf 2.2.2. Het eerste cijfer van de verwijzing verwijst overigens altijd naar het desbetreffende hoofdstuk, in dit geval hoofdstuk 2.

¹⁸⁹⁶ Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2013, *ARO* 2013/46 (*Associated Asset Management Corporation*), r.o. 3.12.

¹⁸⁹⁷ Hof Amsterdam (OK) 5 december 2003, *ARO* 2003/185 (*Van Doorn Corporate Development Group*), r.o. 3.7.

¹⁸⁹⁸ Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2018, *ARO* 2018/101 (*RAB Retail Vastgoed*), r.o. 3.6 en 3.8.

voortkomt die te meer geldt als mogelijk sprake is van een belangenverstrengeling.¹⁸⁹⁹ Vervolgens is de vereiste openheid niet verschaft indien concrete vragen van de minderheidsaandeelhouder over de verschillende posities van de bestuurder niet zijn beantwoord. Het bestuur zal ook niet conform de informatieplicht handelen als hij naar aanleiding van vragen over een transactie alleen verwijst naar een gesloten overeenkomst zonder duidelijkheid te verschaffen over de inhoud daarvan.¹⁹⁰⁰

Ook kunnen omstandigheden meebrengen dat de informatieverstrekking gedetailleerder en controlebaarder moet zijn. Zo kan een ‘ruimhartige, feitelijke en verifieerbare informatieverzorging cruciaal’ zijn indien de persoonlijke verhoudingen door achterdocht worden geregeerd. De informatieplicht is echter niet onbegrensd. De verplichting om de gevraagde informatie meer in detail of meer gesubstantieerd te verstrekken eindigt ingeval de vragende partij geen redelijk belang heeft om de informatie te ontvangen of als een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet.¹⁹⁰¹ Daarnaast kan een aandeelhouder/niet-bestuurder zodanig uitvoerig en gedetailleerde vragen stellen dat niet in redelijkheid kan worden volgehouden dat hij recht heeft op – volledige – beantwoording daarvan. Dit is bijvoorbeeld het geval als de vragen betrekking hebben op de operationele gang van zaken van een werkmaatschappij, terwijl de aandeelhouder een (kleine) concurrent is van de vennootschap.¹⁹⁰²

13.2.2.3 Vergelijking en/of aanvulling

Paragraaf 13.2.2.2 illustreert dat individuele aandeelhouders – overeenkomstig het beschreven kader – recht hebben om tijdens de aandeelhoudersvergadering vragen te stellen. De informatieverzoeken van een aandeelhouder zijn mede blijkens de voormelde paragraaf niet snel onredelijk. Slechts in één uitspraak heeft een aandeelhouder/niet-bestuurder – die concurrerende activiteiten ontplooit – te uitvoerig en gedetailleerde vragen gesteld. Alhoewel een aandeelhouder de grenzen van het redelijke niet vaak overschrijdt, moet de aandeelhouder wel in overeenstemming met het beschreven kader rekening houden met de grenzen van art. 2:8 BW. Het bestuur moet ook rekening houden met potentiële vragen van een aandeelhouder. Daarnaast zorgt een ongelijke verhouding – qua vertegenwoordiging van de aandeelhouders in het bestuur – eventueel in combinatie met het (persoonsgebonden) samenwerkingsverband voor een ruimhartige informatieplicht jegens de aandeelhouder/niet-bestuurder. Wanneer een ruimhartige informatieplicht geldt, zijn de informatieverzoeken van de aandeelhouder minder snel onredelijk. Dit kan ook betekenen dat het beroep op een gesuggereerd zwaarwichtig belang minder kansrijk is voor het bestuur.¹⁹⁰³

¹⁸⁹⁹ Hof Amsterdam (OK) 10 april 2018, *ARO* 2018/112 (*Aeon Plaza Hotels Holding*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, *ARO* 2019/105 (*L'Étoile Properties Netherlands*), r.o. 3.15-3.16.

¹⁹⁰⁰ Deze uitspraken – evenals de hiervoor behandelde rechtspraak in deze paragraaf – komen uitgebreider aan bod in paragraaf 7.3.2.

¹⁹⁰¹ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, *ARO* 2022/60 (*Beheer- en beleggingsmaatschappij Blei Zwartsluis*), r.o. 3.12. Zie ook meer recent met een verwijzing naar de BBBZ-beschikking: Hof Amsterdam (OK) 16 mei 2024, *ECLI:NL:GHAMS:2024:1399* (*Shoelab*), r.o. 3.14.

¹⁹⁰² Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2001, *JOR* 2001/204 (*Flora Beheer*), r.o. 3.2-3.3. De Flora Beheer- en BBBZ-beschikkingen staan in paragraaf 7.3.6.

¹⁹⁰³ Informatie over de redelijkheid van informatieverzoeken en een zwaarwichtig belang dat zich tegen informatieverzorging kan verzetten, komt ook in paragraaf 13.2.3 terug vanwege de daarin behandelde rechtspraak. Dat de voornoemde paragraaf gaat over informatieverzoeken buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering, betekent niet dat die rechtspraak niet relevant is voor informatieverzoeken binnen vergadering, aangezien zowel informatieverzoeken binnen als buiten vergadering op eenzelfde wijze (behoren te) worden begrensd.

Met inachtneming van de vorige alinea bevestigt de rechtspraakanalyse dat een individuele aandeelhouder vragen kan stellen tijdens de vergadering en dat art. 2:8 BW het informatierecht van de aandeelhouder begrenst. Ten opzichte van het beschreven kader verduidelijkt de rechtspraakanalyse dat informatieverzoeken klaarblijkelijk niet snel op gespannen voet staan met art. 2:8 BW. De behandelde rechtspraak in paragraaf 13.2.2.2 gaat immers hoofdzakelijk over het bestuur dat onvoldoende aan de informatieplicht voldoet.¹⁹⁰⁴ In de rechtspraakanalyse en het beschreven kader blijft wel onderbelicht hoe de praktijk met het informatierecht en de informatieplicht kan omgaan.

Het uitgangspunt is gelet op het beschreven kader en de rechtspraakanalyse dat een aandeelhouder in beginsel alle vragen kan stellen. Of het bestuur de vragen dient te beantwoorden, is afhankelijk van de volgende drie aspecten: (i) hebben de vragen tijdens de aandeelhoudersvergadering betrekking op het gevoerde beleid en/of de agendapunten van de vergadering, (ii) heeft de aandeelhouder enig redelijk belang bij beantwoording van de vragen, en (iii) verzet een zwaarwichtig belang zich tegen beantwoording daarvan? Indien het bestuur concludeert dat de voornoemde drie aspecten zich niet tegen het verschaffen van de gevraagde inlichtingen verzetten, dan behoren de vragen te worden beantwoord.

Wanneer de vragen op een agendapunt betrekking hebben, mag de aandeelhouder verwachten dat het bestuur de vragen deugdelijk kan beantwoorden. Van het bestuur wordt immers een proactieve voorbereiding voorafgaand aan de vergadering verwacht. Als het bestuur de benodigde informatie voor het beantwoorden van de vragen echter niet tijdens de vergadering kan produceren – eventueel na een tijdelijke schorsing van de vergadering – dan kan het agendapunt in principe niet in stemming worden gebracht. De voorzitter van de vergadering moet in beginsel bepalen of het agendapunt in stemming kan worden gebracht. Deze regel is minder geschikt voor besloten verhoudingen ingeval de voorzitter gelieerd is aan de meerderheidsaandeelhouder. Overigens heeft het bestuur de vrijheid inzake de wijze waarop de ontbrekende informatie naderhand bij de aandeelhouders terechtkomt voor zover jegens de aandeelhouders conform het gelijkheidsbeginsel wordt gehandeld.

Indien de gestelde vragen buiten het bestek van de agenda vallen – en de voornoemde drie aspecten zich niet tegen het verschaffen van de gevraagde inlichtingen verzetten – ook dan behoort het bestuur te trachten om de vragen volledig te beantwoorden. Als een volledige beantwoording van de vragen tijdens de aandeelhoudersvergadering wegens het ontbreken van de benodigde kennis en/of gegevens uitblijft – eventueel na een tijdelijke schorsing – dan heeft het bestuur de vrijheid inzake de wijze waarop de ontbrekende informatie aan de aandeelhouders wordt overgelegd, zolang de gelijke behandeling van alle aandeelhouders hierbij geborgd is.

13.2.3 Informatierecht buiten vergadering

13.2.3.1 Het beschreven kader

Paragraaf 2.2.3 geeft weer dat bepaalde auteurs reeds decennia veronderstellen dat een aandeelhouder onder bijzondere omstandigheden op grond van art. 2:8 BW recht kan hebben op informatie buiten vergadering. Meer recent is de heersende leer – steunend op diverse rechtspraak – dat

¹⁹⁰⁴ De behandelde rechtspraak komt uitgebreider aan bod in de paragrafen 7.3.2 en 7.3.6.

aandeelhouders in besloten verhoudingen onder (bijzondere) omstandigheden daar recht op hebben.¹⁹⁰⁵ Deze omstandigheden zijn gerelateerd aan het bestaan van een ongelijke verhouding tussen de aandeelhouders – gelet op het feit dat een van de aandeelhouders niet in het bestuur is vertegenwoordigd –, het (persoonsgebonden) samenwerkingsverband en/of het bestaan van een (mogelijke) belangenverstrengeling. Dat sprake is van een familievennootschap, kan ook meewegen. De (buiten vergadering) gevraagde informatie hoeft echter niet te worden verstrekt indien de aandeelhouder geen redelijk belang heeft bij de verkrijging van bepaalde informatie of ingeval een zwaarwichtig belang zich daartegen verzet.

13.2.3.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

Uit de rechtspraakanalyse komt sterk het beeld naar voren dat aandeelhouders onder omstandigheden recht hebben op informatie buiten vergadering ondanks dat zij in beginsel daarop geen recht hebben.¹⁹⁰⁶ Zo kan een aandeelhouder daarop recht hebben in een BV met een jointventurekarakter,¹⁹⁰⁷ waarbij twee van de drie aandeelhouders met een meerderheidsbelang en vertegenwoordiging in het bestuur gezamenlijk optrekken. In die situatie rust namelijk op het bestuur een bijzondere zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder/niet-bestuurder om jegens laatstgenoemde ‘meer openheid te betrachten met betrekking tot informatie waarop een aandeelhouder als zodanig geen recht heeft. Dit geldt in het bijzonder indien sprake is van (mogelijke) belangenverstrengeling.’ Aan deze bijzondere zorgplicht wordt voldaan als de benodigde informatie wordt verschaft voor het beoordelen van de gang van zaken van de vennootschap en de door haar gedreven onderneming. Hierbij blijft gelden dat het bestuur niet gehouden kan zijn om aan alle informatieverzoeken te voldoen vanwege de omvang en gedetailleerdheid van de verzoeken.¹⁹⁰⁸

In vergelijkbare zin wordt in de Korsten-beschikking aan de bijzondere zorgplicht voldaan, omdat de minderheidscertificaathouder – die mede bestuurder is van de STAK – over voldoende informatie beschikt om zich een beeld te kunnen vormen van de stand van zaken van de vennootschap en om te kunnen deelnemen aan het overleg binnen het bestuur van de STAK. De minderheidscertificaathouder heeft namelijk de toegezegde informatie ontvangen, zoals de rekening-courantverhoudingen en een overzicht van de tussentijdse cijfers.¹⁹⁰⁹ Daarentegen kan een

¹⁹⁰⁵ Dat niet alle omstandigheden een informatierecht op grond van art. 2:8 BW rechtvaardigen, illustreert mede de DOP-beschikking die vanwege de publicatiedatum niet in de rechtspraakanalyse is meegenomen. Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2023, *ARO* 2023/91, m.nt. L. Timmerman (*Dümmen Orange Participation*), r.o. 3.19 en nr. 4 (annotatie).

¹⁹⁰⁶ De onderstaande rechtspraak – alsmede andere uitspraken – komt uitgebreider aan bod in de paragrafen 7.3.3.2 en 7.3.3.3.

¹⁹⁰⁷ Dit kan ook wel worden getypeerd als een persoonsgebonden samenwerking in een besloten verhouding.

¹⁹⁰⁸ Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *ARO* 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.24-3.25. In de D.I.G.-beschikking – die gezien de publicatiedatum niet in de rechtspraakanalyse is meegenomen – ontstaat een ruimhartige informatieplicht vanwege vergelijkbare omstandigheden (Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2289 (*B.V. Beleggingsmaatschappij D.I.G.*), r.o. 3.5). Uit deze beschikking volgt dat de vennootschap aan haar informatieplicht voldoet en dat de minderheidsaandeelhouder/niet-bestuurder – blijkens rechtsoverweging 3.6 – te veel vragen kan stellen: “In dit geval had BBB ([A]) zelfstandig toegang tot de administratie van Beleggingsmaatschappij D.I.G. en tot haar bankrekeningen. BBB heeft in uitvoerige vragenlijsten vele vragen gesteld en om onderliggende documentatie verzocht. In het algemeen zijn de vragen behoorlijk beantwoord. Voor zover niet alle vragen zijn beantwoord of niet aan alle verzoeken om onderliggende documentatie is voldaan, mocht Beleggingsmaatschappij D.I.G. zich redelijkerwijs op het standpunt stellen dat BBB, in aanmerking genomen de hoeveelheid (vervolg)vragen die reeds waren beantwoord en de documentatie waartoe zij al toegang had, niet nader behoefde te worden geïnformeerd.”

¹⁹⁰⁹ Hof Amsterdam (OK) 4 december 2018, *ARO* 2019/41 (*Korsten*), r.o. 3.9.

minderheidsaandeelhouder/niet-bestuurder te weinig informatie hebben ontvangen als bepaalde vragen niet, slechts summier of ontwijkend worden beantwoord.¹⁹¹⁰

Het ontstaan van een ruimhartige informatieplicht op grond van art. 2:8 BW – in een persoonsgebonden besloten verhouding waarin een van de drie aandeelhouders als bestuurder is ontslagen – heeft verder invloed op de hoeveelheid informatie die het bestuur moet verschaffen over de vennootschap, groepsmaatschappijen en de daarmee verbonden onderneming. Zo moet in een conflictueuze situatie aan de aandeelhouder/niet-bestuurder – die concurrerende activiteiten ontplooit – worden verstrekt: (i) informatie over de financiële situatie van de vennootschap op hoofdlijnen, (ii) een eerdere jaarrekening, (iii) de tussentijdse cijfers van het eerste halfjaar en (iv) informatie over het aantal FTE's dat bij de vennootschap werkzaam is. Er hoeft echter geen concurrentiegevoelige informatie te worden overgelegd. Niettemin moet een weigering om informatie te verstrekken worden gemotiveerd en de verzochte informatie moet eventueel geschoond van concurrentiegevoelige of anderszins vertrouwelijke elementen worden verstrekt.¹⁹¹¹ In soortgelijke zin heeft een concurrerende aandeelhouder/niet-bestuurder wél recht op informatie die hoofdzakelijk ziet op het verleden en de interne (financiële) verantwoording. De vereiste ruimhartigheid wordt dan ook niet betracht indien het bestuur – wegens een gesuggereerd zwaarwichtig belang – de desbetreffende informatie niet verstrekt.¹⁹¹²

Logischerwijs komen nagenoeg dezelfde informatieplichten tevens terug in ongelijke verhoudingen waarbij er slechts twee aandeelhouders zijn. De GCRI-beschikking verduidelijkt in dit verband dat een ruimhartige informatieplicht niet zo ver gaat dat de aandeelhouder/niet-bestuurder recht heeft op inzage in de voorwaarden van een kredietovereenkomst die de 31,75%-deelneming van de vennootschap met een bank heeft gesloten.¹⁹¹³ Verder kan een meerderheidsaandeelhouder eveneens als bestuurder fungeren. In die situatie kan een bijzondere zorgplicht rusten op het bestuur jegens de minderheidsaandeelhouder/niet-bestuurder, waardoor het bestuur redelijke vragen van die aandeelhouder ook buiten het verband van een aandeelhoudersvergadering adequaat dient te beantwoorden.¹⁹¹⁴

Blijkens de rechtspraak in deze paragraaf ontstaat de informatieplicht buiten vergadering veelal vanwege een (persoonsgebonden) besloten verhouding waarin sprake is van een ongelijke verhouding tussen aandeelhouders. Andere (aanvullende) omstandigheden die hierbij kunnen meewegen, zijn bijvoorbeeld dat verstrekkende besluiten centraal staan die met name negatieve gevolgen hebben voor de (informatiezoekende) aandeelhouder/niet-bestuurder,¹⁹¹⁵ of dat er sprake is/was van een familieverhouding.¹⁹¹⁶

¹⁹¹⁰ Hof Amsterdam (OK) 27 november 2020, ARO 2021/12 (*HLO Energie*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, ARO 2017/72 (*Care*), r.o. 3.5.

¹⁹¹¹ Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ARO 2022/118 (*Cloud Solutions +*), r.o. 3.7-3.9.

¹⁹¹² Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, ARO 2021/153 (*Allure Energie*), r.o. 4.10. Zie in het kader van een ruimhartige informatieplicht – zoals beschreven in de Allure-beschikking – mede de Sportsent-beschikking die naar de Allure-beschikking verwijst en door de publicatiedatum niet in de rechtspraakanalyse is meegenomen (Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:312 (*Sportsent*), r.o. 3.7).

¹⁹¹³ Hof Amsterdam (OK) 20 september 2021, ARO 2021/171 (*GCRI*), r.o. 3.8 en 3.10.

¹⁹¹⁴ Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2020, ARO 2020/190 (*Verweij Mungra Vastgoed*), r.o. 3.5 en 3.7-3.11. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 2 december 2022, ARO 2023/1 (*Zoncol Solargroup*), r.o. 3.7.

¹⁹¹⁵ Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2023, ARO 2023/39 (*Ministerie van Voedingszaken*), r.o. 3.15.

¹⁹¹⁶ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 21 december 2021, ARO 2022/27 (*Holwerda*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, ARO 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.4.

13.2.3.3 Vergelijking en/of aanvulling

Uit het beschreven kader blijkt dat de heersende leer is dat aandeelhouders onder (bijzondere) omstandigheden buiten vergadering recht hebben op informatie. Deze omstandigheden kunnen bijvoorbeeld verband houden met een ongelijke verhouding tussen de aandeelhouders, het persoonsgebonden karakter van het samenwerkingsverband en/of het bestaan van een (mogelijke) belangenverstremgeling.¹⁹¹⁷

De rechtspraakanalyse bevestigt het voornoemde beeld. In de rechtspraak – zoals onder meer beschreven in paragraaf 13.2.3.2 – komt consistent terug dat een ongelijke verhouding – waarbij de informatiezoekende aandeelhouder geen bestuursfunctie bekleedt – hoofdzakelijk de aanleiding vormt voor het ontstaan van de informatieplicht in besloten verhoudingen. Hierbij gaat het bijvoorbeeld met regelmaat om een (persoonsgebonden) samenwerking tussen twee of drie partijen.¹⁹¹⁸ De daardoor ontstane (ruimhartige) informatieplicht kan te meer gelden in geval van belangenverstremgeling. In aanvulling op het bestaan van een ongelijke verhouding komt in bepaalde uitspraken ook terug dat sprake is van een familieverhouding of verstrekkende besluiten die negatieve invloed hebben op de informatiezoekende aandeelhouder.

Verder kan het beschreven kader in paragraaf 2.2.3 naar aanleiding van de rechtspraakanalyse worden uitgebreid. Zo blijkt dat de geanalyseerde rechtspraak diverse voorbeelden geeft van uitspraken waarin (het bestuur van) de vennootschap wel of niet aan haar informatieplicht buiten vergadering voldoet.¹⁹¹⁹ Hierdoor wordt zichtbaarder dat de aandeelhouder/niet-bestuurder niet snel de grenzen van het informatierecht overschrijdt. Die partij moet immers het ‘beleid en de gang van zaken’ – of het ‘reilen en zeilen’ – van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming kunnen beoordelen op basis van de ontvangen informatie. Zelfs wanneer de desbetreffende aandeelhouder concurrerende activiteiten ontplooit, behoort die partij in principe de verzochte informatie – eventueel geschoond van concurrentiegevoelige en vertrouwelijke elementen – te verkrijgen. Het informatierecht is echter niet onbegrensd. Uit paragraaf 13.2.3.2 volgt immers dat concurrentiegevoelige informatie niet hoeft te worden overgelegd aan een concurrerende aandeelhouder. Ook kan de aandeelhouder/niet-bestuurder te gedetailleerde informatie verlangen, zoals inzage in de voorwaarden

¹⁹¹⁷ Gezien een mogelijke belangenverstremgeling (gevalstype 2) invloed kan hebben op het ontstaan van het informatierecht en de informatieplicht buiten vergadering, bestaat enige overlap tussen de gevalstypen 1 (informatieverstrekking) en 2 (belangenverstremgeling). Dit is onvermijdelijk vanwege de opzet van het onderzoek. Een uitspraak is dan ook onder type 2 gecodeerd indien het informatierecht of de informatieplicht specifiek ziet op de mogelijke belangenverstremgeling dan wel niet in het rechterlijk oordeel te onderscheiden is van het geschil over de belangenverstremgeling. De gevalstypen zijn bijvoorbeeld te onderscheiden indien de relevante elementen onder aparte kopjes of in aparte rechtsoverwegingen staan in het rechterlijk oordeel. Dit is ook aan het einde van paragraaf 2.3.4.4 aangestipt.

¹⁹¹⁸ Zie ook meer recent Rb. Den Haag 14 december 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:21246, r.o. 4.11. Daarentegen heeft de Rechtbank Amsterdam – eveneens in een uitspraak die buiten de reikwijdte van de rechtspraakanalyse valt – geoordeeld dat aandeelhouders geen informatierecht hebben buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering. Hierbij verwijst de Rechtbank Amsterdam (foutief) naar art. 2:107 lid 2 BW vanwege waarschijnlijk de latere verwijzing naar de ASMI-beschikking van de Hoge Raad. Deze verwijzing is niet volledig te begrijpen aangezien het in casu gaat om een meerderheidsaandeelhouder – investeringsfonds – die een aandelenbelang heeft verworven in een nieuw opgerichte BV die alle aandelen houdt van een familievennootschap. De uitspraak illustreert dat een informatierecht buiten vergadering niet vanzelfsprekend is, omdat bijvoorbeeld de informatiezoekende partij geen onderdeel vormt van het persoonsgebonden samenwerkingsverband (Rb. Amsterdam 18 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6577 (*Craft Capital Fund I*), r.o. 2.1-2.2 en 4.7).

¹⁹¹⁹ Raadpleeg paragraaf 7.3.3 voor een uitgebreide uiteenzetting van de gecodeerde rechtspraak waarvan een gedeelte staat in paragraaf 13.2.3.2.

van een kredietovereenkomst die een deelneming van de vennootschap met de bank heeft gesloten.¹⁹²⁰

Aan de hand van het beschreven kader en de rechtspraakanalyse blijft wel onduidelijkheid bestaan over de wijze waarop (het bestuur van) de vennootschap de informatie moet verstrekken aan de aandeelhouder – of certificaathouder – die rechtmatig informatie verzoekt buiten vergadering.¹⁹²¹ Het bestuur heeft in een dergelijke situatie een bepaalde mate van vrijheid om te bepalen op welke wijze de informatieverstrekking geschiedt. Hierbij moet er namelijk wel rekening mee worden gehouden dat de informatiezoekende aandeelhouder recht heeft op informatie *buiten vergadering* en dat alle aandeelhouders dezelfde informatie krijgen. De andere niet in het bestuur vertegenwoordigde aandeelhouders dienen daardoor tevens tegelijkertijd de informatie te ontvangen. Overigens blijkt uit de rechtspraakanalyse niet binnen welke termijn de informatie buiten vergadering moet worden verstrekt, omdat daar in de gecodeerde rechtspraak niet specifiek op wordt ingegaan.

13.2.4 Spontane/zelfstandige informatieplicht

13.2.4.1 Het beschreven kader

De omstandigheden kunnen meebrengen dat een bijzondere zorgplicht rust op het bestuur om een aandeelhouder uit eigen beweging (spontaan) te informeren.¹⁹²² Deze op art. 2:8 BW gebaseerde verplichting wordt met regelmaat gerelateerd aan gevallen waarin mogelijk sprake is van belangenverstremgeling. Echter, dat is niet altijd het geval. Zo is het denkbaar dat de aandeelhoudersvergadering spontaan moet worden geïnformeerd vanwege majeure ontwikkelingen zoals (schadelijke) geruchten over een aanstaande déconfiture van de vennootschap. Ook zou het ontstaan van een spontane informatieplicht jegens aandeelhouder(s) verband kunnen houden met een ongelijke verhouding tussen de aandeelhouders, een familievennootschap en/of een joint venture verhouding.

13.2.4.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

Een plicht om uit eigen beweging (spontaan) informatie te verschaffen komt meermaals in de rechtspraakanalyse aan bod.¹⁹²³ In dergelijke uitspraken kan een belangenverstremgeling een rol spelen, maar dat element kan in een andere rechtsoverweging worden behandeld waardoor de gevalstypen te onderscheiden zijn. Zo gaat de Ondernemingskamer in de CallActive-beschikking (afzonderlijk) in op hoe het bestuur bewust uit eigen beweging gedetailleerde overzichten verschaft tijdens de aandeelhoudersvergadering. Deze (actieve) handelwijze zorgt ervoor dat jegens de

¹⁹²⁰ Zie in dit verband ook de Flora Beheer- en BBBZ-beschikkingen zoals uiteengezet in paragraaf 13.2.2.2. Die beschikkingen volgen uit paragraaf 7.3.6 omdat onduidelijkheid bestaat over of de vragen binnen of buiten vergadering zijn gesteld. Verder blijkt uit de recentere SMC-beschikking dat informatie over een gerechtelijke procedure tussen de vennootschap en aandeelhouder een reden kan vormen voor een terughoudendere informatieverstrekking aan de desbetreffende aandeelhouder (Hof Amsterdam (OK) 5 september 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2490 (*SMC Industrial*), r.o. 4.13 en 4.15).

¹⁹²¹ Hetgeen in paragraaf 13.2.2.3 staat – inzake de drie aspecten voor het beoordelen van een informatieverzoek – is tevens relevant voor een informatieverzoek buiten vergadering. Daardoor is van belang of (i) de vraag betrekking heeft op het gevoerde beleid, (ii) de aandeelhouder enig redelijk belang heeft bij beantwoording van de vraag, en (iii) een zwaarwichtig belang zich tegen beantwoording van de vraag verzet.

¹⁹²² Een uitgebreidere uiteenzetting van het beschreven kader staat in paragraaf 2.2.4.

¹⁹²³ Zie paragraaf 7.3.4.

aandeelhouder/niet-bestuurder overeenkomstig de bijzondere zorgplicht is gehandeld.¹⁹²⁴ Niet ieder bestuur is echter even voortvarend in het verschaffen van informatie, zoals blijkt uit de Mojo Theater-beschikking. In deze zaak is de aandeelhouder/niet-bestuurder namelijk niet tijdig ingelicht over de dreiging van tegenvallende resultaten, terwijl de bestuurder – met een meerderheidsbelang – daarvan geruime tijd reeds op de hoogte was.¹⁹²⁵

Verder zijn er uitspraken waarin de nadruk ligt op de informatieverstrekking en de spontane informatieplicht die ontstaat wegens de ongelijke verhouding tussen de aandeelhouders in een (persoonsgebonden) besloten verhouding.¹⁹²⁶ Zo houdt het bestuur in de D.I.G.-beschikking de minderheidsaandeelhouder/niet-bestuurder op de hoogte van mogelijke aan- en verkopen van vastgoed, omdat de vennootschap zich bewust is van de op haar rustende bijzondere zorgplicht. De bereidwilligheid van het bestuur om informatie te verstrekken draagt in deze zaak bij aan het feit dat de informatieplicht niet is geschonden.¹⁹²⁷

Andere – eventueel aanvullende – omstandigheden kunnen eveneens meewegen voor het ontstaan van de spontane informatieplicht. Een nijpende financiële situatie kan meebrengen dat het op de weg van het bestuur ligt om uit eigen beweging een aandeelhouder te informeren, met name als de vennootschap afhankelijk is van die aandeelhouder voor verdere financiering.¹⁹²⁸ Voorts kunnen omstandigheden zoals een voorgenomen verhuizing en het aangaan van een verstrekkende samenwerking aanleiding zijn voor het op de hoogte moeten stellen van de aandeelhouder/niet-bestuurder.¹⁹²⁹ De kern is daardoor dat in ongelijke (persoonsgebonden) besloten verhoudingen een plicht kan ontstaan om uit eigen beweging een aandeelhouder te informeren en dat de desbetreffende informatieplicht ‘sneller’ kan ontstaan over zaken of besluiten die negatieve gevolgen hebben voor de desbetreffende (onwetende) aandeelhouder.¹⁹³⁰

Of het bestuur van de vennootschap deze informatie binnen of buiten de aandeelhoudersvergadering moet verstrekken, volgt niet uit de rechtspraak. Wel volgt uit de Callisto-beschikking dat de vennootschap voorafgaand aan dan wel zeer spoedig na de beëindiging van een belangrijke relatie de informatie had moeten verstrekken aan de aandeelhouder/niet-bestuurder.¹⁹³¹ Vergelijkbaar hiermee is dat het bestuur in de ZED+-beschikking direct de aandeelhouders en de commissarissen op de hoogte had moeten stellen van een onderzoek waarin onregelmatigheden zijn geconstateerd. In die situatie mocht het bestuur niet wachten tot de aandeelhoudersvergadering die circa een halfjaar later plaatsvond.¹⁹³²

¹⁹²⁴ Hof Amsterdam (OK) 20 april 2005, *ARO* 2005/64 (*CallActive*), r.o. 2.18, 3.4 en 3.11.

¹⁹²⁵ Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2012, *ARO* 2012/28 (*Mojo Theater*), r.o. 3.7. Zie in vergelijkbare zin bijvoorbeeld de volgende uitspraken waarin een potentiële belangenverstremming eveneens voorkomt naast het feit dat de vennootschap uit eigen beweging informatie heeft verstrekt of had moeten verstrekken: Hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, *ARO* 2007/135 (*Callisto*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, *ARO* 2018/58 (*ZED+*), r.o. 4.16; Hof Amsterdam (OK) 10 april 2018, *ARO* 2018/112 (*Aeon Plaza Hotels Holding*), r.o. 3.5.

¹⁹²⁶ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *ARO* 2012/113 (*Cancun Holding*), r.o. 3.40.1; Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.4; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/118 (*Cloud Solutions +*), r.o. 3.7.

¹⁹²⁷ Hof Amsterdam (OK) 25 februari 2022, *ARO* 2022/69 (*Beleggingsmaatschappij D.I.G.*), r.o. 3.20.

¹⁹²⁸ Hof Amsterdam (OK) 20 oktober 2016, *ARO* 2017/45 (*Ekopon*), r.o. 4.21.

¹⁹²⁹ Hof Amsterdam (OK) 3 april 2014, *ARO* 2009/82 (*Broekmans Assurantien*), r.o. 3.4. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/5 (*Teka*), r.o. 3.12.

¹⁹³⁰ Illustratief hiervoor is Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2023, *ARO* 2023/39 (*Ministerie van Voedingszaken*), r.o. 3.15.

¹⁹³¹ Hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, *ARO* 2007/135 (*Callisto*), r.o. 3.9.

¹⁹³² Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, *ARO* 2018/58 (*ZED+*), r.o. 4.16.

13.2.4.3 Vergelijking en/of aanvulling

De rechtspraakanalyse – zoals bondig uiteengezet in paragraaf 13.2.4.2 – geeft uiteenlopende voorbeelden van rechtspraak waarin het uit eigen beweging (behoren te) verstrekken van informatie een rol speelt in de beoordeling van het geschil. Uit deze voorbeelden blijkt dat een mogelijke belangenverstremming met regelmaat in de uitspraak voorkomt waarin het rechtcollege een spontane informatieplicht uiteenzet.¹⁹³³ Dit laat echter onverlet dat het rechterlijk oordeel specifiek de focus kan leggen – eventueel in een aparte rechtsoverweging – op de informatieplicht. Er zijn tevens diverse uitspraken waarneembaar waarin enige link met een potentiële belangenverstremming ontbreekt. Het ontstaan van de spontane informatieplicht houdt namelijk veelal verband met een ongelijke verhouding tussen de aandeelhouders in (persoonsgebonden) besloten verhoudingen. Ook kunnen andere ingrijpende omstandigheden of besluiten invloed hebben op het ontstaan van de informatieplicht, zoals (i) wanneer het voortbestaan van de vennootschap in gevaar komt, (ii) het ontslag van de bestuurder van een dochtervennootschap of (iii) een voorgenomen verhuizing van de vennootschap.

Gelet op het voorgaande is de informatie uit de rechtspraakanalyse (paragraaf 7.3.4) in grote mate congruent met hetgeen in het beschreven kader staat (paragraaf 2.2.4). De spontane informatieplicht kan immers in een besloten verhouding gerelateerd zijn aan belangenverstremming, maar eveneens ontstaan vanwege andere omstandigheden zoals een ongelijke verhouding of ‘majeure ontwikkelingen’. De rechtspraakanalyse bevestigt daardoor hetgeen in het beschreven kader is uiteengezet en het fundament daarvan wordt versterkt middels de voorbeelden die de rechtspraakanalyse verschaft.

In het beschreven kader en de rechtspraakanalyse blijft echter onderbelicht op welke wijze en wanneer de informatie uit eigen beweging moet worden verstrekt. Om deze reden volgt hieronder een beschrijving van hoe (het bestuur van) de vennootschap met een ontstane spontane informatieplicht zou kunnen omgaan.

Indien een ingrijpende omstandigheid zich voordoet die invloed heeft of althans lijkt te hebben op het voortbestaan van de vennootschap, dan dient de informatie daarover zo snel mogelijk te worden gedeeld. Van belang is dat hierbij alle aandeelhouders op gelijke wijze op de hoogte worden gebracht, waarbij het bestuur de vrijheid heeft inzake de wijze waarop die informatieverstrekking geschiedt.

Wanneer het bestuur daarentegen een ingrijpend besluit wil nemen dat negatieve gevolgen voor de aandeelhouder(s) zal meebrengen, dan dienen de aandeelhouders voorafgaand aan de besluitvorming te worden geïnformeerd, waarbij het bestuur wederom de wijze waarop kan bepalen met inachtneming van de gelijkheid tussen aandeelhouders.

Ingeval het besluit geen negatieve gevolgen voor de aandeelhouders zal meebrengen, kunnen de aandeelhouders na de besluitvorming worden geïnformeerd. Dit dient uiterlijk te gebeuren tijdens de eerstvolgende aandeelhoudersvergadering met inachtneming van de gelijkheid tussen aandeelhouders.

¹⁹³³ In paragraaf 13.2.3.3 is reeds in voetnoot 1917 beschreven dat geschillen over de informatieverstrekking en belangenverstremming gedeeltelijk (kunnen) overlappen, maar dat het onderscheiden van de typen ondernemingsrechtelijke geschillen mogelijk is afhankelijk van het rechterlijk oordeel.

13.2.5 Informatierecht tussen bestuurders

13.2.5.1 Het beschreven kader

In paragraaf 2.2.5 wordt kort ingegaan op de informatieplicht tussen bestuurders onderling. Daaruit volgt dat een dergelijke plicht mogelijk uit art. 2:8 BW voortvloeit. Dit wordt echter niet in de voornoemde paragraaf bevestigd. De daarin aangehaalde beschikking van de Ondernemingskamer gaat wel over de informatieverstrekking tussen bestuurders onderling, maar in die beschikking ontbreekt een verwijzing naar art. 2:8 BW.¹⁹³⁴

13.2.5.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

Paragraaf 7.3.5 geeft verschillende voorbeelden die duidelijk maken dat de Ondernemingskamer met regelmaat een geschil krijgt voorgelegd over de informatieverschaffing tussen bestuurders onderling.¹⁹³⁵ De kern van de desbetreffende rechtspraak is dat een bestuurder alle benodigde informatie moet kunnen verkrijgen en kunnen raadplegen om zijn taak naar behoren te (kunnen) verrichten. Zo moet bijvoorbeeld inzicht in de financiële administratie worden gegeven¹⁹³⁶ en behoort (cruciale) financiële informatie niet te worden onthouden.¹⁹³⁷ Het beperken van de toegang van een bestuurder tot de administratie of het creëren van obstakels voor de verkrijging van informatie is tevens niet toelaatbaar.¹⁹³⁸ Wel blijft op basis van de rechtspraak onduidelijk welk wetsartikel de Ondernemingskamer aan haar oordeel ten grondslag legt, maar gelet op het gedrag dat telkens centraal staat, zou art. 2:8 BW als grondslag kunnen dienen. Op deze wettelijke bepaling baseren voorzieningenrechtters zich namelijk wel uitdrukkelijk. Zo oordeelt de voorzieningenrechter in de Paulus Loot-uitspraak dat de bestuurder op grond van art. 2:8 BW de medebestuurder had dienen te informeren nadat de bestuurder per brief een informatieverzoek had ontvangen van de medebestuurder.¹⁹³⁹

13.2.5.3 Vergelijking en/of aanvulling

De voorgaande twee paragrafen maken inzichtelijk dat de rechtspraakanalyse het vermoeden in het beschreven kader bevestigt. Een informatieplicht tussen bestuurders onderling kan immers – blijkens de kortgedingprocedures in de rechtspraakanalyse – op art. 2:8 BW worden gebaseerd.¹⁹⁴⁰ Daarnaast blijft het onduidelijk wat de grondslag is waarop de Ondernemingskamer haar oordeel baseert bij de beoordeling van de informatieverstrekking tussen bestuurders onderling.¹⁹⁴¹ Gezien

¹⁹³⁴ Hof Amsterdam (OK) 19 april 2012, ARO 2012/62 (*Vulpes*), r.o. 3.4.

¹⁹³⁵ Dit volgt eveneens uit paragraaf 7.2.4.

¹⁹³⁶ Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2014, ARO 2012/62 (*VOC Detachering*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, ARO 2019/30 (*Casa Della Gioia*), r.o. 3.8.

¹⁹³⁷ Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, ARO 2011/107 (*Waterspreng*), r.o. 3.4.

¹⁹³⁸ Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2018, ARO 2018/140 (*DMBH Vastgoed Beheer*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2020, ARO 2020/60 (*GHK Holding*), r.o. 3.6.

¹⁹³⁹ Rb. Noord-Holland (vzr.) 10 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5363 (*Paulus Loot*), r.o. 4.5. Een vergelijkbaar oordeel is waarneembaar in Rb. Limburg (vzr.) 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:8270 (*Isy/D.T.F.G.*), r.o. 4.14 en 4.17.

¹⁹⁴⁰ Het ‘vermoeden’ volgt uit het proefschrift van Koelemeijer 1999, p. 319-320.

¹⁹⁴¹ Een recente uitspraak – die vanwege de publicatiedatum buiten de reikwijdte van de rechtspraakanalyse valt – maakt inzichtelijk dat zelfs een bestuurder onder bijzondere omstandigheden te veel (gedetailleerde) vragen kan

deze onduidelijkheid is het aan te bevelen dat de Ondernemingskamer in de toekomst noemt dat art. 2:8 BW als grondslag dient voor haar motivering. Verder geeft de rechtspraakanalyse – zoals bondig beschreven in paragraaf 13.2.5.2 – middels verschillende voorbeelden weer dat een bestuurder alle benodigde informatie moet kunnen verkrijgen voor de uitoefening van zijn taak. Het beperken of hinderen van een bestuurder bij het verkrijgen van informatie is dan ook niet toegestaan. Deze voorbeelden vormen een aanvulling op het beschreven kader.

13.3 Belangenverstremgeling

13.3.1 Inleiding

Paragraaf 2.3 gaat uitgebreid over belangenverstremgeling. Daaruit volgt het bestaan van verschillende zorgvuldigheidsregels. Echter, de exacte strekking van die regels blijft onderbelicht in het beschreven kader, omdat de daaraan ten grondslag liggende bronnen bijvoorbeeld gaan over hoe de Linders/Hofstee-regels zich verhouden tot de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling. De focus van de kwalitatieve analyse ligt daarentegen op art. 2:8 BW, in het bijzonder op de daaruit voortvloeiende zorgvuldigheidsregels in geval van belangenverstremgeling. Deze analyse kan daardoor een aanvulling geven op het beschreven kader. Achtereenvolgens worden behandeld: openheid van zaken (paragraaf 13.3.2), deskundige derde (paragraaf 13.3.3), onthouding (paragraaf 13.3.4) en andere zorgvuldigheidsregels (paragraaf 13.3.5).¹⁹⁴²

13.3.2 Openheid van zaken

13.3.2.1 Het beschreven kader

Het geven van openheid van zaken over belangenverstremgeling loopt als een rode draad door paragraaf 2.3 en komt op verschillende plaatsen terug. In dit kader is de Linders/Hofstee-beschikking essentieel, alsmede de naar aanleiding van die beschikking ontstane lijn in de rechtspraak.¹⁹⁴³ Daaruit blijkt dat bij een tegenstrijdig belang de onderscheiden belangen zorgvuldig gescheiden dienen te worden gehouden. Het betrachten van een zo groot mogelijke openheid is daarvoor een waarborg, waardoor ‘maximale openheid’ zou moeten worden betracht met betrekking tot de conflicterende belangen. De openheid dient ook tijdig en op controleerbare wijze te worden gegeven. Hierbij is relevant dat een bestuurder bij het signaleren van een belangenverstremgeling daarvan melding moet maken aan het bestuur, zodat het bestuur de situatie kan beoordelen en eventueel maatregelen kan treffen. Een hogere mate van zorgvuldigheid is immers vereist bij de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van een overeenkomst waarbij een belangenverstremgeling kan spelen.

stellen, waardoor het beantwoorden van die vragen niet in redelijkheid van een andere bestuurder kan worden gevergd (Hof Amsterdam (OK) 18 april 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:986 (*Zeebra Reumatologie*), r.o. 3.17).

¹⁹⁴² Uit de Linders/Hofstee-beschikking volgt ook dat de informatie tijdig aan de aandeelhoudersvergadering dient te worden verstrekt als het bestuur goedkeuring heeft willen verkrijgen van de algemene vergadering voor de voorgenomen transactie (paragraaf 2.3.4.2). Dit element komt slechts sporadisch terug in de rechtspraak (paragraaf 8.3.5) en zorgt niet voor een aanvulling op hetgeen in paragraaf 13.3.2 is uiteengezet. Om deze reden wordt dat aspect niet in dit hoofdstuk behandeld. Verder komt hetgeen in paragraaf 8.3.2 staat eveneens niet aan bod in deze paragraaf. In het beschreven kader – paragraaf 2.3 – wordt immers niet specifiek op onttrekkingen ingegaan, waardoor het maken van een vergelijking niet tot de mogelijkheden behoort.

¹⁹⁴³ Zie paragraaf 2.3.4.2 voor een uitgebreide uiteenzetting van hetgeen in deze alinea staat.

Een vergelijkbaar informatierecht vloeit voort uit de Zwagerman-beschikkingen – en de daaropvolgende rechtspraak – is af te leiden dat onder omstandigheden een zorgvuldigheidsplicht geldt om openheid (/opening) van zaken te geven ter voorkoming van een (ontoelaatbare) belangenverstrengeling.¹⁹⁴⁴ Samenhangend hiermee is de informatieplicht waarvan verschillende variaties met een soortgelijke strekking in de rechtspraak waarneembaar zijn. Zo kan op (het bestuur van) de vennootschap de plicht rusten om ruimhartig – en op controleerbare wijze – informatie te verschaffen aan een aandeelhouder/niet-bestuurder. Deze verplichting geldt te meer in geval van (mogelijke) belangenverstrengeling. Feitelijk leidt deze informatieplicht ertoe dat het bestuur onder omstandigheden ruimhartig en toereikend informatie over het reilen en zeilen van de vennootschap moet verstrekken en hierop komt de nadruk sterker te liggen in geval van (mogelijke) belangenverstrengeling. Wat de exacte omvang van deze informatieplicht inhoudt, is echter niet geheel duidelijk. Dit neemt overigens niet weg – zoals beschreven in de vorige alinea – dat maximale openheid over de conflicterende belangen behoort te worden gegeven.

In het Joral-arrest heeft de Hoge Raad verder in relatie tot de oude wettelijke tegenstrijdigbelangregeling – die tot 2013 van kracht was – in lijn met de Linders/Hofstee-beschikking geoordeeld dat uit de strekking van de oude wettelijke bepaling volgt dat het bestuur in geval van tegenstrijdigbelangsituaties de belangen gescheiden moet houden en zo veel mogelijk zorgvuldigheid en openheid moet betrachten.¹⁹⁴⁵ Uit dit arrest blijkt mede dat het bestuur de algemene vergadering tijdig – voorafgaand aan de transactie – moet informeren over het tegenstrijdig belang, zodat de aandeelhoudersvergadering haar aanwijzingsbevoegdheid kan uitoefenen. Ondanks dat de oude wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is komen te vervallen, is beschreven dat deze gedragsnorm zijn relevantie niet heeft verloren onder het huidige recht. Hierdoor valt te verdedigen dat het bestuur voorafgaand aan de transactie de medebestuurder(s) – en mogelijk zelfs de aandeelhoudersvergadering – moet informeren over het tegenstrijdig belang.

13.3.2.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

De behandelde rechtspraak in paragraaf 8.2.4 maakt zichtbaar dat de informatieverstrekking in het kader van een potentiële of ontstane belangenverstrengeling veelvuldig een (belangrijk) onderdeel vormt in de rechtspraak.¹⁹⁴⁶ Hierdoor is het van belang om te weten wanneer (het bestuur van) de vennootschap informatie moet verstrekken en welke informatie dient te worden verstrekt. De gecodeerde rechtspraak gaat echter met regelmaat niet specifiek in op de vraag *wanneer* de informatie moet worden verschaft. Veelal volgt namelijk uit de rechtspraak dat de rechtscollages het van belang achten – eventueel vanwege een bijzondere zorgplicht – dat de aandeelhouder/niet-bestuurder (überhaupt) wordt geïnformeerd. Op die manier kan de desbetreffende partij immers beoordelen of de transactie redelijk en marktconform is. Zo volgt in algemene zin uit de MVG-beschikking dat onvoldoende openheid van zaken is gegeven en dat de verplichting daartoe ‘te meer klemt’ vanwege een evident bestaand tegenstrijdig belang.¹⁹⁴⁷ Specifieker in dit opzicht is bijvoorbeeld de Butôt-beschikking. In deze zaak overweegt de Ondernemingskamer dat op de bestuurder de plicht

¹⁹⁴⁴ De Zwagerman-beschikkingen en daarmee samenhangende rechtspraak komen in paragraaf 2.3.4.4 aan bod.

¹⁹⁴⁵ Het Joral-arrest wordt in paragraaf 2.3.2 behandeld.

¹⁹⁴⁶ In de genoemde paragraaf staan tientallen verwijzingen naar relevante rechtspraak ter onderbouwing van hetgeen in de hoofdttekst staat. Zie daardoor de desbetreffende paragraaf voor meer voorbeelden van relevante rechtspraak.

¹⁹⁴⁷ Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ARO 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*), r.o. 3.17 en 3.27.

rustte om de belangen op zorgvuldige wijze gescheiden te houden en om een zo groot mogelijke openheid te betrachten. Vervolgens blijkt onder meer dat de certificaathouder onvoldoende over de beoogde wijzigingen van een overeenkomst is geïnformeerd en dat de (oud-)bestuurder achteraf geen openheid van zaken heeft verschaft.¹⁹⁴⁸ Gelet op de overweging van de Ondernemingskamer ontstaat het beeld dat de certificaathouder voorafgaand aan de transactie moest worden geïnformeerd, aangezien de wijzigingen toen nog ‘beoogd’ waren. Voorts kan in de rechtspraak explicieter staan dat de bestuurder(s) voorafgaand aan een transactie de andere aandeelhouder(s)/(niet-bestuurder(s)) of medebestuurder hadden moeten informeren. In onder meer de RSW-beschikking overweegt de Ondernemingskamer namelijk dat het bestuur onder de gegeven omstandigheden voorafgaand aan de transactie – waarbij tegenstrijdige belangen spelen – volledige openheid diende te betrachten jegens de minderheidsaandeelhouder.¹⁹⁴⁹ Het moment waarop de informatieverschaffing behoort plaats te vinden, is gelet op de behandelde rechtspraak niet per se een vast gegeven.

Nu resteert de vraag *welke* informatie moet worden verstrekt in geval van (mogelijke) belangenverstrengeling. Conform paragraaf 8.3.3 moeten alle relevante gegevens worden verschaft die de partij met een informatieachterstand nodig heeft om de redelijkheid en marktconformiteit van de transactie of handeling te beoordelen. Illustratief hiervoor zijn de Simetra- en WTB-beschikkingen. In de Simetra-beschikking overweegt de Ondernemingskamer dat aan de meerderheidsaandeelhouder/niet-bestuurder ‘tijdig alle informatie moet worden verschaft die noodzakelijk is voor een beoordeling of de voorwaarden van de te sluiten managementovereenkomst zakelijk verantwoord zijn en of deze in het belang is van de Simetra en de Breeze-vennootschappen en de door hen gedreven onderneming.’¹⁹⁵⁰ In soortgelijke zin komt in de WBT-beschikking terug dat het bestuur ‘onvoldoende openheid heeft verschaft aan de minderheidsaandeelhouders over de redelijkheid/marktconformiteit’ van bepaalde transacties en handelingen.¹⁹⁵¹

Indien de informatie inzake een (mogelijke) belangenverstrengeling niet uit eigen beweging tijdig is verstrekt en informatieverzoeken in dit kader worden gedaan, dan dienen die verzoeken – zoals uiteengezet in paragraaf 8.3.3 – te worden gehonoreerd. Van onvoldoende openheid is namelijk mede sprake als het bestuur terechte vragen niet afdoende beantwoordt.¹⁹⁵² Dit geldt tevens voor verzoeken van een aandeelhouder buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering.¹⁹⁵³

13.3.2.3 Vergelijking en/of aanvulling

Zoals blijkt uit paragraaf 13.3.2.1 vormen de Linders/Hofstee-beschikking, de Zwagerman-beschikkingen en het Joral-arrest het fundament voor de regels inzake belangenverstrengeling en het geven van openheid van zaken. Opvallend is dat deze uitspraken zich (deels) focussen op de fase

¹⁹⁴⁸ Hof Amsterdam (OK) 25 april 2012, ARO 2012/68 (*Butôt*), r.o. 3.21-3.22.

¹⁹⁴⁹ Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2020, ARO 2020/45 (*RSW*), r.o. 3.9.

¹⁹⁵⁰ Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, ARO 2021/185 (*Simetra Investments*), r.o. 4.10.

¹⁹⁵¹ Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2020, ARO 2020/114 (*Wagenborg Bulk Terminal*), r.o. 3.6-3.7.

¹⁹⁵² Zie in dit kader onder meer Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2019, ARO 2019/72 (*Verhoef*), r.o. 3.3-3.4; Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, ARO 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.13.

¹⁹⁵³ In de Plato-beschikking van de Ondernemingskamer – die vanwege de publicatiedatum niet in de rechtspraak-analyse is meegenomen – staat eveneens duidelijk dat de bestuurder ‘transparantie dient te betrachten met betrekking tot de inkoop en andere aspecten ten aanzien waarvan een tegenstrijdig belang bestaat’. Daarnaast acht de Ondernemingskamer het van belang dat de bestuurder de informatie niet uit eigen beweging heeft verstrekt en dat onduidelijkheid daarover blijft bestaan ondanks verzoeken en klachten van de aandeelhouder (Hof Amsterdam (OK) 19 december 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3515 (*Plato*), r.o. 3.7-3.7.1). Zie in dit verband ook Hof Amsterdam (OK) 12 september 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2725 (*TAF Asset 11*), r.o. 4.8-4.9.

voorafgaand aan de totstandkoming van een transactie. Dit geldt expliciet voor de normen uit de Linders/Hofstee-beschikking en het Joral-arrest. De norm uit de Zwagerman-beschikkingen neigt ook naar die fase, aangezien een (ontoelaatbare) belangenverstremgeling voorkomen dient te worden. Het ‘voorkomen van’ kan immers gerealiseerd worden door vooraf maatregelen – zoals het geven van openheid van zaken – te treffen. Uit de rechtspraakanalyse blijkt dat het moment waarop openheid van zaken moet worden gegeven, niet consistent in de gecodeerde rechtspraak staat beschreven.¹⁹⁵⁴ Het gaat met regelmaat namelijk om de informatieverschaffing over de mogelijke belangenverstremgeling in de ruime zin. Hierdoor ligt in bepaalde rechtspraak de nadruk vooral op de vraag of überhaupt de benodigde informatie is verstrekt, zodat de aandeelhouder zich – binnen een redelijke termijn – een oordeel kan vormen over de redelijkheid en marktconformiteit van de transacties of handelingen met een (mogelijke) belangenverstremgeling.¹⁹⁵⁵

De rechtspraakanalyse geeft geen eenduidig antwoord op de vraag wanneer openheid moet worden betracht. Het is niettemin aan te bevelen dat bestuurders voorafgaand aan een transactie de benodigde openheid verstrekken. Het uitgangspunt dient namelijk te zijn – conform de drie uitspraken in paragraaf 13.3.2.1 – dat openheid voorafgaand aan de transactie behoort te worden gegeven bij concrete niet parallel lopende of conflicterende plichten dan wel belangen. Indien daarentegen twijfel bestaat over het bestaan van concrete niet verenigbare plichten of belangen, dan zal het geven van openheid – in bepaalde verhoudingen – aan de aandeelhouder(s)/(niet-bestuurder(s)) of de medebestuurder(s) niettemin vooraf geboden kunnen zijn om de vennootschap te beschermen en allen die belang hebben bij de instandhouding van het vermogen van de vennootschap.¹⁹⁵⁶

De veelheid aan rechtspraak over deze problematiek maakt ook duidelijk dat ‘openheid van zaken’ een essentiële zorgvuldigheidsregel (waarborg) is in het kader van belangenverstremgeling. Op basis van informatie kunnen andere partij(en) namelijk de situatie beoordelen. Gelet op de hoeveelheid rechtspraak over dit element is het wel verwonderlijk dat een gebrekkige informatieverschaffing veelvuldig blijft voorkomen. Het belang van een deugdelijke informatieverstrekking blijkt immers evident uit het beschreven kader en de rechtspraakanalyse. Deze constatering indiceert dat het wettelijk vastleggen van deze zorgvuldigheidsregels (openheid van zaken geven) noodzakelijk is voor het beschermen van de vennootschap en de vennootschapsactoren die nadeel kunnen ondervinden van de transactie of gedraging. Door het codificeren van de zorgvuldigheidsregel wordt voor bestuurders eveneens duidelijker welke informatie moet worden verschaft alsmede wanneer, op welke wijze en aan welke partijen. Zo verdient het aanbeveling dat de wet bepaalt dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang volledige openheid over het tegenstrijdig belang moet geven aan de vennootschapsorganen alvorens de (rechts)handeling met het tegenstrijdig belang wordt verricht. Van volledige openheid is sprake als de vennootschapsorganen in staat zijn om de redelijkheid en marktconformiteit van de beoogde (rechts)handeling te kunnen beoordelen.

¹⁹⁵⁴ Dit wordt in paragraaf 13.3.2.2 aangekaart en komt uitgebreider in paragraaf 8.2.4 aan bod.

¹⁹⁵⁵ Zie over deze laatste aspecten paragraaf 13.3.2.2 of meer specifiek paragraaf 8.3.3.

¹⁹⁵⁶ Dat de medebestuurder vooraf op de hoogte moet worden gesteld, komt mede terug in de rechtspraak die na de onderzoeksperiode is gepubliceerd: Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:312 (*Sportsent*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 17 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1643 (*MVD Europe*), r.o. 3.7. Verder volgt uit rechtspraak dat een bestuurder tijdig en volledig openheid moet betrachten jegens zijn medebestuurders over zijn voorgenomen betrokkenheid als investeerder en CEO bij een andere investeringsmaatschappij (Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:366 (*Amethyst*), r.o. 3.9-3.11).

13.3.3 Deskundige derde

13.3.3.1 Het beschreven kader

In het kader van het zorgvuldig gescheiden houden van de belangen beschrijft paragraaf 2.3.4.2 dat uit de Linders/Hofstee-beschikking onder meer voortvloeit dat bij een tegenstrijdig belang het wenselijk dan wel onder omstandigheden geboden kan zijn om een deskundige derde in te schakelen. Deze gedragsregel is bedoeld om de marktconformiteit van de transactie te toetsen en te waarborgen.

13.3.3.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

Het belang van een marktconforme – op zakelijke gronden gebaseerde – transactie blijkt uit de vele rechtspraak beschreven in paragraaf 8.2.3. In deze paragraaf ligt met name de nadruk op het belang van een objectieve waardebeoordeling ingeval een transactie met een gelieerde partij plaatsvindt.¹⁹⁵⁷ Hierbij illustreren verschillende uitspraken het belang van een taxatie voor de toelaatbaarheid van een transactie. In aanvulling daarop blijkt dat niet elke waardebeoordeling tot de benodigde informatie leidt, omdat de objectiviteit van de derde (taxateur) ter discussie kan staan,¹⁹⁵⁸ of omdat de marktconformiteit niet voldoende zeker is op basis van het taxatierapport.¹⁹⁵⁹ Verder illustreert paragraaf 8.3.4 bij welke transacties of handelingen rechtscolleges waarde aan een objectieve waardebeoordeling hebben gehecht. Onder omstandigheden is dat bijvoorbeeld het geval bij de overdracht van onroerend goed, bij de vervreemding van de onderneming, bij het vaststellen van de managementvergoeding en bij de overdracht van de aandelen van de dochtervennootschap(pen).¹⁹⁶⁰

13.3.3.3 Vergelijking, bijstelling en/of aanvulling

Het beschreven kader bevat weinig informatie over de gedragsregel inzake het inschakelen van een deskundige derde, waardoor de relevantie van deze zorgvuldigheidsregel uit het beschreven kader onderbelicht blijft. De rechtspraakanalyse daarentegen illustreert middels de nodige rechtspraak dat dit element veelvuldig een rol speelt bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van transacties en handelingen.¹⁹⁶¹ Op basis van de rechtspraakanalyse ontstaat dan ook meer inzicht in het belang van een objectieve waardebeoordeling in geval van belangenverstremming. Daarnaast blijkt uit de analyse – zoals bondig uiteengezet in paragraaf 13.3.3.2 – dat rechtscolleges waarde hechten aan

¹⁹⁵⁷ Overeenkomstig de paragrafen 2.6.4 en 8.2.2.3 wordt in dit onderzoek onder gelieerde partij verstaan: een partij waarin de bestuurder, commissaris en/of aandeelhouder een (in)direct belang houden of waarmee de bestuurder, commissaris en/of aandeelhouder een familierechtelijke of andere bijzondere verhouding hebben zoals met een (goede) kennis. Hieronder vallen overigens mede transacties tussen de vennootschap en bestuurder, commissaris of aandeelhouder (in privé).

¹⁹⁵⁸ Hof Amsterdam (OK) 18 mei 2010, *ARO* 2010/85 (*Creative Kids Concepts*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO* 2016/66 (*Leaderland*), r.o. 4.11-4.13.

¹⁹⁵⁹ Zie onder meer Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2006, *ARO* 2006/65 (*T&L Verzekeringen*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 15 mei 2009, *ARO* 2009/78 (*Flora Plus*), r.o. 3.3 en 3.5; Hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*Faxgids Nederland*), r.o. 3.5.

¹⁹⁶⁰ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 15 mei 2009, *ARO* 2009/78 (*Flora Plus*), r.o. 2.1-2.4, 3.3 en 3.5; Hof Amsterdam (OK) 24 december 2009, *ARO* 2010/5 (*Yachtcontrol*), r.o. 2.7, 3.1 en 3.10; Hof Amsterdam (OK) 6 maart 2014, *ARO* 2011/113 (*Elpak*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, *ARO* 2021/185 (*Simetra Investments*), r.o. 4.10.

¹⁹⁶¹ Dit blijkt uit de paragrafen 8.2.3 en 8.3.4.

de onafhankelijkheid van de deskundige en de zekerheid die de waardebepaling kan bieden met betrekking tot de marktconformiteit. De rechtspraakanalyse bevestigt daardoor het onverminderde belang van naleving van de – op art. 2:8 BW gebaseerde – Linders/Hofstee-regels, waarvan het inschakelen van een deskundige derde een onderdeel vormt. Gelet op de vele uitspraken is verder aan te bevelen dat deze zorgvuldigheidsregel wettelijk wordt vastgelegd. Deze regel dient te verduidelijken wanneer het inschakelen van een onafhankelijke, deskundige derde voorafgaand aan een (rechts)handeling met concrete conflicterende dan wel niet parallel lopende plichten of belangen verplicht is.

13.3.4 Onthouding

13.3.4.1 Het beschreven kader

Paragraaf 2.3.3 behandelt het feit dat discussie bestaat over de reikwijdte van de wettelijke onthoudingsregel in art. 2:239 lid 6 BW, omdat de minister in de parlementaire geschiedenis naar het Bruil-arrest verwijst en schrijft dat een ‘zuiver kwalitatief belang’ niet valt onder het toepassingsbereik van de onthoudingsregel. Dit wringt met de tegenwoordig heersende opvatting dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang wel onder de reikwijdte van Bruil valt. Wanneer niettemin overeenkomstig de wettekst van een ‘beperkter’ toepassingsbereik van de wettelijke regeling wordt uitgegaan, dan is het denkbaar dat een ruimere verplichting tot onthouding kan voortvloeien uit de artt. 2:8 en 2:9 BW. Of art. 2:9 BW in dit kader zelfstandige betekenis heeft, volgt niet uit het beschreven kader.

13.3.4.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

De gecodeerde rechtspraak bevat weinig uitspraken waarin een onthoudingsregel waarneembaar is.¹⁹⁶² Indien echter een onthoudingsregel in de uitspraak staat, dan betreft het rechtscollège met regelmaat art. 2:8 BW in de rechtsoverweging.¹⁹⁶³ Hierdoor kan art. 2:8 BW als zelfstandige grondslag dienen voor een ruimere onthoudingsregel. Verder kunnen blijkens de Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen ook andere wetsartikelen als grondslag dienen voor de onthoudingsregel. In deze beschikkingen staat namelijk – met verwijzing naar onder meer de artt. 2:8, 2:9 en 2:239 lid 6 BW – dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming.¹⁹⁶⁴

13.3.4.3 Vergelijking en/of aanvulling

De discussie omtrent de reikwijdte van de wettelijke onthoudingsregel kan niet middels de rechtspraakanalyse worden beslecht. Wel bestaat er blijkens paragraaf 13.3.4.2 voldoende rechtspraak waarin een onthoudingsregel op art. 2:8 BW wordt gebaseerd. Onthouding kan daardoor – zoals

¹⁹⁶² Zie uitgebreid hierover paragraaf 8.3.6.

¹⁹⁶³ Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, *ARO* 2018/53 (*Intergamma*), r.o. 3.35; Hof Amsterdam (OK) 1 april 2021, *ARO* 2021/115 (*Priogen Holding*), r.o. 4.33; Hof Amsterdam (OK) 12 september 2022, *ARO* 2022/184 (*HFM Solutions*), r.o. 3.19. Daarentegen is bijvoorbeeld geen expliciete verwijzing naar art. 2:8 BW waarneembaar in verband met de onthoudingsregel in Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, *JOL* 2001/625 (*Village Scaldia*), r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, *ARO* 2020/68 (*Fuelplants*), r.o. 3.12 en 3.13e.

¹⁹⁶⁴ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *ARO* 2022/103 (*Flevo Berry*), r.o. 4.9; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.13.

benoemd in het beschreven kader – vereist zijn, terwijl dat volgens de wettelijke onthoudingsregel niet noodzakelijk is. Dit zorgt voor enige verwarring en het helpt ook niet dat art. 2:9 BW volgens het beschreven kader en de rechtspraakanalyse mede relevant is naast de artt. 2:8 en 2:239 lid 6 BW. Kortom, deze onduidelijkheid leidt ertoe dat het wettelijk kader aanpassing behoeft. De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling geeft immers klaarblijkelijk geen uitsluitel over in welke gevallen onthouding geboden is. De wettelijke regeling dient daardoor te worden geactualiseerd, zodat minder ruimte bestaat voor een ruimere onthoudingsregel op grond van art. 2:8 BW of art. 2:9 BW waarmee een partij in strijd zou kunnen handelen.

13.3.5 Andere zorgvuldigheidsregels

13.3.5.1 Het beschreven kader

Wederom kan aansluiting bij de Linders/Hofstee-beschikking worden gezocht, aangezien de kern van die beschikking is dat ‘bij een tegenstrijdig belang het van grote betekenis is dat de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze gescheiden worden gehouden.’ Uit het beschreven kader in paragraaf 2.3.4.2 volgt dat de invulling van deze zorgvuldigheidsnorm en de vereiste waarborgen (gedragsregels) afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Hierdoor kunnen andere waarborgen vereist zijn dan de reeds in paragraaf 13.3 behandelde waarborgen. Voorbeelden van andere waarborgen zijn: benoeming van een onafhankelijke bestuurder of gedelegeerd commissaris, het tijdelijk terugtreden van de geconflicteerde bestuurder of goedkeuring door de raad van commissarissen.

13.3.5.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

Uit de rechtspraakanalyse volgt dat rechtscolleges andere – meer specifieke – regels en/of plichten kunnen formuleren die partijen in acht (hadden) moeten nemen vanwege een belangenverstrengeling.¹⁹⁶⁵ Zo kunnen de omstandigheden meebrengen dat (i) de aandeelhouder/bestuurder had moeten overleggen met de andere aandeelhouder/bestuurder alvorens de vennootschap ten eigen voordele leeg te trekken,¹⁹⁶⁶ (ii) de bestuurder niet buiten medeweten van de medebestuurder bepaalde rechtshandelingen had mogen voorbereiden en uitvoeren,¹⁹⁶⁷ of (iii) ervoor dient te worden gezorgd dat de (geconflicteerde) ‘bestuurder niet betrokken is bij de voorbereiding van de ‘besmette’ transactie, dat hij daarover niet of beperkt wordt geïnformeerd of dat hij (een deel van) zijn portefeuille tijdelijk overdraagt aan een medebestuurder’.¹⁹⁶⁸

13.3.5.3 Vergelijking en/of aanvulling

Het beschreven kader maakt duidelijk dat uiteenlopende waarborgen van belang kunnen zijn voor het zorgvuldig gescheiden houden van de belangen. De rechtspraakanalyse bevestigt dit beeld, aangezien daaruit blijkt dat rechtscolleges onder omstandigheden verschillende waarborgen geboden kunnen achten. De rechtspraakanalyse verschaft daardoor meer voorbeelden die bruikbaar zijn voor

¹⁹⁶⁵ Zie de paragrafen 8.2.5 en 8.3.7.

¹⁹⁶⁶ Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2013, *ARO* 2013/33 (*Eye Center Europe-Nijmegen*), r.o. 3.7.

¹⁹⁶⁷ Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, *ARO* 2017/161 (*Staphorst Ontwikkeling*), r.o. 4.14.

¹⁹⁶⁸ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, *ARO* 2022/103 (*Flevo Berry*), r.o. 4.9; Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, *ARO* 2022/134 (*Omines Services*), r.o. 4.13.

het beschreven kader. Daarnaast is het niet uitgesloten dat uit art. 2:8 BW andere waarborgen zullen blijven voortkomen. De omstandigheden van het geval kunnen immers tot nog meer diverse gedragsregels leiden die vereist zijn met het oog op het zorgvuldig gescheiden houden van de belangen. Het is echter wenselijk dat rechters terughoudend van die mogelijkheid gebruikmaken. De onthoudingsregel en de Linders/Hofstee-regels – inzake het geven van openheid van zaken of het inschakelen van een deskundige derde – zorgen namelijk normaliter voor voldoende bescherming in geval van belangenverstrengeling. Het formuleren van een andere zorgvuldigheidsregel is daardoor slechts in uitzonderlijke gevallen geboden indien de voormelde regels onvoldoende bescherming bieden aan de vennootschap en de andere vennootschapsactoren. De rechtszekerheid is eveneens bij een dergelijke werkwijze gebaat, omdat bestuurders op voorhand adequater kunnen inschatten welke (zorgvuldigheids)regels moeten worden nageleefd in geval van belangenverstrengeling om het zorgvuldig gescheiden houden van de belangen te waarborgen.

13.4 Winstbestemming

13.4.1 Inleiding

Aansluitend bij paragraaf 2.4 volgt eerst het wettelijk kader (paragraaf 13.4.2) en daarna volgen de ontwikkelde gedragsnormen (paragraaf 13.4.3).

13.4.2 Wettelijk kader

13.4.2.1 Het beschreven kader en de rechtspraakanalyse

Paragraaf 2.4.2 beschrijft het wettelijk kader inzake het uitkeren van winst. Sinds 1 oktober 2012 staat in dat kader – meer specifiek art. 2:216 lid 1 BW – dat de algemene vergadering bevoegd is tot bestemming van de winst in plaats van dat de winst ten goede komt aan de aandeelhouders.¹⁹⁶⁹ Na de voornoemde datum lijkt echter in de rechtspraak – zoals behandeld in paragraaf 9.3 – deels bij het voor 1 oktober 2012 geldende uitgangspunt te worden aangesloten, omdat rechtscolleges oordelen dat aandeelhouders in beginsel recht hebben op uitkering van (een gedeelte van) de in een boekjaar gerealiseerde winst.¹⁹⁷⁰ Dit zou in overeenstemming zijn met het gegeven dat de wetgever middels de wetwijziging geen fundamentele verandering heeft willen aanbrengen in het uitgangspunt dat aandeelhouders – als verschaffers van risicodragend kapitaal – een vergoeding moeten krijgen. In eerdere rechtspraak komt namelijk terug dat de winst in beginsel aan de aandeelhouders dient te worden uitgekeerd¹⁹⁷¹ alsmede dat een aandeelhouder een redelijke vergoeding moet ontvangen voor zijn financiële betrokkenheid.¹⁹⁷²

Verder dient het bestuur onder het huidige recht op grond van art. 2:216 lid 2 BW goedkeuring te verlenen voor het uitkeren van de winst. Art. 2:8 lid 2 BW zou bij de desbetreffende bepaling –

¹⁹⁶⁹ Van de oude en huidige wettelijke bepaling kan overeenkomstig de statuten worden afgeweken (zie paragraaf 2.4.2).

¹⁹⁷⁰ Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.11; Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.5. Een vergelijkbare overweging staat in Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.8.

¹⁹⁷¹ Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *ARO* 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.10.

¹⁹⁷² Hof Amsterdam (OK) 6 mei 2008, *ARO* 2008/88 (*Wilmont*), r.o. 3.9. Zie recenter hierover Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, *ARO* 2019/173 (*Beheerskantoor Scheveningen*), r.o. 3.10.

volgens het beschreven kader – een rol kunnen spelen indien het bestuur vanwege uitzonderlijke of onaanvaardbare omstandigheden zou willen weigeren om de goedkeuring te verlenen.¹⁹⁷³ In de geanalyseerde rechtspraak is echter geen uitspraak daaromtrent waargenomen. Wel is in 2017 een (vruchteloos) beroep op art. 2:8 lid 2 BW gesignaleerd. In de uitspraak betoogt de appellante dat het beroep van de andere partij op het ontbreken van een aandeelhoudersbesluit voor het uitkeren van de winst – zoals bedoeld in art. 2:216 lid 1 BW – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹⁹⁷⁴ Dit beroep mag de appellante overigens niet baten, omdat de aangevoerde gronden onvoldoende zwaarwegend zijn voor toepassing van de derogerende werking.¹⁹⁷⁵ Op art. 2:8 lid 2 BW is dan ook in het kader van de uitkeringstest nog geen beroep gedaan, waardoor een praktijkvoorbeeld tot op heden ontbreekt.

13.4.2.2 Vergelijking en/of aanvulling

Alhoewel het wettelijk kader in 2012 is gewijzigd, lijkt dat geen invloed te hebben gehad op de gevolgde lijn in de rechtspraak. Dat dit geen gevolgen heeft gehad, is in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. De in de rechtspraakanalyse waargenomen consistente lijn sluit daarvoor aan bij het beschreven kader. Verder geldt hetzelfde ten aanzien van de potentiële rol van de derogerende werking bij de uitkeringstest. In de rechtspraakanalyse is immers geen toepassing van die functie gerelateerd aan de uitkeringstest waargenomen. De relevantie van die functie bij de uitkeringstest blijft daardoor (voorlopig) theoretisch. Kortom, het beschreven kader geeft blijkens de rechtspraakanalyse adequaat de huidige stand van zaken weer.

13.4.3 Ontwikkelde gedragsnormen

13.4.3.1 Het beschreven kader en de rechtspraakanalyse

Het beschreven kader bevat diverse verwijzingen naar rechtspraak, omdat in de literatuur daarop de nadruk ligt met betrekking tot dit gevalstype. Ook zijn in paragraaf 2.4.3 zes gedragsregels opgenomen die volgen uit bijdragen van Bier. Deze gedragsregels zijn eveneens uit de rechtspraakanalyse te destilleren.¹⁹⁷⁶

Zo blijkt uit de rechtspraakanalyse dat winstbestemmingsbesluiten met regelmaat aan de redelijkheid en billijkheid worden getoetst, waardoor partijen met die norm rekening moeten houden. Aandeelhouders hebben in beginsel namelijk recht op uitkering (van een deel) van de winst,¹⁹⁷⁷ tenzij het vennootschappelijk belang zich tegen het (gedeeltelijk) uitkeren van de winst verzet.¹⁹⁷⁸ Het gedurende langere of onbepaalde tijd handhaven van een reserveringsbeleid waarbij (groten-deels) alle winst wordt gereserveerd, zal daardoor in zijn algemeenheid niet gerechtvaardigd zijn zonder het bestaan van een goede reden voor het reserveringsbeleid.¹⁹⁷⁹ Aandeelhouders dienen

¹⁹⁷³ Zie voor meer informatie paragraaf 2.4.2.

¹⁹⁷⁴ Hof Den Haag 21 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:304 (*Autom8-IT*), r.o. 3.3.

¹⁹⁷⁵ Zie paragraaf 9.5 voor meer informatie over de *Autom8-IT*-uitspraak.

¹⁹⁷⁶ Zie uitgebreid hierover de paragrafen 9.2 en 9.3.

¹⁹⁷⁷ Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, *ARO* 2022/51 (*Vriens Food & Company*), r.o. 4.5.

¹⁹⁷⁸ Zie bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN5188 (*Gjaltema Onroerend Goed/ABS Steigerbouw*), r.o. 4.8; Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.11.

¹⁹⁷⁹ Zie onder meer Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, *ARO* 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.11.

namelijk een redelijke vergoeding te ontvangen voor hun financiële betrokkenheid bij de vennootschap¹⁹⁸⁰ en meerderheidsaandeelhouders/bestuurders moeten dan ook op grond van art. 2:8 BW daarmee rekening houden.¹⁹⁸¹

Het voorgaande brengt eveneens mee dat de aandeelhoudersvergadering bij het nemen van het besluit tot winstbestemming het belang van een (minderheids)aandeelhouder bij uitkering van dividend zorgvuldig dient af te wegen tegen het belang van de vennootschap en de wens van de andere aandeelhouder(s) om de winst (geheel of gedeeltelijk) aan de reserves toe te voegen.¹⁹⁸² Deze belangenafweging valt met regelmaat uit in het voordeel van de vennootschap en de aandeelhouders die voorstander zijn van het reserveren van de winst. Zo is de financiële positie een element die de rechtscolleges in aanmerking nemen. Daaruit blijkt namelijk of de vennootschap financiële ruimte heeft voor het uitkeren van winst. Hierbij wordt mede rekening gehouden met het gebruikelijke beleid van de vennootschap en de aantoonbare noodzaak voor het doen van concrete investeringen.¹⁹⁸³ Verder achten de rechtscolleges het van belang dat partijen overeenkomstig de gemaakte afspraken handelen, waardoor een dividendbeleid niet snel onredelijk is indien het beleid verenigbaar is met hetgeen partijen hebben afgesproken.¹⁹⁸⁴ Daarentegen ontstaat twijfel over de redelijkheid van het gevoerde dividendbeleid als onduidelijkheid bestaat over de gronden voor reservering.¹⁹⁸⁵ Tot slot is het essentieel dat een dividendbeleid bestaat dat kenbaar is voor de aandeelhouders en wordt gemotiveerd.¹⁹⁸⁶ Op het verstrekken van informatie komt ook sterker de nadruk te liggen ingeval de winst meerdere jaren wordt gereserveerd, aangezien de aandeelhouder(s) aan de hand van informatie de redelijkheid van het dividendbeleid kunnen beoordelen.¹⁹⁸⁷

13.4.3.2 Vergelijking en/of aanvulling

De rechtspraakanalyse is grotendeels op dezelfde beschikbare rechtspraak gebaseerd als de bronnen in het beschreven kader. Het is daardoor niet verwonderlijk dat de bevindingen uit de rechtspraakanalyse overeenstemmen met het beschreven kader.¹⁹⁸⁸ Dit betekent dat het beschreven kader in paragraaf 2.4.3 een actuele en correcte weergave geeft van de relevante normen inzake art. 2:8 BW en geschillen over de winstbestemming. De rechtspraakanalyse bevat hoofdzakelijk – ten opzichte van het beschreven kader – een uitgebreidere beschrijving van waarom in bepaalde rechtspraak wel of niet in strijd met art. 2:8 BW is gehandeld. Illustratief hiervoor is de uiteenzetting in paragraaf

¹⁹⁸⁰ Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, ARO 2019/173 (*Beheerskantoor Scheveningen*), r.o. 3.10.

¹⁹⁸¹ Hof Amsterdam (OK) 6 mei 2008, ARO 2008/88 (*Wilmont*), r.o. 3.9.

¹⁹⁸² Raadpleeg onder andere Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, ARO 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, ARO 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.11.

¹⁹⁸³ Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, ARO 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.11; Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, ARO 2016/14 (*Fuhler*), r.o. 3.11; Rb. Den Haag 23 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:926, r.o. 4.5 en 4.10; Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, ARO 2019/173 (*Beheerskantoor Scheveningen*), r.o. 3.10.

¹⁹⁸⁴ Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, ARO 2015/18 (*Iszgro*), r.o. 3.14. Zie in dit verband ook Hof Amsterdam (OK) 23 mei 2019, ARO 2019/135 (*Massxess*), r.o. 3.4-3.5.

¹⁹⁸⁵ Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, ARO 2010/104 (*Poststate Beheer*), r.o. 3.8-3.9; Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, ARO 2021/180 (*Veldman Beheer*), r.o. 4.11-4.12.

¹⁹⁸⁶ Dit is onder meer (gedeeltelijk) te herleiden uit Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, ARO 2011/94 (*Synpact Project*), r.o. 3.10; Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, ARO 2015/18 (*Iszgro*), r.o. 3.14; Rb. Amsterdam 22 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2128 (*VMC/Gerimedica Holding*), r.o. 4.7.

¹⁹⁸⁷ Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672, r.o. 7.5; Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1277 (*Voogel/Heijnis*), r.o. 4.7.

¹⁹⁸⁸ Hetzelfde geldt voor recentere uitspraken die vanwege de publicatiedatum niet in de rechtspraakanalyse zijn meegenomen: Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2023, ARO 2023/98, m.nt. M. Holtzer (*Resim Vastgoed Beheer*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 12 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2088 (*Aktie Notarissen Nederland*), r.o. 3.6.

13.4.3.1 die beknopt behandelt wat in paragraaf 9.3 aan bod komt. Zo blijkt dat het gebruikelijke beleid, de aantoonbare noodzaak voor het doen van concrete investeringen en de gemaakte afspraken een rechtvaardiging kunnen vormen voor het reserveren van de winst. Daarentegen zal het gedurende langere tijd reserveren van de winst zonder rechtvaardiging op gespannen voet staan met art. 2:8 BW.

13.5 Strategie en beleid

13.5.1 *Het beschreven kader*

Blijkens paragraaf 2.5 is het wettelijk uitgangspunt dat het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap, waaronder het bepalen van de strategie en het beleid valt. Bij de vervulling van de bestuurstaak moet het bestuur – mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW – zorgvuldigheid betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Bestuurders zouden zich daardoor eerst moeten richten op het vennootschappelijk belang en vervolgens dienen zij te kijken of er ruimte bestaat voor nuancering of correctie van de uitkomst op grond van art. 2:8 BW. Een beslissing van het bestuur die niet verenigbaar is met het vennootschappelijk belang, zou ook in strijd zijn met de (ruimere) norm van de redelijkheid en billijkheid. Verder behoort de Ondernemingskamer het beleid slechts marginaal te toetsen, wat in de praktijk neerkomt op een objectieve redelijkheidstoets. Een dergelijk redelijkheidsoordeel zou in de kern een toetsing aan art. 2:8 BW kunnen inhouden. Art. 2:8 BW speelt daardoor – met inachtneming van het voorgaande – een inherente rol bij de beslechting van een geschil over de strategie en het beleid.

Tot slot kunnen aandeelhouders door middel van hun stemrecht invloed uitoefenen op de strategie en het beleid. Dit is echter niet onbegrensd mogelijk, aangezien aandeelhouders zich eveneens overeenkomstig art. 2:8 BW dienen te gedragen.

13.5.2 *Bevindingen uit de rechtspraakanalyse*

Uit de rechtspraakanalyse volgt een gevarieerd beeld met betrekking tot de toepassing van art. 2:8 BW ter beslechting van geschillen over de strategie en het beleid. Zo is in verschillende uitspraken van de Ondernemingskamer getoetst of het bestuur bij de uitoefening van zijn taak heeft gehandeld als ‘geen redelijk handelend bestuur(der)’ die de gevolgde handelswijze had kunnen kiezen met het oog op de belangen van de bij de onderneming betrokkenen.¹⁹⁸⁹ Deze maatstaf wordt in de geanalyseerde rechtspraak consistent niet te buiten getreden door bestuurders, waardoor het bestuurlijk handelen niet snel in strijd is met art. 2:8 BW. Hierbij kan meewegen of de meerderheid van de aandeelhouders het beleid steunt, alsmede of een bepaalde beleidskeuze met behulp van een adviseur tot stand is gekomen.¹⁹⁹⁰

Verder toetst de Ondernemingskamer met regelmaat de strategie of het beleid expliciet aan art. 2:8 BW. Zo zijn bijvoorbeeld de volgende keuzes van het bestuur toelaatbaar geacht: (i) het aanhangig maken van een procedure jegens de grootmoedervenootschap van de

¹⁹⁸⁹ Paragraaf 10.3.2 behandelt de daarmee verband houdende rechtspraak extensief.

¹⁹⁹⁰ Zie in dit verband bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, *ARO* 2009/56 (*Nedelko*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 25 september 2018, *ARO* 2018/196 (*Hortiglass International*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, *ARO* 2019/173 (*Beheerskantoor Scheveningen*), r.o. 3.9.

meerderheidsaandeelhouder,¹⁹⁹¹ (ii) het kiezen voor een bepaalde financieringsmethode,¹⁹⁹² en (iii) het niet ondertekenen van een vaststellingsovereenkomst wegens onder meer nog lopende gerechtelijke procedures over een bestuurlijke boete.¹⁹⁹³ Daarnaast kan het rechtscollege een redelijkheidsoordeel geven zonder expliciet naar art. 2:8 BW te verwijzen. In redelijkheid had bijvoorbeeld het bestuur kunnen besluiten – gezien het dreigende faillissement – om een nieuw lidmaatschap voor de golfclub te faciliteren door over te gaan tot uitgifte van een andere categorie aandelen.¹⁹⁹⁴ Tevens mocht een bestuurder vanwege voldoende concrete aanwijzingen van onregelmatigheden zelfstandig een bedrijfsrecherche inschakelen.¹⁹⁹⁵

Overigens is het opvallend dat de vennootschapsorganen telkens niet de aan hen toegekende beleidsvrijheid overschrijden in de beschikkingen van de Ondernemingskamer.¹⁹⁹⁶ In het kader van een gegeven redelijkheidsoordeel is slechts in één uitspraak van de rechtspraakanalyse een overschrijding van de beleidsvrijheid waarneembaar. Zo treedt (het bestuur van) de vennootschap haar ‘vrijheid’ te buiten door bepaalde afspraken met één certificaathouder te schenden of door een keuze te maken die een ongerechtvaardigd nadeel oplevert voor de certificaathouder.¹⁹⁹⁷ Het aannemen van een schending van de beleids- en beoordelingsvrijheid is daardoor bijvoorbeeld slechts reëel als de belangen van een specifieke aandeelhouder/certificaathouder door de handelswijze ‘onevenredig’ – of eventueel ‘onaanvaardbaar’ – worden geschaad. Dit zou als ondergrens aansluiten bij de norm uit de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad, die inhoudt dat de belangen van de betrokkenen niet onnodig of onevenredig dienen te worden geschaad.¹⁹⁹⁸

Ook zijn in de rechtspraakanalyse verschillende uitspraken gesignaleerd met verwijzingen naar zorgvuldigheidsplichten en bijzondere zorgplichten.¹⁹⁹⁹ Zo verwijzen de rechtscolleges onder meer naar de gedragsnormen uit de Zwagerman-beschikking en de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad. Voorts geven vier uitspraken uit de rechtspraakanalyse weer dat een aandeelhouder niet ongelimiteerd zijn stemrecht mag uitoefenen.²⁰⁰⁰ Het zonder redelijke grond blokkeren van de besluitvorming staat namelijk op gespannen voet met art. 2:8 BW.²⁰⁰¹ Hetzelfde kan onder omstandigheden gelden als het nemen van bestuursbesluiten afhankelijk wordt van de prioriteits-

¹⁹⁹¹ Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2013, ARO 2013/46 (*Associated Asset Management Corporation*), r.o. 3.29.

¹⁹⁹² Hof Amsterdam (OK) 10 juli 2019, ARO 2019/147 (*Yoha*), r.o. 3.3.

¹⁹⁹³ Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2018, ARO 2018/152 (*Energie Concurrent*), r.o. 4.18.

¹⁹⁹⁴ Hof Amsterdam (OK) 14 november 2019, ARO 2020/7 (*Beheermaatschappij Golfbaan Amelisweerd*), r.o. 3.10.

¹⁹⁹⁵ Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2022, ARO 2022/116 (*Bonenkamp Mechan Trade*), r.o. 3.17.

¹⁹⁹⁶ Raadpleeg de paragrafen 10.3.2 en 10.3.3 voor een uitgebreidere beschrijving van de relevante rechtspraak.

¹⁹⁹⁷ Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:91 (*RBOC “Fort Markenbinnen”*), r.o. 3.3-3.6 en 3.9-3.10.

¹⁹⁹⁸ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun*), r.o. 4.2.2: “Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.”

¹⁹⁹⁹ Zie bijvoorbeeld de volgende uitspraken in paragraaf 10.3.4: Hof Amsterdam (OK) 28 april 2006, ARO 2006/73 (*Drukkerij Bevrijding*), r.o. 3.5; Rb. Rotterdam 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7895 (*Bloem/Bloem Doze Nienhuis*), r.o. 4.4-4.5; Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2021, ARO 2021/128 (*Zeeuwse Visveiling*), r.o. 4.7-4.8.

²⁰⁰⁰ Dit blijkt onder meer uit Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ARO 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.36.

²⁰⁰¹ Rb. Amsterdam (vzr.) 20 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4951 (*Filmproductie Filmpje/Endemol Nederland*), r.o. 7-8; Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2010, ARO 2010/59 (*BEK Holding/J.H. de B. Holding*), r.o. 4.2.

/meerderheidsaandeelhouder in een initieel als joint venture opgerichte vennootschap.²⁰⁰² In die situatie wordt – aldus de Ondernemingskamer – het bestuur ‘vleugellam’ gemaakt.

13.5.3 Vergelijking en/of aanvulling

Het beschreven kader geeft enig inzicht in de rol van art. 2:8 BW binnen dit gevalstype.²⁰⁰³ Naar aanleiding van de rechtspraakanalyse – zoals beknopt in paragraaf 13.5.2 is uiteengezet –²⁰⁰⁴ ontstaat een gevarieerder beeld van de wijze waarop rechtscolleges de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid toepassen ter beslechting van een dergelijk geschil. Zo verwijzen rechtscolleges in diverse uitspraken expliciet naar art. 2:8 BW. Daarnaast geven rechtscolleges meermaals een redelijkheidsoordeel en komt de norm inzake ‘geen redelijk handelend bestuur’ verschillende keren voor ter beoordeling van de strategie en het beleid.²⁰⁰⁵ Bij een beoordeling van de strategie en het beleid geldt als uitgangspunt dat de rechtscolleges de beleidsvrijheid van het bestuur respecteren, waardoor het bestuur zelden de toegekende ruimte te buiten treedt. De rechtspraakanalyse is op dit punt in overeenstemming met het beschreven kader. Hetzelfde geldt voor de uitoefening van het stemrecht door een aandeelhouder die de meerderheid van de stemrechten kan uitoefenen of de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering kan blokkeren. Onder omstandigheden wordt immers het stemrecht van die aandeelhouder op grond van art. 2:8 BW begrensd.²⁰⁰⁶

Kortom, de rechtspraakanalyse maakt inzichtelijk dat art. 2:8 BW op uiteenlopende manieren een aanzienlijke rol kan spelen binnen dit gevalstype. De rol van art. 2:8 BW is daardoor omvangrijker dan initieel verwacht. De rechtspraakanalyse geeft immers de nodige voorbeelden die verduidelijken wanneer het bestuur de toegekende beleidsvrijheid niet overschrijdt, welke zorg(vuldigheids)plichten kunnen gelden en wanneer een aandeelhouder het stemrecht niet conform art. 2:8 BW uitoefent.

13.6 Structuurwijziging

13.6.1 Inleiding

Onder structuurwijziging vallen gevarieerde subtypen. Deze subtypen worden achtereenvolgens in aparte paragrafen behandeld: aandelenstructuur (paragraaf 13.6.2), statutenwijziging (paragraaf 13.6.3), ondernemingsstructuur (paragraaf 13.6.4) en beëindiging van de samenwerking of vennootschap (paragraaf 13.6.5).

²⁰⁰² Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, *ARO* 2011/107 (*Waterspreng*), r.o. 3.5.

²⁰⁰³ Zie de paragrafen 13.5.1 en 2.5.

²⁰⁰⁴ Paragraaf 10.3 bevat een uitgebreide uiteenzetting van de geanalyseerde rechtspraak.

²⁰⁰⁵ Recentelijk heeft de Ondernemingskamer – in een uitspraak die buiten de reikwijdte van de rechtspraakanalyse valt – de volgende (vergelijkbare terughoudende) maatstaf gebruikt voor de beoordeling van bedrijfseconomische en zakelijke beslissingen: “Bij de beoordeling daarvan heeft als uitgangspunt te gelden dat het bestuur van een vennootschap een ruime mate van beleidsvrijheid heeft. De Ondernemingskamer toetst daarbij slechts of het bestuur na een zorgvuldige belangenafweging in redelijkheid tot zijn beslissingen heeft kunnen komen.” Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 2024, *ECLI:NL:GHAMS:2024:2348* (*Nardinc*), r.o. 3.12.

²⁰⁰⁶ Overigens bevat de rechtspraakanalyse geen uitspraak – zoals de PCM-beschikking van de Ondernemingskamer – waaruit volgt dat een toekomstig aandeelhouder onder omstandigheden niet alleen rekening moet houden met zijn eigen belangen maar ook met de onderscheiden vennootschappelijke belangen (Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, *ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928* (*PCM*), r.o. 3.13). Wel volgt uit de Funda-beschikking dat een aandeelhouder het belang van de vennootschap onder omstandigheden dient te laten prevaleren boven zijn eigen belang (Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, *ARO* 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.36).

13.6.2 Aandelenstructuur

13.6.2.1 Het beschreven kader

Uit paragraaf 2.6.2 volgt dat de focus in het beschreven kader met betrekking tot dit subtype hoofdzakelijk ligt op de redelijkheid van emissiebesluiten. Wanneer niet alle aandeelhouders aan de emissie willen of kunnen deelnemen, brengt art. 2:8 BW – en de daaruit voortvloeiende zorgvuldigheidsregels – mee dat het proces transparant moet geschieden, alsmede dat de uitgiftekoers op basis van een onafhankelijke waardering tot stand dient te komen omdat de emissiekoers voldoende moet corresponderen met de waarde van de onderneming. Hierbij kan het relevant zijn of de minderheidsaandeelhouder – evenals de waardering van de door de minderheidsaandeelhouder ingeschakelde deskundige – voldoende bij de uitgifte is betrokken. Omstandigheden kunnen eveneens meebrengen dat de vennootschap deugdelijk moet onderzoeken of er een alternatieve financieringsmogelijkheid bestaat en, indien dat niet het geval is, of de uitgifte tegen nominale waarde reëel is. Dit laatste aspect houdt verband met de onafhankelijke waardering en de daarop gebaseerde emissiekoers. Ook zou een emissie in strijd met de redelijkheid en billijkheid kunnen zijn indien middels de uitgifte enkel een wijziging van de machtsverhouding wordt beoogd.

Verder komt in paragraaf 2.6.2 het leerstuk van noodzaakfinanciering aan bod, waarbij een rechter faciliterend werkt om de noodzakelijke financiering te bewerkstelligen. In het beschreven kader zijn vijf omstandigheden opgenomen die aanleiding kunnen geven voor een rechter om noodzaakfinanciering mogelijk te maken. Deze omstandigheden hebben samengevat betrekking op: (i) de urgente financieringsbehoefte van de vennootschap, (ii) het waarborgen van de continuïteit middels de financiering, (iii) de afwezigheid van reële alternatieve financieringsmogelijkheden, (iv) het niet disproportioneel benadelen van de zittende aandeelhouder(s) wier belangen zullen verwateren en (v) het bestaan van een impasse.

13.6.2.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

Paragraaf 11.3.2.3 gaat over noodzakelijke dan wel gewenste (voorgenomen) emissiebesluiten die de vennootschapsactoren kunnen nemen ingeval er geen sprake is van een impasse.²⁰⁰⁷ Uit dit deel van de rechtspraakanalyse volgt eerst dat het niet onredelijk voorkomt indien het aandelenbelang van een aandeelhouder toeneemt omdat die partij voorziet in de liquiditeitsbehoefte van de vennootschap.²⁰⁰⁸ Hierbij is het van belang dat de informatieverstrekking afdoende is en de uitgiftekoers op een deugdelijke waardering is gebaseerd.²⁰⁰⁹ Zo behoort de vennootschap voldoende duidelijkheid te verschaffen indien de aandeelhouder vragen stelt over wezenlijke aspecten van de emissie, zoals de emissiekoers en de wijze van storting.²⁰¹⁰ Ook kunnen de omstandigheden meebrengen dat de minderheidsaandeelhouder volgens het rechtscollege ten onrechte ‘geen inbreng heeft gehad in de keuze van de waarderingsdeskundige, het formuleren van de aan de deskundige te stellen vraag en de aan die deskundige te verschaffen informatie.’²⁰¹¹ Gelet hierop kan het

²⁰⁰⁷ Zie paragraaf 11.3.2.3 voor een uitgebreidere uiteenzetting van de rechtspraak.

²⁰⁰⁸ Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/6 (*Secure Internet Machines*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2008, *ARO* 2008/37 (*Vendenco*), r.o. 3.4.

²⁰⁰⁹ Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2011, *ARO* 2011/36 (*Amtrada Holding*), r.o. 3.6-3.7.

²⁰¹⁰ Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165 (*Via Parva*), r.o. 3.8.

²⁰¹¹ Hof Amsterdam (OK) 30 augustus 2021, *ARO* 2021/160 (*OG245*), r.o. 4.8.

volgens rechtscolleges noodzakelijk zijn om de (minderheids)aandeelhouder(s) bij de waardering te betrekken.²⁰¹²

Ook is niet elke mate van verwatering toelaatbaar, aangezien daarvoor een rechtvaardiging moet bestaan.²⁰¹³ Zo weegt mee of de vennootschap voldoende onderzoek heeft verricht naar een alternatieve financieringsmogelijkheid en een reële uitgiftekoers.²⁰¹⁴ Een te lage uitgiftekoers kan immers leiden tot een onevenredige verwatering.²⁰¹⁵ Ingeval daarvoor echter een rechtvaardiging bestaat en een deugdelijke waardering aan de emissiekoers ten grondslag ligt, dan kan zelfs een uitgiftekoers van € 0,01 redelijk zijn.²⁰¹⁶

Verder kan een emissie neigen naar een onaanvaardbare vermenging van belangen als de emissie mogelijk geschiedt met het doel om de belangen van de minderheidsaandeelhouder/niet-bestuurder te verwateren.²⁰¹⁷ Uit de feiten en omstandigheden kan ook blijken dat de aandeelhouders niet trachten om het aandelenbelang van de niet deelnemende aandeelhouder op goedkope wijze te laten verwateren. Twee van de drie aandeelhouders kunnen namelijk in de redelijke veronderstelling zijn dat elke aandeelhouder van het voorkeursrecht gebruik zal maken. Het ontbreken van een gedegen waardering hoeft hierdoor geen beletsel te zijn om de toetsing aan art. 2:8 BW te doorstaan.²⁰¹⁸

In het voorgaande deel van deze paragraaf kunnen partijen telkens een emissiebesluit nemen. De omstandigheden kunnen echter meebrengen dat de vereiste besluitvorming niet kan plaatsvinden omdat de betrokken partijen daarover geen overeenstemming weten te bereiken. In die situatie ontstaat een impasse die het rechtscollege volgens het in de rechtspraak ontwikkelde kader inzake noodzaakfinanciering kan doorbreken. Paragraaf 11.3.2.2 behandelt de rechtspraak waarin dat leerstuk aan bod komt.²⁰¹⁹ Daaruit volgt dat er sprake moet zijn van een financiële nood situatie, oftewel, een situatie die de continuïteit of het voortbestaan van de vennootschap (ernstig) bedreigt. Daarnaast moet een reële alternatieve financieringsmogelijkheid ontbreken, wat mede impliceert

²⁰¹² Zie in dit verband ook Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, *ARO* 2021/185 (*Simetra Investments*), r.o. 4.18; Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2022, *ARO* 2022/80 (*Wamberg Vastgoed*), r.o. 3.7.

²⁰¹³ Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2011, *ARO* 2011/36 (*Amtrada Holding*), r.o. 3.8.

²⁰¹⁴ Rb. Oost-Brabant (vzr.) 29 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6254 (*Radboud University Participations/Secmatix*), r.o. 4.17.

²⁰¹⁵ Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (*Bosal Nederland*), r.o. 3.16. In dit kader is ook een recent arrest van het Hof Amsterdam relevant dat buiten de reikwijdte van de rechtspraakanalyse valt. Uit het arrest blijkt het belang van een redelijke uitgifteprijs in relatie tot de mate van verwatering. Daarnaast komt in het arrest het onderscheid aan bod tussen de ‘strengere’ toetsingsmaatstaf van noodzaakfinanciering en de (terughoudende) toetsingsmaatstaf van een besluit gelet op het VEB/KLM-arrest van de Hoge Raad. Bij de beoordeling van het emissiebesluit weegt het hof verder mee (i) de noodzaak van de aandelenuitgifte, (ii) het ontbreken van reële financieringsalternatieven en (iii) de onderbouwing van de uitgifteprijs (Hof Amsterdam 9 juli 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1899 (*Aaron Investments/Twenty Seven Amsterdam*), r.o. 5.3 en 5.10-5.26).

²⁰¹⁶ Rb. Oost-Brabant (vzr.) 19 november 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:5787 (*MBK Summit/Smart Clinical Products*), r.o. 4.15 en 4.19. Recentelijk heeft de voorzieningenrechter overigens vanwege de omstandigheden geen bezwaar gehad tegen het ontbreken van een waarderingsrapport. Daarnaast was de informatieverstrekking aan de aandeelhouders in deze zaak voldoende en het had op de weg van de (informatiezoekende) aandeelhouder gelegen om te concretiseren welke informatie zij nog miste. In aanvulling hierop is relevant dat de individuele aandeelhouder – overeenkomstig onder meer paragraaf 13.2.3 – geen recht toekomt op informatie buiten de aandeelhoudersvergadering vanwege enkel haar positie als minderheidsaandeelhouder (Rb. Amsterdam 17 januari 2024, *JOR* 2024/108, m.nt. A.S. Renshof (*CO2Textile/Dyecoo Textile Systems*), r.o. 4.38-4.44).

²⁰¹⁷ Hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145 (*TriQorp*), r.o. 3.4.

²⁰¹⁸ Rb. Den Haag 30 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6963 (*Med-IP*), r.o. 4.11, 4.13-4.15 en 4.21.

²⁰¹⁹ Verder staat in paragraaf 11.2.2 een opsomming van de relevante rechtspraak met betrekking tot noodzaakfinanciering. Zie meer recent over noodzaakfinanciering ook Hof Amsterdam (OK) 9 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:299 (*CWL Line*), r.o. 2.4 en 3.3.

dat de gekozen optie (uitgifte van aandelen) een reële financieringsmogelijkheid is. Ook moet er sprake zijn van een impasse die de noodzakelijke financiering blokkeert. Voorts komt in de rechtspraakanalyse terug dat de rechtscolleges het van belang achten dat alle aandeelhouders kunnen deelnemen – eventueel op een later moment – aan de financieringsmogelijkheid, waardoor zij verwatering van hun aandelenbelang zouden kunnen voorkomen.²⁰²⁰ Dit is echter niet absoluut aangezien rechtscolleges eveneens onder omstandigheden het voorkeursrecht uitsluiten. Zo werd in de Inter Access-beschikking het voorkeursrecht uitgesloten, zodat een onbetwiste vordering van een aandeelhouder kon worden geconverteerd ter voorkoming van de deconfiture van de vennootschap.²⁰²¹

13.6.2.3 Vergelijking en/of aanvulling

Uit de vorige twee paragrafen blijkt dat de rechtspraakanalyse bevestigt wat in het beschreven kader is uiteengezet. Uit beide onderdelen volgt namelijk dat in geval van noodzaakfinanciering het essentieel is dat er sprake is van een financiële noodsituatie en een impasse in de besluitvorming. Ook moet een andere reële financieringsmogelijkheid ontbreken. Dit impliceert dat de aandelenemissie een reële optie biedt voor de continuïteit van de vennootschap. Verder is het van belang dat de zittende aandeelhouder(s) – wier belangen zullen verwateren – niet disproportioneel worden benadeeld. Dit element houdt verband met de mogelijkheid die de aandeelhouder onder omstandigheden moet worden gegeven om een verwatering van zijn aandelenbelang te voorkomen. Daarnaast komt dit laatste element met name aan bod indien het nemen van een uitgiftebesluit mogelijk wordt/is, aangezien de nadruk dan sterker ligt op een reële uitgiftekoers en de mate van verwatering.²⁰²² Kortom, de rechtspraakanalyse sluit aan bij het beschreven kader inzake noodzaakfinanciering. Hetzelfde geldt voor de bevindingen uit de gecodeerde rechtspraak met betrekking tot de redelijkheid van een (voorgenomen) emissiebesluit. Wel geeft de rechtspraakanalyse – zoals bondig beschreven in paragraaf 13.6.2.2 –²⁰²³ vanwege de omvang van het aantal gecodeerde uitspraken meer inzicht in de details van de vereiste informatieverstrekking, de waardering van de aandelen in verband met de emissiekoers en de mate van verwatering.²⁰²⁴

13.6.3 Statuten

13.6.3.1 Het beschreven kader

Paragraaf 2.6.3 is beknopt over specifiek art. 2:8 BW en een statutenwijziging. De desbetreffende paragraaf behandelt het Mante- en het Lampe/Tonnema-arrest waaruit algemene regels volgen met

²⁰²⁰ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, *JOR* 2001/35 (*Skycate*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 29 november 2002, *ARO* 2002/180 (*Alcas*), r.o. 3.5.

²⁰²¹ Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, *ARO* 2010/6 (*Inter Access Groep*), r.o. 3.11, 3.16 en 4. Zie in dit verband ook Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, *ARO* 2011/85 (*Rhodes Holding Netherlands*), r.o. 3.2-4.

²⁰²² Dit volgt ook uit de eerste twee alinea's van paragraaf 13.6.2.2.

²⁰²³ Voor een uitgebreide beschrijving dient paragraaf 11.3.2.3 te worden geraadpleegd.

²⁰²⁴ Als een aandeelhouder onterecht zich niet zou kunnen beroepen op verrekening en de uitgifteprijs uitsluitend in contanten zou kunnen betalen, dan zou die aandeelhouder daardoor een verwatering van zijn aandelenbelang niet kunnen voorkomen wat in strijd kan zijn met art. 2:8 BW. Dit volgt uit een uitspraak die na de onderzoeksperiode van de rechtspraakanalyse is geweest: Rb. Midden-Nederland 17 januari 2024, *ECLI:NL:RBMNE:2024:98*, r.o. 4.20.

betrekking tot de toetsing van een besluit aan art. 2:8 BW.²⁰²⁵ Beide arresten maken inzichtelijk dat de totstandkoming en de inhoud van een besluit tot statutenwijziging aan de redelijkheid en billijkheid moeten voldoen. Er worden echter geen specifieke gedragsregels geformuleerd die enkel gelden voor een besluit tot statutenwijziging, maar eerder algemene regels met betrekking tot de toetsing van een besluit aan art. 2:8 BW.

13.6.3.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

Gelet op de beperkte gecodeerde rechtspraak gerelateerd aan een statutenwijziging en art. 2:8 BW ontstaat de indruk dat statutenwijzigingen veelal niet tot grote complicaties leiden. De twee uitspraken op dit terrein – zoals beschreven in paragraaf 11.3.3 – gaan in de kern over misbruik van meerderheidsmacht waarbij in de Prien Holding-beschikking een expliciete verwijzing naar art. 2:8 BW staat.²⁰²⁶ Deze uitspraken illustreren dat het doorvoeren van een statutenwijziging om een bepaald ongerechtvaardigd voordeel te verkrijgen – ten koste van de minderheidsaandeelhouder – op gespannen voet staat met art. 2:8 BW.

13.6.3.3 Vergelijking en/of aanvulling

De arresten uit het beschreven kader (paragraaf 13.6.3.1) zijn ruim voor de onderzoeksperiode geweest en komen daardoor niet aan bod in de rechtspraakanalyse (paragraaf 13.6.3.2). Hierdoor is de overlap tussen de paragrafen beperkt. Wel kan het Lampe/Tonnema-arrest bijvoorbeeld als tegenhanger van de Prien Holding-beschikking worden beschouwd. In de laatstgenoemde beschikking gaat het namelijk – kort gezegd – over misbruik van meerderheidsmacht. Daarentegen is sprake van een geoorloofd gebruik van de meerderheidsmacht in het Lampe/Tonnema-arrest vanwege misbruik van de blokkerende minderheidsmacht. De uitspraken illustreren daardoor welk gedrag (on)toelaatbaar is met betrekking tot een statutenwijziging. De rechtspraakanalyse sluit dan ook aan bij het beschreven kader.

13.6.4 Ondernemingsstructuur

13.6.4.1 Het beschreven kader

Het beschreven kader in paragraaf 2.6.4 geeft weer dat er voorstanders zijn voor een analoge toepassing van art. 2:107a BW (het goedkeuringsrecht) bij een BV, terwijl de wetgever expliciet heeft afgezien van het opnemen van een dergelijke bepaling in het BV-recht. Volgens de voorstanders van een analoge toepassing zou het bestuur van een BV om goedkeuring behoren te vragen aan de aandeelhoudersvergadering voor een bestuursbesluit dat leidt tot een ingrijpende wijziging van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming, zoals bij overdracht van (een gedeelte van) de onderneming. In het enquêterecht is ook een terugkerende norm dat het bestuur de aandeelhouders op behoorlijke wijze in de besluitvorming – die het resultaat is van overleg en in overeenstemming is met art. 2:8 BW – moet betrekken over de vervreemding van alle (substantiële) activa. Wat ‘betrekken bij de besluitvorming’ exact inhoudt, is blijkens het beschreven kader

²⁰²⁵ HR 30 oktober 1964, *NJ* 1965/107, m.nt. G.J. Scholten (*Mante*); HR 17 mei 1991, *NJ* 1991/645, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Lampe/Tonnema*), r.o. 3.3-3.4.

²⁰²⁶ Hof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, *JOR* 2000/167 (*MMP/Van Hoosden Consultancy*), r.o. 4.4-4.5; Hof Amsterdam (OK) 24 december 2015, *ARO* 2016/22 (*Prien Holding*), r.o. 3.7-3.8.

niet uitgekristalliseerd. Het is niettemin denkbaar dat het verder gaat dan het voeren van overleg of het informeren van de aandeelhoudersvergadering, waardoor daaronder zelfs het vragen om goedkeuring – dan wel instemming – aan de aandeelhoudersvergadering zou kunnen vallen. Indien dat laatste het geval is, zou dat aansluiten bij de heersende opvatting in de literatuur dat goedkeuring of instemming van de aandeelhoudersvergadering vereist is in geval van een materiële/feitelijke liquidatie van de vennootschap.

13.6.4.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

In de rechtspraakanalyse – zie de paragrafen 11.2.3 en 11.3.4 – komt nadrukkelijk terug dat de aandeelhouders bij de besluitvorming over de vervreemding van alle (substantiële) activa betrokken dienen te worden.²⁰²⁷ Wat onder alle substantiële activa wordt verstaan, is overigens niet duidelijk geworden omdat de vennootschap in de gecodeerde rechtspraak (veelal) alle activa overdraagt.²⁰²⁸ In het kader van ‘betrekken bij de besluitvorming’ is verder van belang dat de aandeelhouders tijdig worden geïnformeerd en voorzien worden van relevante documentatie.²⁰²⁹ Anders zal het deugdelijk voeren van overleg tussen de aandeelhouders en het bestuur worden bemoeilijkt en zonder deugdelijk overleg kan twijfel ontstaan over de wijze waarop de aandeelhouders bij de besluitvorming zijn betrokken.²⁰³⁰ Opvallend is ook dat de Ondernemingskamer in 2007 het volgende heeft overwogen:

“Maar ook afgezien daarvan kunnen, zeker in een geval als het onderhavige, redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW alsmede hedendaagse opvattingen omtrent corporate governance met zich brengen dat een (voorgenomen) besluit van het bestuur dat leidt tot een wezenlijke wijziging van de aard van de vennootschap en de door haar in stand gehouden onderneming niet kan worden genomen of uitgevoerd zonder de instemming van de algemene vergadering van aandeelhouders en onder omstandigheden zelfs niet kan worden genomen of uitgevoerd zonder de instemming van de minderheidsaandeelhouder, in het geval namelijk dat een bij meerderheid genomen besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders gelet op alle in aanmerking te nemen omstandigheden en belangen als in redelijkheid niet aanvaardbaar moet worden aangemerkt.”²⁰³¹

De voorgaande overweging wekt de indruk dat instemming van minimaal de aandeelhoudersvergadering noodzakelijk is ingeval alle (substantiële) activa worden overgedragen. Een dergelijk duidelijke overweging komt echter niet terug in de andere gecodeerde rechtspraak gerelateerd aan het betrekken van de aandeelhouders bij de besluitvorming. Gelet hierop eist de rechter normaliter geen instemming van de aandeelhoudersvergadering, maar dat geldt niet voor het voeren van overleg.

²⁰²⁷ Dit volgt onder meer uit Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, *ARO* 2006/166 (*UMI Beheer*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 16 december 2010, *ARO* 2011/4 (*Fam. Van der Linden Holding*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/83 (*ADW Accountants*), r.o. 3.7.

²⁰²⁸ In de volgende uitspraak worden niet alle activa overgedragen en de exacte omvang van de activa blijft onduidelijk ondanks dat hoogstwaarschijnlijk minimaal 50% van de activa is vervreemd: Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, *ARO* 2006/132 (*Selles Beheer*), r.o. 2.4, 2.5, 2.8, 2.13, 2.17, 3.5 en 3.7.

²⁰²⁹ Hof Amsterdam (OK) 6 maart 2014, *ARO* 2011/113 (*Elpak*), r.o. 3.3. Het belang van het informeren van de aandeelhouders blijkt verder bijvoorbeeld uit Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2006, *ARO* 2006/46 (*S. van Baarsen Halfweg*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 17 mei 2017, *ARO* 2017/126 (*Villatent*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 7 november 2019, *ARO* 2020/4 (*Easy Clean Plastics Recycling*), r.o. 3.5.

²⁰³⁰ Niettemin kunnen uitzonderlijke omstandigheden zich tegen het vooraf inlichten van een aandeelhouder zetten: Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, *ARO* 2006/132 (*Selles Beheer*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 5 december 2006, *ARO* 2006/198 (*SDN Participatie*), r.o. 3.5.

²⁰³¹ Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2007, *ARO* 2007/34 (*De Benpuck Holding*), r.o. 3.2.

Verder blijkt uit de analyse dat onder omstandigheden het overdragen van de onderneming met goedkeuring of instemming van de aandeelhoudersvergadering toelaatbaar is indien de minderheidsaandeelhouder – in tegenstelling tot de meerderheidsaandeelhouder(s)/bestuurder(s) – niet met de transactie instemt.²⁰³² Dit is begrijpelijk gelet op het feit dat de aandeelhouders dan op een bepaalde wijze bij de besluitvorming zijn betrokken. Hierbij is het van belang dat de vervreemding geschiedt tegen een marktconforme vergoeding.²⁰³³

Afrondend is op te merken dat paragraaf 11.2.3 nagenoeg geen voorbeelden bevat inzake een analoge toepassing van art. 2:107a BW. Een analoge toepassing daarvan komt namelijk slechts terug in de Human Concern-zaak.²⁰³⁴

13.6.4.3 Vergelijking en/of aanvulling

Gelet op het voorgaande komen de resultaten uit de rechtspraakanalyse overeen met het beschreven kader. De analyse geeft weer dat het buiten het zicht van de aandeelhouders overdragen van (een gedeelte van) de onderneming dan wel alle (substantiële) activa niet toelaatbaar is. Wel ligt in het beschreven kader de nadruk op de veronderstelling dat goedkeuring dan wel instemming van de aandeelhoudersvergadering vereist is in geval van vervreemding van de onderneming. Indien in de gecodeerde rechtspraak echter geen besluitvorming heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de vervreemding van alle (substantiële) activa, dan oordeelt het rechtscollege dat de aandeelhouders op een behoorlijke wijze bij de besluitvorming hadden dienen te worden betrokken. De nadruk ligt in dat geval op het tijdig voeren van een geïnformeerd overleg over de voorgenomen vervreemding.

Ook is het opvallend dat een analoge toepassing van art. 2:107a BW slechts in twee uitspraken ter discussie staat, terwijl dat een belangrijk discussiepunt binnen de literatuur is inzake de vervreemding van de onderneming. Rechtscolleges kiezen hoofdzakelijk ervoor om deze problematiek via de weg van art. 2:8 BW te beslechten. Toepassing van art. 2:107a BW blijft dan ook achterwege, aangezien art. 2:8 BW een soortgelijk resultaat kan bewerkstelligen.²⁰³⁵ Het voorgaande geeft aanleiding voor de aanbeveling dat het wettelijk kader aanpassing behoeft. De veronderstelling van de wetgever dat aandeelhouders in besloten verhoudingen hun eigen positie kunnen verzekeren door middel van statutaire bepalingen en eventueel stemovereenkomsten, blijkt immers onvoldoende bescherming te bieden aan aandeelhouders tegen de vervreemding van de onderneming. Gelet hierop dient in het BV-recht een soortgelijke bepaling als art. 2:107a BW te worden opgenomen waarvan (wel) statutair kan worden afgeweken. Dit leidt tot een versterking van de positie van de aandeelhoudersvergadering. Daarnaast blijft de gewenste flexibiliteit bij BV's intact gezien de statutaire afwijkingmogelijkheid.

²⁰³² Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ5898 (*Cab Truck/Limij*), r.o. 4.3.2; Rb. Noord-Holland 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7064 (*R.M. Lodder Beheer/Datacenter Energy Consulting*), r.o. 2.25 en 4.23. Verder is een recenter voorbeeld van een zorgvuldig verkoopproces waarneembaar in Rb. Rotterdam 28 februari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:2082 (*Beheer Sliedrecht*), r.o. 5.13-5.19.

²⁰³³ Dit volgt onder meer uit Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2009, ARO 2009/18 (*Beheermaatschappij Trial*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, ARO 2014/64 (*Beheermaatschappij Plat Edam*), r.o. 3.8-3.9.

²⁰³⁴ Rb. Amsterdam 23 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2618 (*Human Concern*), r.o. 4.4; Hof Amsterdam 7 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1018 (*Human Concern*), r.o. 3.15.

²⁰³⁵ Dit zou aansluiten bij hetgeen Assink heeft geschreven, want Assink ziet namelijk geen ruimte voor analoge toepassing van art. 2:107a BW. Art. 2:107a BW kan wel als 'denkraam' fungeren voor een 'gepaste en contextuele invulling aan art. 2:217 lid 1 jo. art. 2:8 BW' (Assink/Slagter 2013, p. 719-720).

In aanvulling op het beschreven kader (paragraaf 2.6.4) verschaft de rechtspraakanalyse (paragraaf 11.2.3) verder meer inzicht in aanverwante gedragsnormen – zoals het voor een marktconforme vergoeding moeten vervreemden van de onderneming – en gedragingen die wel of niet verenigbaar zijn met art. 2:8 BW. Zo kan – onder uitzonderlijke omstandigheden – bijvoorbeeld het doorbreken van de vereiste (statutaire) unanimiteit voor vervreemding van de activa van de vennootschap gerechtvaardigd zijn. In die situatie moet het bestuur op grond van art. 2:8 BW aan de algemene vergadering mededelen welke dringende omstandigheden de doorbreking van de goedkeuringregel rechtvaardigen.²⁰³⁶ Tevens dient de raad van commissarissen in redelijkheid tijd en gelegenheid te worden geboden om een transactie goed te keuren ingeval haar goedkeuring is vereist.²⁰³⁷ Een laatste voorbeeld is dat het niet met art. 2:8 BW verenigbaar is wanneer de vennootschap een ten overstaan van de rechter gedane toezegging schendt om de certificaa houders bij de besluitvorming te betrekken over de vervreemding van activa.²⁰³⁸ Deze drie uitspraken zijn illustratief voor het feit dat paragraaf 11.2.3 voor een vollediger beeld zorgt van gedrag dat (on)toelaatbaar is binnen dit subtype.

13.6.5 *Beëindiging samenwerking of vennootschap*

13.6.5.1 Het beschreven kader

Geschillen over de ‘beëindiging van de samenwerking’ worden in paragraaf 2.6.5 als ‘restcategorie’ beschouwd, waardoor de paragraaf slechts benoemt dat dergelijke geschillen binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen. Dit heeft ervoor gezorgd dat de rechtspraakanalyse ten aanzien van die soort geschillen meer onbevangen heeft plaatsgevonden, maar dat het beschreven kader ten aanzien daarvan geen aanvullende informatie bevat.

Daarentegen bevat paragraaf 2.6.5 wel informatie over de ‘beëindiging van de vennootschap’. Onder dit subtype vallen een (voorgenomen) ontbindingsbesluit en het aansturen op een faillissement. Uit het beschreven kader blijkt dat de redelijkheid en billijkheid een beslechtende rol vervult indien partijen in een 50/50-verhouding geen overeenstemming weten te bereiken over de ontbinding van de vennootschap. De rechter heeft namelijk in een dergelijke situatie een aandeelhouder ertoe verplicht medewerking te verlenen aan de ontbinding van de vennootschap die al anderhalf jaar geen activiteiten meer ontplooit. Een ander (theoretisch) voorbeeld van een vernietigbaar ontbindingsbesluit is dat een dergelijk besluit vernietigbaar is als het besluit genomen wordt gedurende een akkoordprocedure onder de WHOA.²⁰³⁹ Verder kunnen de omstandigheden meebrengen dat een aandeelhouder zijn stemrecht niet conform art. 2:8 BW uitoefent ingeval hij wegens oneigenlijke gronden tracht aan te sturen op een faillissement of surseance van betaling.

13.6.5.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

De paragrafen 11.2.4 en 11.3.5 bevatten met betrekking tot de ‘beëindiging van de samenwerking’ de nodige informatie over aandeelhouders die de samenwerking willen verbreken en daarbij overeenkomstig dan wel in strijd met art. 2:8 BW handelen. Zo komen bijvoorbeeld in de

²⁰³⁶ Hof Amsterdam (OK) 12 april 2016, *ARO* 2016/118 (*Phoenicia Hotel*), r.o. 4.3.

²⁰³⁷ Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, *ARO* 2003/47 (*Corus Nederland*), r.o. 3.11.

²⁰³⁸ Hof Amsterdam (OK) 3 september 2012, *ARO* 2012/130 (*Pebblestone Fashion*), r.o. 3.7.

²⁰³⁹ Moulen Janssen 2020, p. 319.

rechtspraakanalyse aan bod: de vrijheid van aandeelhouders om de samenwerking te verbreken,²⁰⁴⁰ het invoeren van een aanbiedingsplicht²⁰⁴¹ en diverse toegewezen geschillenregelsprocedures.²⁰⁴²

Daarnaast gaan de voornoemde twee paragrafen in op de ‘beëindiging van de vennootschap’. Blijkens de Headscanning-beschikking is het niet aanvaardbaar om uit eigen beweging op het faillissement van de vennootschap aan te sturen zonder daarover overleg te willen voeren met de minderheidsaandeelhouder/bestuurder. Deze uitspraak illustreert dat de uitoefening van de meerderheidsmacht niet onbegrensd is.²⁰⁴³ Vergelijkbaar hiermee is de C&LSG/TPG-uitspraak. Deze zaak geeft nogmaals weer dat het willen aansturen op de beëindiging van de vennootschap via een faillissementsaanvraag wederom in strijd met art. 2:8 BW kan zijn indien de aanvraag op oneigenlijke motieven is gebaseerd die verband houden met het eigen belang van de meerderheidsaandeelhouder.²⁰⁴⁴

Verder is in de Interroyal-uitspraak sprake van een impasse, waardoor het niet mogelijk is om een ontbindingsbesluit te nemen. De rechter overweegt in deze zaak eerst dat partijen zich overeenkomstig art. 2:8 BW moeten gedragen. Daarna oordeelt de rechter dat de aandeelhouder zich niet op goede gronden heeft verzet tegen de gewenste ontbinding.²⁰⁴⁵

13.6.5.3 Vergelijking en/of aanvulling

Aangezien het beschreven kader (paragraaf 2.6.5) geen informatie bevat over de ‘beëindiging van de samenwerking’ en art. 2:8 BW, is het niet mogelijk deze vergelijking te maken. Gelet hierop vormen de bevindingen uit de rechtspraakanalyse – zoals beschreven in de paragrafen 11.2.4 en 11.3.5 – een aanvulling op dit kader.²⁰⁴⁶

Daarentegen bevat het beschreven kader wel informatie over de ‘beëindiging van de vennootschap’. De informatie die daarin staat, sluit aan bij de rechtspraakanalyse over dit subtype. De voornaamste reden hiervoor is dat de enkele uitspraken uit de analyse grotendeels overlappen met de rechtspraak waarop het beschreven kader is gebaseerd. Er zijn slechts twee aspecten die verschillen. Het eerste aspect is dat de rechtspraakanalyse één uitspraak meer bevat die inzichtelijk maakt dat een aandeelhouder niet altijd uit eigen beweging mag aansturen op het faillissement van

²⁰⁴⁰ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2006, ARO 2006/73 (*Drukkerij Bevrijding*), r.o. 3.7; Hof Amsterdam (OK) 5 november 2007, ARO 2007/172 (*Fit & Healthclub d'r Pool*), r.o. 3.12; Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2021, ARO 2021/101 (*Holding Inbetween Ham*), r.o. 3.8.

²⁰⁴¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8915 (*Apotheek Eemnes*), r.o. 4.7; Hof Amsterdam (OK) 24 juni 2019, ARO 2019/141 (*Interhal Group*), r.o. 3.7; Rb. Amsterdam (vzr.) 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4519 (*Bearingpoint Holding*), r.o. 5.6. Zie in vergelijkbare zin de volgende uitspraak die buiten de reikwijdte van de rechtspraakanalyse valt: Rb. Midden-Nederland 12 juni 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:3668, r.o. 3.3.

²⁰⁴² Overeenkomstig paragraaf 5.6.4 zijn toegewezen uitstotings- en uittredingsvorderingen op grond van de wettelijke geschillenregeling onder dit subtype geschaard.

²⁰⁴³ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2004, ARO 2004/34 (*Headscanning Patent*), r.o. 3.6.

²⁰⁴⁴ Rb. Limburg 19 januari 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:460 (*Collect & Legal Service Group/Twaalf Provinciën Gerechtsdeurwaarders*), r.o. 4.9-4.10. Zie in soortgelijke zin meer recent Hof Den Haag 23 juli 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:1575 (*ClubGolf/Active Communications*), r.o. 4.1.

²⁰⁴⁵ Rb. Amsterdam 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AZ0410 (*Interroyal Amsterdam*), r.o. 4.3-4.4.

²⁰⁴⁶ Dit neemt niet weg dat andere auteurs reeds hebben geschreven over bijvoorbeeld de gronden voor toe- of afwijzing van vorderingen in uitstotings- en uittredingsprocedures.

de vennootschap. Verder volgt uit de rechtspraakanalyse geen uitspraak die de suggestie van Moulens Janssen bevestigt.

13.7 Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder

13.7.1 Inleiding

Deze paragraaf behandelt eerst de totstandkoming van een ontslag-, schorsings- of benoemingsbesluit en hoe art. 2:8 BW in die initiële fase terugkomt (paragraaf 13.7.2). Daarna volgen achtereenvolgens de materiële gronden van het ontslagbesluit (paragraaf 13.7.3), schorsingsbesluit (paragraaf 13.7.4) en benoemingsbesluit (paragraaf 13.7.5).

13.7.2 Totstandkoming besluit

13.7.2.1 Het beschreven kader

Paragraaf 2.7.3 maakt eerst een onderscheid tussen de in art. 2:227 lid 7 BW gecodificeerde raadgevende stem en het op art. 2:8 BW gebaseerde hoorrecht.²⁰⁴⁷ De kern van het hoorrecht is dat de bestuurder voor ontslag of schorsing voldoende in de gelegenheid gesteld dient te worden om zich te verdedigen tegen het voorgenomen besluit. Bij dit recht staan de eigen (privé)belangen van de bestuurder centraal. Verder brengt art. 2:8 BW mee dat de redenen voor ontslag of schorsing dienen te worden medegedeeld. Ook moet de maatregel tijdig kenbaar worden gemaakt zodat de bestuurder voldoende tijd heeft zich daartegen te verweren. Bij schorsing is mede van belang dat de geschorste bestuurder niet onredelijk lang in onzekerheid mag verkeren over de duur van de schorsing, een eventuele opheffing daarvan of een mogelijk ontslag. Tot slot dient het uitnodigen van een bestuurder tot bijwoning van de algemene vergadering eveneens overeenkomstig art. 2:8 BW te geschieden. Op dit punt kunnen daardoor tevens totstandkomingsgebreken ontstaan.

13.7.2.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

In de paragrafen 12.2.2, 12.3.2 en 12.3.3 staan de bevindingen uit de rechtspraakanalyse gerelateerd aan de totstandkoming van het besluit uitgebreid uiteengezet. Een centrale rol in dit geheel vervult het hoorrecht,²⁰⁴⁸ aangezien de bestuurder zijn zienswijze (deugdelijk) moet kunnen geven.²⁰⁴⁹ Het

²⁰⁴⁷ Zie meer recent over de raadgevende stem en het hoorrecht Verburg 2024, p. 300-306 (deze bron staat vanwege de publicatiedatum niet in het beschreven kader).

²⁰⁴⁸ Het hoorrecht blijft in de rechtspraak na de onderzoeksperiode onverminderd een belangrijke rol vervullen: Rb. Gelderland 17 januari 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:326, r.o. 4.6; Rb. Amsterdam 16 mei 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:2735 (*Eurotrade Netherlands*), r.o. 5.12-5.16. In de laatste uitspraak oordeelt de rechtbank dat de bestuurder – ondanks diens afwezigheid bij de aandeelhoudersvergadering wegens ziekte – in de gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze te geven, aangezien de bezwaren van de bestuurder voldoende blijken uit een ingestuurde brief. Hierbij weegt mee dat al geruime tijd duidelijk was dat de aandeelhouder de onderneming wilde sluiten en de zieke bestuurder waarschijnlijk niet op korte termijn zou herstellen.

²⁰⁴⁹ In bijvoorbeeld de volgende uitspraken komt het hoorrecht voor Hof Amsterdam (OK) 26 september 2002, ARO 2002/153 (*Bolle Technofast*), r.o. 2.10 en 3.4; Rb. Amsterdam (vzr.) 10 mei 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM6151 (*Yukos CIS Investment*), r.o. 5.5.1; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6420, r.o. 4.2; Rb. Noord-Nederland 7 mei 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2048, r.o. 4.45; Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:653 (*MB-Beheer*), r.o. 3.7.

overvallen van de bestuurder met een schorsing is dan ook niet verenigbaar met art. 2:8 BW.²⁰⁵⁰ In het verlengde hiervan ligt dat sprake is van strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid ingeval de oproeping geen duidelijkheid verschaft over de behandeling van het ontslag tijdens de vergadering.²⁰⁵¹ Een bestuurder moet in dit kader mede voldoende tijd hebben om zich voor te bereiden op het geven van zijn zienswijze,²⁰⁵² waarbij het van belang is dat de bestuurder op de hoogte is van alle gronden voor het ontslag²⁰⁵³ en de gevraagde stukken ontvangt die hij nodig acht voor zijn verdediging.²⁰⁵⁴ Gelet op deze aspecten zal het inplannen van de vergadering één dag na het versturen van de uitnodiging²⁰⁵⁵ of één dag na de vakantie van de bestuurder niet verenigbaar zijn met art. 2:8 BW.²⁰⁵⁶ In aanvulling hierop is het belangrijk dat de bestuurder tijdens de vergadering/bespreking voldoende gelegenheid krijgt om zijn zienswijze te geven.²⁰⁵⁷ Van hoor en wederhoor is bijvoorbeeld geen sprake als de meerderheidsaandeelhouder voor het ontslag stemt zonder dat een discussie daarover heeft plaatsgevonden.²⁰⁵⁸ Een (enigszins) vooringenomen en vastberaden aandeelhouder die de bestuurder wil ontslaan, handelt dan ook niet in strijd met de hoorplicht zolang hoor en wederhoor heeft plaatsgevonden.²⁰⁵⁹

Met inachtneming van het voorgaande zijn drie elementen essentieel in het kader van het hoorrecht om een toetsing aan art. 2:8 BW te kunnen doorstaan. Het gaat namelijk erom dat de bestuurder (i) voor de vergadering weet dat de schorsing of het ontslag aan bod komt, (ii) op de hoogte is van de gronden voor het voorgenomen besluit, en (iii) voldoende tijd krijgt – zowel voorafgaand als tijdens de vergadering – om zijn zienswijze deugdelijk voor te bereiden en te geven.²⁰⁶⁰ Of en hoe de bestuurder van het hoorrecht gebruikmaakt, hoeft het rechtscollege overigens niet van belang te achten voor de toetsing van het besluit.²⁰⁶¹ Het niet gebruikmaken van het hoorrecht komt namelijk voor eigen risico van de bestuurder,²⁰⁶² waardoor dit invloed heeft op de vernietigbaarheid van het besluit.²⁰⁶³ Centraal staat of de bestuurder ‘op voldoende wijze in de gelegenheid is gesteld

²⁰⁵⁰ Rb. Utrecht (vzr.) 6 september 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB3563 (*Van Dop/Football Club Utrecht*), r.o. 4.6; Rb. Amsterdam (vzr.) 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6895 (*Nyenrode New Business School*), r.o. 4.3.

²⁰⁵¹ Rb. Arnhem 26 maart 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC8811 (*Dimension Data Nederland*), r.o. 7.7.

²⁰⁵² Zo kan een termijn van drie weken bijvoorbeeld voldoende zijn voor een bestuurder om zijn zienswijze te geven (Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150 (*Venlo/Asparagus Beheer*), r.o. 2.10-2.11 en 4.1.3).

²⁰⁵³ Dit is onder meer af te leiden uit Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 30 december 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL3617 (*DMI Dutch*), r.o. 5.8; Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3864 (*Riamo Holdings/Rotendo Invest*), r.o. 3.4.1.

²⁰⁵⁴ Rb. Limburg 9 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:125, r.o. 4.10; Rb. Noord-Nederland 7 mei 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2048, r.o. 4.47 en 4.49.

²⁰⁵⁵ Rb. Noord-Holland 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7064 (*R.M. Lodder Beheer/Datacenter Energy Consulting*), r.o. 4.12.

²⁰⁵⁶ Rb. Den Haag (vzr.) 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12889 (*Cannock Chase Holding*), r.o. 4.10-4.11.

²⁰⁵⁷ Rb. Amsterdam (vzr.) 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6895 (*Nyenrode New Business School*), r.o. 4.3; Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696 (*Avantes*), r.o. 4.19.

²⁰⁵⁸ Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2018, ARO 2018/140 (*DMBH Vastgoed Beheer*), r.o. 3.4. Deze beschikking is daardoor in lijn met het Wijsmuller-arrest van de Hoge Raad (HR 15 juli 1968, NJ 1969/101, m.nt. G.J. Scholten (*Wijsmuller*)). Zie in dit verband ook Rb. Midden-Nederland 18 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1857, r.o. 3.7-3.8.

²⁰⁵⁹ Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696 (*Avantes*), r.o. 4.20.

²⁰⁶⁰ Illustratief voor een zorgvuldig proces waarin deze drie elementen aan bod komen, is Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696 (*Avantes*), r.o. 4.19.

²⁰⁶¹ Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150 (*Venlo/Asparagus Beheer*), r.o. 4.1.3.

²⁰⁶² Rb. Haarlem (vzr.) 18 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM4921 (*Hostway*), r.o. 4.7.

²⁰⁶³ Zie in dit verband Rb. Midden-Nederland 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2903, r.o. 4.3; Rb. Overijssel (vzr.) 26 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2602 (*Centric Netherlands*), r.o. 4.10.

om zijn standpunt ten aanzien van het ontslag kenbaar te maken' aan het orgaan met de ontslagbevoegdheid.²⁰⁶⁴ Een bestuurder kan zelfs onder omstandigheden voldoende in de gelegenheid zijn gesteld indien de bestuurder verhinderd is²⁰⁶⁵ – door bijvoorbeeld een na oproeping ontstane ziekte –²⁰⁶⁶ of verzoekt om de aandeelhoudersvergadering uit te stellen vanwege een verhindering van zijn advocaat.²⁰⁶⁷ Als het vervolgens mogelijk is om de aandeelhoudersvergadering te verplaatsen, dan is het van belang dat de bestuurder per ommegaande reageert op de alternatieve datum.²⁰⁶⁸

Verder is gebleken dat het doordrukken van een benoemings- of ontslagbesluit in strijd is met art. 2:8 BW als de aandeelhouder/bestuurder weet of mag veronderstellen dat de andere aandeelhouder(/bestuurder) enkele minuten te laat aanwezig is voor de aandeelhoudersvergadering.²⁰⁶⁹ Logischerwijs is het bewust versturen van de oproeping naar het verkeerde (oude) adres van de aandeelhouder/bestuurder niet met art. 2:8 BW verenigbaar, omdat de bestuurder dan onkundig wordt gelaten van de algemene vergadering.²⁰⁷⁰ Vergelijkbaar hiermee is dat art. 2:8 BW kan meebrengen – in een inactieve vennootschap waarbinnen jarenlang een conflict heerst – dat de aandeelhouder/bestuurder moet nagaan of de andere aandeelhouder/bestuurder op de hoogte is van de aandeelhoudersvergadering door bijvoorbeeld contact op te nemen met diens advocaat.²⁰⁷¹ Tot slot blijkt uit de Tismi-uitspraak dat de duur van de schorsing belangrijk is in relatie tot de daaraan ten grondslag liggende reden. Wanneer onduidelijkheid over de aanwezigheid van een geldige reden bestaat, zal het onaanvaardbaar kunnen zijn om een schorsing in stand te laten.²⁰⁷²

13.7.2.3 Vergelijking en/of aanvulling

Gelet op de vorige twee paragrafen sluit de informatie uit de rechtspraakanalyse aan bij het beschreven kader.²⁰⁷³ Zo komt in de rechtspraakanalyse zowel de raadgevende stem als het hoorrecht terug alsmede het belang van het voldoende in de gelegenheid stellen van de bestuurder om zich tegen een voorgenomen besluit te verdedigen. Ook komen in de rechtspraakanalyse de volgende elementen aan bod: (i) het belang van het mededelen van de gronden voor het voorgenomen besluit, (ii) het tijdig kenbaar maken van de voorgenomen maatregel, (iii) de rol van art. 2:8 BW bij het uitnodigen van de bestuurder en (iv) de mogelijke rol die de duur van de schorsing kan spelen bij een toetsing aan art. 2:8 BW. Verder behandelt de rechtspraakanalyse aanvullende elementen zoals: (i) het ontvangen van documenten in het kader van de verdediging, (ii) wanneer de bestuurder

²⁰⁶⁴ Rb. Maastricht 25 juni 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AH8736 (*Naaldenfabriek*), r.o. 3.4; Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741 (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.8-5.11.

²⁰⁶⁵ Hof Amsterdam 20 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3597 (*Eurosuit*), r.o. 4.7.

²⁰⁶⁶ Rb. Amsterdam (vzr.) 8 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:760 (*BrandsCommerce/Disapo.de Apotheke*), r.o. 3.4.

²⁰⁶⁷ Rb. Haarlem (vzr.) 18 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM4921 (*Hostway*), r.o. 4.7; Rb. Rotterdam 14 juli 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4048, r.o. 5.1.1. Zie in tegengestelde zin Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:653 (*MB-Beheer*), r.o. 3.5 en 3.7.

²⁰⁶⁸ Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741 (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.14.

²⁰⁶⁹ Rb. Zutphen (vzr.) 27 juli 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ9088 (*De Jong Intra Vakanties/Roan Comfort Camp*), onder 'de beoordeling'; Rb. Rotterdam 14 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6946 (*Akro Consulting/VVMZ*), r.o. 4.3; Hof Den Haag 9 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2335 (*VVMZ/Akro Consulting*), r.o. 5.5.

²⁰⁷⁰ Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2007, ARO 2007/122 (*Technoton Construction*), r.o. 3.6-3.7.

²⁰⁷¹ Rb. Amsterdam 18 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2349 (*Riamo Holdings*), r.o. 4.19 en 4.21.

²⁰⁷² Rb. Gelderland (vzr.) 7 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:4987 (*Tismi*), r.o. 4.10.

²⁰⁷³ Meer specifiek sluiten de paragrafen 12.2.2, 12.3.2 en 12.3.3 (de rechtspraakanalyse) aan bij paragraaf 2.7.3 (het beschreven kader).

onvoldoende tijd heeft zich voor te bereiden, (iii) het belang van het voeren van een discussie over het voorgenomen besluit, en (iv) het oneigenlijk doordrukken van een benoemings- of ontslagbesluit.

Met inachtneming hiervan en hetgeen in de genoemde paragrafen uit hoofdstuk 12 staat, kan worden geconcludeerd dat deze rechtspraakanalyse het beschreven kader aanvult. In de analyse komen immers diverse normen – zoals geïllustreerd in paragraaf 13.7.2.2 – terug. Zo leidt een groot deel van deze normen in de kern tot een verduidelijking van de vraag wanneer de bestuurder voldoende in de gelegenheid is gesteld om zijn visie te geven op het voorgenomen besluit. Hierdoor ontstaat meer inzicht in de elementen die van belang zijn bij een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.

Verder maakt de rechtspraakanalyse zichtbaar dat de nodige gerechtelijke procedures worden gevoerd waarin de totstandkoming van het ontslag- of schorsingsbesluit centraal staat. Het is daardoor aan te bevelen dat het hoorrecht wordt gecodificeerd, zodat duidelijk is dat de bestuurder voorafgaand aan de schorsing of het ontslag voldoende in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn zienswijze te geven op het voorgenomen besluit. Op die manier krijgen partijen meer inzicht in de toelaatbaarheid van bepaalde gedragingen, waardoor de totstandkoming van de voornoemde besluiten potentieel minder vaak in een gerechtelijke procedure zal resulteren.

13.7.3 Materiële ontslaggronden

13.7.3.1 Het beschreven kader

Overeenkomstig art. 2:244 lid 1 BW is het te allen tijde mogelijk om een bestuurder te ontslaan. Over de mogelijkheid om het ontslagbesluit aan art. 2:8 BW te toetsen bestaat blijkens het beschreven kader (paragraaf 2.7.2.2) enige discussie vanwege het Sjardin-arrest van de Hoge Raad. Het arrest wekt namelijk de indruk dat de inhoudelijke (materiële) gronden niet tot aantasting van het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit kunnen leiden op grond van de redelijkheid en billijkheid.²⁰⁷⁴ Volgens de heersende leer is het echter mogelijk om materiële aspecten met betrekking tot het ontslagbesluit te toetsen aan de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid. Deze inhoudelijke aspecten dienen dan vennootschapsrechtelijk en niet arbeidsrechtelijk van aard te zijn. Volgens het beschreven kader kan hierbij gedacht worden aan: (i) het zonder deugdelijke grond ontslaan van een bestuurder die tevens aandeelhouder is, (ii) het ontslag van een bestuurder wegens het niet opvolgen van een gegeven instructie die in strijd is met het vennootschappelijk belang, of (iii) een ontslagbesluit dat in strijd is met art. 2:8 BW jegens een andere partij dan de bestuurder.²⁰⁷⁵ Verder staan in het beschreven kader twee citaten uit rechtspraak waaruit blijkt dat rechters onder omstandigheden materiële/inhoudelijke aspecten betrekken bij een toetsing aan art. 2:8 BW.

13.7.3.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

Uit de rechtspraakanalyse – zoals beschreven in de paragrafen 12.2.3 en 12.3.4 – blijkt dat rechtscolleges materiële (ontslag)gronden betrekken bij een toetsing aan art. 2:8 BW ondanks het bestaan

²⁰⁷⁴ HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985/375, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Sjardin/Sjartec*), r.o. 3.2-3.3.

²⁰⁷⁵ Interessant in dit verband is mede de gedachtegang van Verburg die vanwege de publicatiedatum niet is meegenomen in het beschreven kader. Laatstgenoemde betoogt – kort gezegd – dat het aandragen van een verzonnen verhaal ter onderbouwing van het ontslag op gespannen voet met de hoorplicht kan staan (Verburg 2024, p. 333-335).

van het Sjardin-arrest. Zo komt bijvoorbeeld in het enquêterecht terug dat (onder meer) een vertrouwensbreuk aanleiding kan vormen voor het ontslag van de bestuurder, waardoor het besluit in redelijkheid kan worden genomen.²⁰⁷⁶ Dit is mogelijk anders als de belangen van de vennootschap door het ontslag onaanvaardbaar worden geschaad.²⁰⁷⁷ Ook volgt uit de rechtspraakanalyse dat de meerderheidsaandeelhouder bij het (willen) doordrukken van een ontslagbesluit in strijd kan handelen met art. 2:8 BW. Daarvan is sprake indien het ontslag niet op enige goede grond berust en slechts is ingegeven door een foutieve opvatting van het kunnen uitoefenen van de aandeelhouder-smacht.²⁰⁷⁸ Tevens kan de handelswijze van de aandeelhouder zodanig disproportioneel zijn dat de andere partij onevenredig wordt getroffen in haar belangen als bestuurder of aandeelhouder.²⁰⁷⁹

De Rechtbank Utrecht formuleert verder de maatstaf dat het ontslag in strijd kan zijn met art. 2:8 BW ‘indien aan het ontslagbesluit niet geoorloofde (discriminatoire) motieven ten grondslag liggen of indien het evident is dat het ontslag op grond van valse en/of voorgewende argumenten is genomen.’²⁰⁸⁰ In een andere uitspraak komt ook terug dat het ontslagbesluit een schending van art. 2:8 BW kan opleveren ingeval het besluit de belangen van de vennootschap schaadt.²⁰⁸¹ Voorts betreft de Rechtbank Limburg specifiek de aangevoerde ontslaggronden in haar oordeel over de redelijkheid van de inhoud van het ontslagbesluit. Een verschil van inzicht en de wens om een voltijds bestuurder aan te stellen zorgen in die zaak ervoor dat de aandeelhouder het besluit in redelijkheid kon nemen.²⁰⁸² Afrondend houdt de Rechtbank Gelderland het vrij kort door te oordelen dat arbeidsrechtelijke gronden – overeenkomstig het Sjardin-arrest – niet bij de toetsing van het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit aan de artt. 2:14 en 2:15 BW kunnen worden betrokken.²⁰⁸³

13.7.3.3 Vergelijking en/of aanvulling

Zoals de bevindingen uit de rechtspraakanalyse illustreren (paragraaf 13.7.3.2), besteden bepaalde rechtscolleges aandacht aan de materiële (ontslag)gronden bij de toetsing van het ontslagbesluit aan art. 2:8 BW.²⁰⁸⁴ Gelet hierop zien rechtscolleges blijkaar – in overeenstemming met het beschreven kader –²⁰⁸⁵ voldoende ruimte voor het betrekken van materiële aspecten bij een (terughoudende) toetsing aan art. 2:8 BW. Daarnaast zijn meermaals normen gesignaleerd die onder uitzonderlijke omstandigheden ervoor kunnen zorgen dat een ontslagbesluit niet verenigbaar is met de redelijkheid en billijkheid vanwege materiële gronden/aspecten. Het Sjardin-arrest weerhoudt dan ook niet (alle) rechtscolleges ervan het ontslagbesluit te toetsen aan art. 2:8 BW op basis van aspecten die geen verband houden met formele aspecten inzake de totstandkoming van het besluit. De rechtspraakanalyse bevestigt dus wat in het beschreven kader staat. De rechtspraakanalyse geeft

²⁰⁷⁶ Hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2008, ARO 2008/164 (*Aardappelweek- en Selectiebedrijf IJsselmeerpolders*), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 7 mei 2013, ARO 2013/84 (*Viadata*), r.o. 3.4.

²⁰⁷⁷ Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2021, ARO 2021/45 (*Broekman Group*), r.o. 3.5.

²⁰⁷⁸ Hof Amsterdam (OK) 10 december 2008, ARO 2009/1 (*Amsterdamsche Huizenhandel en Administratiemaatschappij*), r.o. 3.15-3.17.

²⁰⁷⁹ Hof Amsterdam (OK) 26 augustus 2009, ARO 2009/131 (*Logispring Investment Fund*), r.o. 3.4 en 3.7.

²⁰⁸⁰ Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741 (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*), r.o. 5.19. Zie eveneens Rb. Noord-Holland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4596 (*Moerheim New Plant*), r.o. 7.8.

²⁰⁸¹ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 21 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3697, r.o. 4.6-4.8.

²⁰⁸² Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150 (*Venlo/Asparagus Beheer*), r.o. 4.1.4.

²⁰⁸³ Rb. Gelderland 4 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:52 (*Stergro International*), r.o. 5.15-5.16. Zie in vergelijkbare zin eerder Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696 (*Avantes*), r.o. 4.16.

²⁰⁸⁴ Paragraaf 12.3.4 gaat uitgebreid daarop in.

²⁰⁸⁵ Dit wordt in paragraaf 13.7.3.1 aangestipt en komt uitgebreid aan bod in paragraaf 2.7.2.2.

namelijk weer dat rechtscolleges tevens ruimte aanwezig achten voor het betrekken van materiële aspecten bij een toetsing aan art. 2:8 BW. Het enige probleem hierbij is dat niet alle rechtscolleges – zoals blijkt uit paragraaf 13.7.3.2 – eenzelfde kader hanteren voor de toetsing van de materiële aspecten, waardoor behoefte bestaat aan meer uniformiteit. Deze uniformiteit kan het eenvoudigst worden bewerkstelligd indien alle rechtscolleges – zoals de Ondernemingskamer in 2021 en 2023 heeft gedaan – als uitgangspunt aanhouden dat ontslag te allen tijde mogelijk is, tenzij het ontslag in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²⁰⁸⁶ Hierbij is het van belang dat de rechtscolleges expliciet de materiële aspecten betrekken bij een toetsing aan art. 2:8 lid 2 BW. Op die manier ontstaat meer inzicht in de toelaatbaarheid van ontslagbesluiten en de ruime discretionaire ontslagbevoegdheid blijft daardoor in stand. Een ontslagbesluit behoort immers slechts onder uitzonderlijke omstandigheden niet in stand te blijven wegens strijdigheid met art. 2:8 BW op grond van materiële aspecten.

13.7.4 Materiële schorsingsgronden

13.7.4.1 Het beschreven kader

Net zoals bij ontslag is schorsing van een bestuurder te allen tijde mogelijk op grond van art. 2:244 lid 1 BW. Uit het beschreven kader volgt echter dat een goede grond voor schorsing dient te bestaan. Wat een goede grond is, zou mede afhankelijk zijn van het belang van de vennootschap. Een bestuurder mag gelet daarop niet te lichtvaardig worden geschorst. Indien dat wel het geval is, kan het schorsingsbesluit op gespannen voet met art. 2:8 BW staan. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.7.2.3 kunnen goede gronden voor schorsing zijn: (i) onenigheid over het beleid waardoor een vruchtbare samenwerking lijkt uitgesloten of (ii) een gebrek aan vertrouwen in de bestuurder. In dit verband kan ook meewegen of er een minder vergaande sanctiemogelijkheid bestaat dan schorsing. Verder geldt dat de schorsing – afgezet tegen het vennootschappelijk belang – niet voorzienbaar disproportioneel bezwarend mag uitwerken voor de bestuurder.

13.7.4.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

Uit de gecodeerde rechtspraak – zie de paragrafen 12.2.3 en 12.3.5 – blijkt dat een bestuurder niet te lichtvaardig mag worden geschorst.²⁰⁸⁷ Schorsing zou daardoor slechts zijn toegestaan indien het ongewijzigd laten van de situatie tot (potentieel) grote schade leidt bij de vennootschap of wanneer vanwege de zwaarwegende grond voor schorsing – waartegen het belang van de bestuurder niet opweegt – in redelijkheid niet van de vennootschap kan worden gevergd dat zij de bestuurder nog langer op het werk duldt.²⁰⁸⁸ Alhoewel de rechtspraak deze norm – of een vergelijkbare norm – niet altijd expliciet aanhaalt, blijkt uit de rechtspraak dat in ieder geval voldoende grond voor de

²⁰⁸⁶ Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2021, *ARO 2021/45 (Broekman Group)*, r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2023, *ECLI:NL:GHAMS:2023:748 (Breens)*, r.o. 3.11.

²⁰⁸⁷ Dit volgt mede uit rechtspraak die na de onderzoeksperiode van de rechtspraakanalyse is geweest: Rb. Gelderland 17 januari 2024, *ECLI:NL:RBGEL:2024:326*, r.o. 4.7; Hof Amsterdam (OK) 5 maart 2024, *ECLI:NL:GHAMS:2024:1553 (Windward/JZ Logistics)*, r.o. 3.24. Opvallend aan de laatste uitspraak is dat de Ondernemingskamer in die geschillenregelsprocedure eveneens benoemt dat de rechter een zekere terughoudendheid in acht moet nemen bij de inhoudelijke toetsing van een schorsingsbesluit aan art. 2:8 BW vanwege de tekst en het systeem van de wet (zie hierover ook paragraaf 12.7).

²⁰⁸⁸ Dit volgt onder meer uit Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 30 december 2009, *ECLI:NL:RBZLY:2009:BL3617 (DMI Dutch)*, r.o. 5.12; Rb. Gelderland (vzr.) 7 juli 2022, *ECLI:NL:RBGEL:2022:4987 (Tismi)*, r.o. 4.5.

schorsing aanwezig moet zijn.²⁰⁸⁹ Geldige redenen voor schorsing kunnen bijvoorbeeld zijn dat (i) de geschorste bestuurder meer dan één jaar geen bestuurswerkzaamheden heeft verricht,²⁰⁹⁰ (ii) er sprake is van een ernstige vertrouwenscrisis tussen de raad van commissarissen en het bestuur,²⁰⁹¹ (iii) er gebreken in de administratie zijn geconstateerd,²⁰⁹² (iv) er sprake is van een impasse in het bestuur terwijl er grote en acute financiële problemen zijn,²⁰⁹³ (v) een potentieel miljoenenverlies niet tijdig aan de raad van commissarissen is medegedeeld terwijl eerdere cijfers positief waren,²⁰⁹⁴ en (vi) een verkoopproces niet verder wordt vertraagd omdat het bestuur geen uitvoering wil geven aan een besluit.²⁰⁹⁵ Daarentegen kan een schorsing niet met art. 2:8 BW verenigbaar zijn, omdat de bestuurder onder meer ‘vrij is om – in het belang van de betrokken vennootschappen – niet in te stemmen met een opdracht’ gezien de bestuursautonomie.²⁰⁹⁶

13.7.4.3 Vergelijking en/of aanvulling

De rechtspraakanalyse illustreert net zoals het beschreven kader dat schorsing niet – overeenkomstig de wettelijke bepaling – te allen tijde mogelijk is. Voor schorsing is immers een voldoende zwaarwegende grond vereist, aangezien het besluit anders in strijd kan zijn met art. 2:8 BW. De bevindingen uit de rechtspraakanalyse zijn daardoor conform het beschreven kader. Verder schetst de rechtspraakanalyse een vollediger beeld van de omstandigheden die aanleiding kunnen vormen voor een schorsingsbesluit dat wel of niet verenigbaar is met de redelijkheid en billijkheid.²⁰⁹⁷

Afrondend maakt het voorgaande inzichtelijk dat art. 2:244 lid 1 BW dient te worden aangepast. Zowel het beschreven kader als de rechtspraakanalyse geven immers duidelijk weer dat schorsing niet te allen tijde mogelijk is. Dit brengt mee dat uit de wet behoort te blijken dat voor schorsing een voldoende zwaarwegende grond is vereist.

13.7.5 Materiële benoemingsgronden

13.7.5.1 Het beschreven kader

Paragraaf 2.7.2.4 bevat een beperkte hoeveelheid aan informatie over de redelijkheid van een benoemingsbesluit. Zo kan een benoemingsbesluit blijkens het Baus/De Koedoe-arrest in strijd zijn met de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) als een ongeschikte bestuurder wordt benoemd. Dit kan namelijk duiden op misbruik van meerderheidsmacht als de benoeming is gedaan ter benadeling van de vennootschap of ter bevoordeling van zichzelf of een derde.²⁰⁹⁸ Ook zou een benoemingsbesluit niet verenigbaar met art. 2:8 BW kunnen zijn indien een bestuurder wordt aangesteld

²⁰⁸⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam (vzr.) 30 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL0290 (*Amtrada Holding*), r.o. 4.2; Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, ARO 2017/115 (*Kors*), r.o. 3.6.

²⁰⁹⁰ Rb. Dordrecht (vzr.) 22 januari 2004, ECLI:NL:RBDOR:2004:AO2234 (*Scalia/GS Handelsbedrijf*), r.o. 19-21.

²⁰⁹¹ Rb. Amsterdam (vzr.) 30 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL0290 (*Amtrada Holding*), r.o. 4.2.

²⁰⁹² Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2018, ARO 2018/79 (*Opwerk Uitzendbureau*), r.o. 3.4.

²⁰⁹³ Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3864 (*Riamo Holdings/Rotendo Invest*), r.o. 3.4.2.

²⁰⁹⁴ Rb. Nood-Holland 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:11026 (*Royal Duyvis Wiener*), r.o. 2.9 en 5.18.

²⁰⁹⁵ Hof Amsterdam (OK) 5 november 2020, ARO 2021/3 (*L2Fiber*), r.o. 3.25.

²⁰⁹⁶ Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, ARO 2017/115 (*Kors*), r.o. 3.6.

²⁰⁹⁷ Raadpleeg paragraaf 13.7.5.2 voor een beknopte versie van de gecodeerde rechtspraak en de paragrafen 12.2.3 en 12.3.5 voor een uitgebreidere versie.

²⁰⁹⁸ HR 13 februari 1942, NJ 1942/360 (*Baus/De Koedoe I*).

in wie het zittende bestuur op objectieve gronden geen vertrouwen heeft of als door de benoeming een onwerkbaar situatie ontstaat.

13.7.5.2 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

De rechtspraakanalyse – zoals uiteengezet in paragraaf 12.3.6 – bevat slechts één uitspraak waarin de benoeming van een bestuurder aan bod komt. In de Sunergy-beschikking doet de minderheids-aandeelhouder/bestuurder tevergeefs een beroep op art. 2:8 BW, want volgens de Ondernemingskamer is niet gebleken dat de benoeming van een bestuurder strekt ten nadele van de vennootschap.²⁰⁹⁹ Verder bevat de rechtspraakanalyse de Luckey Establishment-zaak, alleen gaat die zaak over de (her)benoeming van commissarissen.²¹⁰⁰ In casu is een schending van art. 2:8 BW waarneembaar, omdat slechts één van de *beneficial owners* niet is herbenoemd als commissaris van de vennootschap waardoor welbewust iedere invloed van die partij binnen de vennootschap is ontnomen.²¹⁰¹

13.7.5.3 Vergelijking en/of aanvulling

De Sunergy-beschikking uit de rechtspraakanalyse sluit enigszins aan bij de twee suggesties in de laatste zin van paragraaf 13.7.5.1.²¹⁰² Het is daardoor denkbaar dat een benoemingsbesluit in strijd met art. 2:8 BW kan zijn als dat besluit nadeel oplevert voor de vennootschap vanwege een daardoor ontstane onwerkbaar situatie. Op basis van de geanalyseerde rechtspraak – alsmede het beschreven kader – blijft echter onduidelijk of dit daadwerkelijk tot een schending van art. 2:8 BW kan leiden. Kortom, het beschreven kader kan in stand blijven ondanks dat niet elk aspect in de rechtspraakanalyse voorkomt.

13.8 Functies van art. 2:8 BW

13.8.1 Inleiding

In paragraaf 3.2 is beschreven dat de drie klassieke materiële functies van de redelijkheid en billijkheid de interpreterende, aanvullende en beperkende functies zijn. Daarnaast is aangehaald dat De Jongh de gedragsregulerende functie beschouwt als belangrijke functie van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid. Deze paragraaf gaat eerst in op de definities van de verschillende functies – conform paragraaf 3.7 – en daarna op de wijze waarop de functies in de rechtspraakanalyse zijn waargenomen.²¹⁰³

²⁰⁹⁹ Hof Amsterdam (OK) 30 december 2008, ARO 2009/7 (*Sunergy Investco*), r.o. 3.13.

²¹⁰⁰ Overeenkomstig het codeboek – zie bijlage II, code 40.1 – wordt informatie over de benoeming van een commissaris eveneens onder deze code gecodeerd. Het gaat echter in de geanalyseerde rechtspraak met betrekking tot dit gevalstype nagenoeg uitsluitend over een bestuurder. Om deze reden gaat het telkens over ‘het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder’.

²¹⁰¹ Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1450 (*Luckey Establishment*), r.o. 4.17; Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1015 (*Luckey Establishment*), r.o. 3.39.

²¹⁰² Deze suggesties volgen uit Koelemeijer 1999, p. 226.

²¹⁰³ Raadpleeg telkens de vijfde paragraaf van de hoofdstukken 7 tot en met 12 voor meer voorbeelden van de verschillende functies bij de gevalstypen.

13.8.2 *Interpreterende functie*

De gehanteerde definitie van de interpreterende functie is:

“Wanneer de rechter de wet, de statuten, besluiten van organen, reglementen, een bepaling uit een code of een aandeelhoudersovereenkomst naar redelijkheid en billijkheid interpreteert, dan is sprake van de interpreterende functie. Hierbij is het van belang dat een van voornoemde, bestaande regels wordt geïnterpreteerd. In dergelijke situaties wordt geen aanvulling gegeven op hetgeen reeds bestaat, maar er wordt een bestaande regel middels de redelijkheid en billijkheid verduidelijkt.”

Gelet hierop gaat het erom dat een binnen de deelrechtsorde geldende regel wordt uitgelegd/geïnterpreteerd naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.²¹⁰⁴ In de kern gaat het daardoor om de verduidelijking van een bestaande regel. De gecodeerde rechtspraak bevat 104 waarnemingen van de interpreterende functie.²¹⁰⁵ Deze functie is in alle gevalstypen gesignaleerd, maar hoofdzakelijk – gelet op het aantal uitspraken met betrekking tot die gevalstypen – bij geschillen over een structuurwijziging (50), het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder (31) alsmede de strategie en het beleid (13).²¹⁰⁶ In geschillen over een structuurwijziging komt de interpreterende functie namelijk vooral terug ter interpretatie van de wettelijke geschillenregeling. Bij de twee andere typen geschillen gaat het met name om de interpretatie van besluiten, zoals ontslag-, schorsings- en bestuursbesluiten.

13.8.3 *Aanvullende functie*

In dit onderzoek is de volgende definitie van de aanvullende functie leidend:

“Indien sprake is van een leemte binnen de deelrechtsorde van de vennootschap, dan kan de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid tot opvulling van de leemte leiden, waardoor een nieuwe regel ontstaat. Hierbij kan van belang zijn dat een dergelijke leemte eerst wordt geconstateerd alvorens tot opvulling/aanvulling wordt overgegaan. Daarnaast kan toepassing van de aanvullende functie blijken uit dat de wet, de statuten, besluiten van organen, reglementen, een bepaling uit een code of een aandeelhoudersovereenkomst (deelrechtsorde) worden aangevuld. Oftewel, de rechtsverhouding tussen de vennootschapsactoren wordt door voorgaande ‘bronnen’ beheerst en een van deze bestaande bronnen wordt door de rechter aangevuld naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.”

Kortom, het gaat bij deze functie om het ontstaan van een nieuwe norm op grond van art. 2:8 BW, omdat de rechter een leemte binnen de deelrechtsorde constateert en opvult. Deze functie is ten opzichte van de interpreterende en gedragsregulerende functies slechts sporadisch waargenomen. De aanvullende functie is namelijk in de gecodeerde rechtspraak achttien keer gesignaleerd,

²¹⁰⁴ De term ‘deelrechtsorde’ is door Van Schilfgaarde geïntroduceerd (Van Schilfgaarde 1981, p. 2). De deelrechtsorde van een vennootschap behelst de wet, de statuten, besluiten van organen, (soms) reglementen, bepaling uit een code en een aandeelhoudersovereenkomst (Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 18).

²¹⁰⁵ Dit volgt uit paragraaf 6.3.9.5 waarin het gaat om het aantal waarnemingen per gevalstype zoals blijkt uit het Excel-bestand.

²¹⁰⁶ Bij de andere gevalstypen is deze functie – met name verhoudingsgewijs – slechts enkele keren gesignaleerd: informatieverstrekking (3), belangenverstrengeling (6) en winstbestemming (1).

waarvan tien keer bij geschillen over een structuurwijziging.²¹⁰⁷ Bij de andere typen geschillen is de functie zelden tot niet waargenomen: informatieverstrekking (3), belangenverstrengeling (3), winstbestemming (0), strategie en beleid (1) en ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (1). In de rechtspraak waarin deze functie voorkomt, gaat het hoofdzakelijk om het creëren van een nieuwe (zorgvuldigheids)plicht en enkele keren geeft het rechtscollege een aanvulling op een wettelijke bepaling.

13.8.4 *Beperkende functie*

Conform paragraaf 3.7 staat de volgende definitie van de beperkende functie in dit onderzoek centraal:

“Bij deze functie staat de vraag centraal of naleving van een binnen de deelrechtsorde geldende regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in het specifieke geval. Het gaat bij deze functie daardoor niet om het vaststellen van hetgeen er is of een aanvulling daarop geven, maar om de toets of een bestaande regel buiten toepassing moet worden verklaard, omdat naleving van die regel tot een onaanvaardbaar gevolg zou leiden. Een verwijzing naar art. 2:8 lid 2 BW of de term onaanvaardbaar – dan wel een afgeleide daarvan – kan signaleren dat de beperkende functie in de uitspraak voorkomt.”

De kern van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is met inachtneming van de voorgaande definitie dat een binnen de deelrechtsorde geldende regel buiten werking wordt verklaard dan wel dat een partij de buitenwerkingstelling van een dergelijke regel tracht te bewerkstelligen. Voor de buitenwerkingstelling van een regel zijn uitzonderlijke omstandigheden vereist. Dit verklaart mogelijk waarom een beroep daarop relatief weinig is gesignaleerd. De functie is namelijk negenentwintig keer waargenomen, waarvan zeventien keer bij geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder en zeven keer bij geschillen over een structuurwijziging.²¹⁰⁸ Zo tracht een partij bij geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder (meermaals) de wet, de statuten, aandeelhoudersbesluiten of een bepaling in een aandeelhoudersovereenkomst buiten werking te stellen. Meer specifiek wil een partij bijvoorbeeld het ontslag- of schorsingsbesluit ongedaan maken of een geslaagd beroep op de nietigheid dan wel vernietigbaarheid van het besluit pareren.²¹⁰⁹ Ook gebruikt het rechtscollege deze functie enkele keren om de ruime ontslagbevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering te duiden. Bij de andere typen geschillen is tevens een van de voornoemde regels waarneembaar die een partij buiten werking tracht te stellen.

13.8.5 *Gedragregulerende functie*

De gedragregulerende functie behoort niet tot de drie klassieke functies van de redelijkheid en billijkheid. De gehanteerde definitie voor deze functie is:

²¹⁰⁷ Zie paragraaf 6.3.9.5 voor een overzicht van de gesignaleerde functies per gevalstype.

²¹⁰⁸ Blijkens paragraaf 6.3.9.5 komt deze functie bij de andere typen geschillen qua aantallen nog minder tot niet voor: informatieverstrekking (0) belangenverstrengeling (1), winstbestemming (1) alsmede strategie en beleid (3).

²¹⁰⁹ Zoals volgt uit paragraaf 12.5.4 slaagt een beroep op de derogerende werking structureel niet ingeval daarmee de nietigheid of vernietigbaarheid van het besluit wordt gepoogd te pareren.

“De gedragsregulerende functie speelt een rol in rechtspraak als de rechter een reeds op art. 2:8 BW gecreëerde gedragsnorm aanhaalt, toepast of aanscherpt. Hieronder valt ook de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW als gedragsnorm waarvan de inhoud afhankelijk is van de feiten en omstandigheden. De rechter is in een dergelijke situatie namelijk niet zozeer een bestaande regel – zoals de wet of een besluit – aan het verduidelijken of een leemte aan het opvullen, maar de toelaatbaarheid van gedrag aan het beoordelen op basis van art. 2:8 BW.”

Gelet op de definitie gaat het bij deze functie om het aanhalen, toepassen of aanscherpen van een reeds op art. 2:8 BW gecreëerde gedragsnorm. Hieronder valt mede de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW als gedragsnorm waarvan de inhoud afhankelijk is van de feiten en omstandigheden. Doordat er reeds decennia de nodige gedragsnormen zijn gecreëerd, kunnen de rechtscolleges daar veelvuldig op ‘teruggrijpen’. Dit zorgt ervoor dat de toepassing van de andere functies wordt overschaduwd door de toepassing van de gedragsregulerende functie. Dit geldt met name voor de aanvullende functie. De reden hiervoor is dat de aanvullende functie eenmaal een nieuwe gedragsnorm kan creëren die rechtscolleges vervolgens veelvuldig in de toekomst kunnen aanhalen, toepassen en aanscherpen. Zo grijpen rechtscolleges stelselmatig terug op gecreëerde zorg(vuldigheids)plichten en andere gedragsnormen, waardoor meer eenheid ontstaat binnen het ondernemingsrecht. Voorbeelden hiervan zijn dat een aandeelhouder recht kan hebben op informatie buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering of dat inschakeling van een deskundige derde geboden is in geval van tegenstrijdig belang. Daarnaast blijkt uit de kwalitatieve analyse dat rechtscolleges vaak gedrag aan art. 2:8 BW als gedragsnorm toetsen om de toelaatbaarheid daarvan te beoordelen. Zo kan onder omstandigheden het niet in strijd zijn met art. 2:8 BW indien zonder overleg een bedrijfsrecherche wordt ingeschakeld. Daarentegen is sprake van een schending van art. 2:8 BW als een partij een jegens het rechtscollege gedane toezegging niet naleeft.

Verder ligt het aantal waarnemingen van de gedragsregulerende functie beduidend hoger dan het aantal waarnemingen van de andere drie functies. Hierdoor is het niet verwonderlijk dat bij elk gevalstype de gedragsregulerende functie het vaakst is waargenomen. In totaal is deze functie 388 keer gesignaleerd.²¹¹⁰ Met inachtneming hiervan is het geen understatement – zoals beschreven in paragraaf 13.8.1 – dat de gedragsregulerende functie een belangrijke functie is van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid.²¹¹¹ In afwijking van het beschreven kader – zie paragraaf 3.2 – kan de gedragsregulerende functie anno 2024 zelfs als klassieke functie van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid worden beschouwd. Blijkens de rechtspraakanalyse komt deze functie immers consistent voor in de periode van 2000 tot en met 2023.

²¹¹⁰ Paragraaf 6.3.9.5 geeft onder meer een overzicht van het aantal keer dat de gedragsregulerende functie bij de verschillende gevalstypen is waargenomen: informatieverstrekking (74), belangenverstremgeling (160), winstbestemming (17), strategie en beleid (21), structuurwijziging (69) en ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (47).

²¹¹¹ In dit kader is hetgeen Assink & De Jongh 2015, p. 11-12 hebben geschreven noemenswaardig: “Schrijvers van een wijzere generatie leggen art. 2:8 BW nog wel eens zo uit, dat art. 2:8 BW vooral een aanvullende werking (lid 1) en een beperkende werking (lid 2) heeft. Deze binaire indeling is – naar onze indruk – door enquêterechtspraak niet zozeer achterhaald, als wel naar de achtergrond gedrongen door de nadruk die daarin ligt op de gedragsregulerende werking van de redelijkheid en billijkheid.” Dat de gedragsregulerende functie in dit onderzoek het vaakst voorkomt, is dan ook mogelijk gerelateerd aan het feit dat 299 van de 424 gecodeerde uitspraken enquêteprocedures betreffen.

13.9 Wijze van toetsing

13.9.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 zijn verschillende visies uiteengezet over de toetsingsintensiteit van de rechter. Op basis van deze informatie zijn codes ontwikkeld om te signaleren hoe rechtscolleges in de rechtspraak aan art. 2:8 BW toetsen. Hieronder volgt eerst een beschrijving van dat kader om de geldende uitgangspunten weer te geven (paragraaf 13.9.2). Vervolgens bevat paragraaf 13.9.3 informatie over de toetsing van formele aspecten. In die paragraaf ligt de nadruk eerst op de resultaten uit de rechtspraakanalyse. Daarna worden die resultaten met het beschreven kader vergeleken om te achterhalen of het kader nog volstaat. De daaropvolgende paragraaf behandelt de toetsing van de materiële aspecten op eenzelfde wijze (paragraaf 13.9.4).

13.9.2 Het beschreven kader

Uit hoofdstuk 4 blijkt dat auteurs door de jaren heen verschillende visies hebben en uiteenlopende termen hanteren om de wijze waarop de rechter toetst, te duiden. Ondanks het gebruik van verschillende termen blijft de strekking van hetgeen zij schrijven sterke gelijkenissen vertonen. De vennootschapsorganen/-actoren hebben beoordelingsvrijheid en deze vrijheid behoort een rechter met name te respecteren bij de toetsing van een inhoudelijk aspect ten opzichte van de toetsing van een aspect gerelateerd aan de wijze van totstandkoming. Hierdoor geschiedt volgens het beschreven kader normaliter de toetsing van formele aspecten vol en de toetsing van materiële aspecten terughoudend, waarbij een belangenafweging een indicatie is voor een terughoudende(re) toetsing.²¹¹² Een hiermee samenhangende gedachtegang is dat de eenduidigheid van de (gedrags)norm aanleiding geeft voor een volle(re) of terughoudende(re) toetsing.²¹¹³ Wanneer de norm namelijk eenduidig is – zoals het geval is bij normen gerelateerd aan de formele kant – dan kan de rechter secuurder toetsen of overeenkomstig de norm is gehandeld. Ingeval een norm minder eenduidig is, zal de rechter daardoor normaliter terughoudender toetsen. Dit is echter niet altijd het geval. Indien er sprake is van een mogelijke ontoelaatbare belangenverstrengeling, dan is een intensievere toetsing vereist van zowel de voorbereidende als de inhoudelijke aspecten van een beleidsafweging, zodat de ontoelaatbare belangenverstrengeling niet ongesanctioneerd blijft. De wijze van toetsing is daardoor in bepaalde mate mede afhankelijk van de feiten en omstandigheden.

Kortom, toetsing heeft een fluïde karakter. Het uitgangspunt is dat de rechter formele aspecten vol toetst en materiële aspecten terughoudend vanwege de beoordelingsvrijheid van de vennootschapsactoren en de eenduidigheid van de (gedrags)norm, maar afwijking daarvan behoort eveneens tot de mogelijkheden. Welke toetsingsvariant de rechter toepast, kan blijken uit de belangenafweging die de rechter in de uitspraak maakt, aangezien een belangenafweging duidt op een terughoudende(re) toetsing.

²¹¹² De formele kant ziet op de voorbereidingsfase, de wijze van totstandkoming en het besluitvormingsproces. De materiële kant gaat daarentegen over de inhoud van een besluit, het beleid en gedrag.

²¹¹³ Zie hierover paragraaf 4.4.2 met verwijzing naar onder meer Assink 2006, p. 310; Timmerman 2006, p. 336-337; Assink 2007, p. 48; Assink 2009, p. 78; Assink/Slagter 2013, p. 1020; Assink 2019, p. 205-207.

13.9.3 Formele aspecten

13.9.3.1 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

Rechtscolleges toetsen slechts sporadisch (4) formele aspecten bij geschillen over de informatieverstrekking. Wanneer dergelijke aspecten worden getoetst, geschiedt dat telkens vol. Verder is uitsluitend een volle toetsing van formele aspecten gesignaleerd bij geschillen over belangenverstrengeling, de winstbestemming alsmede de strategie en het beleid.²¹¹⁴

Wanneer tussen partijen daarentegen een geschil speelt over een structuurwijziging, dan toetsen de rechtscolleges nagenoeg uitsluitend de formele aspecten vol, aangezien 44 van de 45 formele aspecten vol zijn getoetst. Slechts in één uitspraak toetst het rechtscollege een formeel aspect terughoudend. In de desbetreffende uitspraak is het rechtscollege terughoudend met betrekking tot het aannemen van een schending van de gedragsnorm. In casu bestaat er namelijk een rechtvaardiging voor het niet naleven van de gedragsnorm die volgens de belangenafweging zwaarder weegt dan de naleving daarvan.²¹¹⁵ Oftewel, de feiten en omstandigheden zorgen in dit specifieke (uitzonderlijke) geval ervoor dat de Ondernemingskamer het formele aspect terughoudend(er) toetst.

Tevens toetsen de rechtscolleges formele aspecten hoofdzakelijk vol bij geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. Er zijn namelijk acht uitspraken waarin een terughoudende toetsing van een formeel aspect is gesignaleerd.²¹¹⁶ In vier van die gevallen toetst het rechtscollege terughoudend of in die zaak een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid slaagt. De resterende vier gevallen gaan daarentegen over de beoordeling van het hoorrecht en/of de raadgevende stem. In de Eurosuit-uitspraak is het rechtscollege terughoudend met het aannemen van een schending van de voornoemde rechten. Na het verrichten van een belangenafweging komt het rechtscollege namelijk tot het oordeel dat niet in strijd met de wet, statuten of redelijkheid en billijkheid is gehandeld.²¹¹⁷ Verder overwegen de rechtscolleges in de andere drie uitspraken expliciet dat een ontslagbesluit niet snel in strijd is met art. 2:8 BW, omdat ontslag een vergaande discretionaire bevoegdheid is van de algemene vergadering. Hierna beoordelen de rechtscolleges of in strijd met de raadgevende stem en/of het hoorrecht is gehandeld, waarbij zij de nodige terughoudendheid betrachten.²¹¹⁸

13.9.3.2 Vergelijking en/of aanvulling

Naar aanleiding van de vorige paragraaf kan afrondend worden geconcludeerd dat rechtscolleges formele aspecten nagenoeg uitsluitend vol toetsen. Er zijn niettemin enkele gevallen geconstateerd die illustreren dat rechtscolleges onder omstandigheden kunnen opteren voor een terughoudende(re) toetsing van formele aspecten. Indien dit gebeurt vanwege de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, dan ligt een dergelijke toetsing in de lijn der verwachting. De reden

²¹¹⁴ Dit volgt uit de paragrafen 7.6, 8.6, 9.6 en 10.6.

²¹¹⁵ Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, ARO 2006/132 (*Selles Beheer*), r.o. 3.7.

²¹¹⁶ Dit volgt uit paragraaf 12.6.

²¹¹⁷ Hof Amsterdam 20 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3597 (*Eurosuit*), r.o. 4.7.

²¹¹⁸ Rb. Rotterdam (vzr.) 14 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5709 (*International Plywood*), r.o. 4.7; Rb. Midden-Nederland 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2903, r.o. 4.3; Rb. Overijssel (vzr.) 26 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2602 (*Centric Netherlands*), r.o. 4.10.

hiervoor is dat de rechter terughoudend moet zijn in de buitenwerkingstelling van een binnen de deelrechtsorde geldende regel vanwege het daaraan ten grondslag liggende onaanvaardbaarheidsvereiste.²¹¹⁹

Het is echter minder duidelijk wanneer de feiten en omstandigheden aanleiding geven voor een terughoudende(re) toetsing van een formeel aspect. Dit is immers afhankelijk van de casuïstiek, zoals blijkt uit de vijf behandelde uitspraken in paragraaf 13.9.3.1. Het is dan ook opmerkelijk dat blijkens de voormelde paragraaf een terughoudendere toetsing van een schending van het hoorrecht of de raadgevende stem vier keer in de gecodeerde rechtspraak terugkomt. In deze uitspraken betrachten de rechtscolleges met name terughoudendheid vanwege de vergaande discretionaire ontslagbevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering, waardoor het ontslagbesluit minder snel vernietigbaar wordt. Deze terughoudendere toetsing is te plaatsen in lijn met het VEB/KLM-arrest, aangezien de rechter in zijn algemeenheid terughoudendheid dient toe te passen bij de beoordeling van een besluit aan de redelijkheid en billijkheid.²¹²⁰ Tot slot moet de meerwaarde van de uitspraken niet worden overschat, omdat rechtscolleges 50 van de 59 formele aspecten vol hebben getoetst bij geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. Kortom, de enkele uitzonderingen op het beschreven kader zorgen er niet voor dat het kader aanpassing behoeft. Het kader houdt immers reeds rekening met de mogelijkheid om daarvan af te wijken onder bijzondere omstandigheden.

13.9.4 Materiële aspecten

13.9.4.1 Bevindingen uit de rechtspraakanalyse

Uitsluitend bij geschillen over de informatieverstrekking worden materiële aspecten slechts vol(ler) getoetst.²¹²¹ In de uitspraken – zie paragraaf 7.3 – komt veelal aan bod of de benodigde informatie is verstrekt gelet op de centraal staande norm. Indien de informatie is verstrekt, dan heeft de vennootschap – of het bestuur – voldaan aan de desbetreffende norm en als bepaalde informatie ontbreekt, oordeelt het rechtscollege beknopt dat niet overeenkomstig de norm is gehandeld. Hierbij is soms enige terughoudendheid waarneembaar, omdat de rechtscolleges bijvoorbeeld oordelen dat ‘in voldoende mate’ aan de informatieplicht is voldaan²¹²² of dat ‘onvoldoende’ informatie is verstrekt.²¹²³ Deze beperkte terughoudendheid rechtvaardigt echter niet de kwalificatie terughoudende toetsing.

Een nagenoeg uitsluitend volle toetsing van materiële aspecten is mede waargenomen bij geschillen over belangenverstremgeling, want in 86 van de 90 gevallen toetst het rechtscollege vol.²¹²⁴ Een

²¹¹⁹ Zie voor meer informatie hierover paragraaf 4.5. Verder staat de beperkende functie uitgebreider in paragraaf 3.5 beschreven.

²¹²⁰ HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/461, m.nt. P. van Schilfgaarde (*VEB/KLM*), r.o. 3.2.3 en 3.4.3.

²¹²¹ Zie paragraaf 7.6 voor meer informatie hierover. Dit betreffen 73 materiële aspecten die rechtscolleges vol toetsen.

²¹²² Hof Amsterdam (OK) 22 december 2000, *JOR* 2001/32 (*Outdoor Life Products*), r.o. 3.2; Hof Amsterdam (OK) 21 december 2021, *ARO* 2022/27 (*Holwerda*), r.o. 3.5.

²¹²³ Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, *ARO* 2017/72 (*Care*), r.o. 3.5.

²¹²⁴ Een terughoudende toetsing van een materieel aspect is waarneembaar indien de discussie bijvoorbeeld gaat over de hoogte van de managementvergoeding. Raadpleeg paragraaf 8.6 voor meer informatie over de wijze van toetsing bij belangenverstremgeling. Zie in dit kader ook meer recent een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland waarin de rechter oordeelt dat de verhoging van de managementvergoeding niet onaanvaardbaar is gelet op de marktconformiteit daarvan (Rb. 28 februari 2024, *ECLI:NL:RBMNE:2024:4354*, r.o. 4.5-4.10).

volle toetsing van materiële aspecten is zichtbaar wanneer rechtscolleges bepaald gedrag ‘onacceptabel’ achten, omdat het gedrag duidt op een ‘ontoelaatbare belangenverstrengeling’ of een gelijklopende term waaruit blijkt dat oneigenlijke belangen zwaarder hebben (mee)gewogen. Zo bestaat er bijvoorbeeld geen ruimte voor een belangenafweging indien de bestuurder (i) activa/vermogen van de vennootschap (indirect) overhevelt of wil overhevelen naar zichzelf en/of een gelieerde partij,²¹²⁵ (ii) een (mogelijke) niet marktconforme overeenkomst aangaat met zichzelf dan wel een gelieerde partij,²¹²⁶ of (iii) een *corporate opportunity* aan de vennootschap ontnemt of laat ontnemen.²¹²⁷ Een volle toetsing lijkt in dit verband ook de enige reële optie, aangezien het fundamenteel in strijd is met de taakuitoefening van de bestuurder als deze laatste zichzelf of een gelieerde partij bevoordeelt ten nadele van de vennootschap. Ingeval de transactie of handeling daarentegen zake-lijk en marktconform is, dan zal het rechtscollege zonder of met een minimale belangenafweging (kunnen) oordelen dat geen sprake is van een ontoelaatbare belangenverstrengeling – dan wel een daarmee vergelijkbare term – of dat hetgeen centraal staat redelijk is.²¹²⁸

Bij geschillen over de winstbestemming is daarentegen normaliter altijd een belangenafweging waarneembaar, waardoor de rechtscolleges terughoudend toetsen of het winstbestemmingsbesluit redelijk is. Een volle toetsing van een materieel aspect komt slechts in één uitspraak terug. In de desbetreffende uitspraak toetst de Ondernemingskamer vol of het gedrag van de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel.²¹²⁹

Voorts toetsten rechtscolleges materiële aspecten hoofdzakelijk terughoudend (25) bij geschillen over de strategie en het beleid, maar een volle(re) toetsing is tevens meermaals (7) geconstateerd.²¹³⁰ De rechtscolleges toetsen met name vol ingeval een partij (potentieel) vooral zijn eigen belang tracht te behartigen zonder (voldoende) rekening te houden met de andere aandeelhouder(s)/(bestuurder(s)).²¹³¹ Dergelijke feiten en omstandigheden sluiten aan bij hetgeen omtrent belangenverstrengeling is geschreven, aangezien het onwenselijk is als een partij zichzelf kan bevoordelen ten nadele van de vennootschap of de andere daarbij betrokken vennootschapsactoren. Ook kan het rechtscollege een eenduidige zorgvuldigheidsplicht (norm) hebben geformuleerd en de constatering dat daaraan nog niet is voldaan, kan middels een volle toetsing geschieden.²¹³² De afwijkende volle(re) toetsing is gelet hierop met name gebaseerd op bepaalde feiten en omstandigheden en de eenduidigheid van een norm.

Bij de toetsing van een structuurwijziging is tevens een genuanceerd(er) beeld inzake de wijze van toetsing waargenomen. In 68 van de 88 gevallen toetsen de rechtscolleges een materieel aspect terughoudend. De resterende twintig gevallen worden daarentegen vol(ler) getoetst.²¹³³ Een opvallend voorbeeld van een volle(re) toetsing betreft de rechtspraak inzake noodzaakfinanciering. In de

²¹²⁵ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 2 juli 2002, *ARO* 2002/93 (*Engineering Systems International*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam (OK) 1 april 2011, *ARO* 2011/64 (*SenseMakers*), r.o. 3.8-3.9.

²¹²⁶ Twee voorbeelden hiervan zijn: Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2003, *ARO* 2003/128 (*Wireless*), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2019, *ARO* 2019/198 (*Clifden*), r.o. 4.12.

²¹²⁷ Zie onder andere Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, *ARO* 2006/58 (*CDG Holding*), r.o. 3.11-3.12.

²¹²⁸ Zie in dit verband onder meer Hof Amsterdam (OK) 16 september 2019, *ARO* 2019/172 (*Weber*), r.o. 3.6.

²¹²⁹ Raadpleeg hiervoor paragraaf 9.6.

²¹³⁰ Dit volgt uit paragraaf 10.6.

²¹³¹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 8 september 2008, *ARO* 2008/159 (*e-Traction*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2022, *ARO* 2022/116 (*Bonenkamp Mechan Trade*), r.o. 3.17.

²¹³² Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, *ARO* 2022/63 (*Funda*), r.o. 4.38.

²¹³³ In paragraaf 11.6 worden verschillende voorbeelden uitgebreid(er) gegeven.

rechtspraak daarover zijn de rechtscolleges veelal beknopt ten aanzien van de ingangsvoorwaarden voor noodzaakfinanciering.²¹³⁴ Een belangenafweging is in feite geïncorporeerd in de gestelde ingangsvoorwaarden, waardoor het rechtscollege niet nogmaals uitgebreid een belangenafweging hoeft te maken en bondig kan oordelen over de kwestie. Het voorgaande laat onverlet dat de Ondernemingskamer in bepaalde uitspraken meer aandacht besteedt aan de belangen die gebaat zijn bij het treffen van een onmiddellijke voorziening.²¹³⁵ In die gevallen is sprake van een niet ‘volledig’ volle toetsing, omdat de belangenafweging een beperkte rol vervult bij de toetsing van de eenduidige norm. Een dergelijke vollere toetsing kan zich overigens op het spectrum van de toetsingsintensiteit dicht bij een terughoudende(re) toetsing bevinden dan bij een (volledig) volle toetsing. Dit is dan ook illustratief voor hoe de wijze van toetsing fluïde kan zijn.

Tevens is vastgesteld dat de rechtscolleges vol toetsen als een vennootschapsactor zijn eigen belang oneigenlijk laat meewegen bij bepaalde gedragingen en besluiten.²¹³⁶ Vergelijkbaar hiermee is dat het rechtscollege vol toetst dat het feitelijk financieel benadelen van de minderheidsaandeelhouder in strijd is met de in acht te nemen zorgvuldigheid jegens die partij.²¹³⁷ Kortom, bij dit gevalstype geven wederom bepaalde feiten en omstandigheden alsmede de eenduidigheid van de norm aanleiding voor een volle(re) toetsing van materiële aspecten.

Tot slot toetsen rechtscollege materiële aspecten nagenoeg uitsluitend terughoudend bij geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. Slechts 4 van de 49 materiële aspecten toetsen rechtscolleges vol(ler). Zo oordeelt de Ondernemingskamer meermaals resoluut dat bepaald (materieel) gedrag in strijd is met art. 2:8 BW. Een partij handelt bijvoorbeeld niet overeenkomstig deze norm, omdat (i) de inhoud van de berichtgeving over het ontslag van de bestuurder ongepast is,²¹³⁸ (ii) de partij bij gebreke van evidente nietigheid een medebestuurder heeft uitgeschreven,²¹³⁹ en (iii) een ‘ondeugdelijke’ grond ten grondslag ligt aan het ontslagbesluit.²¹⁴⁰ Feiten en omstandigheden gerelateerd aan een partij die zijn eigen belang vooral nastreeft – en/of te weinig oog heeft voor de belangen van de andere partij – geven daardoor weer aanleiding voor een volle(re) toetsing van materiële aspecten.

13.9.4.2 Vergelijking en/of aanvulling

Concluderend kan worden gesteld dat rechtscolleges materiële aspecten vaak conform het ‘standaard’ uitgangspunt terughoudend toetsen. Daarentegen zijn er ook de nodige uitspraken gesignaleerd waarin van een terughoudende toetsing geen sprake meer lijkt te zijn, omdat in de rechtsoverwegingen geen dan wel een beperkte belangenafweging voorkomt op basis waarvan de

²¹³⁴ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD5812 (*Decidewise International*), r.o. 3.3-3.6; Hof Amsterdam (OK) 29 november 2002, ARO 2002/180 (*Alcas*), r.o. 3.2-3.3; Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, ARO 2009/84 (*Triple E*), r.o. 3.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4669 (*W.K. Holding/I.R.B. Holding*), r.o. 5.4-5.8; Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2022, ARO 2022/125 (*Cicerone Holding*), r.o. 2.11-2.13.

²¹³⁵ Dit blijkt onder meer uit Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, ARO 2011/85 (*Rhodes Holding Netherlands*), r.o. 3.2-3.3; Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, ARO 2014/119 (*Delphi Bioscience*), r.o. 3.2-3.7.

²¹³⁶ Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2004, ARO 2004/34 (*Headscanning Patent*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 28 april 2004, ARO 2004/64 (*SCUA Holding*), r.o. 3.1-3.2 en 3.5.

²¹³⁷ Hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, ARO 2017/148 (*Bakery Initiatives*), r.o. 3.5.

²¹³⁸ Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, ARO 2008/49 (*MBV*), r.o. 3.5.

²¹³⁹ Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, ARO 2016/90 (*Van Huis Uit Holding*), r.o. 3.12-3.13.

²¹⁴⁰ Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, ARO 2017/115 (*Kors*), r.o. 3.6; Hof Amsterdam (OK) 13 november 2017, ARO 2018/35 (*Aptitude Health*), r.o. 3.10.

rechtscolleges tot een oordeel komen. Hierbij vormen de feiten en omstandigheden – gerelateerd aan een partij die hoofdzakelijk zijn eigen belang tracht te behartigen – veelal aanleiding voor een vollere toetsing. Ook kan een eenduidige norm – eventueel voortvloeiende uit een zorg(vuldigheids)plicht – ten grondslag liggen aan de vollere toetsing, aangezien het rechtscollege die norm secuurder kan toetsen zoals het geval is bij noodzaakfinanciering.²¹⁴¹ Het uitgangspunt wat betreft de wijze van toetsing is gelet hierop niet zwart-wit en het beschreven kader behoeft daardoor aanpassing zoals hieronder is uiteengezet.

Uit het beschreven kader volgt dat een intensievere toetsing is vereist bij aspecten gerelateerd aan belangenverstremgeling, omdat een ontoelaatbare belangenverstremgeling of een oneigenlijke bevoordeling niet ongesanctioneerd mag blijven. Dit aspect wordt in de analyse bevestigd blijkens de nagenoeg uitsluitend waargenomen volle toetsing van aspecten gerelateerd aan belangenverstremgeling. Een intensievere toetsing kan gelet hierop worden opgevat als een volle toetsing. Ook blijkt uit het kader dat eenduidige normen – zoals het geval is bij normen met betrekking tot de formele kant – aanleiding kunnen geven voor een volle(re) toetsing. Dergelijke eenduidige normen hebben echter niet alleen betrekking op formele aspecten maar tevens met regelmaat op materiële aspecten. Kortom, alhoewel rechtscolleges materiële aspecten hoofdzakelijk terughoudend moeten toetsen, dienen materiële aspecten vol(ler) te worden getoetst onder de volgende omstandigheden: (i) een partij tracht zichzelf of een gelieerde partij te bevoordelen ten nadele van de vennootschap dan wel een vennootschapsactor of (ii) er is sprake van een eenduidige (materiële) norm waaraan het rechtscollege secuur kan toetsen.

Het hiervoor geformuleerde uitgangspunt kan nu per gevalstype specifieker worden gemaakt. Indien het geschil gaat over de winstbestemming, de strategie en het beleid, een structuurwijziging of het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder, dan moet het rechtscollege het materiële aspect terughoudend toetsen, tenzij een van de voorgaande twee elementen een rol speelt. Bij geschillen over de informatieverstrekking of belangenverstremgeling dient het standaard uitgangspunt – inzake het terughoudend toetsen van materiële aspecten – echter te worden verlaten. Uit de rechtspraakanalyse volgt immers dat dergelijke geschillen (nagenoeg) uitsluitend vol(ler) worden getoetst. Een verklaring hiervoor is dat bij die geschillen normaliter minimaal een van de twee elementen voorkomt die aanleiding geeft voor een volle(re) toetsing.

Afrondend dient hierbij te worden opgemerkt dat niet alle volle toetsingen hetzelfde zijn. De wijze van toetsing is immers fluïde, waardoor een vollere toetsing zich als het ware op het spectrum van de toetsingsintensiteit dicht bij een terughoudende(re) toetsing kan bevinden. Het gedachtegoed over het fluïde karakter van de rechterlijke toetsing is echter nog niet uitgekristalliseerd. Er bestaat daardoor nog de nodige ruimte voor het ontwikkelen van een nauwkeuriger ‘spectrum’ dat de rechterlijke toetsing preciezer kan duiden en indelen.

13.10 Conclusie

‘Hoe verhoudt hetgeen in de gecodeerde rechtspraak is waargenomen zich tot het beschreven kader met betrekking tot de gevalstypen, de functies van art. 2:8 BW alsmede de wijze van toetsing en dient dit kader naar aanleiding daarvan te worden aangevuld?’ Hieronder volgt een antwoord op deze vraag.

²¹⁴¹ Zie in dit verband ook de laatste alinea van paragraaf 4.4.2 en de bijbehorende voetnoten.

Wat betreft geschillen over de *informatieverstrekking* sluit de rechtspraakanalyse naadloos aan op het beschreven kader. De rechtspraakanalyse geeft met name meer voorbeelden met betrekking tot het informatierecht en geeft inzicht in situaties waarin het bestuur wel of niet aan de informatieplicht jegens de aandeelhouder(s) voldoet. Het ontstaan van een (ruimhartige) informatieplicht – vanwege een ongelijke verhouding en eventueel bijkomende omstandigheden – staat hierbij veelal centraal. Deze plicht heeft niet alleen invloed op het informatierecht van een aandeelhouder/niet-bestuurder buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering maar ook op informatieverzoeken binnen vergadering. Een informatieverzoek zal gelet daarop minder snel onredelijk zijn. Alhoewel de informatieplicht – waaronder mede de plicht om uit eigen beweging informatie te verstrekken – vaak aan een belangenverstrengeling gekoppeld is, maken diverse voorbeelden duidelijk dat de informatieplicht een op zichzelf staande plicht is waarop de nadruk sterker kan komen te liggen door het bestaan van een potentiële belangenverstrengeling. De rechtspraakanalyse verschaft daarnaast voorbeelden van de informatieplicht tussen bestuurders onderling. Deze plicht kan blijkens bepaalde rechtspraak op art. 2:8 BW worden gebaseerd.

In aanvulling op het voorgaande is beschreven wanneer het bestuur de vragen van een aandeelhouder binnen vergadering dient te beantwoorden. Hierbij is van belang of (i) de vragen betrekking hebben op het gevoerde beleid en/of de agendapunten van de vergadering, (ii) de aandeelhouder enig redelijk belang heeft bij beantwoording van de vragen, en (iii) een zwaarwichtig belang zich tegen beantwoording van de vragen verzet. Indien deze drie aspecten zich niet tegen beantwoording van de vragen verzetten, mag de aandeelhouder verwachten dat het bestuur de vragen kan beantwoorden. Ingeval het bestuur de vragen met betrekking tot een agendapunt niet volledig kan beantwoorden, dan zal de voorzitter van de vergadering in beginsel moeten bepalen of het agendapunt in stemming kan worden gebracht. Als de gestelde vragen buiten het bestek van de agenda vallen – en de voornoemde drie aspecten zich niet tegen beantwoording van de vragen verzetten – dan blijft het van belang dat het bestuur tracht om de vragen volledig te beantwoorden. In beide gevallen geldt dat het bestuur de vrijheid heeft inzake de wijze waarop de ontbrekende informatie naderhand wordt overgelegd voor zover de gelijke behandeling van alle aandeelhouders hierbij geborgd is.

Wanneer de aandeelhouder rechtmatig buiten vergadering om informatie verzoekt, dan geniet het bestuur tevens een bepaalde mate van vrijheid om te bepalen op welke wijze de informatieverstrekking geschiedt. Hierbij moet er namelijk rekening mee worden gehouden dat de aandeelhouder recht heeft op informatie *buiten vergadering* en dat alle aandeelhouders(/niet-bestuurders) dezelfde informatie tegelijkertijd ontvangen. Binnen welke termijn de informatie moet worden verstrekt, volgt niet uit de rechtspraakanalyse.

Afrondend is met betrekking tot een spontane informatieplicht beschreven hoe met een dergelijke plicht zou kunnen worden omgegaan. Indien er sprake is van een ingrijpende omstandigheid die invloed heeft op het voortbestaan van de vennootschap, dan moet de informatie daarover zo snel mogelijk met alle aandeelhouders op gelijke wijze worden gedeeld. Als het daarentegen een ingrijpend besluit betreft dat negatieve gevolgen voor de aandeelhouder(s) zal meebrengen, dan behoren de aandeelhouders voorafgaand aan de besluitvorming te worden geïnformeerd. Ingeval het besluit geen negatieve gevolgen voor de aandeelhouders zal hebben, kan de informatieverstrekking aan de aandeelhouders na de besluitvorming – uiterlijk tijdens de eerstvolgende aandeelhoudersvergadering – plaatsvinden. Bij de laatste twee varianten blijft het onverminderd van belang dat de gelijkheid tussen de aandeelhouders geborgd is.

Verder bevat het beschreven kader de nodige gegevens over *belangenverstrengeling*. De strekking van de verschillende zorgvuldigheidsregels blijft echter in het beschreven kader onderbelicht, waardoor de focus van de rechtspraakanalyse op de zorgvuldigheidsregels leidt tot meer inzicht in die regels. Niettemin blijft enige onduidelijk bestaan. De rechtspraakanalyse geeft immers geen sluitend antwoord op de vraag wanneer openheid van zaken jegens de aandeelhouder(s) of medebestuurder(s) moet worden betracht over het bestaan van een potentiële belangenverstrengeling. Naar aanleiding van het beschreven kader en de rechtspraakanalyse is betoogd dat bij concrete niet parallel lopende of conflicterende plichten dan wel belangen de openheid voorafgaand aan een transactie behoort te worden gegeven. Wanneer over het bestaan daarvan twijfel bestaat, dan zal het vooraf geven van openheid van zaken tevens geboden kunnen zijn om de vennootschap en de daarbij betrokken belanghebbenden te beschermen. Indien aandeelhouders op dit terrein vragen stellen, dan geldt als uitgangspunt dat de bestuurder de vragen dient te beantwoorden. De informatiezoekende partij moet namelijk in staat zijn om op basis van alle relevante gegevens de redelijkheid en marktconformiteit van de transactie of handeling te kunnen beoordelen.

Daarnaast verschaft de rechtspraakanalyse – ten opzichte van het beschreven kader – meer inzicht in de voorwaarden waaraan een waardebepaling behoort te voldoen, aangezien de waardebepaling door een voldoende onafhankelijke (deskundige) derde moet worden opgesteld en voldoende zekerheid moet bieden met betrekking tot de marktconformiteit. Voorts gaat slechts een beperkte hoeveelheid van de gecodeerde rechtspraak over de onthoudingsregel of andere zorgvuldigheidsregels. Met betrekking tot de onthoudingsregel kunnen de bevindingen uit de rechtspraakanalyse niet leiden tot uitsluitel over de grondslag waarop onthouding geboden is. Wat betreft de zorgvuldigheidsregels zijn in de rechtspraakanalyse enkele meer specifieke gedragsregels gesignaleerd wat illustratief is voor de vrijheid die de rechtscollages hebben om regels te formuleren voor het zorgvuldig gescheiden houden van de belangen. Dergelijke regels zijn echter in slechts vier uitspraken waargenomen. Gelet hierop moet de meerwaarde van die regels niet worden overschat. Het naleven van de ‘gebruikelijke’ Linders/Hofstee-regels en de onthoudingsregel zal daardoor normaliter afdoende (moeten) zijn voor het zorgvuldig gescheiden houden van de belangen.

Tevens is met betrekking tot dit gevalstype betoogd dat de zorgvuldigheidsregels inzake ‘openheid van zaken’ en ‘het inschakelen van een deskundige derde’ wettelijk dienen te worden vastgelegd. Zo zou een bestuurder openheid moeten geven over een bestaand tegenstrijdig belang aan de vennootschapsorganen, zodat de vennootschapsactoren voorafgaand aan het verrichten van de (rechts)handeling – met het tegenstrijdig belang – de redelijkheid en marktconformiteit van de beoogde (rechts)handeling kunnen beoordelen. Daarnaast zou de wettelijke regeling dienen te verduidelijken wanneer het inschakelen van een deskundige derde verplicht is voorafgaand aan een (rechts)handeling met een tegenstrijdig belang. Op die manier worden de vennootschap en de vennootschapsactoren adequater beschermd en ontstaat voor partijen meer duidelijkheid over wat van hen wordt verwacht. Zodoende kan het potentieel leiden tot een afname van het aantal gerechtelijke procedures over een gesuggereerde schending van die zorgvuldigheidsregels. Daarnaast is aanbevolen dat de wettelijke onthoudingsregel dient te worden geactualiseerd, zodat de wettelijke bepaling uitsluitel geeft over wanneer onthouding geboden is.

Voorts zijn de bevindingen uit de rechtspraakanalyse conform het beschreven kader inzake de *winstbestemming*. Zo lijkt de wetwijziging in 2012 – overeenkomstig de bedoeling van de wetgever – geen invloed te hebben gehad op het uitgangspunt dat aandeelhouders in beginsel recht hebben op uitkering van de winst. Dit uitgangspunt komt immers – blijkens de rechtspraakanalyse – zowel in de rechtspraak van vóór als ná 2012 terug. Ook staan in het beschreven kader verschillende

gedragsregels uiteengezet. Die gedragsregels zijn tevens waargenomen in de rechtspraakanalyse. De voornaamste reden hiervoor is dat een behoorlijk deel van de gecodeerde rechtspraak mede ten grondslag ligt aan de bronnen in het beschreven kader. In aanvulling hierop geeft de rechtspraakanalyse een uitgebreidere uiteenzetting van de rechtspraak waarin art. 2:8 BW terugkomt om het geschil over de winstbestemming te beslechten. Zo valt de belangenafweging van het rechtscollege met regelmaat in het voordeel van het reserveren van de winst uit gelet op de financiële positie van de vennootschap, het bestaande beleid, (aantoonbare) noodzakelijke concrete investeringen en/of de gemaakte afspraken tussen de aandeelhouders.

Met betrekking tot geschillen over *strategie en beleid* wijken de bevindingen uit de rechtspraakanalyse enigszins af van het beschreven kader. Dit komt omdat de rechtspraakanalyse een gevarieerder beeld geeft – ten opzichte van het beschreven kader – van de rol van art. 2:8 BW bij dergelijke geschillen. De rechtspraakanalyse heeft namelijk uiteenlopende voorbeelden gegeven van onder meer redelijkheidsoordelen en zorg(vuldigheids)plichten die betrekking hebben op de strategie en het beleid. Ook blijkt dat rechtscolleges de beleidsvrijheid van het bestuur respecteren, waardoor het bestuur zelden de toegekende ruimte te buiten treedt. Verder verschaft de rechtspraakanalyse enkele voorbeelden die – overeenkomstig het beschreven kader – illustreren dat de uitoefening van het stemrecht door een aandeelhouder niet onbegrensd is. Hierbij gaat het om aandeelhouders die een meerderheid van de stemrechten kunnen uitoefenen of de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering kunnen blokkeren. Samengevat verschaft de rechtspraakanalyse diverse voorbeelden die de rol van de redelijkheid en billijkheid bij geschillen over de strategie en het beleid zichtbaarder maakt.

Bij geschillen over een *structuurwijziging* is over de verschillende ‘subtypen’ het volgende op te merken. Wanneer het gaat over noodzaakfinanciering, dan is het beschreven kader in overeenstemming met de rechtspraakanalyse. In de rechtspraakanalyse zijn namelijk vergelijkbare voorwaarden gesignaleerd die essentieel zijn in geval van noodzaakfinanciering. De redenen hiervoor zijn dat de rechtscolleges consistent soortgelijke normen toepassen voor de beslechting van het geschil en dat een omvangrijk deel van de gecodeerde rechtspraak ten grondslag ligt aan het beschreven kader. De laatste zin geldt eveneens als het gaat om de redelijkheid van een (voorgenomen) emissiebesluit. Indien een emissiebesluit namelijk doorgang kan vinden, ligt consequent de focus op de informatieverstrekking, de waardering van de aandelen in verband met de emissiekoers en de mate van verwatering. De rechtspraakanalyse gaat uitgebreid in op deze drie gedragsregels die in het beschreven kader ook bondig aan bod komen.

Verder kan niet meer inzicht worden verschaft ingeval het geschil gaat over een statutenwijziging. Zowel het beschreven kader als de rechtspraakanalyse bevatten weinig informatie over een dergelijk geschil, waardoor de indruk ontstaat dat partijen weinig gerechtelijke procedures over een statutenwijziging voeren.

Tevens maken het beschreven kader en de rechtspraakanalyse zichtbaar dat de aandeelhouders op een bepaalde manier bij de besluitvorming dienen te worden betrokken indien het bestuur de onderneming (gedeeltelijk) wil vervreemden. Wat ‘betrekken bij’ exact inhoudt, kan op basis van de rechtspraakanalyse verschillend worden uitgelegd. Het betekent in ieder geval dat overleg daarover moet plaatsvinden. Dit sluit niet uit dat onder omstandigheden goedkeuring dan wel instemming van de aandeelhoudersvergadering vereist is. Wel baseert de gecodeerde rechtspraak zich nagenoeg uitsluitend op art. 2:8 BW, terwijl het beschreven kader de nadruk meer legt op het analoog toepassen van art. 2:107a BW. Rechtscolleges kiezen er dus voor om deze problematiek

via art. 2:8 BW te beslechten. Blijkbaar bestaat er dan ook een bepaalde behoefte bij BV's om aandeelhouders te beschermen tegen de vervreemding van de onderneming. Gelet hierop is het aan te bevelen om een soortgelijke bepaling als art. 2:107a BW op te nemen in het BV-recht ter bescherming van aandeelhouders. Van deze nieuwe bepaling moet wel statutair kunnen worden afgeweken om geen afbreuk te doen aan de flexibiliteit van de BV. Voorts bevat de kwalitatieve analyse meer informatie over verschillende gedragsnormen – zoals het belang van een marktconforme transactie – en gedragingen die wel of niet met art. 2:8 BW verenigbaar zijn indien het gaat om de vervreemding van de onderneming. Voorbeelden hiervan zijn dat in redelijkheid tijd en gelegenheid aan de raad van commissarissen moet worden geboden voor de goedkeuring van een transactie en dat het schenden van een ten overstaan van de rechter gedane toezegging niet verenigbaar is met art. 2:8 BW.

Als laatste dient te worden opgemerkt dat het beschreven kader en de rechtspraakanalyse over de 'beëindiging van de vennootschap' (grotendeels) overeenkomen. Dit geldt niet voor geschillen over de 'beëindiging van de samenwerking'. In het beschreven kader komt dat element namelijk zeer beknopt terug, waardoor de rechtspraakanalyse de nodige voorbeelden bevat die niet in het beschreven kader staan. Zo komen bijvoorbeeld in de rechtspraakanalyse uitspraken aan bod over: de vrijheid van aandeelhouders om de samenwerking te verbreken, het invoeren van een aanbiedingsplicht en diverse toegewezen geschillenregelingsprocedures.

Inzake de totstandkoming van een ontslag- of schorsingsbesluit komen in de rechtspraakanalyse vergelijkbare elementen terug als in het beschreven kader. De analyse verduidelijkt bijvoorbeeld: (i) het belang van het mededelen van de gronden voor het voorgenomen besluit, (ii) het tijdig kenbaar maken van de voorgenomen maatregel, en (iii) de rol van art. 2:8 BW bij het uitnodigen van de bestuurder. Tevens behandelt de rechtspraakanalyse aanvullende elementen zoals het ontvangen van documenten in het kader van de verdediging en wanneer de bestuurder onvoldoende voorbereidingstijd heeft voor de aandeelhoudersvergadering. De veelheid aan gerechtelijke procedures over een schending van het hoorrecht leidt verder tot de aanbeveling om het hoorrecht te codificeren. Op die manier wordt verduidelijkt dat de bestuurder voorafgaand aan de schorsing of het ontslag voldoende in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn zienswijze te geven op het voorgenomen besluit.

Ook blijkt uit de rechtspraakanalyse dat rechtscolleges de rechtsregel uit het Sjardin-arrest van de Hoge Raad – in overeenstemming met het beschreven kader – minder absoluut interpreteren gelet op het betrekken van materiële (ontslag)gronden bij de toetsing van het ontslagbesluit aan art. 2:8 BW. Hierbij speelt het probleem dat niet alle rechtscolleges het Sjardin-arrest op eenzelfde wijze interpreteren. Er bestaat daardoor behoefte aan meer uniformiteit. Deze uniformiteit kan het eenvoudigst worden bereikt indien alle rechtscolleges aansluiting zoeken bij de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Op die manier kan een ontslagbesluit slechts onder uitzonderlijke omstandigheden niet in stand blijven wegens strijdigheid met art. 2:8 BW op grond van materiële aspecten, waardoor de ruime discretionaire ontslagbevoegdheid (grotendeels) onaangetaast blijft.

Voorts volgt uit het beschreven kader dat een goede grond is vereist voor schorsing van een bestuurder. Uit de rechtspraakanalyse blijkt in vergelijkbare zin dat voor schorsing een voldoende zwaarwegende grond is vereist. Wanneer die grond ontbreekt, staat het schorsingsbesluit op gespannen voet met art. 2:8 BW. Schorsing is – anders dan de wet (art. 2:244 lid 1 BW) doet vermoeden – niet te allen tijde mogelijk. Aanpassing van de wet is daardoor geboden ter voorkoming van

onduidelijkheid, aangezien men na raadpleging van de wet behoort te weten dat schorsing te allen tijde mogelijk is, mits er een voldoende zwaarwegende grond voor schorsing bestaat.

Verder bevatten zowel het beschreven kader als de rechtspraakanalyse weinig voorbeelden van een toetsing van een benoemingsbesluit aan art. 2:8 BW. De rechtspraakanalyse leidt daardoor niet tot andere inzichten dan het beschreven kader.

Inzake de functies van art. 2:8 BW zijn uiteenlopende waarnemingen van de interpreterende, aanvullende, beperkende en gedragsregulerende functies gesignaleerd bij nagenoeg alle gevalstypen. De gecodeerde rechtspraak geeft daardoor de nodige voorbeelden van hoe rechtscolleges die functies kunnen toepassen ter beslechting van een geschil. Het beschreven kader heeft daardoor de nodige handvatten aangereikt voor de signalering van de functies. Verder is vastgesteld dat de gedragsregulerende functie in de gecodeerde rechtspraak veruit het vaakst is waargenomen. Een verklaring hiervoor is dat rechtscolleges stelselmatig verwijzen naar reeds gecreëerde gedragsnormen en veelvuldig gedrag aan art. 2:8 BW toetsen. De desbetreffende functie is dan ook een belangrijke – zo niet de belangrijkste – functie voor het inkaderen van het gedrag c.q. de handelingsvrijheid van de vennootschapsactoren/-organen. Gesteld zou kunnen worden dat de gedragsregulerende functie inmiddels tot de klassieke functies van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid behoort.

Tot slot maakt het beschreven kader inzichtelijk dat rechters formele aspecten normaliter vol toetsen en materiële aspecten terughoudend. Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken vanwege de feiten en omstandigheden of de eenduidigheid van de norm, waardoor de rechter bijvoorbeeld een formeel aspect minder vol of zelfs terughoudend toetst. Overeenkomstig dit kader worden formele aspecten in de gecodeerde rechtspraak nagenoeg uitsluitend vol(ler) getoetst. Slechts in enkele gevallen ziet het rechtscollege op basis van de feiten en omstandigheden of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ruimte voor een terughoudende(re) toetsing.

In afwijking van het model uit het beschreven kader is een volle(re) toetsing van materiële aspecten ongeveer net zo vaak in de rechtspraakanalyse geconstateerd als een terughoudende toetsing van materiële aspecten. Feiten en omstandigheden – zoals het nastreven van de eigen belangen – of een eenduidige norm vormen hoofdzakelijk de aanleiding voor een volle(re) toetsing. Het beschreven kader behoeft dan ook aanpassing op dit gebied. Indien het geschil gaat over de winstbestemming, de strategie en het beleid, een structuurwijziging of het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder, dan moet het rechtscollege het materiële aspect terughoudend toetsen, tenzij een van de voorgaande twee elementen – inzake het nastreven van de eigen belangen of de eenduidigheid van de norm – aanleiding vormt voor een volle(re) toetsing. Bij geschillen over de informatieverstrekking of belangenverstremgeling dient echter het standaard uitgangspunt – inzake het terughoudend toetsen van materiële aspecten – te worden verlaten. Uit de rechtspraakanalyse volgt immers dat dergelijke geschillen (nagenoeg) uitsluitend vol(ler) worden getoetst vanwege de feiten en omstandigheden – gerelateerd aan bijvoorbeeld het nastreven van de eigen belangen – en/of de eenduidigheid van de normen. Overigens is het laatste nog niet gezegd over deze materie. Er is immers nog voldoende ruimte aanwezig om het gedachtegoed over het fluïde karakter van de rechterlijke toetsing nader uit te kristalliseren. Het ontwikkelen van een genuanceerder spectrum dat de rechterlijke toetsing preciezer kan duiden en indelen, zou onderwerp kunnen zijn voor vervolgonderzoek.

Hoofdstuk 14. Conclusies en aanbevelingen

14.1 Conclusies

14.1.1 Inleiding

Dit onderzoek behandelt de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid en de werking van die norm, alsmede hoe rechtscolleges daarmee bepaalde ondernemingsrechtelijke geschillen (gevalstypen) beslechten. Hierbij gaat het meer specifiek om geschillen over: (i) de informatieverstrekking, (ii) belangenverstremgeling, (iii) de winstbestemming, (iv) de strategie en het beleid, (v) een structuurwijziging en (vi) het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. Gelet hierop is de volgende centrale onderzoeksvraag geformuleerd: ‘Hoe passen rechtscolleges de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid bij BV’s toe – rekening houdend met de functies van art. 2:8 BW en de wijze van toetsing – om ondernemingsrechtelijke geschillen tussen (partijen behorende tot) de vennootschapsorganen te beslechten?’ Verder zijn de onderstaande vier deelvragen naar aanleiding van de kwantitatieve analyse opgesteld:

1. In hoeverre passen de rechterlijke instanties de redelijkheid en billijkheid op soortgelijke wijze toe om een gevalstype te beslechten?
2. Zijn er patronen te ontdekken in de toepassing van de afzonderlijke functies van art. 2:8 BW door de rechtscolleges om de typen geschillen te beslechten, en zo ja, welke zijn dat?
3. Wat verklaart de geconstateerde volle(re) toetsing van materiële aspecten en de terughoudende(re) toetsing van formele aspecten door de rechtscolleges van (sub)normen die voortvloeien uit of gerelateerd zijn aan art. 2:8 BW?
4. Welke patronen met betrekking tot de gecodeerde feiten zijn af te leiden uit de toepassing van art. 2:8 BW ter beslechting van de gevalstypen?

Om deze vragen te beantwoorden volgt hierna per gevalstype een uiteenzetting van de werking en toepassing van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid. Daarna wordt op de overkoepelende elementen van de gevalstypen ingegaan zoals het belang van informatie, het oneigenlijk gebruik van de (machts)positie en de vier deelvragen. Het hoofdstuk wordt met tien aanbevelingen afgesloten.

14.1.2 Informatieverstrekking

Tijdens een aandeelhoudersvergadering kan een aandeelhouder in beginsel alle vragen stellen en het bestuur of de raad van commissarissen behoort de gevraagde inlichtingen normaliter te verstrekken. Daarnaast kan een aandeelhouder buiten vergadering vragen stellen, maar in beginsel heeft hij geen recht op beantwoording ervan buiten vergadering. Art. 2:8 BW kan echter meebrengen dat (het bestuur van) de vennootschap de vragen die buiten vergadering zijn gesteld, toch moet beantwoorden. Dit is met name het geval in een persoonsgebonden samenwerkingsverband om de informatieasymmetrie te beperken tussen de aandeelhouder/niet-bestuurder en

aandeelhouder/bestuurder. Daarnaast kan het ontstaan van deze informatieplicht en het daarmee samenhangende informatierecht verband houden met een familieverhouding tussen de betrokkenen of een potentiële belangenverstrengeling.

Voor vragen van een aandeelhouder geldt dat de grens van het redelijke niet mag worden overschreden. Zo kan hij te gedetailleerde informatie verlangen of geen redelijk belang hebben bij de beantwoording ervan. Het doel van de gevraagde informatie is namelijk dat de aandeelhouder zich daarmee een beeld kan vormen van het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en de door haar gedreven onderneming, zodat de aandeelhouder die aspecten kan beoordelen.

Of er sprake is van een overschrijding van de redelijkheid van het informatieverzoek, houdt verder verband met de vraag of op de vennootschap een zorgplicht of zorgvuldigheidsplicht rust, bijvoorbeeld vanwege het persoonsgebonden karakter van het samenwerkingsverband. Daardoor heeft de aandeelhouder mogelijk niet alleen recht op beantwoording van vragen buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering, maar het kan ook een ruimhartige informatieplicht meebrengen. Een informatieverzoek zal om die reden minder snel de grenzen van het redelijke overschrijden. De informatieplicht kan tevens tot gevolg hebben dat het bestuur zich minder snel succesvol kan verschuilen achter een gesuggereerd zwaarwichtig belang dat zich verzet tegen het verschaffen van informatie. Zelfs als de aandeelhouder/niet-bestuurder concurrerende activiteiten ontplooit, kan een beroep op een zwaarwichtig belang niet slagen, omdat de informatie geschoond van vertrouwelijke en concurrentiegevoelige elementen kan worden overgelegd.²¹⁴²

Met inachtneming van het voorgaande zijn de volgende drie aspecten van belang bij informatieverzoeken van een aandeelhouder: (i) heeft de vraag betrekking op het gevoerde beleid of de agendapunten van de vergadering, (ii) heeft de aandeelhouder enig redelijk belang bij beantwoording van de vraag, en (iii) verzet een zwaarwichtig belang zich tegen beantwoording daarvan? Indien deze drie aspecten zich niet verzetten tegen het verschaffen van de verzochte inlichtingen, dan behoren de vragen te worden beantwoord.

Gaan de vragen die tijdens een aandeelhoudersvergadering rechtmatig zijn gesteld over een onderwerp op de agenda, dan mag de aandeelhouder verwachten dat het bestuur de vragen deugdelijk beantwoordt. Als het bestuur de benodigde informatie voor het volledig beantwoorden van de vragen echter niet tijdens de vergadering kan produceren, dan kan het agendapunt in principe niet in stemming worden gebracht. In beginsel zal de voorzitter moeten bepalen of het agendapunt in stemming kan worden gebracht. De wenselijkheid van deze regel kan echter in besloten verhoudingen ter discussie staan ingeval de voorzitter gelieerd is aan de meerderheidsaandeelhouder. Vallen de tijdens de vergadering gestelde vragen buiten het bestek van de agenda – en verzetten de voornoemde drie aspecten zich niet tegen het verschaffen van de gevraagde inlichtingen – ook dan behoort het bestuur te trachten om de vragen volledig te beantwoorden op basis van de beschikbare kennis en gegevens. In beide gevallen geldt dat het bestuur de vrijheid heeft inzake de wijze waarop de ontbrekende informatie naderhand wordt overgelegd voor zover de gelijke behandeling van alle aandeelhouders hierbij geborgd is.

Wanneer de aandeelhouder rechtmatig informatie buiten vergadering verzoekt, heeft het bestuur een bepaalde mate van vrijheid om te bepalen op welke wijze de informatieverstrekking gebeurt. Het bestuur zal hierbij er namelijk rekening mee dienen te houden dat de informatiezoekende aandeelhouder recht heeft op informatie *buiten vergadering*. Ook is het van belang dat alle

²¹⁴² Voor meer informatie hierover zie de paragrafen 2.2.2, 2.2.3, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.6, 13.2.2 en 13.2.3. De andere verwijzingen in dit hoofdstuk zijn ook bedoeld om te duiden waar meer informatie staat over de behandelde aspecten.

aandeelhouders tegelijkertijd dezelfde informatie ontvangen met het oog op een gelijke behandeling. Binnen welke termijn de informatie moet worden verstrekt, kan op basis van de rechtspraak-analyse niet worden bepaald.²¹⁴³

Het bestaan van een ongelijke (persoonsgebonden) besloten verhouding in combinatie met een ingrijpende ontwikkeling kan zorgen voor een spontane informatieplicht. Die plicht rust op (het bestuur van) de vennootschap jegens de aandeelhouder(/niet-bestuurder), waardoor het bestuur uit eigen beweging zowel binnen als buiten het verband van een aandeelhoudersvergadering bepaalde informatie moet verstrekken. Onder ingrijpende ontwikkelingen vallen blijkens de rechtspraak-analyse bijvoorbeeld een (sterk) verslechterde financiële situatie, het ontslag van de bestuurder van een dochtervennootschap of een verhuizing van de vennootschap.²¹⁴⁴

Indien een spontane informatieplicht bestaat, zou het bestuur op de volgende wijze met de plicht kunnen omgaan. Als iets ingrijpends zich voordoet dat invloed heeft of althans lijkt te hebben op het voortbestaan van de vennootschap, dan moet de informatie daarover zo snel mogelijk aan de aandeelhouders worden verstrekt. Het bestuur heeft in dit geval de vrijheid om te bepalen op welke wijze de informatieverstrekking geschiedt. Wil het bestuur daarentegen een ingrijpend besluit nemen dat negatieve gevolgen voor de aandeelhouder(s) zal hebben, dan dienen de aandeelhouders voorafgaand aan de besluitvorming te worden geïnformeerd, waarbij het bestuur kan bepalen op welke wijze de informatie aan de aandeelhouders wordt overgelegd. Indien het besluit geen negatieve gevolgen voor de aandeelhouders zal hebben, kunnen de aandeelhouders na de besluitvorming worden geïnformeerd. Dit dient uiterlijk te gebeuren tijdens de eerstvolgende aandeelhoudersvergadering. Bij deze drie verschillende situaties geldt onverminderd dat de aandeelhouders conform het gelijkheidsbeginsel op gelijke wijze op de hoogte moeten worden gebracht.

Verder kan een statutair bestuurder informatie vragen aan zijn medebestuurder. Dergelijke verzoeken dienen in principe altijd te worden ingewilligd, want een bestuurder heeft recht op alle informatie die vereist is voor een verantwoorde besluitvorming of die hem nuttig of nodig lijkt om zich ergens een oordeel over te kunnen vormen. Het bemoeilijken of onmogelijk maken van de toegang tot dergelijke informatie zal dan ook op gespannen voet staan met art. 2:8 BW.²¹⁴⁵

14.1.3 Belangenverstremgeling

Rechtscolleges hebben door de jaren heen verschillende gelijkkluidende terminologieën gebruikt om gedragingen en transacties af te keuren vanwege (concrete) niet parallel lopende of conflicterende plichten dan wel belangen. Zo gaat het veelal om bestuurders die zichzelf of een gelieerde partij in verschillende gradaties (sterk) bevoordelen ten koste van de vennootschap en de andere aandeelhouders(/bestuurders). Dit kan bijvoorbeeld door het overhevelen van activiteiten, het onttrekken van activa of het aangaan van niet marktconforme transacties. Uit de gecodeerde rechtspraak blijkt ook dat het gebruik van verschillende termen om vormen van belangenverstremgeling te duiden, sinds 2015 beduidend is afgenomen. Dit komt door het toenemende gebruik van de term ‘tegenstrijdig belang’. Vanaf 2020 zijn andere termen zelfs slechts sporadisch waargenomen. De voorname reden hiervoor is dat de Ondernemingskamer – die nagenoeg alle uitspraken binnen dit gevalstype heeft gewezen – zich de afgelopen jaren nadrukkelijker hoofdzakelijk focust op het

²¹⁴³ Zie de paragrafen 13.2.2.3 en 13.2.3.3.

²¹⁴⁴ Zie de paragrafen 2.2.4, 7.3.4 en 13.2.4.

²¹⁴⁵ Zie de paragrafen 2.2.5, 7.2.4, 7.3.5 en 13.2.5.

feitelijk bestaan van een tegenstrijdig belang en het benoemen van de zorgvuldigheidsregels die daarmee samenhangen.²¹⁴⁶

Indien er sprake is van belangenverstremgeling, dan blijkt dat het geven van openheid van zaken daarover essentieel is. Deze zorgvuldigheidsregel komt consistent in de onderzoeksperiode terug en leidt regelmatig tot complicaties omdat een bestuurder onvoldoende openheid van zaken heeft gegeven. Het is aan te bevelen om deze zorgvuldigheidsregel te codificeren, zodat het voor bestuurders duidelijker wordt welke informatie zij moeten verschaffen alsmede wanneer, op welke wijze en aan welke partijen.

Uit de rechtspraakanalyse blijkt dat het belangrijk is dat de aandeelhouders(/bestuurders) die niet bij de transactie of gedraging betrokken zijn, de redelijkheid en marktconformiteit van de transactie of gedraging kunnen beoordelen op basis van de benodigde gegevens. In de gecodeerde rechtspraak gaat het vaak om de vraag of er überhaupt vooraf dan wel achteraf (voldoende) openheid van zaken is gegeven. Ingeval het belangenconflict concreet is, moet niettemin als uitgangspunt gelden dat de bestuurder vooraf – uit eigen beweging – daarover duidelijkheid aan de medebestuurders of aandeelhouders/niet-bestuurders moet verschaffen. Bestaat er daarentegen twijfel over het bestaan van concrete niet parallel lopende of conflicterende plichten dan wel belangen, dan zal het vooraf verschaffen van informatie aan de aandeelhouders/niet-bestuurders of de medebestuurders toch geboden kunnen zijn met het oog op het beschermen van de vennootschap en de daarbij betrokken belanghebbenden. Indien aandeelhouders vragen stellen over een belangenverstremgeling, dan geldt als uitgangspunt dat die vragen dienen te worden beantwoord. Dit kan in besloten verhoudingen zowel binnen als buiten vergadering vereist zijn, waardoor er sprake is van enige overlap met de regels inzake de informatieverstrekking. Centraal hierbij staat dat de informatiezoekende partij moet kunnen beoordelen of de belangen zorgvuldig gescheiden zijn gehouden.²¹⁴⁷

In het kader van het zorgvuldig gescheiden houden van de belangen is het inschakelen van een onafhankelijke, deskundige derde een andere belangrijke waarborg. Dit aspect is hoofdzakelijk gericht op het waarborgen en kunnen aantonen van de marktconformiteit van de transactie of gedraging. De onafhankelijkheid van de derde kan hierbij in het gedrang komen als de derde bijvoorbeeld de vaste adviseur van de vennootschap of bestuurder is. De waardebepaling moet ook op voldoende actuele gegevens zijn gebaseerd, omdat de derde anders de marktconformiteit niet deugdelijk kan beoordelen. Dit laatste kan blijken uit eventuele voorbehouden die in het taxatierapport staan. Gezien de frequentie van het aantal keren dat deze zorgvuldigheidsregel in de rechtspraak terugkomt, verdient het aanbeveling deze regel inzake het inschakelen van een deskundige derde te codificeren om onduidelijkheid te voorkomen over de marktconformiteit van een voorgenomen transactie waarbij er sprake is van een tegenstrijdig belang.²¹⁴⁸

Een andere waarborg in dit geheel is dat de bestuurder met een belangenverstremgeling zich onthoudt van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Overeenkomstig de wet kan dat noodzakelijk zijn. Zowel uit het beschreven kader als de rechtspraakanalyse blijkt dat art. 2:8 BW – dan wel art. 2:9 BW – kan meebrengen dat onthouding vereist is, terwijl dat strikt genomen volgens de

²¹⁴⁶ Zie de paragrafen 2.3.4.3 en 8.2.2.

²¹⁴⁷ Zie de paragrafen 2.3.4, 8.2.4, 8.3.3 en 13.3.2.

²¹⁴⁸ Zie de paragrafen 2.3.4.2, 8.2.3, 8.3.4 en 13.3.3.

wettelijke onthoudingsregel niet vereist is. Op basis van welke grondslag onthouding geboden is en op welke wijze dat dient te gebeuren, is dan ook geen uitgemaakte zaak. Deze bestaande onzekerheid over de reikwijdte en strekking van de vereiste onthouding zorgt ervoor dat het actualiseren van de wettelijke onthoudingsregel noodzakelijk is omwille van het beschermen van de vennootschap en de rechtszekerheid.²¹⁴⁹

Er kunnen nog andere zorgvuldigheidsregels vereist zijn voor het zorgvuldig gescheiden houden van de belangen. Maatregelen die in dit verband worden genoemd, zijn bijvoorbeeld het benoemen van een onafhankelijke bestuurder of goedkeuring door de raad van commissarissen. Uit de rechtspraakanalyse blijkt ook dat de omstandigheden kunnen meebrengen dat (i) de aandeelhouder/bestuurder had moeten overleggen met de andere aandeelhouder/bestuurder vóór de vennootschap ten eigen voordele leeg te trekken, (ii) de bestuurder niet buiten medeweten van de medebestuurder bepaalde rechtshandelingen had mogen voorbereiden en uitvoeren, of (iii) ervoor dient te worden gezorgd dat de (geconflicteerde) bestuurder niet betrokken is bij de voorbereiding van de ‘besmette’ transactie, dat hij daarover niet of beperkt wordt geïnformeerd of dat hij (een deel van) zijn portefeuille tijdelijk overdraagt aan een medebestuurder. In theorie kan een rechtscollege eveneens een andere maatregel in een gegeven situatie noodzakelijk achten met het oog op het gescheiden houden van de belangen. De voorkeur gaat er echter naar uit dat rechtscolleges terughoudend van die mogelijkheid gebruikmaken. Normaliter zal naleving van de onthoudingsregel en de Linders/Hofstee-regels – inzake het geven van openheid van zaken en het inschakelen van een deskundige derde – namelijk voldoende bescherming bieden in geval van belangenverstremming. Hierdoor is het creëren van een andere zorgvuldigheidsregel slechts geboden in het uitzonderlijke geval dat de andere regels onvoldoende bescherming bieden.²¹⁵⁰

Samenvattend, het uitgangspunt moet zijn dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang zich dient te onthouden. In aanvulling hierop moet de bestuurder voor een transactie openheid van zaken over het tegenstrijdig belang geven aan de medebestuurders en de algemene vergadering c.q. de aandeelhouders, zodat zij de redelijkheid en marktconformiteit van de beoogde transactie kunnen beoordelen. Is de marktconformiteit niet op basis van de beschikbare gegevens te beoordelen, dan dient een onafhankelijke, deskundige derde te worden ingeschakeld om een waardebepaling te geven die voldoende zekerheid verschaft over de waarde. Als een bestuurder conform de voorgaande drie regels handelt, mag hij verwachten dat de belangen normaliter voldoende zorgvuldig gescheiden zijn gehouden. Een strikte handhaving van deze regels komt ten goede aan de bescherming van de vennootschap en de vennootschapsactoren. De rechtszekerheid is daar eveneens bij gebaat, hetgeen tot een afname van gerechtelijke procedures kan leiden over deze problematiek. Overigens neemt dit alles niet weg dat een rechtscollege in uitzonderlijke gevallen een andere zorgvuldigheidsregel noodzakelijk kan achten indien de belangen niet zorgvuldig gescheiden zijn gehouden door naleving van de drie voormelde regels.

14.1.4 Winstbestemming

Als er een geschil over de bestemming van de winst bestaat, gaat het in feite om de redelijkheid van het dividendbeleid en/of het winstbestemmingsbesluit. Om de redelijkheid daarvan te

²¹⁴⁹ Zie de paragrafen 2.3.3, 2.3.4.3, 8.2.5, 8.3.6 en 13.3.4.

²¹⁵⁰ Zie de paragrafen 2.3.4.2, 8.2.5, 8.3.7 en 13.3.5.

beoordelen dient een belangenafweging te worden gemaakt. Hierdoor moeten rechtscolleges de belangen van de aandeelhouders die winst wensen te ontvangen en normaliter een minderheidsbelang houden alsmede geen bestuursfunctie vervullen, afwegen tegen het belang van de vennootschap en de wens van de andere betrokkenen om de winst te reserveren. Deze belangenafweging komt – zo blijkt uit de rechtspraakanalyse – in vergelijkbare bewoordingen in dagvaardingsprocedures en verzoekschriftprocedures (enquêteprocedures) terug. De belangenafweging valt in principe in het voordeel van de vennootschap uit ingeval er een goede reden voor reservering van de winst bestaat. Zo blijkt dat het gebruikelijke beleid, de aantoonbare noodzaak voor het doen van concrete investeringen en de gemaakte afspraken tussen aandeelhouders een rechtvaardiging kunnen vormen voor het reserveren van de winst. Ook kan een rechtvaardiging verband houden met de aard van de vennootschap, zijnde een familievennootschap met de focus op de langere termijn voor de komende generatie. Hierbij blijft relevant dat aandeelhouders in beginsel recht hebben op uitkering van (een gedeelte van) de winst, omdat zij een redelijke vergoeding moeten ontvangen voor hun financiële betrokkenheid bij de vennootschap. De belangenafweging kan daardoor sneller in het voordeel van de winstzoekende aandeelhouders uitvallen indien alle winst jarenlang stelselmatig is gereserveerd en er geen economische noodzaak bestaat voor verdere reservering. Of de meerderheid van de aandeelhouders met het beleid instemt, weegt ook mee in dit kader.

Naast deze elementen die in het beschreven kader zijn aangestipt en uit de rechtspraakanalyse volgen, is het van belang dat het dividendbeleid voor de aandeelhouders kenbaar is en wordt gemotiveerd. Slechts op basis van informatie kan een aandeelhouder namelijk de redelijkheid van het beleid beoordelen. Het belang hiervan treedt ook meer naar de voorgrond als er enkele jaren geen dividend is uitgekeerd.²¹⁵¹

14.1.5 Strategie en beleid

De toepassing van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid in de gecodeerde rechtspraak is diverser dan initieel verwacht op basis van het beschreven kader bij dit gevalstype. In enquêteprocedures toetst de Ondernemingskamer met enige regelmaat of er – kort gezegd – sprake is van ‘geen redelijk handelend bestuur’. Deze toets hanteert het rechtscollege om de strategie en het beleid terughoudend te beoordelen, waarbij in het rechterlijk oordeel kan meewegen of het bestuur zich heeft laten bijstaan door een adviseur om beleidskeuzes te maken. Een schending van de voorgaande norm is niet waargenomen. Een terughoudende opstelling van rechtscolleges is ook waargenomen in andere uitspraken waarin de handelingen van het bestuur expliciet aan art. 2:8 BW worden getoetst of waarin een redelijkheidsoordeel staat. Gelet hierop zal voor een overschrijding van de beleidsvrijheid slechts ruimte bestaan indien de gemaakte keuzes: (i) leiden tot een schending van de gemaakte afspraken met een vennootschapsactor, (ii) leiden tot een ongerechtvaardigd nadeel voor een vennootschapsactor, en/of (iii) in strijd zijn met het belang van de vennootschap.²¹⁵²

Andere gedragingen in het kader van de strategie en het beleid die onder omstandigheden niet verenigbaar zijn met art. 2:8 BW, bestaan uit het beperken of onnodig hinderen van de bestuursbevoegdheid. Besluitvorming moet kunnen plaatsvinden waardoor het (structureel) nodeloos blokkeren daarvan op gespannen voet staat met de redelijkheid en billijkheid. Een bepaalde mate van

²¹⁵¹ Zie de paragrafen 2.4.3, 9.2, 9.3 en 13.4.

²¹⁵² Zie de paragrafen 2.5, 10.3.2, 10.3.3 en 13.5.

transparantie kan eveneens geboden zijn over bepaalde keuzes. Het kan zelfs noodzakelijk zijn om een keuze te maken, omdat partijen over de toekomst van de vennootschap niet in het ongewisse behoren te worden gelaten.²¹⁵³

14.1.6 Structuurwijziging

Onder het gevalstype structuurwijziging vallen geschillen over (i) de aandelenstructuur, (ii) een statutenwijziging, (iii) de ondernemingsstructuur en (iv) de beëindiging van de samenwerking of vennootschap.²¹⁵⁴ Wat betreft de aandelenstructuur kan een aandelenuitgifte noodzakelijk zijn voor het voortbestaan van de vennootschap vanwege een gebrek aan reële alternatieve financieringsmogelijkheden. Kan de vereiste besluitvorming daarvoor door een impasse niet plaatsvinden, dan kan rechterlijk ingrijpen geboden zijn om die impasse te doorbreken, zoals gebeurt bij het leerstuk over noodzaakfinanciering. Indien het (voorgenomen) emissiebesluit daarentegen – vanwege de verhoudingen en/of gemaakte afspraken – doorgang kan vinden in de aandeelhoudersvergadering, dan gaat het hoofdzakelijk om de beoordeling van de redelijkheid van het (voorgenomen) besluit. De nadruk komt daardoor te liggen op de informatievoorziening aan de aandeelhouders, de waardering van de uitgifte en de mate van verwatering. Bij zowel noodzaakfinanciering als een gebruikelijke aandelenuitgifte is het tevens van belang dat de zittende aandeelhouders in beginsel kunnen deelnemen aan de emissie om verwatering van het aandelenbelang te voorkomen.²¹⁵⁵

Verder kan op initiatief van het bestuur de (volledige) onderneming of alle substantiële activa van de vennootschap worden vervreemd. Hiervoor geldt dat dit niet toelaatbaar is indien de aandeelhouders niet bij de besluitvorming zijn betrokken: er moet op geïnformeerde wijze tijdig met hen worden overlegd over de vervreemding. Hierbij is het niet uitgesloten dat goedkeuring dan wel instemming van de aandeelhoudersvergadering is vereist. Rechtscolleges lijken zich bij het formuleren van de gedragsnormen in deze alinea uitsluitend te baseren op art. 2:8 BW in plaats van gebruik te maken van een analoge toepassing van art. 2:107a BW. Art. 2:8 BW lijkt daardoor voor het BV-recht te voorzien in een behoefte aan extra bescherming voor aandeelhouders bij vervreemding van de onderneming. Invoering van een soortgelijke bepaling als art. 2:107a BW in het BV-recht – waarvan statutair kan worden afgeweken – kan in deze behoefte voorzien en voor de benodigde duidelijkheid zorgen. Uit de rechtspraakanalyse blijkt immers dat het geen uitgemaakte zaak is wat ‘betrekken bij de besluitvorming’ exact inhoudt of wanneer er van vervreemding van ‘alle substantiële activa’ sprake is.

Verder kan een rechtvaardiging voor een besluit tot vervreemding van de onderneming gelegen zijn in de financiële noodzaak daarvoor, zolang de meerderheidsmacht niet oneigenlijk wordt gebruikt. Hierbij blijft relevant dat de vervreemding tegen een marktconforme vergoeding plaatsvindt die op een objectieve waardering is gebaseerd.²¹⁵⁶

Een statutenwijziging blijkt in de regel niet tot (grote) complicaties tussen de vennootschapsactoren te leiden gezien de beperkte hoeveelheid rechtspraak op dat terrein. Als een dergelijk conflict ontstaat, is dat veelal te wijten aan een oneigenlijk gebruik van het stemrecht waarbij één partij zichzelf

²¹⁵³ Zie de paragrafen 2.5, 10.3.4-10.3.7 en 13.5.

²¹⁵⁴ Zie paragraaf 2.6.1.

²¹⁵⁵ Zie de paragrafen 2.6.2, 11.2.2, 11.3.2 en 13.6.2.

²¹⁵⁶ Zie de paragrafen 2.6.4, 11.2.3, 11.3.4 en 13.6.4.

tracht te bevoordelen.²¹⁵⁷ Misbruik van meerderheidsmacht – althans een oneigenlijk gebruik van het stemrecht – is ook waarneembaar als een meerderheidsaandeelhouder op oneigenlijke motieven aanstuurt op de beëindiging van de vennootschap middels een faillissementsaanvraag. Het kan echter ook voorkomen dat een aandeelhouder zich op niet deugdelijke gronden tegen een ontbindingsbesluit verzet, waardoor rechterlijk ingrijpen vereist is.

Desondanks blijft het vanzelfsprekend mogelijk voor aandeelhouders om naar een beëindiging van de samenwerking te streven. Hierbij hebben partijen de nodige bewegingsruimte zolang zij elkaars rechten respecteren. Van dat laatste is er met regelmaat geen sprake, zoals blijkt uit uitstotings- en uittredingsprocedures.²¹⁵⁸

14.1.7 *Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder*

De rol van de redelijkheid en billijkheid is bij dit gevalstype omvangrijk, met name in de totstandkomingsfase. De kern van deze fase is dat de bestuurder in het kader van het hoorrecht voldoende in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn zienswijze te geven op een voorgenomen ontslag- of schorsingsbesluit. Gelet op het belang van dit recht – en aanverwante gezichtspunten – zou codificering van het hoorrecht bevorderlijk werken voor de bescherming van bestuurders en de rechtszekerheid.

Het niet gebruikmaken van het hoorrecht komt voor risico van de bestuurder. Ook kunnen de omstandigheden meebrengen dat de bestuurder voldoende in de gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze te geven, ondanks dat hij of zijn advocaat niet aanwezig kan zijn tijdens de aandeelhoudersvergadering. Voor het deugdelijk kunnen geven van de zienswijze is het wel van belang dat de bestuurder niet overvallen wordt met het voorgenomen besluit. Om deze reden is het essentieel dat de bestuurder op correcte wijze voor de aandeelhoudersvergadering wordt opgeroepen met als agendapunt het voorgenomen besluit. Tussen de oproeping en de vergadering moet bovendien voldoende tijd zitten, zodat de bestuurder zich kan voorbereiden. Een termijn van één dag na de oproeping of de vakantie van de bestuurder is in ieder geval onvoldoende, en een termijn van drie weken kan redelijk zijn. Als de bestuurder verder meent voor de verdediging documenten nodig te hebben, dan dienen die documenten tijdig te worden verstrekt. Het is daarnaast relevant dat de bestuurder tijdig op de hoogte wordt gesteld van de gronden voor het voorgenomen besluit. Wanneer vervolgens de vergadering plaatsvindt, zal de bestuurder voldoende in de gelegenheid moeten worden gesteld om zijn zienswijze te kunnen geven. Het direct stemmen over het voorgenomen besluit is daarom in strijd met art. 2:8 BW, omdat er dan geen sprake is van hoor en wederhoor ondanks dat de uitkomst van de vergadering op voorhand in zekere zin kan vaststaan. Of er van hoor en wederhoor sprake is, kan overigens volgen uit de notulen waarin de gevoerde discussie kan worden vastgelegd.

Verder is blijkens de rechtspraak het doordrukken van een benoemings- of ontslagbesluit niet verenigbaar met art. 2:8 BW als de aandeelhouder/bestuurder weet of mag veronderstellen – vanwege de communicatie tussen partijen – dat de andere aandeelhouder(/bestuurder) enkele minuten te laat aanwezig is voor de aandeelhoudersvergadering. Ook kan er bij dit gevalstype van een schending van art. 2:8 BW sprake zijn als bijvoorbeeld: (i) suggestieve berichten worden verspreid over het ontslag van de bestuurder, (ii) de meerderheidsaandeelhouder niet tracht te voorzien in een openstaande vacature voor een statutair bestuurder, terwijl de vennootschap geen bestuurder meer

²¹⁵⁷ Zie de paragrafen 2.6.3, 11.3.3 en 13.6.3.

²¹⁵⁸ Zie de paragrafen 2.6.5, 11.2.4, 11.3.5 en 13.6.5.

heeft, (iii) de uitnodiging voor de aandeelhoudersvergadering opzettelijk naar het verkeerde adres van de aandeelhouder wordt gestuurd, en (iv) bij gebreke van evidente nietigheid van een benoemingsbesluit de reeds jaren ingeschreven bestuurder wordt uitgeschreven uit het handelsregister.²¹⁵⁹

Wat betreft de inhoudelijke toetsing van een ontslagbesluit is de wettelijke regel dat ontslag te allen tijde mogelijk is, een belangrijk uitgangspunt. Het uit 1984 daterende Sjardin-arrest versterkt dit uitgangspunt, omdat bepaalde rechtscolleges op basis daarvan oordelen dat de (arbeidsrechtelijke) ontslaggronden niet betrokken kunnen worden bij de toetsing van het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit. Niettemin blijkt uit rechtspraak dat een toetsing van materiële (ontslag)gronden aan art. 2:8 BW regelmatig plaatsvindt. Ontslagbesluiten zijn zelfs twee keer vanwege gronden van vennootschapsrechtelijke aard in strijd met de redelijkheid en billijkheid geacht. Het probleem hierbij is dat de rechtscolleges niet allemaal op eenzelfde wijze de Sjardin-regel interpreteren en toepassen. Er ontstaat daardoor een verschil in de wijze waarop ontslagbesluiten worden getoetst. Het zoeken van aansluiting bij de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan in dit kader gelden als een oplossing die geen afbreuk doet aan de ruime discretionaire ontslagbevoegdheid. Hierbij is het essentieel dat rechtscolleges expliciet de materiële aspecten betrekken bij een toetsing van het ontslagbesluit aan art. 2:8 lid 2 BW. Op die manier ontstaat meer inzicht in de toelaatbaarheid van het besluit gelet op de omstandigheden van het geval.²¹⁶⁰

Daarnaast wordt de wettelijke schorsingsbevoegdheid net zoals de ontslagbevoegdheid als absoluut gepresenteerd in de wettelijke bepaling, omdat schorsing eveneens te allen tijde mogelijk is. Echter, een schorsing zal een toetsing aan art. 2:8 BW niet doorstaan als daar geen voldoende zwaarwegende grond voor bestaat vanwege het diffamerende karakter van een schorsing. Hierdoor kan bijvoorbeeld een vertrouwenscrisis of (sterk) tegenvallende financiële resultaten vereist zijn. Het wettelijk kader moet daarom worden aangepast, zodat inzichtelijk wordt dat een voldoende zwaarwegende grond is vereist voor schorsing.²¹⁶¹

Verder komt een benoemingsbesluit slechts sporadisch in de rechtspraak aan bod. Uit de beperkte informatie daarover blijkt dat een benoeming in strijd met art. 2:8 BW kan zijn ingeval een partij oneigenlijk zijn machtspositie gebruikt. Een andere (theoretische) mogelijkheid is dat de benoeming nadelig is voor de vennootschap.²¹⁶²

14.1.8 Overkoepelende elementen

14.1.8.1 De gevalstypen

Bij de verschillende gevalstypen blijkt dat het verstrekken van informatie een essentieel terugkerend element is. Dat is logischerwijs het geval bij geschillen die specifiek daarover gaan (gevalstype 1), maar ook bij de andere gevalstypen. Zo speelt het geven van openheid van zaken over de (potentiële) belangenverstrengeling een rol in ruim meer dan honderd uitspraken. Daarnaast volgt uit geschillen over de winstbestemming dat rechtscolleges het van belang achten dat duidelijkheid bestaat over het dividendbeleid en over de gronden en motieven voor het reserveren van de winst, omdat een aandeelhouder op basis daarvan het beleid kan beoordelen. Het beoordelen van het

²¹⁵⁹ Zie de paragrafen 2.7.3, 12.2.2, 12.3.3, 12.3.7, 13.7.2.

²¹⁶⁰ Zie de paragrafen 2.7.2.2, 12.2.3, 12.3.4, 13.7.3.

²¹⁶¹ Zie de paragrafen 2.7.2.3, 12.2.3, 12.3.5, 13.7.4.

²¹⁶² Zie de paragrafen 2.7.2.4, 12.2.3, 12.3.6, 13.7.5.

beleid komt ook in beperktere mate terug als er een geschil bestaat over de strategie en het beleid. Ingeval het proces zorgvuldig geschiedt, is de kans namelijk beperkter dat de gemaakte keuzes leiden tot een schending van art. 2:8 BW vanwege de (ruime) beleidsvrijheid. Bij geschillen over een structuurwijziging is verder op verschillende punten het belang van een deugdelijke informatieverstrekking zichtbaar. De redelijkheid van een (voorgenomen) aandelenuitgifte is bijvoorbeeld afhankelijk van informatieverstrekking over (wezenlijke) aspecten die gerelateerd zijn aan de uitgifte. Ook moeten de aandeelhouders bij de besluitvorming over de vervreemding van de vennootschap worden ‘betrokken’, waardoor het verschaffen van informatie noodzakelijk is om te kunnen overleggen over de vervreemding. Tot slot is het verstrekken van de gronden (informatie) voor het voorgenomen ontslag- of schorsingsbesluit van belang zodat de bestuurder zich adequaat kan verdedigen.

Het voorgaande illustreert dat het verstrekken van onvoldoende informatie aan een partij kan resulteren in een schending van de redelijkheid en billijkheid bij alle zes de gevalstypen. Hierdoor blijft het verwonderlijk dat de informatievoorziening met regelmaat ondermaats is. Op basis van de rechtspraakanalyse zou het voor partijen immers duidelijk moeten zijn dat een gebrekkige informatieverschaffing aanleiding geeft voor een mogelijk onwelgevallig rechterlijk oordeel. Het voorkomen van een gerechtelijke procedure begint daardoor bij een deugdelijke informatieverstrekking. Dat partijen mogelijk hun handelen willen verbergen, kan overigens een (pervers) motief zijn voor een gebrekkige informatieverschaffing. Niettemin is het de vraag of het (initieel) achterhouden van de informatie opweegt tegen bijvoorbeeld een (kostbare) enquêteprocedure die alsnog de informatieasymmetrie tussen de partijen reduceert.

Een ander terugkerend aspect bij de zes gevalstypen is dat partijen oneigenlijk gebruikmaken van hun (machts)positie. De reden hiervoor is dat bestuurders of meerderheidsaandeelhouders – dan wel aandeelhouders met een gezamenlijk meerderheidsbelang – met regelmaat hun posities oneigenlijk gebruiken voor het verwerven van een bepaald ongerechtvaardigd voordeel. Zo kan de partij een informatievoorsprong hebben en die – ondanks bepaalde zorg(vuldigheids)plichten – niet willen verkleinen. Een sprekend voorbeeld is het verrichten van een transactie of gedraging met belangenverstremgeling. Ook kan worden bewerkstelligd dat de winst (jarenlang) niet bij de minderheidsaandeelhouders terechtkomt, maar wel bij de meerderheidsaandeelhouder of de bestuurder. Andere voorbeelden zijn: (i) het willen uitgeven van aandelen om het aandelenbelang van de andere partij te verwateren, (ii) het (gedeeltelijk) vervreemden van de onderneming tegen een niet marktconforme vergoeding, en (iii) het zonder enige deugdelijke grond willen schorsen of ontslaan van de bestuurder. Overigens kan een oneigenlijk gebruik van de positie eveneens voorkomen in een 50/50-verhouding of indien een aandeelhouder een blokkerend minderheidsbelang houdt. In die situaties kunnen de partijen immers de macht hebben om de noodzakelijke besluitvorming te blokkeren. Denk hierbij aan het leerstuk van noodzaakfinanciering of de wegens impasses in de besluitvorming toegewezen uitstotingsvorderingen. Impasses kunnen namelijk het voortbestaan van de vennootschap in gevaar brengen.

Wat hiervoor is beschreven, moet niet worden beschouwd als een betoog tegen het naar eigen inzicht uitoefenen van het stemrecht. Wel moet het worden opgevat als een argument voor het rekening houden met de belangen van de vennootschap en de andere vennootschapsactoren. Veel aspecten bevinden zich in een grijs gebied, maar uit de rechtspraakanalyse volgen gedragspatronen die evident in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Dit is met name het geval als een partij zich doelbewust een voordeel tracht toe te eigenen ten koste van de vennootschap. Dergelijk gedrag kan een partij beter vermijden, omdat het aanleiding kan geven voor een (kostbare)

gerechtelijke procedure waarin een reële kans bestaat dat een schending van art. 2:8 BW of een andere wettelijke bepaling wordt vastgesteld indien de aanbevelingen leiden tot aanpassing van het wettelijk kader.

14.1.8.2 Rechterlijke instanties

De deelvraag die in deze paragraaf centraal staat, is: ‘In hoeverre passen de rechterlijke instanties de redelijkheid en billijkheid op soortgelijke wijze toe om een gevalstype te beslechten?’ Gelet op de gecodeerde rechtspraak gaat het hoofdzakelijk om het onderscheid tussen de Ondernemingskamer in enquêteprocedures en om andere rechterlijke instanties in dagvaardingsprocedures of verzoekschriftprocedures niet zijnde enquêteprocedures.

De Ondernemingskamer beslecht nagenoeg exclusief de geschillen over de informatieverstrekking of belangenverstremgeling.²¹⁶³ De toepassing van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid gebeurt daardoor op een consistente wijze bij deze twee gevalstypen. Wanneer een geschil over de informatieverstrekking door een andere rechterlijke instantie wordt beslecht, zijn niettemin soortgelijke normen als in enquêteprocedures waarneembaar waardoor de beslechting van de geschillen op een uniforme wijze geschiedt.²¹⁶⁴ Het voornaamste verschil is dat voorzieningenrechtters expliciet naar art. 2:8 BW als grondslag verwijzen voor de informatieverstrekking tussen bestuurders onderling, terwijl de Ondernemingskamer niet expliciet een wettelijke grondslag noemt bij de beslechting van dergelijke geschillen.²¹⁶⁵

De overige vier gevalstypen worden door uiteenlopendere rechterlijke instanties beslecht.²¹⁶⁶ Bij geschillen over de winstbestemming staat in zowel enquêteprocedures als art. 2:15 BW-procedures met regelmaat de redelijkheid van het dividendbeleid centraal, waarbij de rechtscolleges een vergelijkbare belangenafweging maken. Het belang van de vennootschap bij het reserveren van de winst wordt namelijk afgewogen tegen het belang van de aandeelhouder op uitkering van de winst. In art. 2:15 BW-procedures ligt de nadruk echter niet op de kenbaarheid en motivering van het dividendbeleid, maar die elementen komen wel aan bod in enquêteprocedures en geschillenreglingsprocedures. De redelijkheid en billijkheid wordt in de verschillende procedures dan ook niet op exact dezelfde wijze toegepast. Niettemin zijn er vergelijkbare gedragsnormen waarneembaar in enquêteprocedures en art. 2:15 BW-procedures, alsmede in enquêteprocedures en geschillenreglingsprocedures.²¹⁶⁷

Bij een geschil over de strategie en het beleid is het ontstane beeld diverser. In het kader van het beoordelen van een overschrijding van de beleidsvrijheid hanteert de Ondernemingskamer als enige de maatstaf ‘geen redelijk handelend bestuur’. Door deze maatstaf krijgt het bestuur de nodige beleidsvrijheid. Zowel de Ondernemingskamer als andere rechterlijke instanties respecteren die beleidsvrijheid echter ook als de voornoemde maatstaf (norm) niet in de uitspraak voorkomt.²¹⁶⁸

Verder gelden in enquêteprocedures en in dagvaardingsprocedures dezelfde (ingangs)voorwaarden voor noodzaakfinanciering. Ingeval een (voorgenomen) emissiebesluit ter discussie staat,

²¹⁶³ Zie paragraaf 6.3.9.4.

²¹⁶⁴ Zie de paragrafen 7.2.2 en 7.3.6.

²¹⁶⁵ Zie de paragrafen 7.2.4 en 7.3.5.

²¹⁶⁶ Zie paragraaf 6.3.9.4.

²¹⁶⁷ Zie paragraaf 9.2.

²¹⁶⁸ Zie de paragrafen 10.3.2-10.3.4.

zijn tevens dezelfde zorgvuldigheidsregels waarneembaar waarop de rechtscolleges de nadruk leggen.²¹⁶⁹ Ook kan volgens het oordeel van de Ondernemingskamer en de Rechtbank Limburg het aansturen op een faillissement ontoelaatbaar zijn.²¹⁷⁰ Wat betreft geschillen over de ondernemingsstructuur of een statutenwijziging is op dit terrein geen opmerking te maken, omdat de gecodeerde rechtspraak (nagenoeg) uitsluitend door de Ondernemingskamer is geweest.²¹⁷¹

Tot slot is er bij geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder een bepaalde mate van overlap aanwezig ondanks dat een groot deel van de geschillen in art. 2:15 BW-procedures, kortgedingsprocedures en enquêteprocedures wordt beslecht. De reden hiervoor is dat de rechterlijke instanties belang hechten aan de naleving van het hoorrecht.²¹⁷² Ook respecteren zij de ruime discretionaire ontslagbevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering, waardoor ontslag slechts onder uitzonderlijke omstandigheden niet met art. 2:8 BW verenigbaar is.²¹⁷³ Zowel de Ondernemingskamer als andere rechterlijke instanties houden eveneens rekening met het feit dat het bevoegde orgaan niet zomaar tot schorsing mag overgaan en daarvoor kunnen zij uiteenlopende bewoordingen gebruiken.²¹⁷⁴

Samengevat is te concluderen dat rechterlijke instanties de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid op soortgelijke wijze toepassen om het voorgelegde geschil te beslechten, als dat geschil daarvoor ruimte biedt. Dit betekent niet dat de rechterlijke oordelen identiek zijn, maar wel dat vennootschapsorganen en -actoren met regelmaat een vergelijkbare uitkomst kunnen verwachten indien dezelfde gedragsnormen uit art. 2:8 BW centraal staan.

14.1.8.3 Functies

Over de functies van art. 2:8 BW gaat de deelvraag: ‘Zijn er patronen te ontdekken in de toepassing van de afzonderlijke functies van art. 2:8 BW door de rechtscolleges om de typen geschillen te beslechten, en zo ja, welke zijn dat?’

De interpretatie van de wet, statuten, besluiten of bepalingen uit overeenkomsten is zichtbaar bij alle gevalstypen, alleen lopen de gesignaleerde aantallen sterk uiteen.²¹⁷⁵ De interpretatie van de wet is bij verschillende gevalstypen waarneembaar indien het rechtscollege aan het gelijkheidsbeginsel toetst. Er is daarnaast sprake van een veelvuldige interpretatie van de wet als rechtscolleges de materiële voorwaarden voor uitstoting dan wel uittreding beoordelen in het kader van een geschillenregelingsprocedure. Verder komt deze functie op uiteenlopende manieren terug wanneer diverse besluiten en bepalingen uit overeenkomsten centraal staan. Zo gaat het bij belangenverstrengeling bijvoorbeeld meermaals om de interpretatie van de redelijkheid van een besluit tot verhoging van de managementvergoeding. Andere voorbeelden zijn het beoordelen van de redelijkheid van ontslagbesluiten of besluiten over strategie en beleid.²¹⁷⁶

²¹⁶⁹ Zie paragraaf 11.3.2.

²¹⁷⁰ Zie paragraaf 11.3.5.2.

²¹⁷¹ Zie de paragrafen 11.2.3-11.2.4.

²¹⁷² Zie paragraaf 12.2.2.

²¹⁷³ Zie paragraaf 12.3.4.

²¹⁷⁴ Zie paragraaf 12.3.5.

²¹⁷⁵ Zie paragraaf 6.3.9.5 voor het aantal gesignaleerde functies per gevalstype.

²¹⁷⁶ Zie de paragrafen 7.5, 8.5.2, 9.5, 10.5.2, 11.5.2 en 12.5.2.

Ten opzichte van de voorgaande functie vervult de aanvullende functie in de gecodeerde rechtspraak slechts een marginale rol. De aanvullende functie is nagenoeg uitsluitend door de Ondernemingskamer toegepast. De reden hiervoor lijkt dat de Ondernemingskamer in bepaalde gevallen een nieuwe – dan wel sterk vernieuwde – norm noodzakelijk acht voor de beslechting van het geschil. Dit gebeurt het vaakst bij geschillen over de (gedeeltelijke) vervreemding van de onderneming. Zo formuleert de Ondernemingskamer bijvoorbeeld: (i) een instemmingsplicht voor de aandeelhoudersvergadering, (ii) een bijzondere zorgplicht voor aandeelhouders bij het streven naar een ontvlechting en (iii) dat de raad van commissarissen in redelijkheid tijd en gelegenheid moet krijgen om goedkeuring te geven. Verder komt de aanvullende functie een aantal keer terug bij geschillen over de informatieverstrekking en belangenverstrengeling. In het kader van de informatieverstrekking gebeurt dit door een nieuwe zorgvuldigheidsplicht aan te nemen voor een STAK jegens de minderheidscertificaathouders, en bij belangenverstrengeling is de Zwagerman-beschikking van de Ondernemingskamer vernieuwend.²¹⁷⁷

De toepassing van de beperkende functie is – net zoals de aanvullende functie – eveneens slechts bij bepaalde geschillen meermaals gesignaleerd. Dit is het geval bij geschillen over de strategie en het beleid, een structuurwijziging en het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. Gaat het om de strategie en het beleid, dan is de beperkende functie twee keer toegepast voor het onaanvaardbaar verklaren van een regel die de vennootschap belemmert in het voeren van verweer in een procedure die tegen haar aanhangig is gemaakt. Ook komt de derogerende werking bijvoorbeeld tweemaal voor in geschillenregelingsprocedures, zodat een aandeelhouder geen oneigenlijk voordeel verkrijgt vanwege het aanhangig maken van een uittredingsprocedure. Tot slot komt deze functie het vaakst voor bij het geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder. In de desbetreffende uitspraken gaat het onder meer om het ongedaan maken van een schorsingsbesluit of om het pareren van een geslaagd beroep op de nietigheid dan wel vernietigbaarheid van het besluit. Ook gebruiken rechtscolleges meermaals deze functie om zeer terughoudend te toetsen of het ontslagbesluit in de gegeven situatie niet in stand kan blijven.²¹⁷⁸

Bij geschillen over de informatieverstrekking, belangenverstrengeling en de winstbestemming is nagenoeg uitsluitend de gedragsregulerende functie waarneembaar en bij de andere gevalstypen komt de gedragsregulerende functie tevens het vaakst voor. Gelet hierop is een consistente toepassing van vergelijkbare gedragsnormen zichtbaar bij de gevalstypen, omdat de rechtscolleges met regelmaat op reeds gecreëerde normen teruggrijpen. Hierbij valt te denken aan: (i) het verschaffen van informatie aan de aandeelhouders buiten vergadering, (ii) de zorgvuldigheidsregels in geval van belangenverstrengeling, (iii) het belang van een kenbaar en gemotiveerd dividendbeleid, (iv) het betrekken van de aandeelhouders bij de besluitvorming over een vervreemding van de onderneming en (v) het hoorrecht. Daarnaast leveren rechtscolleges met regelmaat maatwerk bij alle gevalstypen door de toelaatbaarheid van uiteenlopende gedragingen op grond van art. 2:8 BW te beoordelen. Zo kan een beroep van een aandeelhouder op art. 2:220 BW met art. 2:8 BW verenigbaar zijn. Daarentegen kan in strijd met art. 2:8 BW worden gehandeld als een aandeelhouder tijdens het onderhandelingsproces plotseling elk contact mijdt of indien suggestieve berichten worden verspreid over het ontslag van de bestuurder.²¹⁷⁹

²¹⁷⁷ Zie de paragrafen 7.5, 8.5.2, 10.5.3, 11.5.3 en 12.5.3.

²¹⁷⁸ Zie de paragrafen 10.5.4, 11.5.4 en 12.5.4.

²¹⁷⁹ Zie de paragrafen 7.5, 8.5.3, 9.5, 10.5.5, 11.5.5 en 12.5.5.

Kortom, bepaalde patronen zijn waarneembaar bij de toepassing van de verschillende functies. Wel zorgen de uiteenlopende feitencomplexen ervoor dat de toepassing daarvan vaak varieert. Dit is minder het geval bij de gedragsregulerende functie. Met name in enquêteprocedures wordt die functie veelvuldig gehanteerd om consistent reeds gecreëerde gedragsnormen aan te halen en toe te passen bij de zes gevalstypen. Het vele gebruik van de gedragsregulerende functie bij de gevalstypen leidt ook tot de stelling dat die functie inmiddels behoort tot de klassieke functies van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid.²¹⁸⁰

14.1.8.4 Wijze van toetsing

Deze paragraaf behandelt de deelvraag: ‘Wat verklaart de geconstateerde volle(re) toetsing van materiële aspecten en de terughoudende(re) toetsing van formele aspecten door de rechtscolleges van (sub)normen die voortvloeien uit of gerelateerd zijn aan art. 2:8 BW?’

Een volle(re) toetsing van materiële aspecten is met name waargenomen bij geschillen over de informatieverstrekking en belangenverstrengeling.²¹⁸¹ Indien er een geschil over de informatieverstrekking bestaat, dan gaat het veelal om de vraag of de aandeelhouder recht heeft op bepaalde informatie en of de verstrekte informatie toereikend is. Deze vragen zijn vrij binair en de rechterlijke beoordeling is mede daardoor vol(ler). De rechtscolleges kunnen namelijk met een eenduidige norm secuur(der) toetsen of de informatieverstrekking afdoende is. Daarnaast is het gelet op de feiten en omstandigheden van belang om de informatieasymmetrie tussen partijen te reduceren, waardoor een terughoudende rechterlijke opstelling minder geschikt is. Hetzelfde geldt als er sprake is van belangenverstrengeling. De feiten en omstandigheden geven in die situatie aanleiding voor een volle(re) toetsing. Het rechtscollege moet namelijk beoordelen of een bestuurder overeenkomstig dan wel in strijd met een fundamenteel aspect van de taakuitoefening heeft gehandeld door zichzelf of een gelieerde partij te bevoordelen ten nadele van de vennootschap. In die situatie bestaat geen ruimte voor een terughoudende toetsing, want de verwerving van een oneigenlijk voordeel behoort niet ongestraft te kunnen plaatsvinden.²¹⁸²

Bij de resterende vier gevalstypen is er in bepaalde gevallen tevens sprake van een volle(re) toetsing van materiële aspecten vanwege vergelijkbare redenen als in de vorige alinea staat. In bepaalde gevallen is de norm die centraal staat immers eenduidig, zodat de rechtscolleges (relatief) eenvoudig kunnen toetsen of er conform of juist in strijd met de norm is gehandeld. Ook geven de feiten en omstandigheden vaak aanleiding voor een volle(re) toetsing, omdat een partij zichzelf een oneigenlijk voordeel tracht toe te eigenen ten koste van de vennootschap en/of de andere vennootschapsactoren. Zoals beschreven is een terughoudende rechterlijke opstelling in een dergelijke situatie niet opportuun, omdat de belangen van de andere partijen dan in het gedrang dreigen te komen. Opvallend is overigens dat de Ondernemingskamer materiële aspecten vaker dan andere rechtscolleges vol(ler) toetst. Dit kan met de gedragsregulerende functie van art. 2:8 BW verband houden, want door toepassing van deze functie grijpt de Ondernemingskamer veelvuldig terug op reeds gecreëerde gedragsnormen die met regelmaat eenduidig zijn. Ook staat de toelaatbaarheid van gedrag vaak ter discussie, waardoor het rechtscollege kan anticiperen op onwenselijke gedragingen om een evident onrechtvaardige uitkomst te voorkomen.²¹⁸³

²¹⁸⁰ Zie paragraaf 13.8.5.

²¹⁸¹ Zie paragraaf 6.3.9.5 voor een overzicht van de wijze van toetsing per gevalstype.

²¹⁸² Zie de paragrafen 7.6 en 8.6.

²¹⁸³ Zie telkens de zesde paragraaf van de hoofdstukken 7 tot en met 12, en ook paragraaf 13.9.4.

Verder is een terughoudende(re) toetsing van formele aspecten zelden waargenomen. Zo kunnen de feiten en omstandigheden onder uitzonderlijke omstandigheden meebrengen dat het rechtscollege opteert om een eenduidige norm terughoudend(er) te toetsen ter vermijding van een onwenselijke uitkomst. Ook kan de derogerende werking aanleiding vormen voor een terughoudende toetsing van een formeel aspect vanwege het daaraan ten grondslag liggende onaanvaardbaarheidsvereiste. Er is immers slechts onder uitzonderlijke omstandigheden ruimte voor de buitenwerkingstelling van een binnen de deelrechtsorde geldende regel.²¹⁸⁴ Voorts zijn de rechtscolleges enkele keren terughoudend geweest bij de beoordeling of de raadgevende stem dan wel het hoorrecht is nageleefd. Deze terughoudendere rechterlijke opstelling houdt in die gevallen verband met de omstandigheid dat ontslag een vergaande discretionaire bevoegdheid is. Een andere rechtvaardiging daarvoor is dat conform het VEB/KLM-arrest terughoudendheid geboden kan zijn bij de beoordeling van een besluit aan de redelijkheid en billijkheid. Kortom, alhoewel een terughoudende(re) toetsing van formele aspecten voorkomt, is de toepassing daarvan minimaal gelet op het aantal keren dat rechtscolleges overeenkomstig het gebruikelijke uitgangspunt – bij alle gevalstypen – formele aspecten vol(ler) toetsen.

Voor zover er sprake was van een terughoudendere toetsing van formele aspecten, zijn deze overigens – op één na – alleen bij geschillen over het ontslag, de schorsing of de benoeming van een bestuurder geconstateerd. Die gevallen betreffen dagvaardingsprocedures.²¹⁸⁵

14.1.8.5 Feiten

Gedurende het creëren van het codeboek zijn een aantal feiten meermaals voorgekomen die potentieel invloed hebben op het rechterlijk oordeel. Die feiten zijn vervolgens in codes omgezet en een deel van die codes is verschillende malen in de rechtspraak gesignaleerd.²¹⁸⁶ Vervolgens is tijdens de kwalitatieve analyse de nadruk gelegd op de gecodeerde feiten die de rechtscolleges specifiek aanhalen in het rechterlijk oordeel.²¹⁸⁷ Nu resteert nog de deelvraag: ‘Welke patronen met betrekking tot de gecodeerde feiten zijn af te leiden uit de toepassing van art. 2:8 BW ter beslechting van de gevalstypen?’ Hierna komen de volgende vijf feiten uit het codeboek aan bod: familieverhouding, financiële positie, (samenwerkings)overeenkomst, gerechtelijke procedure en uittreding.

De rechtscolleges noemen in bepaalde gevallen expliciet een *familieverhouding* voor de uitwerking van een op art. 2:8 BW gebaseerde informatieplicht. Bij geschillen over belangenverstremming komt dit ook een enkele keer terug bij de formulering van een gedragsnorm. Het ontstaan van een belangenverstremming kan eveneens verband houden met de familierechtelijke betrekking tussen de bestuurder en een andere partij waarmee de vennootschap een transactie aangaat. Verder doorkomt het gevoerde dividendbeleid een toets aan art. 2:8 BW vanwege onder meer het bijzondere karakter van de vennootschap als familiebedrijf dat zich kenmerkt door een langetermijnvisie voor de komende generatie. Daarentegen volgt uit een andere zaak dat enige twijfel bij het rechtscollege ontstaat over het telkens volledig reserveren van de winst gelet op de onder zachte voorwaarden verstrekte leningen aan familieleden. Ook staat het dividendbeleid in bepaalde gevallen op

²¹⁸⁴ Zie de paragrafen 4.5, 4.6 en 13.9.3.

²¹⁸⁵ Zie de paragrafen 11.6, 12.6 en 13.9.3 voor beide alinea's.

²¹⁸⁶ Zie de codes 18 tot en met 27 van het codeboek (bijlage II) en paragraaf 6.4.3.

²¹⁸⁷ Zie telkens de vierde paragraaf van de hoofdstukken 7 tot en met 12.

gespannen voet met art. 2:8 BW indien de aandeelhouders willen scheiden of voorheen waren gehuwd, omdat die omstandigheden kunnen nopen tot aanpassing van het oorspronkelijke beleid.²¹⁸⁸

Verder komt de *financiële positie* van de vennootschap met name in rechtspraak aan bod als die positie verslechtert of zodanig slecht is dat het voortbestaan van de vennootschap in het gedrang komt. Zo ontstaat door de (sterk) verslechterde financiële positie van de vennootschap in bepaalde verhoudingen een spontane informatieplicht voor (het bestuur van) de vennootschap jegens de aandeelhouder/niet-bestuurder. Bij geschillen over belangenverstrengeling oordelen rechtscolleges enkele keren dat een verslechterde financiële positie van de vennootschap geen rechtvaardiging vormt voor de bestuurder om niet overeenkomstig bepaalde zorgvuldigheidsregels te handelen. Ook weegt de financiële positie mee bij het beoordelen van de marktconformiteit van de (verhoogde) bestuursvergoeding. De financiële positie speelt logischerwijs ook een rol bij geschillen over de winstbestemming, omdat de bestaande ruimte voor uitkering van de winst daarvan afhankelijk is. De beleidsvrijheid van het bestuur is eveneens enigszins gerelateerd aan de financiële positie van de vennootschap, want een verslechterde positie kan meer ruimte creëren voor ingrijpendere keuzes ten behoeve van de vennootschap. Een toenemende beleidsvrijheid voor de vennootschapsorganen vanwege een verslechterde financiële positie is ook zichtbaar bij geschillen over een structuurwijziging. Zo speelt dit gegeven bijvoorbeeld een omvangrijke rol bij de beoordeling van de noodzakelijkheid en redelijkheid van een emissiebesluit en de toelaatbaarheid van de vervreemding van de onderneming. Bij geschillen over het ontslag of de schorsing van een bestuurder vormt de verslechterde financiële positie van de vennootschap enkele keren een rechtvaardiging voor het ontslag of de schorsing.²¹⁸⁹

Wat betreft de invloed van (*samenwerkings*)overeenkomsten geldt het volgende. Aangezien de regels uit een aandeelhoudersovereenkomst in de deelrechtsorde van de vennootschap kunnen doorwerken, hebben de daarin neergelegde afspraken onder bepaalde omstandigheden invloed op de uitkomst van het geschil. Een informatieplicht buiten vergadering ontstaat bijvoorbeeld omdat partijen bepaalde afspraken over de informatieverstrekking hebben gemaakt. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de gemaakte afspraken gedeeltelijk gelden als rechtvaardiging voor het gevoerde dividendbeleid. Verder is terzijdestelling van de afspraken in bepaalde situaties vereist zoals soms bij noodzaakfinanciering. Andere overeenkomsten kunnen eveneens een rol vervullen bij de beslechting van de gevalstypen. Het bestaan van een belangenverstrengeling volgt bijvoorbeeld in bepaalde gevallen uit de gesloten overeenkomsten. Ook wegen in enkele uitspraken de gemaakte afspraken mee voor de redelijkheid van een bepaalde strategie of een bepaald beleid.²¹⁹⁰ Als een afspraak uit een aandeelhoudersovereenkomst – zoals een unanimiteregel – overigens het ontslag van een bestuurder bemoeilijkt, dan kan een vordering tot nakoming van die regel snel onredelijk zijn. De aandeelhoudersvergadering heeft namelijk een ruime discretionaire ontslagbevoegdheid en het belang van de vennootschap kan zich tegen een inperking van dat recht verzetten.²¹⁹¹

Tot slot houden rechtscolleges zeer sporadisch rekening met een lopende of afgeronde gerechtelijke procedure of een partij die wil uittreden. Het eerste aspect kan bijvoorbeeld meewegen bij de beoordeling van de redelijkheid van het (dividend)beleid. Verder volgt uit enkele oordelen dat de

²¹⁸⁸ Zie de paragrafen 7.4.2, 8.4.2 en 9.4.2.

²¹⁸⁹ Zie de paragrafen 7.4.3, 8.4.3, 9.4.3, 10.4.2, 11.4.2 en 12.4.2.

²¹⁹⁰ Zie de paragrafen 7.4.4, 8.4.4, 9.4.5, 10.4.4 en 11.4.4.

²¹⁹¹ Zie paragraaf 12.4.4.

beëindiging van de samenwerking – via bijvoorbeeld een geschillenregelingsprocedure – minder bezwaarlijk is gelet op de wens van een partij om te willen uittreden.²¹⁹²

Dit alles illustreert dat bepaalde feiten wezenlijke invloed kunnen hebben op het rechterlijk oordeel. Niettemin blijft het ingewikkeld om de exacte invloed daarvan te meten. De feiten en omstandigheden in rechtspraak kunnen immers sterk afwijken, net zoals de normen die centraal staan, waardoor de uitkomst van het oordeel afhankelijk is van diverse variabelen.

14.2 Aanbevelingen

Op basis van het verrichte onderzoek doe ik de volgende aanbevelingen:

1. Openheid van zaken is een essentiële zorgvuldigheidsregel ingeval sprake is van belangenverstrengeling die stelselmatig tot complicaties leidt blijkens de rechtspraakanalyse. Het codificeren van deze zorgvuldigheidsregel is daarom geboden. Een suggestie is om art. 2:239 BW uit te breiden met een nieuw lid. Art. 2:239 lid 7 BW kan bijvoorbeeld luiden: ‘Een bestuurder met een direct, indirect, onzuiver kwalitatief of zuiver kwalitatief belang dat met het belang zoals bedoeld in lid 5 tegenstrijdig is, moet volledige openheid geven over het tegenstrijdig belang aan het bestuur, de raad van commissarissen en de aandeelhoudersvergadering alvorens de (rechts)handeling met het tegenstrijdig belang wordt verricht. Volledige openheid is gegeven indien de voormelde vennootschapsorganen in staat zijn om de redelijkheid en marktconformiteit van de beoogde (rechts)handeling te beoordelen.’
2. Het inschakelen van een deskundige derde is – evenals het geven van openheid van zaken – een belangrijke waarborg gebleken voor het zorgvuldig gescheiden houden van de belangen. Gelet op dat deze zorgvuldigheidsregel met regelmaat in de gecodeerde rechtspraak terugkomt, is het wettelijk vastleggen van deze regel gewenst. Met inachtneming van de vorige suggestie kan een lid 8 aan art. 2:239 BW worden toegevoegd. Lid 8 kan bijvoorbeeld luiden: ‘Indien de vennootschapsorganen, zoals bedoeld in lid 7, niet in staat zijn om de marktconformiteit van de beoogde (rechts)handeling te beoordelen op basis van de overgelegde informatie, dan dient een onafhankelijke, deskundige derde te worden ingeschakeld voor een waardebeoordeling.’
3. De reikwijdte en strekking van de wettelijke onthoudingsregel behoort te worden aangepast, zodat geen ruimte meer bestaat voor een ruimere onthoudingsregel op grond van art. 2:8 of art. 2:9 BW. Het bestaan van meerdere onthoudingsregels leidt immers tot de nodige verwarring.
4. Bij de vervreemding van de onderneming komt meermaals in de rechtspraak terug dat het essentieel is om de aandeelhouders bij de besluitvorming daarover te betrekken. Blijkens deze rechtspraak bestaat bij BV's behoefte aan aanvullende bescherming van de aandeelhouders. In deze aanvullende bescherming kan worden voorzien door een soortgelijke bepaling als art. 2:107a BW in te voeren in het BV-recht bij wijze van regeland recht.
5. Het hoorrecht bestaat ondertussen een aantal decennia en vormt met regelmaat een onderdeel van conflicten tussen geschorste of ontslagen bestuurders en het vennootschapsorgaan met de schorsings- of ontslagbevoegdheid. Om het belang van het hoorrecht – en

²¹⁹² Zie de paragrafen 9.4.4, 10.4.3 en 11.4.3.

aanverwante gezichtspunten – te verduidelijken kan art. 2:244 lid 5 BW worden geïntroduceerd. In dit nieuwe lid kan staan: ‘Voorafgaand aan het nemen van het besluit tot schorsing of ontslag van een bestuurder dient de bestuurder voldoende in de gelegenheid te worden gesteld om zijn zienswijze te geven op het voorgenomen schorsings- of ontslagbesluit.’

6. De wettekst inzake de schorsingsbevoegdheid moet worden gewijzigd, omdat een schorsing volgens het beschreven kader en de onderzochte rechtspraak niet te allen tijde mogelijk is. Een schorsingsbesluit zal immers een toetsing aan art. 2:8 BW niet doorstaan als een voldoende zwaarwegende grond daarvoor ontbreekt, aangezien een bestuurder niet te lichtvaardig mag worden geschorst. Aanpassing van de wettekst ligt daardoor het meest voor de hand als de wetgever wil vasthouden aan de rechtspraak op dit terrein. De eerste volzin van art. 2:244 lid 1 BW kan op de volgende wijze worden aangepast: ‘Iedere bestuurder kan te allen tijde worden geschorst en ontslagen door het orgaan dat bevoegd is tot benoeming, mits in geval van schorsing daarvoor een voldoende zwaarwegende grond bestaat.’
7. Afwijking van de Sjardin-regel moet op een meer uniforme wijze geschieden. Meer uniformiteit is het eenvoudigst te bewerkstelligen door aansluiting te zoeken bij de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Op die manier kan een ontslagbesluit slechts onder uitzonderlijke omstandigheden niet in stand blijven wegens strijdigheid met art. 2:8 BW op grond van materiële aspecten. Voor het realiseren van de gewenste uniformiteit dient de wettelijke regeling (art. 2:244 BW) echter niet te worden aangepast, omdat de ruime discretionaire ontslagbevoegdheid behouden moet blijven en gezien art. 2:8 lid 2 BW onverminderd geldt.
8. Het wijzen van ‘overzichtsbeschikkingen’, zoals de Ondernemingskamer in de Flevo Berry- en Omines Services-beschikkingen deed, valt te billijken. Het is namelijk waardevol voor de rechtsontwikkeling om de actuele kaders uiteen te zetten. Zo kan bijvoorbeeld meer duidelijkheid ontstaan over de vraag wanneer een aandeelhouder recht heeft op informatie buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering en welke precieze zorgvuldigheidsregels noodzakelijk zijn in geval van belangenverstrengeling.
9. Onduidelijkheid over de grondslag waarop het rechterlijk oordeel is gebaseerd, dient te worden voorkomen. Dit kan eenvoudig door zowel in dagvaardingsprocedures als in verzoekschriftprocedures consequent en consistent naar de relevante wetsartikelen te verwijzen, zoals art. 2:8 BW. Met name in enquêteprocedures ontbreken regelmatig de wettelijke grondslagen waarop het rechterlijk oordeel is gebaseerd. Hierdoor is het voor justitiabelen, de vennootschapsactoren en andere rechtscolleges ingewikkelder om te beoordelen welke regels met name van belang zijn om bepaalde geschillen te beslechten. Ook brengt het niet consequent verwijzen naar de relevante wettelijke bepalingen mee dat het zoeken van relevante uitspraken voor bepaalde situaties wordt bemoeilijkt.
10. De toetsingsintensiteit blijft een ingewikkeld concept. Het alleen werken met de termen vol(ler) of terughoudend(er) zorgt voor onvoldoende nuance. Het verschil tussen de uiteenlopende toetsingsvormen is immers gelaagder. Hierdoor kan een terughoudendere toetsing niet veel afwijken van een vollere toetsing. Vervolgonderzoek zou dan ook tot een schaal moeten leiden op basis waarvan specifiekere de toetsingsintensiteit kan worden bepaald. De eenduidigheid van uiteenlopende normen is immers niet gelijk en diverse feiten en omstandigheden kunnen tevens aanleiding vormen voor een vollere dan wel terughoudendere toetsing. Verder zorgen deze twee elementen – eenduidigheid van de norm alsmede de feiten en omstandigheden – bij de toetsing van formele aspecten niet voor nieuwe inzichten, omdat de toetsing van formele aspecten nagenoeg uitsluitend vol geschiedt. Bij de toetsing

van materiële aspecten kan echter gelet op deze twee elementen niet meer worden volstaan met het uitgangspunt dat de toetsing van materiële aspecten terughoudend gebeurt. In de rechtspraakanalyse is namelijk stelselmatig een volle(re) toetsing van materiële aspecten waargenomen. Ingeval het geschil over de informatieverstrekking of belangenverstrengeling gaat, moet het uitgangspunt zelfs worden verlaten vanwege de nagenoeg uitsluitend volle(re) toetsing van materiële aspecten – gerelateerd aan art. 2:8 BW – bij die geschillen.

Hoofdstuk 15. Samenvatting

Dit onderzoek gaat over de werking en toepassing van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid bij de beslechting van ondernemingsrechtelijke geschillen binnen BV's. De zes centraal staande typen geschillen (gevalstypen) zijn: (i) informatieverstrekking, (ii) belangenverstremgeling, (iii) winstbestemming, (iv) strategie en beleid, (v) structuurwijziging en (vi) ontslag, schorsing of benoeming bestuurder. Daarnaast besteedt het onderzoek aandacht aan de functies van art. 2:8 BW en op welke wijze de rechter die norm toetst om een geschil te beslechten. Deze elementen zijn uitgebreid in afzonderlijke hoofdstukken in deel I van het onderzoek uiteengezet. Hoofdstuk 2 beschrijft het bestaande juridische kader en de huidige werking en toepassing van de redelijkheid en billijkheid in deze zes gevalstypen. Hieruit blijkt dat uiteenlopende voorbeelden bestaan van de werking en toepassing van art. 2:8 BW en dat niet elk aspect tot op heden is uitgekristalliseerd. Vervolgens gaan de hoofdstukken 3 en 4 respectievelijk over de functies van art. 2:8 BW en de wijze van toetsing. Met betrekking tot de functies bevat het hoofdstuk een extensieve analyse van de interpreterende, aanvullende, beperkende en gedragsregulerende functies van de redelijkheid en billijkheid. Met deze analyse van de literatuur is voor elke functie een definitie gecreëerd die leidend is in dit onderzoek. Wat betreft de wijze van toetsing blijkt dat door de jaren heen verschillende opvattingen bestaan over de manier waarop de rechter onder meer ondernemingsrechtelijke geschillen behoort te toetsen. Ondanks de verschillende visies en gehanteerde termen blijkt een bepaalde consistente lijn waarneembaar. Rechters behoren als uitgangspunt aspecten gerelateerd aan de totstandkoming van een besluit vol(ler) te toetsen en de inhoud van een besluit terughoudend(er) te toetsen. De toetsingsintensiteit is echter geen vaste eenheid.

De voorgaande elementen zijn faciliterend voor het tweede deel van het onderzoek. In dat deel staat een systematische rechtspraakanalyse centraal. De toepassing van art. 2:8 BW, de functies van art. 2:8 BW en de wijze van toetsing aan art. 2:8 BW worden in de rechtspraak voor de betrokken gevalstypen gecodeerd en geanalyseerd. Uiteindelijk zijn 424 uitspraken gecodeerd aan de hand van een codeboek in Excel en ATLAS.ti. Het in kaart brengen van de rechtspraak en de totstandkoming van die documenten zijn in hoofdstuk 5 toegelicht. De kwantitatieve resultaten van het codeerproces zijn in hoofdstuk 6 uiteengezet. Daarna volgen per gevalstype de resultaten van de kwalitatieve analyse in de hoofdstukken 7 tot en met 12 die de werking en toepassing van art. 2:8 BW extensief behandelen. Daarmee wordt zichtbaarder wanneer partijen overeenkomstig of juist in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelen. Ook geven deze hoofdstukken diverse voorbeelden waaruit het belang van bepaalde feiten blijkt voor een toetsing aan art. 2:8 BW. Daarnaast komen de gesignaleerde functies van art. 2:8 BW aan bod, evenals de wijze waarop de rechter binnen een gevalstype aan de redelijkheid en billijkheid heeft getoetst. Opvallend is dat de gedragsregulerende functie ruimschoots het vaakst is waargenomen, waardoor het klaarblijkelijk een belangrijke functie is in het ondernemingsrecht. Wat betreft de wijze van toetsing is geconstateerd dat rechtscollages formele aspecten nagenoeg uitsluitend vol toetsen overeenkomstig het beschreven uitgangspunt. De toetsing van materiële aspecten – zoals de inhoud van een besluit of gedrag – gebeurt echter zowel met regelmaat terughoudend(er) als vol(ler). Een volle(re) toetsing van materiële aspecten vindt namelijk plaats als de norm eenduidig is – en daardoor secuur(der) is te

toetsen – of als bepaalde feiten en omstandigheden die gerelateerd zijn aan een oneigenlijke beoordeling van bepaalde partij(en), nopen tot rechterlijk ingrijpen voor het bereiken van een redelijke uitkomst.

Tot slot zijn de resultaten in het derde deel vergeleken met het beschreven kader. Hieruit blijkt dat het kader grotendeels in stand blijft, maar dat de rechtspraakanalyse op basis van honderden uitspraken de nodige handvatten aanreikt om het beschreven kader te verduidelijken, te nuanceren en aan te vullen. Zo is in dit deel betoogd dat de wet op verschillende punten behoort te worden aangepast om bepaalde veelvoorkomende (gedrags)normen te codificeren. Voorbeelden hiervan zijn bepaalde zorgvuldigheidsregels in geval van belangenverstrengeling, de gedragsnorm inzake de vervreemding van de onderneming, het hoorrecht en de eis van een voldoende zwaarwegende grond voor schorsing.

Chapter 16. Conclusions and recommendations

16.1 Conclusions

16.1.1 Introduction

This research addresses the reasonableness and fairness standard under Art. 2:8 Dutch Civil Code (DCC), its functioning and how courts use this standard to resolve corporate law disputes (case types). More specifically, the analysis involves disputes about (i) information provision, (ii) conflicts of interest, (iii) the appropriation of profits, (iv) strategy and policy, (v) a structural change and (vi) the dismissal, suspension or appointment of a director. This investigation inquires: ‘How do courts apply the reasonableness and fairness standard in private limited companies (BVs) – taking into account the functions of Art. 2:8 DCC and the manner of review – to resolve corporate law disputes between (parties belonging to) corporate bodies?’²¹⁹³ The central research question is divided in four sub-questions arising from the quantitative approach of this analysis:

1. To what extent do courts similarly apply the reasonableness and fairness standard to decide a case type?
2. Are any patterns discernible in courts’ applications of the individual functions of Art. 2:8 DCC to resolve the case types, and if so, what are they?
3. What explains the observed full(er) review of material aspects and the (more) restrained review of formal aspects by the courts of (sub)standards arising from or related to Art. 2:8 DCC?
4. What patterns regarding facts can be inferred from the application of Art. 2:8 DCC to resolve the case types?

The next section examines the functioning and application of the reasonableness and fairness standard for each of the ‘case types’. Next, the main findings of the overarching elements of the case types are discussed, such as the importance of information disclosure, the improper use of a (power) position and the four sub-questions. The chapter concludes with ten recommendations.

16.1.2 Information provision

At a shareholders’ meeting, a shareholder is generally entitled to ask any questions, and the board of directors or supervisory board is normally required to provide the requested information. In addition, a shareholder may ask questions outside the meeting but, in principle, is not entitled to receive answers outside the meeting. However, Art. 2:8 DCC may require that (the board of directors of) the company has to answer the questions that were raised outside of the meeting. This is particularly the case in a person-specific collaboration to mitigate the information asymmetry

²¹⁹³ The research therefore focuses on private limited companies and not on listed companies.

between the shareholder/non-director and shareholder/director.²¹⁹⁴ Furthermore, the emergence of this information obligation and the related right to be informed may be related to a family relationship between the parties involved or a potential conflict of interest.

Conversely, questions from a shareholder should not exceed the bounds of reasonableness. Requesting too detailed information can breach these bounds, as can posing questions in which shareholders have no reasonable interest. After all, the purpose of the requested information is to enable the shareholder to understand and assess the policy and course of affairs of the company and its business.

Whether the information request exceeds the bounds of reasonableness is further related to whether the company has a duty of care, for example due to the person-specific nature of the collaboration. As a result, the shareholder may not only be entitled to have questions answered outside the context of the shareholders' meeting, but it may also entail an obligation for the board of directors to generously disclose information. This duty to disclose will also have the effect that the board of directors is less likely to be able to successfully hide behind a suggested substantial interest against providing information. Even if the shareholder/non-director engages in competitive activities, such reliance may fail if the information can be redacted of confidential and competition-sensitive elements.²¹⁹⁵

Three aspects are relevant when considering information requests made by a shareholder: (i) does the question relate to the policy pursued or items on the agenda of the meeting, (ii) does the shareholder have any reasonable interest in an answer to the question, and (iii) does a substantial interest preclude answering the question? If the former aspects do not preclude providing the requested information, then the questions should be answered.

If the questions are legitimately raised during a shareholders' meeting and concern an agenda item, the shareholder may expect the board of directors to provide adequate answers to the questions. However, if the board cannot produce the necessary information to answer the questions in full on the spot during the meeting, the meeting should be suspended and hence, the agenda item cannot, in principle, be put to a vote. The chairman is essentially required to determine whether the agenda item can be put to a vote. The desirability of this rule may, however, be subject to debate in situations with a limited number of shareholders if the chairman of the meeting is affiliated with the majority shareholder given the rights of minority shareholder(s). If the questions asked during the meeting fall outside the scope of the agenda – and the aforementioned three aspects do not preclude the provision of the requested information – the board of directors should try to answer the questions fully based on the available knowledge and data. In both instances, the board of directors is free to determine how the missing information is disclosed to the shareholders, provided that equal treatment of all shareholders is guaranteed.

When the shareholder lawfully requests information outside the meeting, the board of directors has a certain level of discretion in deciding the manner in which the information is provided. The board must take into account that the requesting shareholder has a right to information *outside the shareholders' meeting*. Further, the board must ensure that all shareholders receive the same information simultaneously, in accordance with the principal of equal treatment. However, the case

²¹⁹⁴ A shareholder/non-director does not hold any position on the board of directors. Incidentally, that shareholder usually does not hold a position on the supervisory board either.

²¹⁹⁵ For more information on this, see the paragraphs 2.2.2, 2.2.3, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.6, 13.2.2 and 13.2.3. The other references in this chapter are also intended to indicate where there is more information about the covered aspects.

law analysis fails to provide any guidance on the specific timeframe within which the board is required to distribute the information.²¹⁹⁶

The existence of an unequal (person-specific) collaboration coupled with important corporate developments may lead to a spontaneous duty to disclose information. Such far-reaching developments include, for example, a (sharply) deteriorated financial situation, the dismissal of the director of a subsidiary or a relocation of the company. This duty rests on (the board of directors of) the company towards the shareholder(/non-director), as a result of which the board of directors has to provide certain information both within and beyond the confines of a shareholders' meeting.²¹⁹⁷

If a spontaneous duty to disclose information arises, the board of directors can manage this duty as follows. Corporate developments affecting, or at least appearing to affect, the company's survival necessitate that the board promptly disclose information. In this scenario, the board of directors retains discretion over how the information is provided. If, on the other hand, the board of directors wants to take a far-reaching resolution that will have negative consequences for the shareholder(s), the shareholders must be informed prior to the decision-making, whereby the board of directors can determine the manner in which the information is provided to the shareholders. If the resolution will have no negative consequences for the shareholders, they may be informed after the resolution is made in the next shareholders' meeting. In these three different scenarios, it is imperative that the disclosure of information adheres to the principle of equal treatment among all shareholders.

At board level, a statutory director can request information from his fellow director. Such requests must always be honoured, as a director is entitled to all information required for responsible decision-making and deemed necessary or useful for forming an informed opinion. Any action that hinders or prevents access to such information will therefore be in violation of Art. 2:8 DCC.²¹⁹⁸

16.1.3 *Conflicts of interest*

Over the years, courts have employed various similar terminologies to censure conduct and transactions due to (concrete) non-parallel or conflicting duties or interests. For example, this usually involves directors (significantly) favouring themselves or an affiliated party to varying degrees at the expense of the company and the other shareholders(/directors). Such actions may include transferring activities, extracting assets or entering into transactions that are not at arm's length. The coded case law reveals that since 2015, the diversity of terms used to describe conflicts of interest has markedly decreased, largely due to the prevalent use of the term 'conflict of interest'. As of 2020, alternative terms were only observed sporadically. The primary reason is that in recent years, the Enterprise Chamber – which has issued almost all judgements within this case type – has focused more explicitly on the actual existence of a conflict of interest and naming the due care rules associated with it.²¹⁹⁹

When a conflict of interest arises, its disclosure is essential. This due care rule recurs consistently throughout the research period and regularly leads to complications due to insufficient disclosure

²¹⁹⁶ See the paragraphs 13.2.2.3 and 13.2.3.3.

²¹⁹⁷ See the paragraphs 2.2.4, 7.3.4 and 13.2.4.

²¹⁹⁸ See the paragraphs 2.2.5, 7.2.4, 7.3.5 and 13.2.5.

²¹⁹⁹ See the paragraphs 2.3.4.3 and 8.2.2.

by a director. It is therefore recommended that this due care rule be codified to clearly specify for directors the information they must disclose, the timing and manner of disclosure, and the parties to whom it should be communicated.

The case law analysis shows that it is important that shareholders(/directors) not involved in the transaction or conduct can assess the reasonableness and market conformity of the transaction or conduct based on necessary information. In codified case law, the issue is often whether there was (sufficient) disclosure at all beforehand or afterwards. If the conflict of interest is concrete, the basic principle should nevertheless be that the director must clarify this conflict to the co-directors or shareholders/non-directors beforehand – and of his own accord. If, on the other hand, there are doubts about the existence of concrete non-parallel or conflicting duties or interests, it may nevertheless be necessary to inform the shareholders/non-directors or co-directors in advance to protect the company and the stakeholders involved. If shareholders ask questions about a conflict of interest, the basic principle is that these questions should be addressed. Whether these questions should be answered during or outside a shareholders' meeting depends on the number of shareholders in the private limited company. Thus, there is some overlap with the rules about the provision of information. Central to this principle is that the information-seeking party must be able to assess whether interests have been kept carefully separated.²²⁰⁰

In the context of keeping interests carefully separated, the use of an independent, expert third party is another important safeguard. This measure is primarily aimed at ensuring and demonstrating that the transaction or conduct will take place or has taken place at arm's length. The independence of the third party may be compromised if, for instance, the third party serves as the company's or director's permanent adviser. Additionally, the valuation must also be based on sufficient up-to-date data, otherwise the third party will be unable to properly assess market conformity. Any caveats in the valuation report may serve as evidence of insufficient data. Given the frequency with which this due care rule recurs in case law, it is advisable to codify this rule regarding the engagement of an expert third party to prevent ambiguity as to whether the proposed transaction involving a conflict of interest is conducted at arm's length.²²⁰¹

Another safeguard is that the director with a conflict of interest abstains from participating in deliberations and decision-making. According to the law, this may be necessary. The described framework and the case law analysis show that Art. 2:8 DCC – or Art. 2:9 DCC – may require abstention, even though it is not strictly mandated under the statutory abstention rule. It is, therefore, unclear on what basis abstention is required and how it should be done. This existing uncertainty about the scope and purport of the required abstention highlights the need to update the statutory abstention rule to protect the company and its stakeholders and to ensure legal certainty.²²⁰²

Other due diligence measures may be required for the careful separation of interests. Measures mentioned in this context include, for example, the appointment of an independent director or approval by the supervisory board. The case law analysis also shows that the circumstances may imply that (i) the shareholder/director should have consulted with the other shareholder/director before draining the company for personal gain, (ii) the director should not have prepared and

²²⁰⁰ See the paragraphs 2.3.4, 8.2.4, 8.3.3 and 13.3.2.

²²⁰¹ See the paragraphs 2.3.4.2, 8.2.3, 8.3.4 and 13.3.3.

²²⁰² See the paragraphs 2.3.3, 2.3.4.3, 8.2.5, 8.3.6 and 13.3.4.

executed certain legal acts without the knowledge of the co-director or (iii) it should be ensured that the (conflicted) director is not involved in the preparation of the ‘tainted’ transaction, that he is not informed about it or is informed in a limited way, or that he temporarily transfers (part of) his portfolio to another director. In theory, a court could also deem another measure necessary in a given situation to keep the interests appropriately separated. However, it is preferred that courts make cautious use of this possibility. Normally, compliance with the abstention rule and the Linders/Hofstee rules – on disclosure and use of an expert third party – will provide sufficient protection in the event of a conflict of interest. As a result, creating an additional due care rule should only be considered in exceptional cases where the existing rules fail to provide adequate protection.²²⁰³

In summary, the basic principle should be that a director with a conflict of interest must abstain. Furthermore, prior to a transaction, the director should disclose the conflict of interest to fellow directors and the general meeting or shareholders, enabling them to assess the reasonableness and market conformity of the intended transaction. If the market conformity cannot be assessed on the basis of the available data, an independent, expert third party should be engaged to provide a valuation that provides sufficient certainty about the value. If a director acts in accordance with these three rules, he can expect that the interests are normally kept sufficiently and carefully separate. Strict enforcement of these rules protects the company and corporate actors. It also benefits legal certainty, which may lead to a decrease in court proceedings on these issues. That said, none of this detracts from the fact that, in exceptional cases, a court may deem another due care rule necessary if the interests have not been kept carefully separated through compliance with the three aforementioned rules.

16.1.4 Appropriation of profits

In the event of a dispute over the allocation of profits, the central issue typically concerns the reasonableness of the dividend policy and/or the profit allocation resolution. A balancing of interests must be conducted to determine its reasonableness. This balancing requires courts to weigh the interests of shareholders who wish to receive profits – typically minority shareholders without a position on the board of directors – against the interests of the company and the preference of other shareholders to reserve the profits. This balancing of interests – as the case law analysis demonstrates – recurs in similar terms in writs of summons and petition proceedings (inquiry proceedings). In principle, the balancing of interests favours the company if there is a valid reason for reserving profits. For example, customary policy, a demonstrable need for concrete investments, or prior agreements between the shareholders may justify the reservation of profits. A justification may also relate to the nature of the company, being a family company with a focus on the long-term interests of the next generation. It remains relevant here that shareholders are, in principle, entitled to distribution of (a portion of) the profits, as they should receive a reasonable compensation for their financial involvement in the company. Consequently, the balancing of interests may shift more readily in favour of profit-seeking shareholders if all profits have been systematically reserved for years and there is no economic need for further reservations. Whether the majority of shareholders support the policy is also a relevant consideration in this context.

²²⁰³ See the paragraphs 2.3.4.2, 8.2.5, 8.3.7 and 13.3.5.

Additionally, it is essential that the dividend policy is known and explained to shareholders. After all, only with sufficient information is a shareholder able to assess the reasonableness of the policy. The significance of this becomes even more prominent when no dividend has been distributed for several years.²²⁰⁴

16.1.5 Strategy and policy

In inquiry proceedings, the Enterprise Chamber reviews with some frequency whether – in short – there is ‘no reasonable acting board’. The court applies this standard with restraint when assessing the strategy and policy, in which the court’s judgement may take into account whether the board of directors was advised by an advisor to make policy decisions. No violation of the previous standard was observed in the coded case law. A similarly restrained approach has also been observed in other rulings where the board’s actions are explicitly tested against Art. 2:8 DCC or where a judgement of reasonableness is involved. Given this, there will only be room for exceeding the board’s discretion on the corporate strategy and policy if the choices made: (i) breach agreements made with a corporate actor, (ii) result in an unjustified disadvantage for a corporate actor, and/or (iii) conflict with the interests of the company.²²⁰⁵

Other conduct in the context of strategy and policy that, under circumstances, is not compatible with Art. 2:8 DCC consists of restricting or unnecessarily obstructing managerial power. Decision-making must be able to take place, so that (structurally) unnecessarily blocking it conflicts with the reasonableness and fairness standard. A certain degree of transparency might also be required regarding specific decisions. In some cases, it may even be necessary to make a decision, as parties should not be left uncertain about the company’s future.²²⁰⁶

16.1.6 Structural change

This case type includes disputes about (i) the share structure, (ii) an amendment to the articles of association, (iii) the business structure and (iv) the termination of the collaboration or the company.²²⁰⁷ With respect to the share structure, a share issue may be necessary for the company’s survival due to a lack of viable alternative financing options. If the required decision-making for the share issue cannot take place due to a deadlock, judicial intervention may be required to break that deadlock, as occurs under the doctrine of ‘necessity financing’. If, on the other hand, the (intended) resolution to issue shares can be passed in the shareholders’ meeting – because of the relationships and/or made agreements – the primary issue becomes an assessment of the reasonableness of the (intended) resolution. The focus is placed on the provision of information to shareholders, the valuation of the issued shares and the degree of dilution. In both necessity financing and a customary share issue, it is also important that the incumbent shareholders are, in principle, given the opportunity to participate in the share issue to avoid dilution of their shareholding.²²⁰⁸

²²⁰⁴ See the paragraphs 2.4.3, 9.2, 9.3 and 13.4.

²²⁰⁵ See the paragraphs 2.5, 10.3.2, 10.3.3 and 13.5.

²²⁰⁶ See the paragraphs 2.5, 10.3.4-10.3.7 and 13.5.

²²⁰⁷ See paragraph 2.6.1.

²²⁰⁸ See the paragraphs 2.6.2, 11.2.2, 11.3.2 and 13.6.2.

Furthermore, upon the initiative of the board of directors, the (entire) business or all substantial assets of the company may be alienated. This alienation is not permissible if the shareholders are not involved in the decision-making process; they must be consulted on the alienation in a timely and informed manner. The aforementioned could mean that approval or consent of the shareholders' meeting is necessary. Courts also seem to rely exclusively on Art. 2:8 DCC instead of using an analogous application of Art. 2:107a DCC when formulating the standards of conduct relevant to this context. Art. 2:8 DCC, therefore, seems to provide additional protection for shareholders of a private limited company in the event of an alienation of the business. The introduction of a provision similar to Art. 2:107a DCC in the company law title for private limited companies – from which may be deviated in the articles of association – could meet this need and provide the necessary clarity. After all, the case law analysis demonstrates that it is not a foregone conclusion what 'involve in decision-making' entails in this context or when there is an alienation of 'all substantial assets'.

Moreover, a justification for a resolution to alienate the business may lie in the financial necessity for such a measure, provided that the majority power is not misused. In this context, it remains relevant that the alienation takes place at arm's length based on an objective valuation.²²⁰⁹

As a rule, an amendment to the articles of association does not appear to lead to (major) complications between corporate actors, given the limited amount of case law in that area. If such a conflict arises, it is usually due to the improper exercise of voting rights, where one party seeks to favour itself.²²¹⁰ Abuse of majority power – or at least an improper exercise of voting rights – can also be observed if a majority shareholder, acting on improper motives, pushes for the termination of the company through a bankruptcy petition. Conversely, a shareholder may oppose a dissolution resolution on unfounded grounds, necessitating judicial intervention.

Nevertheless, it remains, of course, possible for shareholders to seek the termination of the collaboration. In doing so, parties have the necessary manoeuvrability as long as they respect each other's rights. The latter is regularly not the case, as evidenced by squeeze-out and exit procedures.²²¹¹

16.1.7 Dismissal, suspension or appointment of director

The role of reasonableness and fairness is significant in this case type, particularly during the decision-making phase. The essence of this phase is that the director must be given sufficient opportunity under the right to be heard to express his views on a proposed dismissal or suspension resolution. Given the importance of this right – and associated viewpoints – codifying the right to be heard would be conducive to protecting directors and legal certainty.

Failure to exercise the right to be heard rests at the director's own risk. Circumstances may also indicate that the director was given sufficient opportunity to express his views, even though he or his lawyer was unable to attend the shareholders' meeting. However, in order to be able to properly express an opinion, it is important that the director is not taken by surprise by the intended resolution. For this reason, the director must be properly summoned to the shareholders' meeting with the proposed resolution as an agenda item. Moreover, there must be sufficient time between the notice and the meeting to allow the director to prepare adequately. A period of one day after

²²⁰⁹ See the paragraphs 2.6.4, 11.2.3, 11.3.4 and 13.6.4.

²²¹⁰ See the paragraphs 2.6.3, 11.3.3 and 13.6.3.

²²¹¹ See the paragraphs 2.6.5, 11.2.4, 11.3.5 and 13.6.5.

the notice or the director's holiday is, in any case, insufficient, whereas a period of three weeks may be considered reasonable. Furthermore, if the director believes that certain documents are necessary for his defence, these documents should be provided in a timely manner. It is also relevant that the director is informed, in a timely manner, about the grounds for the proposed resolution. When the meeting subsequently takes place, the director must be given sufficient opportunity to express his views. Voting immediately on the proposed resolution would, therefore, violate Art. 2:8 DCC, as this would preclude an adversarial process, even though the outcome of the meeting may, to some extent, already be predetermined. Whether an adversarial process has taken place can, for that matter, be evidenced by the minutes in which the discussion is noted.

Furthermore, according to case law, pushing through an appointment or dismissal resolution is incompatible with Art. 2:8 DCC if the shareholder/director knows or could reasonably assume – based on the communication between parties – that the other shareholder/(director) is a few minutes late for the shareholders' meeting. There may also be a violation of Art. 2:8 DCC in this case type if, for example: (i) suggestive statements are circulated about the director's dismissal, (ii) the majority shareholder does not try to fill a vacancy for a director, while the company no longer has a director, (iii) the invitation to the shareholders' meeting is intentionally sent to an incorrect address of the shareholder, and (iv) in the absence of evident nullity of an appointment resolution, the director is deregistered from the trade register even though he has been registered there for several years.²²¹²

Regarding the substantive review of a dismissal resolution, an important starting point is the statutory rule that dismissal is possible at all times. The 1984 Sjardin judgement of the Supreme Court reinforces this principle, as certain courts ruled on this basis that the (employment-law) grounds for dismissal cannot be involved in the assessment of the company law dismissal resolution. Nevertheless, case law shows that a review of material (dismissal) grounds under Art. 2:8 DCC regularly occurs. Dismissal resolutions have even been deemed contrary to the reasonableness and fairness standard on two occasions due to company law considerations. The problem here is that courts do not all interpret and apply the Sjardin rule in the same way. This inconsistency creates disparities in the way dismissal resolutions are reviewed by courts. In this context, seeking alignment with the derogatory effect of reasonableness and fairness could serve as a solution that does not compromise the broad discretionary power to dismiss. In this respect, it is essential that courts explicitly include the material aspects in their review of the dismissal resolution under Art. 2:8(2) DCC. This approach would provide greater clarity regarding the permissibility of the resolution given the circumstances of the case.²²¹³

In addition, like the power to dismiss, the statutory power to suspend is presented as absolute in the statutory provision, as suspension is permitted at any time. However, a suspension will not withstand a review under Art. 2:8 DCC if there is no sufficiently serious ground for it, due to the diffusing nature of a suspension. For this reason, a suspension may require, for example, a crisis of confidence or (strongly) disappointing financial results of the company. The legal framework should, therefore, be amended to clarify that a sufficiently serious ground is required for suspension.²²¹⁴

²²¹² See the paragraphs 2.7.3, 12.2.2, 12.3.3, 12.3.7, 13.7.2.

²²¹³ See the paragraphs 2.7.2.2, 12.2.3, 12.3.4, 13.7.3.

²²¹⁴ See the paragraphs 2.7.2.3, 12.2.3, 12.3.5, 13.7.4.

Furthermore, an appointment resolution is addressed only sporadically in case law. Based on the limited information on the subject, it appears that an appointment may violate Art. 2:8 DCC in case a party improperly uses its dominant position. Another (theoretical) possibility is that the appointment is harmful to the company.²²¹⁵

16.1.8 Overarching elements

16.1.8.1 The case types

Among the different case types, the provision of information emerges as an essential recurring element. This is not only the case in disputes specifically related to case type 1, but also in the other case types. For instance, disclosure of information regarding (potential) conflicts of interest plays a role in over a hundred judgements. In addition, disputes about the appropriation of profits reveal that courts consider it important to ensure clarity about the dividend policy and the grounds and motives for reserving profits, enabling shareholders to assess the policy on that basis. The ability to assess policy also arises to a more limited extent in disputes concerning strategy and policy. If the process is carried out carefully, there is a reduced likelihood that the board's decisions will lead to a violation of Art. 2:8 DCC, given the board's broad discretionary power. In disputes involving structural changes, the importance of proper disclosure of information is also apparent in several respects. For example, the reasonableness of a (proposed) share issue depends on the provision of information concerning material aspects related to the issue. Moreover, shareholders must be 'involved' in the decision-making process regarding the alienation of the business, which makes the provision of information essential for discussing the intended alienation. Finally, providing the grounds (information) for a proposed dismissal or suspension resolution is important so the director is able to adequately defend himself.

The above illustrates that providing insufficient information to a party can result in a breach of the reasonableness and fairness standard across all six case types. It is therefore surprising that the provision of information is frequently inadequate. After all, based on case law analysis, it should be clear to parties that inadequate disclosure gives rise to a potentially unwelcome court judgement. Preventing court proceedings therefore begins with proper disclosure. The fact that parties may seek to conceal their actions could, incidentally, be a (perverse) motive for inadequate disclosure. Nevertheless, the question remains whether the (initial) withholding of information outweighs the potential consequences, such as a (costly) inquiry procedure that ex post reduces the information asymmetry between the parties.

Another recurring aspect among the six case types is that parties make improper use of their (power) position. Directors or majority shareholders – or shareholders with a joint majority shareholding – frequently use their positions improperly to gain undue advantages. For example, the party may have an information advantage and that party – despite certain duties of care – refuses to reduce this advantage. A telling example is engaging in a transaction or a conduct involving a conflict of interest. It is also possible to ensure that profits do not accrue to minority shareholders (for years) but only to the majority shareholder or director. Other examples are: (i) wanting to issue shares to dilute the other party's shareholding, (ii) (partially) alienation of the business on terms that are not at arm's length, and (iii) wanting to suspend or dismiss the director without any legitimate reason.

²²¹⁵ See the paragraphs 2.7.2.4, 12.2.3, 12.3.6, 13.7.5.

Improper use of position may also occur in a 50/50 relationship or if a shareholder holds a blocking minority stake. In such situations, the parties may have the power to block the necessary decision-making; consider the doctrine of necessity financing or squeeze-out claims granted due to deadlocks in decision-making. After all, impasses can jeopardise the company's survival.

What has been described above should not be regarded as an argument against the discretionary exercise of voting rights. However, it should be understood as an argument for taking into account the interests of the company and other corporate actors. Many aspects fall within a grey area, but the case law analysis reveals behavioural patterns that are evidently contrary to the reasonableness and fairness standard of Art. 2:8 DCC. This is particularly the case when a party intentionally seeks to gain an advantage at the company's expense. Such behaviour should be avoided, as it may give rise to (costly) court proceedings in which there is a real chance that a violation of Art. 2:8 DCC or another statutory provision – if the above-mentioned proposals lead to an adjustment of the statutory framework – will be established.

16.1.8.2 Judicial authorities

The sub-question central to this section is: 'To what extent do courts similarly apply the reasonableness and fairness standard to decide a case type?' Given the coded case law, the main focus is the distinction between the Enterprise Chamber in inquiry proceedings and other courts in writs of summons or petition proceedings other than inquiry proceedings.

The Enterprise Chamber almost exclusively resolves disputes over the provision of information or conflicts of interest.²²¹⁶ The reasonableness and fairness standard is therefore consistently applied in these two case types. Nevertheless, when another court adjudicates a disclosure dispute, similar standards as those in inquiry proceedings are observable, ensuring uniform resolution of disputes.²²¹⁷ The main difference is that interim relief judges explicitly refer to Art. 2:8 DCC as the legal basis for the provision of information between members of the board of directors, while the Enterprise Chamber does not explicitly cite a legal basis when resolving such disputes.²²¹⁸

The other four case types are decided by a broader range of courts.²²¹⁹ In disputes over the appropriation of profits, both inquiry proceedings and Art. 2:15 DCC-proceedings regularly focus on the reasonableness of the dividend policy, with the courts weighing up similar interests. The company's interest in reserving profits is weighed against the shareholder's interest in distributing the profits. In Art. 2:15 DCC-proceedings, however, the emphasis is not on the knowability and motivation of the dividend policy, but those elements are addressed in inquiry proceedings and dispute resolution proceedings. As such, the reasonableness and fairness standard is not applied in exactly the same way across the different proceedings. Nevertheless, similar standards of conduct can be identified in inquiry proceedings and Art. 2:15 DCC-proceedings, as well as in inquiry proceedings and dispute resolution proceedings.²²²⁰

In disputes concerning strategy and policy, the case law analysis reveals a more diverse picture. When reviewing an alleged exceedance of policy discretion, the Enterprise Chamber

²²¹⁶ See paragraph 6.3.9.4.

²²¹⁷ See the paragraphs 7.2.2 and 7.3.6.

²²¹⁸ See the paragraphs 7.2.4 and 7.3.5.

²²¹⁹ See paragraph 6.3.9.4.

²²²⁰ See paragraph 9.2.

exclusively applies the standard of ‘no reasonable acting board’. This standard provides the board of directors the necessary policy discretion. However, both the Enterprise Chamber and other courts respect this policy discretion, even when the aforementioned standard is not explicitly mentioned in the judgement.²²²¹

Furthermore, the same (entry) requirements for necessity funding apply in inquiry proceedings and in writ proceedings. In cases where a (proposed) share issue resolution is in question, the same due care rules are also observable on which the courts emphasise.²²²² According to the judgments of the Enterprise Chamber and the Limburg District Court, initiating actions leading to bankruptcy may be inadmissible.²²²³ Regarding disputes on business structure or amendments to the articles of association, no comment can be made in this area, as the coded case law has been delivered (almost) exclusively by the Enterprise Chamber.²²²⁴

Finally, in disputes concerning the dismissal, suspension or appointment of a director, there is a certain degree of overlap, even though a large proportion of these disputes are resolved in Art. 2:15 DCC-proceedings, summary proceedings, and inquiry proceedings. The courts attach importance to the observance of the right to be heard.²²²⁵ They also respect the broad discretionary power of the shareholders’ meeting to dismiss a director, making dismissal incompatible with Art. 2:8 DCC only in exceptional circumstances.²²²⁶ Both the Enterprise Chamber and other courts also take into account the fact that the competent corporate body may not suspend a director arbitrarily, and they may use different wording to express this.²²²⁷

It can be concluded that courts apply the reasonableness and fairness standard in a similar manner to resolve the dispute presented, provided that the nature of the dispute permits it. This does not mean that judicial decisions are identical, but it does mean that corporate bodies and corporate actors can expect a similar outcome if the same standards of conduct arising from Art. 2:8 DCC are at the core of the dispute.

16.1.8.3 Functions

On the functions of Art. 2:8 DCC, the sub-question is: ‘Are any patterns discernible in courts’ applications of the individual functions of Art. 2:8 DCC to resolve the case types, and if so, what are they?’²²²⁸

²²²¹ See the paragraphs 10.3.2-10.3.4.

²²²² See paragraph 11.3.2.

²²²³ See paragraph 11.3.5.2.

²²²⁴ See the paragraphs 11.2.3-11.2.4.

²²²⁵ See paragraph 12.2.2.

²²²⁶ See paragraph 12.3.4.

²²²⁷ See paragraph 12.3.5.

²²²⁸ This research focuses on the interpretation, supplementary, correction and behavioural-regulating functions of the reasonableness and fairness standard under Art. 2:8 DCC. When the court interprets laws, articles of association, resolutions, or provisions in agreements according to reasonableness and fairness, the interpretation function is applied. The supplementary function is used when the court creates a new rule based on the reasonableness and fairness standard to supplement one of the existing rules. If compliance with a particular rule is deemed unacceptable by standards of reasonableness and fairness in a specific case, the court may invoke the correction function to declare that the rule is inapplicable. Lastly, the behavioural-regulating function plays a role in case law when the court cites or applies an already established standard of behaviour under Art. 2:8 DCC or when conduct is reviewed under Art. 2:8 DCC.

The interpretation of the law, articles of association, resolutions and/or provisions in (shareholders') agreements is observable in all case types, although the frequency varies significantly.²²²⁹ Interpretation of the law is observable in several case types when courts assess compliance with the principle of equality. There is also frequent interpretation of the law when courts assess the material conditions for expulsion or exit of shareholders in the context of dispute resolution proceedings. Furthermore, this function recurs in different ways when various resolutions and provisions in agreements stand central. Conflicts of interest, for example, repeatedly involve interpreting the reasonableness of a resolution to increase management remuneration. Other examples include assessing the reasonableness of dismissal resolutions or resolutions concerning strategy and policy.²²³⁰

Compared to the previous function, the supplementary function only plays a marginal role in the coded case law. The supplementary function has been applied almost exclusively by the Enterprise Chamber. The reason for this appears to be that, in certain cases, the Enterprise Chamber considers a new – or strongly renewed – standard necessary for resolving the dispute. This function is most frequently applied in disputes concerning the (partial) alienation of the business. For example, the Enterprise Chamber formulates: (i) a duty of consent for the general meeting of shareholders, (ii) a special duty of care for shareholders when pursuing a demerger, and (iii) that the supervisory board must be given reasonable time and opportunity to grant its approval. Furthermore, the supplementary function arises on several occasions in disputes concerning disclosure and conflicts of interest. In the context of disclosure, this is achieved by introducing a new duty of care for a trust office foundation towards minority certificate holders. In cases of conflicts of interest, the Zwagerman decision of the Enterprise Chamber is regarded as innovative.²²³¹

The application of the correction function – like the supplementary function – has also only been observed on several occasions in certain types of disputes. This is the case in disputes concerning strategy and policy, a structural change and the dismissal, suspension or appointment of a director. In the context of strategy and policy, the correction function has been applied twice to declare a rule unacceptable for hindering the company's ability to defend itself in proceedings brought against it. The derogatory effect of reasonableness and fairness has also been applied twice in dispute resolution proceedings to prevent a shareholder from gaining an undue advantage by initiating the exit procedure. Finally, this function is most frequently observed in disputes concerning the dismissal, suspension or appointment of a director. Relevant rulings include the reversal of a suspension resolution or parrying a successful appeal on the nullity or voidability of the resolution. Courts also repeatedly use this function to review very cautiously whether the dismissal resolution cannot be upheld in the given situation.²²³²

In disputes concerning the provision of information, conflicts of interest and the appropriation of profits, the behavioural-regulating function is almost exclusively observable, and in the other case types, the behavioural-regulating function is also the most frequently observed. Given this, a consistent application of similar behavioural norms is visible across the case types, as the courts regularly rely on already created norms. Examples include: (i) the provision of information to

²²²⁹ See paragraph 6.3.9.5 for the number of signalled functions per case type.

²²³⁰ See the paragraphs 7.5, 8.5.2, 9.5, 10.5.2, 11.5.2 and 12.5.2.

²²³¹ See the paragraphs 7.5, 8.5.2, 10.5.3, 11.5.3 and 12.5.3.

²²³² See the paragraphs 10.5.4, 11.5.4 and 12.5.4.

shareholders outside the shareholders' meetings, (ii) the due care rules in the event of conflicts of interest, (iii) the importance of a known and reasoned dividend policy, (iv) the involvement of shareholders in the decision-making process on an alienation of the business and (v) the right to be heard. In addition, courts regularly tailor their approach across all case types by assessing the admissibility of various forms of conduct under Art. 2:8 DCC. For instance, a shareholder's reliance on Art. 2:220 DCC to convene a general (shareholders') meeting may be compatible with Art. 2:8 DCC. In contrast, a shareholder may act in violation of Art. 2:8 DCC if, during the negotiation process, the shareholder suddenly avoids all contact or if suggestive messages are circulated about the director's dismissal.²²³³

In short, certain patterns can be observed in the application of the various functions. However, the varying factual complexities mean that their application often differs. This is less true for the behavioural-regulating function. Particularly in inquiry proceedings, this function is frequently used to consistently cite and apply already created behavioural norms across the six case types. The frequent application of the behavioural-regulating function among the case types also supports the contention that this function is now among the classic functions of reasonableness and fairness within company law.²²³⁴

16.1.8.4 Manner of review

This section addresses the sub-question: 'What explains the observed full(er) review of material aspects and the (more) restrained review of formal aspects by the courts of (sub)standards arising from or related to Art. 2:8 DCC?'²²³⁵

A full review of material aspects has been particularly observed in disputes over the provision of information and conflicts of interest.²²³⁶ When a dispute involves the provision of information, it typically centres on whether the shareholder is entitled to certain information and whether the information provided is sufficient. These questions are relatively binary, and the judicial review is full partly because of this. After all, with an unambiguous standard, courts can review with more precision whether the provision of information is sufficient. Moreover, given the facts and circumstances, reducing the information asymmetry between the parties is important, making a restrained judicial approach less appropriate. The same principle applies in cases of conflicts of interest. In such a situation, the facts and circumstances give rise to a full review. The court must assess whether a director acted in accordance with or in violation of a fundamental aspect of their duties by favouring themselves or an affiliated party to the detriment of the company. In these circumstances, there is no room for a restrained review, as the acquisition of an improper advantage should not go unaddressed.²²³⁷

In certain cases of the remaining four case types, there is also a full review of material aspects for similar reasons as outlined in the previous paragraph. After all, in certain cases, the

²²³³ See the paragraphs 7.5, 8.5.3, 9.5, 10.5.5, 11.5.5 and 12.5.5.

²²³⁴ See paragraph 13.8.5.

²²³⁵ Material aspects (e.g., the content of the decision and corporate behaviour) are generally subject to a more restrained review, where courts respect the discretion of corporate actors and weigh the parties' interests. Formal aspects (e.g., the decision-making process) are, on the other hand, generally subject to a full review, in which courts focus on whether clear procedural norms are followed.

²²³⁶ See paragraph 6.3.9.5 for an overview of the manner of review for each case type.

²²³⁷ See paragraphs 7.6 and 8.6.

standard is unambiguous, so the courts can (relatively) easily review whether a party acted in accordance with or in breach to the standard. The facts and circumstances often necessitate a full review, particularly when a party seeks to obtain an improper advantage at the expense of the company and/or other corporate actors. As previously described, a restrained judicial approach is not appropriate in such a situation, as it risks compromising the interests of other parties. Incidentally, it is noteworthy that the Enterprise Chamber reviews material aspects more often full than other courts. This may be linked to the behavioural-regulating function of Art. 2:8 DCC as the Enterprise Chamber frequently applies this function to rely on established standards, which are often unambiguous. Also, the permissibility of conduct is often under scrutiny, allowing the court to anticipate undesirable behaviour in order to prevent an obviously unjust outcome.²²³⁸

Furthermore, a restrained review of formal aspects has rarely been observed. For instance, under exceptional circumstances, the facts and circumstances may lead the court to opt for a restrained review of an ambiguous standard to avoid an undesirable outcome. Similarly, the correction function may give rise to a restrained review of a formal aspect due to the underlying requirement of unacceptability. After all, there is only room for the disapplication of a rule under exceptional circumstances.²²³⁹ Additionally, courts have on occasions been reluctant to assess whether the advisory vote or the director's right to be heard has been respected. In such cases this restrained judicial review is related to the fact that dismissal is a far-reaching discretionary power. Another justification is that, in accordance with the Supreme Court's VEB/KLM ruling, restraint may be required when reviewing a resolution in terms of reasonableness and fairness. Although a restrained review of formal aspects does occur, their application is minimal given the number of times courts review – in all case types – formal aspects fully in all case types.

Moreover, where a restrained review of formal aspects has been applied, these cases were found – with one exception – exclusively in disputes concerning the dismissal, suspension or appointment of a director. Those cases concern writs of summons proceedings.²²⁴⁰

16.1.8.5 Facts

During the creation of the codebook, a number of factual circumstances were observed several times that have the potential to affect judicial judgement. These facts were subsequently converted into codes, some of which were identified multiple times in the coded case law.²²⁴¹ Then, during the qualitative analysis, emphasis was placed on the coded facts that the courts specifically cited in their judgements.²²⁴² The sub-question remains: 'What patterns regarding coded facts can be inferred from the application of Art. 2:8 DCC to resolve the case types?' The following five facts from the codebook will be discussed: family relationship, financial position, (collaboration) agreement, court proceedings, and exit.

In certain cases, courts explicitly mention a *family relationship* when elaborating on a duty to disclose based on Art. 2:8 DCC. In disputes concerning conflicts of interest, this occasionally comes up in the formulation of a behavioural standard. A conflict of interest may also stem from the family

²²³⁸ See the sixth paragraph of the Chapters 7 to 12, and also paragraph 13.9.4.

²²³⁹ See the paragraphs 4.5, 4.6 and 13.9.3.

²²⁴⁰ See the paragraphs 11.6, 12.6 and 13.9.3 for both paragraphs.

²²⁴¹ See the codes 18 to 27 of the codebook (Annex II) and paragraph 6.4.3.

²²⁴² See the fourth paragraph of the Chapters 7 to 12.

relationship between the director and another party with whom the company enters into a transaction. Furthermore, the dividend policy pursued passes a review under Art. 2:8 DCC because of, among other things, the special nature of the company as a family business characterised by a long-term vision for the next generation. On the other hand, another case illustrates that doubts may arise regarding the systematic reservation of all profits because of loans that are granted to family members on favourable terms. In certain instances, the dividend policy is at odds with Art. 2:8 DCC if the shareholders wish to divorce or were previously married, as such circumstances may require adjustment of the original dividend policy.²²⁴³

Furthermore, the company's *financial position* is particularly relevant in case law, when that position deteriorates or the company's survival is at risk. For instance, in certain collaborations, the deteriorated financial position of the company creates a spontaneous duty for (the board of directors of) the company to inform the shareholder/non-director. In disputes over conflicts of interest, courts have ruled on several occasions that a deteriorated financial position of the company does not justify the director not acting in accordance with certain due care rules. The financial position also weighs in when assessing the market conformity of the (increased) remuneration of the directors. Naturally, the financial position also plays a role in disputes over the appropriation of profits, as the existing scope for profit distribution depends on it. The board's policy discretion is likewise somewhat related to the company's financial position, as a deteriorated position may allow for more drastic decisions in the company's interests. Increased policy discretion for corporate bodies due to a deteriorated financial position is also visible in disputes over a structural change. For example, this factor plays a significant role in assessing the necessity and reasonableness of a resolution to issue shares and the admissibility of the alienation of the business. In disputes over the dismissal or suspension of a director, the company's deteriorating financial position has, on several occasions, been found to justify the dismissal or suspension.²²⁴⁴

Regarding the influence of (*collaboration*) *agreements*, the following applies. Since the provisions of a shareholders' agreement can have an affect within the company's legal framework, they may, under certain circumstances, influence the outcome of a dispute. For instance, an obligation to provide information outside a shareholders' meeting arises because the parties have agreed on specific terms regarding the provision of information. Additionally, there is the possibility that the agreements made may partly serve as justification for the dividend policy pursued. Furthermore, overruling the agreements is required in certain situations, such as necessity financing. Other agreements may also play a role in resolving conflicts within the case types. For example, the existence of a conflict of interest may in certain cases result from the agreements entered into. Also, in some rulings, the agreements made are considered in determining the reasonableness of a particular strategy or policy.²²⁴⁵ Moreover, if a provision from a shareholders' agreement – such as an unanimity rule – makes it difficult to dismiss a director, a claim for enforcement of that provision may quickly be deemed unreasonable. The shareholders' meeting holds broad discretionary power to dismiss, and the company's interests may conflict with a restriction of that right.²²⁴⁶

²²⁴³ See the paragraphs 7.4.2, 8.4.2 and 9.4.2.

²²⁴⁴ See the paragraphs 7.4.3, 8.4.3, 9.4.3, 10.4.2, 11.4.2 and 12.4.2.

²²⁴⁵ See the paragraphs 7.4.4, 8.4.4, 9.4.5, 10.4.4 and 11.4.4.

²²⁴⁶ See paragraph 12.4.4.

Finally, courts very rarely take into account ongoing or completed legal proceedings or a party's desire to exit. The first aspect may be taken into account, for instance, when assessing the reasonableness of the (dividend) policy. Furthermore, some judgements indicate that the termination of the collaboration – for example, through a dispute resolution procedure – may be more easily justified if a party wishes to exit.²²⁴⁷

The above illustrates that certain facts – specifically the five factual circumstances mentioned earlier – can substantially influence a judicial judgement. Nevertheless, measuring their exact influence remains complicated. The facts and circumstances in case law can vary significantly, as can the standards at issue, making the outcome of the judgement dependent on various factors (variables).

16.2 Recommendations

Based on the research conducted, I make the following recommendations:

1. Disclosure is an essential due care rule in conflicts of interest cases, which, as evidenced by the case law analysis, routinely leads to complications. Codifying this due care rule is therefore called for. One suggestion is to extend Art. 2:239 DCC with a new paragraph. Article 2:239(7) DCC could, for example, stipulate: 'A director with a direct, indirect, impure qualitative or pure qualitative interest that conflicts with the interest referred to in paragraph 5 must provide full disclosure of the conflicting interest to the board of directors, the supervisory board and the shareholders' meeting before the (legal) act with the conflicting interest is performed. Full disclosure is given if the aforementioned corporate bodies are able to assess the reasonableness and market conformity of the intended (legal) act.'
2. Engaging an expert third party – like giving disclosure – has proven to be an important safeguard for keeping interests carefully separated. Given that this due care rule recurs in the coded case law, it is desirable to enshrine this rule in law. Building on the previous suggestion, paragraph 8 could be added to Article 2:239 DCC. Paragraph 8 could, for example, stipulate: 'If the corporate bodies, as referred to in paragraph 7, are unable to assess the market conformity of the intended (legal) act on the basis of the information submitted, an independent, expert third party should be engaged for a valuation.'
3. The scope and purport of the statutory abstention rule should be adjusted to eliminate the possibility of a broader abstention rule under Art. 2:8 or Art. 2:9 DCC. The existence of multiple abstention rules creates unnecessary confusion and legal uncertainty.
4. Shareholder involvement in the decision-making process regarding the alienation of a business is consistently recognised in case law as essential. This highlights the need for additional shareholder protection in private limited companies. Such protection could be achieved by introducing a default rule similar to Art. 2:107a DCC into the company law title for private limited companies.
5. The right to be heard has existed for several decades and regularly forms part of conflicts between suspended or dismissed directors and the corporate body holding the power to suspend or dismiss. To clarify the importance of the right to be heard – and associated viewpoints – Art. 2:244(5) DCC could be introduced. This paragraph could state: 'Prior to

²²⁴⁷ See the paragraphs 9.4.4, 10.4.3 and 11.4.3.

taking the resolution to suspend or to dismiss a director, the director must be given sufficient opportunity to give his views on the intended suspension or dismissal resolution.’

6. The legal provision on the power to suspend should be amended, as suspension, according to the described framework and the examined case law, is not always permissible. A suspension resolution will not withstand a review under Art. 2:8 DCC if there is no sufficiently serious ground for it, as directors should not be suspended too lightly. Therefore, the legal text should be adapted if the legislator wants to adhere to case law in this area. The first sentence of Art. 2:244(1) DCC could be amended as follows: ‘Any director may be suspended and dismissed at any time by the body authorised to appoint him, provided that, in case of suspension, there is a sufficiently serious ground.’
7. The way courts deviate from the Supreme Court’s Sjardin rule should be handled in a more uniform manner. Greater uniformity can be achieved by aligning with the correction function of the reasonableness and fairness standard. This approach ensures that a dismissal resolution can only not be upheld under exceptional circumstances due to conflict with Art. 2:8 DCC on grounds of material aspects. However, in order to achieve the desired uniformity, the statutory regulation (Art. 2:244 DCC) should not be amended, as the broad discretionary power of dismissal should be retained while Art. 2:8(2) DCC remains in full effect.
8. Issuing ‘overview judgements’, as the Enterprise Chamber did in the Flevo Berry and Omnes Services judgements, is justifiable. After all, these judgements are valuable for the development of the law as they set out the current legal frameworks. For example, more clarity can be gained about when a shareholder is entitled to information outside the context of the shareholders’ meeting and on the precise due care rules required in cases of conflicts of interest.
9. Uncertainty about the basis on which the court ruling is based should be avoided. This can be achieved by consistently referring to the relevant statutory provisions, such as Art. 2:8 DCC, in both writs of summons and petition proceedings. Particularly in inquiry proceedings, the legal bases on which the ruling is based are regularly missing. This absence makes it more complicated for litigants, corporate actors, and other courts to assess which rules are particularly relevant to settling certain disputes. Inconsistently referring to the relevant statutory provisions makes searching for relevant judgements for certain situations also more difficult.
10. Review intensity remains a complex concept. Using only the terms ‘full’ or ‘restrained’ review does not provide sufficient nuance, as the distinction between the various forms of review is more layered. As a result, from the case law analysis in this research follows that a restrained review may, in practice, not differ much from a full review. Follow-up research should therefore lead to a scale by which the reviewing-intensity can be determined more specifically. The unambiguity of varying standards is not the same, and various facts and circumstances may also give rise to a more full or restrained review. Furthermore, these two elements – unambiguity of the standard as well as the facts and circumstances – do not provide new insights when reviewing formal aspects, as such reviews are almost exclusively full. However, when reviewing material aspects in view of these two elements, it is no longer sufficient to make the premise that reviewing material aspects is mainly – or almost exclusively – done with restraint. A full review of material aspects has been systematically observed in the analysed case law. If the dispute concerns the provision of

information or a conflict of interest, the premise must even be abandoned due to the almost exclusively full review of material aspects – related to Art. 2:8 DCC – in such disputes.

Chapter 17. Summary

This study examines the functioning and application of the reasonableness and fairness standard under Art. 2:8 Dutch Civil Code (DCC) in resolving certain corporate law disputes within private limited companies (BVs). The six central types of disputes (case types) are (i) information provision, (ii) conflicts of interest, (iii) profit appropriation, (iv) strategy and policy, (v) a structural change and (vi) dismissal, suspension or appointment of a director. In addition, the study focuses on the functions of Art. 2:8 DCC and how courts review this standard to resolve disputes. These elements are detailed in separate chapters in Part I of the study. Chapter 2 describes the existing legal framework and the current functioning and application of the reasonableness and fairness standard in these six case types. This analysis reveals diverse examples of the functioning and application of Art. 2:8 DCC, and that not every aspect has been fully developed to date. Chapters 3 and 4 address the functions of Art. 2:8 DCC and the manner of judicial review, respectively. Regarding the functions, the chapter provides an extensive analysis of the interpretation, supplementary, correction and behavioural-regulating functions of the reasonableness and fairness standard. From this literature analysis, a definition for each function has been developed that guide the study. With respect to the manner of review, the research shows that, over the years, differing views have emerged on how courts should review corporate law disputes. Despite these differing perspectives and terminology, a degree of consistency is observable. As a general premise, courts should review aspects related to the decision-making process in a full manner and review the content of a resolution in a more restrained manner. However, the intensity of the judicial review is not a fixed concept.

The previous elements lay the groundwork for the second part of the study, which centres on a systematic case law analysis. This analysis is made possible by the information presented in the earlier chapters. The application, functions, and judicial review under Art. 2:8 DCC are coded and analysed in case law for the six case types. Ultimately, 424 judgements were coded using a codebook in Excel and ATLAS.ti. The process of collecting case law and creating these documents is explained in Chapter 5. The quantitative results of the coding process are outlined in Chapter 6, followed by the qualitative analysis in the Chapters 7 to 12. Each case type is addressed in a separate chapter, which extensively examines the functioning and application of Art. 2:8 DCC. This approach offers insight on when parties in a corporate dispute act in accordance with or contrary to the reasonableness and fairness standard. These chapters also include various examples demonstrating the importance of certain factual circumstances for judicial review under Art. 2:8 DCC. Additionally, the identified functions of Art. 2:8 DCC are discussed, as well as the manner in which courts have applied the reasonableness and fairness standard while reviewing a case type. It is noteworthy that the behavioural-regulating function was observed by far the most often, making it evidently an important function in corporate law. Regarding the manner and intensity of review, it has been observed that courts almost exclusively conduct a full review of formal aspects, in line with the described premise. By contrast, the review of material aspects – such as the content of a resolution or conduct – is regularly carried out both in a restrained and full manner. A full review of material aspects occurs when the applicable standards are unambiguous – enabling a more

precise assessment – or when certain facts and circumstances related to an improper favouring of certain parties require judicial intervention to achieve a reasonable (fair) outcome.

Finally, the results in the third section were compared with the described framework. This comparison demonstrates that the framework remains largely intact, but the case law analysis in this study, based on hundreds of judgements, provides valuable insights to clarify, refine, and supplement the described framework. For instance, this section argues that the law should be amended in several areas to codify certain common (behavioural) norms. Notable examples include specific due care rules in the event of conflicts of interest, the conduct standard for alienating a business, the right to be heard, and the requirement for a sufficiently serious ground for suspension.

Literatuur

Abas 1972

P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972.

Abma 2015

R. Abma, 'Algemeen belang vanuit de optiek van de aandeelhouder', *WPNR* 2015/7048, p. 125-134.

Abma e.a. 2017

R. Abma e.a., *De algemene vergadering van Nederlandse beursvennootschappen* (Serie Recht en Praktijk, deel ONR9), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Hartkamp 4-II 2001

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemeen leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk-Willink 2001.

Asser/Kroeze 2-I 2021

M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman & M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Asser/Maeijer 2-III 2000

J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015

M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman & M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024

R.J.B. Boonekamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 6. Het kort geding*, Deventer: Wolters Kluwer 2024.

Asser/Rensen 2-III 2022

G. J. C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Asser/Rutten 4-II 1982

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1982.

Asser/Scholten I 1923

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Eerste deel. Inleiding – Personenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1923.

Asser/Sieburgh 6-I 2020

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Valk 7-III 2020

W.L. Valk, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Pacht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Asser/Van der Grinten/Maeijer 2-II 1997

J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019

M. van Olfen & G.J.C. Rensen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2024

M. van Olfen & G.J.C. Rensen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2024.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Salemink), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Vranken Algemeen deel 1995**

J.B.M. Vranken, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel***, Deventer: Kluwer 1995.

Asser/Vranken Algemeen deel * 2005**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Vranken Algemeen deel** 2014**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014.

Assink 2006

B.F. Assink, 'Over vrijheid van ondernemingsbeleid en het enquêterecht – Divergentie en convergentie van bestuurlijke gedragsnormen en rechterlijke toetsingsnormen nader bezien', *Ondernemingsrecht* 2006/91, p. 307-316.

Assink 2007

B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag. Binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 59), Deventer: Kluwer 2007.

Assink 2008

B.F. Assink, 'Naar een adequate tegenstrijdig belang regeling in boek 2 BW', *WPNR* 2008/6770, p. 737-741.

Assink 2009

B.F. Assink, 'Deel I – Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur', in: B.F. Assink & D.A.M.H.W. Strik, *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse* (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'), Deventer: Kluwer 2009, p. 5-195.

Assink 2012

B.F. Assink, 'Hoedanigheden en zorg(vuldigheids-)plichten in het ondernemingsrecht', *AA* 2012, afl. 4, p. 277-285.

Assink 2014

B.F. Assink, 'De 'economische werkelijkheid' in het Nederlandse ondernemingsrecht', *WPNR* 2014/7037, p. 1031-1043.

Assink 2015a

B.F. Assink, 'Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang', *WPNR* 2015/7048, p. 103-117.

Assink e.a. 2015b

B.F. Assink e.a., *De toekomst van het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 99), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Assink 2016

B.F. Assink, 'De factor 'wetenschap van benadeling' in te onderscheiden vormen van bestuurdersaansprakelijkheid', in: L. Timmerman e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 91-148.

Assink 2019

B.F. Assink, 'Baanbrekend', *WPNR* 2019/7230, p. 205-207.

Assink 2021

B.F. Assink, 'Woord vooraf', in: J.M. de Jongh e.a. (red.), *Bestuursbesluiten* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 1-8.

Assink & De Jongh 2015

B.F. Assink & J.M. de Jongh, 'Gedragennorm, enquêterecht en aandeelhouder', in: B.F. Assink e.a., *De toekomst van het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 99), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 1-15.

Assink & Kroeze 2010

B.F. Assink & M.J. Kroeze, 'Rechterlijke toetsing van ondernemingsbeleid in het enquêterecht. Hoe marginaal zou "marginaal" eigenlijk moeten zijn?', in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102), Deventer: Kluwer 2010, p. 11-32.

Assink & Kroeze 2016

B.F. Assink & M.J. Kroeze, 'Kroniek enquêterecht 2015', in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 37-80.

Assink/Slagter 2013

W.J. Slagter (bewerkt door B.F. Assink, m.m.v. H. Beckman e.a.), *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Assink & Timmerman 2022

B.F. Assink & L. Timmerman, 'Een impuls voor het vennootschapsrecht uit onverwachte hoek?', *WPNR* 2022/7367, p. 313-315.

Assink & Timmerman 2023

B.F. Assink & L. Timmerman, 'Verscheidenheid én eenheid in het ondernemingsrecht', *WPNR* 2023/7438, p. 893-896.

Attaïbi 2018

A. Attaïbi, 'Ontslag van statutair bestuurders – een recap', *MvO* 2018, nr. 7, p. 198-206.

Bakker 2011

S.T.E. Bakker, 'Aandeelhouders rekening houden met de vennootschap?', *V&O* 2011, nr. 2, p. 39-42.

Bakker 2012

P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. Amsterdam VU) (Serie Recht en Praktijk, deel CA6), Deventer: Kluwer 2012.

Bakker 2013

P.S. Bakker, 'Degene die recht zoekt, doet dat in gebondenheid', *MvV* 2013, nr. 6, p. 173-179.

Bakker 2018

F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen* (diss. Nijmegen) (Serie Staat en Recht, deel 40), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Bakker 2020

K.J. Bakker, 'Doorwerking' van stemvolmachten met steminstructie', *Ondernemingsrecht* 2020/4, p. 23-31.

Bakker 2023

P.S. Bakker, 'Postcontractuele redelijkheid en billijkheid', *NTBR* 2023/47, p. 433-440.

Barbiers 2016

D.L. Barbiers, 'Verwerking van het enquêterecht', *MvO* 2016, nr. 10 & 11, p. 274-283.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid; Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

Barneveld 2014

J. Barneveld, *Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders. Een studie naar de grenzen aan de financieringsvrijheid van aandeelhouders in besloten verhoudingen naar Amerikaans, Duits en Nederlands recht* (diss. Amsterdam UvA) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 120), Deventer: Kluwer 2014.

Barneveld 2019

J. Barneveld, 'De achterkant van het openbaar bod. Over de opkomst, ontwikkeling en normering van de pre-wired back-end', *MvO* 2019, nr. 5 & 6, p. 155-166.

Bartman 2002

S.M. Bartman, 'Minderheidsaandeelhouders: tussen exit en zorgplicht', in: L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69), Deventer: Kluwer 2002, p. 29-45.

Bartman 2007

S.M. Bartman, 'De verweesde onderneming', *Ondernemingsrecht* 2007/98, p. 316-319.

Bartman & Dorresteyn 1985

S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, 'Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer', *NJB* 1985, afl. 21, p. 669-675.

Bartman & Dorresteyn 2018

S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, 'Commissaris en tegenstrijdig belang: handelt de Ondernemingskamer contra legem?', *AA* 2018, afl. 11, p. 913-919.

Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2020

S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Bazeley & Jackson 2013

P. Bazeley & K. Jackson, *Qualitative data analysis with Nvivo*, Los Angeles: SAGE Publishing 2013.

Bekkum e.a. 2024

J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2023-2024* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel. 189), Deventer: Wolters Kluwer 2024.

De Bie Leuveling Tjeenk 2018

J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'Materieel enquêterecht' (oratie Amsterdam VU), *Ondernemingsrecht* 2018/72, p. 418-424.

Bier 2003

B. Bier, *Uitkeringen aan aandeelhouders* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2003.

Bier 2012a

B. Bier, 'Betekent winstrecht ook recht op winst?', in: P.J. van der Korst e.a. (red.), *Handboek onderneming en aandeelhouder* (Serie Onderneming en Recht, deel 69), Deventer: Kluwer 2012, p. 163-208.

Bier 2012b

B. Bier, 'Besluit tot reservering van winst blijft in stand. Ruime mate van beoordelingsvrijheid voor orgaan dat bevoegd is tot reservering', *Ondernemingsrecht* 2012/16, p. 88-93.

Bier 2013

B. Bier, 'De finale VEB c.s. vs. KLM: besluit tot reservering winst is niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW', *Ondernemingsrecht* 2013/123, p. 634-637.

Bier 2023

B. Bier, *Uitkeringen aan aandeelhouders*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Blanco Fernández 2008

J.M. Blanco Fernández, 'Tegenstrijdig belang en de Hoge Raad', *Ondernemingsrecht* 2008/123, p. 416-422.

Blanco Fernández 2017

J.M. Blanco Fernández, 'Redelijkheid of billijkheid in het ondernemingsrecht? – In gesprek met Van Schilfgaarde', *WPNR* 2017/7162, p. 621-627.

Blok 2021

B.J. Blok, 'De Ondernemingskamer in kleine kring', in: J.M. de Jongh e.a. (red.), *Bestuursbesluiten*, (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 205-214.

De Bock 2020

E.S. de Bock, 'Kroniek statutair bestuurder medio 2018 – medio 2020', *ArbeidsRecht* 2020/36, p. 3-9.

De Boer 2020

J.A.G. de Boer, 'De materiële wijzigingen van de geschillenregeling onder het voorontwerp Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure', *MvO* 2020, nr. 5 & 6, p. 159-168.

Du Bois & Hermans 2022

N. du Bois & R.M. Hermans, 'Gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid of juiste gang van zaken', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Handboek Enquêterecht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 435-490.

Den Boogert 1997

M.W. den Boogert, 'De orde van de algemene vergadering', *De NV* 1997/9, p. 216-218.

Borst 1962

P. Borst, 'Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht', *WPNR* 1962/4735, p. 377-379; *WPNR* 1962/4736, p. 389-392; *WPNR* 1962/4737, p. 401-403.

Borst 1969

P. Borst, 'Problemen en perspectieven van de marginale toetsing', *WPNR* 1969/5024, p. 25-28; *WPNR* 1969/5025, p. 37-40; *WPNR* 1969/5026, p. 49-54; *WPNR* 1969/5027, p. 61-65.

Boschma 2000

H.E. Boschma, 'De ondernemer privé en tegenstrijdig belang', *O&F* 2000, nr. 41, p. 45-51.

Boschma & Gepken-Jager 2010

H.E. Boschma & E.E.G. Gepken-Jager, 'Ontwikkelingen op het terrein van vertegenwoordiging van NV's en BV's', *RMThemis* 2010 afl. 3, p. 118-135.

Boschma & Schutte-Veenstra 2012

H.E. Boschma & J.N. Schutte-Veenstra, 'De tanden van het vennootschapsrecht; een eerste verkenning van het sanctiearsenaal', *RMThemis* 2012, afl. 2, p. 51-73.

Bosman 2015

L. Bosman, 'De aandeelhoudersovereenkomst en dwingend recht', *V&O* 2015, nr. 5, p. 81-84.

Bosse 2002

W. Bosse, 'Tegenstrijdig belang revisited', *WPNR* 2002/6506, p. 721-724.

Bosse 2015

W. Bosse, 'Aandeelhoudersovereenkomst in strijd met dwingend recht (Hof Amsterdam 13 januari 2015 (Kekk/Delfino))', *WPNR* 2015/7065, p. 527-529.

Van Brakel 1948

S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht* (3^e druk), Zwolle: Tjeenk Willink 1948.

De Brauw 2017

C.J.C. de Brauw, *Overnames van beursvennootschappen: Beschouwingen over de vennootschapsrechtelijke, financieeltoezichtrechtelijke, contractuele en praktische aspecten van beursovernames* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 143), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

De Brauw 2018

C.J.C. de Brauw, 'Besluitvorming over strategie en openbare biedingen anno 2018', *Ondernemingsrecht* 2018/11, p. 47-59.

De Brauw 2019

C.J.C. de Brauw, 'Bescherming van beursvennootschappen: tijd voor herijking op basis van de pijlers van het huidige stakeholdermodel', *Ondernemingsrecht* 2019/94, p. 518-530.

Breukink 2022

E.J. Breukink, *De agenda en het agenderingsrecht bij kapitaalvennootschappen* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 176), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Brink 1997

M. Brink, 'Gelijke behandeling van aandeelhouders', *TVVS* 1997, afl. 6, p. 174-178.

Broere & Van Dijk 2023

P.H.M. Broere & L.K. van Dijk, 'Kroniek enquêterecht', in: J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2022-2023* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 181), Deventer: Wolters Kluwer, p. 75-190.

Brons 2020

M. Brons, 'Bescherming tegen verwatering', *MvO* 2020, nr. 5 & 6, p. 150-158.

Buijn & Storm 2013

F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk* (Serie Recht en Praktijk, deel ONR4), Deventer: Kluwer 2013.

Bulten 2011

C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 108), Deventer: Kluwer 2011.

Bulten 2017

C.D.J. Bulten, 'Vertrouwen op instructie', in: C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht. Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 150), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 69-84.

Bulten & Jansen 2015

C.D.J. Bulten & C.J.H. Jansen, 'Rechterlijk activisme: waar liggen de grenzen van rechtsvorming door de Ondernemingskamer?', *Ondernemingsrecht* 2015/20, p. 119-127.

Bulten, Nieuwe Weme, Oosterhoff & Broere 2022

C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & P.H.M. Broere (red.), *Handboek Enquête-recht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Burggraaf 2022

C.M.J. Burggraaf, 'Toetsingsintensiteit in het licht van art. 26 WOR', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter* (Serie Staat en Recht, deel 54), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 509-537.

Buziau 2019

E.A. Buziau, 'Een pleidooi tegen oprekking van het begrip 'tegenstrijdig belang' door de Ondernemingskamer', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 157), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 415-420.

Canisius & Canisius 2015

M.B.F. Canisius & R.E.H. Canisius, *Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht: Besluitvorming, vertegenwoordiging en vereenzelviging* (diss. Maastricht) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 127), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Castermans 2012

A.G. Castermans, *Ik en mijn recht in Europa* (Diesoratie), Leiden: Universiteit Leiden 2012.

Cohen 1960

J. Cohen, 'A Coefficient of Agreement for Nominal Scales', *Educational and Psychological Measurement* 1960, Vol. 20, No. 1, p. 37-46.

Cools e.a. 2009

K. Cools e.a., *Het recht van enquête. Een empirisch onderzoek* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 65), Deventer: Kluwer 2009.

Cremers 1950

W.A.M. Cremers, *Wetboek van Koophandel en Wet Luchtvervoer met vermelding van de belangrijkste arresten*, Arnhem: S. Gouda Quint / D. Brouwer en Zoon 1950.

Croiset van Uchelen 2018

A. Croiset van Uchelen, 'Tegenstrijdig belang; de redelijkheid & billijkheid als hulpsinterklaas', in: S. Perrick e.a. (red.), *Kort juridisch. Liber amicorum Peter Wakkie 22 juni 2018 – 70 jaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 9-20.

Dahmen 2014

R.G.M. Dahmen, 'De aanwijzingsbevoegdheid van het gewijzigde artikel 2:239 lid 4 BW: toepassing, toetsing, afdwingbaarheid en aspecten van aansprakelijkheid in concernperspectief', *TvOB* 2014, afl. 2, p. 61-71.

Deraedt 2001

P.G. Deraedt, 'De verstrekking van inlichtingen aan een individuele aandeelhouder', *V&O* 2001, nr. 10, p. 165-167.

Doorduyn 2018

R.Y.H. Doorduyn, 'Enige gedachten omtrent de normatieve maatstaf voor art. 2:354 BW in Leaderland-perspectief', *Bb* 2018/54, p. 201-205.

Doorman 2002

A. Doorman, 'Het buigzame gelijkheidsbeginsel', *Ondernemingsrecht* 2002/7, p. 199-206.

Dorresteijn 1989

A.F.M. Dorresteijn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen* (diss. Utrecht) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 8), Deventer: Kluwer 1989.

Dorresteijn 1990

A.F.M. Dorresteijn, 'Rechtsvorderingen bij tegenstrijdig belang', *TVVS* 1990, afl. 4, p. 81-84.

Dorresteijn 2002

A.F.M. Dorresteijn, 'Tegenstrijdig belang: HR 3 mei 2001, *NJ* 2002, 393, *JOR* 2002/111 (Brandao/Joral)', *O&F* 2002, nr. 54, p. 39-43.

Dorresteijn 2005

A.F.M. Dorresteijn, 'Een nieuwe wettelijke regeling van het tegenstrijdig belang?', *O&F* 2005, nr. 65, p. 24-30.

Dorresteijn 2006

A.F.M. Dorresteijn, 'Naschrift: Kwalitatief tegenstrijdig belang en art. 2:146 (256) BW', *WPNR* 2006/6649, p. 19.

Dorresteijn 2008

A.F.M. Dorresteijn, 'Een spoorboekje bij tegenstrijdig belang', *WPNR* 2008/6770, p. 741-742.

Dortmond & Timmerman 2006

P.J. Dortmond & L. Timmerman, 'Kwalitatief tegenstrijdig belang en art. 2:146 (256) BW', *WPNR* 2006/6649, p. 17-18.

Van Dunné 1971

J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971.

Van Dunné 1980

J.M. van Dunné, 'De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht?' in: J.M. van Dunné & J.W.M.K. Meyeri, *Normatief uitgelegd: verzamelde privaatrechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer 2006, p. 85-106.

Van Duuren 2017

T.P. van Duuren, 'Tegenstrijdig belang en vertegenwoordiging', *WPNR* 2017/7173, p. 969-974.

Edwards & Livermore 2009

H.T. Edwards & M.A. Livermore, 'Pitfalls of Empirical Studies that Attempt to Understand the Factors Affecting Appellate Decision making', *Duke Law Journal* 2009, Vol. 58, No. 8, p. 1895-1989.

Eggens 1937

J. Eggens, 'De executeur, de legitimaris, de schuldenaar en de goede trouw', in: E.M. Meijers, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, Batavia: Noordhoff-Kolff 1938, p. 432-445.

Eikelboom 2009

F. Eikelboom, 'Een toetsingskader voor het treffen van voorzieningen in het enquêterecht: artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (bescherming van eigendom)', *Ondernemingsrecht* 2009/143, p. 606-611.

Eikelboom 2011

F. Eikelboom, 'Afwijken van dwingend recht bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen op de voet van art. 2:349a BW jo. art. 2:8 lid 2 BW', *Ondernemingsrecht* 2011/99, p. 489-496.

Eikelboom 2017a

F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (diss. Groningen) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Eikelboom 2017b

F. Eikelboom, 'Informatierechten als strijdmiddel in aandeelhoudersconflicten', *Bb* 2017/64, p. 213-217.

Eikelboom 2018

F. Eikelboom, 'De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure', *Ondernemingsrecht* 2018/4, p. 182-184.

Van Engelen 2008

Th. C.J.A. van Engelen, 'Intellectueel kapitaal in de rechtspraak: 2007 onder de loep', *IER* 2008, afl. 48, p. 179-193.

Epstein & King 2002

L. Epstein & G. King, 'The Rules of Interference', *The University of Chicago Law Review* 2002, Vol. 69, No. 1, p. 1-133.

Evers 2016

A.C.D. Evers, 'Het dividendbeleid en de positie van de bekleemde minderheidsaandeelhouder', *TvOB* 2016, afl. 3, p. 98-107.

Fluit 2017

R. Fluit, 'Onttrekkingen door aandeelhouders en de (niet benijdenswaardige) rol van het bestuur', *O&F* 2017, nr. 25, p. 4-35.

Freijters 1964

J.P.H.M. Freijters, 'Tegenstrijdig belang', *NV* 1964-1965, p. 57-62.

Gabaldon 2000

T.A. Gabaldon, 'A Sense of a Security: An Empirical Study', *The Journal of Corporate Law* 2000, Vol. 25, Iss. 2, p. 307-343.

Garcia Nelen 2020

S.B. Garcia Nelen, *De beursvennootschap, corporate governance en strategie* (diss. Rotterdam) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 120), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Van Gerven 1983

W. van Gerven, *Beingselen van behoorlijk handelen*, Gent: Story-Scientia 1983.

Van Gestel 2021

R.A.J. van Gestel, 'Revitalisering van juridisch-dogmatisch onderzoek. Expliciteren van het impliciete', *NJB* 2021, afl. 4, p. 286-295.

Van Ginneken 2010

M.J. van Ginneken, *Vijandige overnames: de rol van de vennootschapsleiding in Nederland en de Verenigde Staten* (diss. Amsterdam UvA) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 79), Deventer: Kluwer 2010.

Van Ginneken & Timmerman 2011

M.J. van Ginneken, 'De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2011/123, p. 601-607.

Goedèl 2002

C.S. Goedèl, 'De positie van de minderheidsaandeelhouder in geval van belangenverstremming tussen de vennootschap en de meerderheidsaandeelhouder', *V&O* 2002, nr. 4, p. 65-69.

Van de Graaf 2020

M.J. van de Graaf, 'Een nieuw hoofdstuk in de geschillenregelingssaga: het voorontwerp van het Wetsvoorstel inzake de aanpassing van de geschillenregeling en de verduidelijking van de ontvankelijkheidseisen in een enquêteprocedure', *TvOB* 2020, afl. 4, p. 130-143.

Van der Grinten 1953

W.C.L. van der Grinten, 'Rechtsgemeenschap en recht', in: C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann & G. van Solinge (red.), *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 77), Deventer: Kluwer 2004, p. 21-36.

Van der Grinten 1963

W.C.L. van der Grinten, 'Bespreking van HR 4 januari 1963; en H.R. 11 jan. 1963', *AA* 1963, p. 222-227.

Van der Grinten 1965

W.C.L. van der Grinten, 'Handelen te goeder trouw', in: C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann & G. van Solinge (red.), *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 77), Deventer: Kluwer 2004, p. 57-69.

Van der Grinten 1969

W.C.L. van der Grinten, 'Marginale toetsing', in: C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann & G. van Solinge (red.), *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 77), Deventer: Kluwer 2004, p. 71-85.

Groenland 2020

I.C.P. Groenland, 'Transacties met verbonden partijen in de jaarrekening', in: J.B.S. Hijink e.a., *Handboek Jaarrekeningenrecht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 164), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 759-777.

Groffen 2006

C.J. Groffen, 'Naleving Nederlandse corporate governance code afdwingbaar?', *V&O* 2006, nr. 2, p. 33-35.

De Groot 2003

C. de Groot, 'Enquêterecht tussen Ondernemingskamer en Hoge Raad', *O&F* 2003, nr. 59, p. 16-23.

De Groot & Bakker 2011

J.W. de Groot & P.S. Bakker, 'Remedies voor de ontoereikend geïnformeerde aandeelhouder', in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 110), Deventer: Kluwer 2011, p. 251-263.

Haanschoten 2023a

S.L. Haanschoten, 'Biedt zorgplicht wel voldoende bescherming aan de minderheidsaandeelhouder? Een pleidooi voor een betere uitredingsregeling', *Ondernemingsrecht* 2023/47, p. 341-348.

Haanschoten 2023b

S.L. Haanschoten, 'Hoe Funda heeft bijgedragen aan de bescherming van minderheidsaandeelhouders', *MvO* 2023, nr. 8 & 9, p. 211-217.

Hall & Wright 2008

M.A. Hall & R.F. Wright, 'Systematic Content Analysis of Judicial Opinions', *California Law Review* 2008, Vol. 96, Iss. 1, p. 63-122.

Hamersma & Mellenbergh 2013

C. Hamersma & R. Mellenbergh, 'Derdenwerking van het vennootschappelijk belang', *Ondernemingsrecht* 2013/58, p. 293-299.

Hanegraaf 2020a

C.E.J.M. Hanegraaf, 'De toeëigening van corporate opportuniteiten door opportunistische bestuurders', *Bb* 2020/6, p. 37-44.

Hanegraaf 2020b

C.E.J.M. Hanegraaf, 'De toeëigening van een corporate opportunity in oneigenlijke zin door ware opportunisten', *Bb* 2020/7, p. 45-50.

Hanegraaf 2020c

C.E.J.M. Hanegraaf, 'Vijf variaties op een thema. Variatie IV. Post-relatieve solidariteit en de gelijkstelling van certificaten met aandelen in de uitredingsregeling van artikel 2:343 BW', *Bb* 2020/38, p. 180-186.

Hanegraaf 2020d

C.E.J.M. Hanegraaf, 'Nomen est omen. Over ongunstige voortekenen en het enquêterechtelijk tegenstrijdig belang', *Bb* 2020/48, p. 243-251.

Hanegraaf 2020e

C.E.J.M. Hanegraaf, 'De minimis non curat praetor. De Ondernemingskamer evenmin', *Bb* 2020/69, p. 345-351.

Nieuwe Weme & Van Hassel 2010

M.P. Nieuwe Weme & K.M. van Hassel (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102), Deventer: Kluwer 2010.

Van der Heijden/Van der Grinten 1976

E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap* (bewerkt door W.C.L. van der Grinten), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.

Van der Heijden/Van der Grinten 1984

E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap* (bewerkt door W.C.L. van der Grinten), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.

Van der Heijden/Van der Grinten 1992

E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten (m.m.v. H.J.M.N. Honée & Th.C.M. Hendriks-Jansen), *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013

E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap* (bewerkt door P.J. Dortmund e.a.), Deventer: Kluwer 2013.

Helder 2016

E.R. Helder, 'Tegenstrijdig belang', *TvOB* 2016, afl. 1, p. 13-18.

Hesselink 1999

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.

Hezer & Kemp 2018

P. L. Hezer & B. Kemp, 'Het gifpilletje van Gemalto', *MvO* 2018, nr. 7, p. 215-221.

Hijink & Van de Sandt 2022

J.B.S. Hijink & L.A. van de Sandt, 'Een empirisch onderzoek van het enquêterecht over de periode 2008-2020', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Handboek Enquêterecht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 59-79.

Hoeba 2018

M.C. Hoeba, 'De tegenstrijdigbelangregeling(en) in het enquêterecht', *MvO* 2018, nr. 5 & 6, p. 173-182.

Van den Hoek 1998

P.C. van den Hoek, 'De functie van de algemene vergadering', in: P.C. van den Hoek e.a., *Corporate Governance voor juristen* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 30), Deventer: Kluwer 1998, p. 1-18.

Holsti 1969

O.R. Holsti, *Content Analysis for the Social Sciences and Humanities*, London: Addison-Wesley 1969.

Holtzer, Strik & Oranje 2016

M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Hruschka e.a. 2004

D.J. Hruschka e.a., 'Reliability in Coding Open-Ended Data: Lessons Learned from HIV Behavioral Research', *Fields Methods* 2004, Vol. 16, Iss. 3, p. 307-331.

Huizink 1989

J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen* (diss. Groningen) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 7), Deventer: Kluwer 1989.

Huizink 2006

J.B. Huizink, 'De grenzen van het enquête-recht, een poging!', *O&F* 2006, nr. 71, p. 13-26.

Huizink 2023

J.B. Huizink, in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, art. 2:134 BW, aant. 15.3.2 (online, actueel t/m 22-10-2023).

Hulst & Boer 2013

H.A. van Hulst & M.R.W. Boer, 'Cryo-Save – de responstijd in de praktijk', *V&O* 2013, nr. 12, p. 219-222.

Hurenkamp 2016

J.R. Hurenkamp, 'Statuten, een kwestie van uitleg op maat?', *MvV* 2016, nr. 6, p. 159-166.

Van den Ingh 1993

F.J.P. van den Ingh, 'Het ongehoorde ontslag van een bestuurder', *WPNR* 1993/6095, p. 457-459.

Van den Ingh 1994

F.J.P. van den Ingh, 'Intra-groepstransacties en de positie van minderheidsaandeelhouders', *De NV* 1994/1, p. 15-23.

Jansen & Loonstra 2012

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht', *ArA* 2012, afl. 1, p. 3-21.

De Jongh 2007a

J.M. de Jongh, 'Gij zult splitsen! Instructies van aandeelhouders in beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2007/11, p. 34-43.

De Jongh 2007b

J.M. de Jongh, 'Primaat van het bestuur bevestigd', *Bb* 2007/46, p. 175-183.

De Jongh 2011

J.M. de Jongh, 'Redelijkheid en billijkheid en het evenredigheidsbeginsel, in het bijzonder in de verhouding van aandeelhouders tot het bestuur', *Ondernemingsrecht* 2011/124, p. 608-618.

De Jongh 2012

J.M. de Jongh, 'Aandeelhouders gebonden aan eisen van redelijkheid en billijkheid', *NJB* 2012/2099, p. 2622-2623.

De Jongh 2016

J.M. de Jongh, 'B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering', *RMThemis* 2016, afl. 5, p. 275-280.

De Jongh 2019a

J.M. de Jongh, 'Drie aspecten van tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2019/68, p. 357-365.

De Jongh 2019b

J.M. de Jongh, *Twee eeuwen tegenstrijdig belang* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridisch 2019.

De Jongh 2019c

J.M. de Jongh, 'Tegenstrijdig belang en transacties met verbonden partijen', *Ondernemingsrecht* 2019/160, p. 892-898.

Kaemingk 2010

H.L. Kaemingk, 'Wanbeleid bij PCM: observaties bij de beschikking van de Ondernemingskamer', *TOP* 2010, nr. 7, p. 263-269.

Kemp 2013

B. Kemp, 'Normering van aandeelhouders', *NJB* 2013, afl. 29, p. 2036-2039.

Kemp 2015a

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.

Kemp 2015b

B. Kemp, 'De rol en positie van de aandeelhouder bij een kapitaalvennootschap in financiële problemen', *TvOB* 2015, afl. 6, p. 216-227.

Kemp 2016

B. Kemp, 'Drie stellingen', *WPNR* 2016/7094, p. 137-139.

Kemp 2019

B. Kemp, 'Aandeelhouders, eigen belang en het vennootschappelijk belang: over de schijn van vrijheid en werkelijke grenzen', in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz (red.), *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 115), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 87-106.

Kemp 2024

B. Kemp, 'Gedragsnormen en rechtsvorming in het ondernemingsrecht' (oratie Maastricht), *MvO* 2024, nr. 3 & 4, p. 73-92.

Kemperink 2002

G.N.H. Kemperink, 'Enquêterecht en overnamegeschillen', *Ondernemingsrecht* 2002/8, p. 236-243.

Klaassen 2007

A.G.H. Klaassen, *Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders: historische, concernrechtelijke en rechtsvergelijkende beschouwingen, in het bijzonder over structuurwijzigingen* (diss. Groningen) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 60), Deventer: Kluwer 2007.

Klein Wassink 2012

A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht* (diss. Amsterdam VU) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 89), Deventer: Kluwer 2012.

De Kluiver 1991a

H.J. de Kluiver, 'Toelating van betrokkenen bij rechtspersonen; een verkenning op de grenslijn tussen rechtspersonen- en verbintenissenrecht (II en slot)', *S&V* 1991, nr. 3, p. 63-70.

De Kluiver 1991b

H.J. de Kluiver, 'Naschrift', *S&V* 1991, nr. 3, p. 101-102.

De Kluiver 1992

H.J. de Kluiver, *Onderhandelen in het privaatrecht* (diss. Amsterdam VU) (Serie Recht en Praktijk, deel 65), Deventer: Kluwer 1992.

De Kluiver 2000

H.J. de Kluiver, 'Goede trouw en rechtspersonenrecht', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *A-T-D Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 225-240.

De Kluiver 2006

H.J. de Kluiver, 'Noodzaakfinanciering en de rol van de rechter', in: G. van Solinge e.a., *De financiering van de onderneming* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 88), Deventer: Kluwer 2006, p. 31-49.

De Kluiver 2014

H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het Ondernemingsrecht. Bezinnen en verkennen; ondernemingsrecht in de private en semipublieke sector', *NJB* 2014, afl. 15, p. 1029-1041.

De Kluiver 2018

H.J. de Kluiver, 'Kroniek ondernemingsrecht. Overvloed en onbehagen; Nederlandse ondernemingen in het vizier', *NJB* 2018, afl. 15, p. 1058-1071.

De Kluiver 2019

H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht. Tussen verfijning en bescherming', *NJB* 2019, afl. 15, p. 1068-1082.

De Kluiver 2023

H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht. Over belangen en zorgplichten in het ondernemingsrecht en uitdagende afwegingen in een duurzaamheidsperspectief', *NJB* 2023, afl. 15, p. 1198-1215.

De Kluiver 2024

H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht. Over ondernemingen, duurzaamheid, regulering en hoe het ondernemingsrecht politieker wordt', *NJB* 2024, afl. 15, p. 1075-1092.

Koelemeijer 1994

M. Koelemeijer, 'Redelijkheid en billijkheid in het vennootschapsrecht*', *WPNR* 1994/6154, p. 714-719.

Koelemeijer 1999

M. Koelemeijer, *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen: beschouwingen rond aandeelhouders en bestuurders in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1999.

Koelemeijer 2001

M. Koelemeijer, 'Belangenverstremgeling van bestuurders in kapitaalvennootschappen', *O&F* 2001, nr. 48, p. 20-24.

Koelemeijer 2012

M. Koelemeijer, 'Minderheidsaandeelhouders revisited: les uit Air France-KLM', *TvOB* 2012, afl. 2, p. 42-45.

Koelemeijer 2013

M. Koelemeijer, 'De commissaris anno 2013', *TvOB* 2013, afl. 2, p. 54-60.

Koelemeijer 2015a

M. Koelemeijer, 'Belonen van aandeelhouders: hoe verder met het dividendbeleid?', *TvOB* 2015, afl. 1, p. 13-18.

Koelemeijer 2015b

M. Koelemeijer, 'De verantwoordelijke aandeelhouder', *TvOB* 2015, afl. 2, p. 65-71.

Koelemeijer 2018

M. Koelemeijer, 'Commissaris en tegenstrijdig belang', *TvOB* 2018, afl. 3, p. 58-64.

Koelemeijer 2022

M. Koelemeijer, 'Over schorsing en ontslag van bestuurders', *TvOB* 2022, afl. 5, p. 140-145.

Van der Korst 2007

P.J. van der Korst, *Bedrijfsgeheimen en transparantieplichtingen* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 92), Deventer: Kluwer 2007.

Van der Korst 2020

P.J. van der Korst, 'Bescherming van minderheidsaandeelhouders', *AA* 2020, afl. 3, p. 284-291.

Van der Korst 2022

P.J. van der Korst, 'Informatieverschaffing', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Handboek Enquêterecht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 1077-1089.

Kort 1957

F. Kort, 'Predicting Supreme Court Decisions Mathematically: A Quantitative Analysis of the "Right to Counsel" Cases', *The American Political Science Review* 1957, Vol. 51, No. 1, p. 1-12.

Koster 2014a

H. Koster, 'Dividend activisme bij KLM', *Bb* 2014/31, p. 95-97.

Koster 2014b

H. Koster, 'Gedachten over enkele recente ontwikkelingen bij juridische fusie en splitsing', *Ondernemingsrecht* 2014/129, p. 654-659.

Koster 2015

H. Koster, 'Exit dividend litigation KLM', *Ondernemingsrecht* 2015/123, p. 636-639.

Krippendorff 1980

K. Krippendorff, *Content Analysis: An Introduction to Its Methodology*, Thousands Oaks: SAGE Publications 1980.

Krippendorff 2004

K. Krippendorff, *Content Analysis. An Introduction to Its Methodology*, Thousand Oaks: SAGE Publications 2004.

Kroeze 2013

M.J. Kroeze, 'Minderheidsbescherming in de rederij', *RMThemis* 2013, afl. 4, p. 147-154.

Kroeze 2019

M.J. Kroeze, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2019/50, p. 262-266.

Kruk & Möhring 2023

A. van der Kruk & M.E.A. Möhring, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:2 BW, aant. 2.1.3; aant. 2.2.3 (online, actueel t/m 01-10-2023).

Lawlor 1972

R.C. Lawlor, 'Excerpts from FACTS CONTENT OF CASES AND PRECEDENT – A Modern Theory of Precedent', *Jurimetrics Journal* 1972, Vol. 12, No. 4, p. 245-270.

Leedekerken 2010

J.W. Leedekerken, 'Impasses bij noodzaakfinanciering', *TOP* 2010, nr. 4, p. 141-145.

De Leeuw 2016

R. de Leeuw, 'Rechtsgeldigheid en doorwerking van een aandeelhoudersovereenkomst in de persoonsgebonden BV: een stappenplan voor de praktijk', *MvO* 2016, nr. 10 & 11, p. 240-251.

Van Leeuwen 1985

B.H.A. van Leeuwen, 'Ontslag bestuurder van een BV', *TVVS* 1985/85, p. 103-104.

Van Leeuwen 1990

B.H.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Een onderzoek naar de juridische normering van het besturen van een onderneming* (diss. Maastricht) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 10), Deventer: Kluwer 1990.

Van Leeuwen 2011

P.H.C. van Leeuwen, 'De activa/passiva-transactie als uitstotingsmethode', *V&O* 2011, nr. 7/8, p. 137-142.

Van Leeuwen 2015

F.L. van Leeuwen, 'Corporate opportunities nader gedefinieerd', *V&O* 2015, nr. 4, p. 56-60.

Leijten 2006

A.F.J.A. Leijten, 'Verantwoording van tegenstrijdig-belangtransacties', in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman. Opstellen aangeboden aan prof. mr. H. Beckman ter gelegenheid van zijn 25-jarig jubileum als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer 2006, p. 373-391.

Leijten 2010

A.F.J.A. Leijten, 'Besluitvorming bij tegenstrijdig belang naar komend recht', in: M.P. Nieuwe Weme & K.M. van Hassel (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102), Deventer: Kluwer 2010, p. 257-270.

Leijten 2019

A.F.J.A. Leijten, 'Bestuur en tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2019/80, p. 429-439.

Leijten 2022

A.F.J.A. Leijten, 'Tegenstrijdig belang', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Handboek Enquêterecht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 1039-1076.

Lennarts 2010

M.L. Lennarts, 'Majority Shareholder Sidelined by the Dutch Business Court: The Inter Access Case in the Light of Article 1 Protocol 1 ECHR', *ECL* 2010, Vol. 7, Iss. 5, p. 210-216.

Lennarts 2017

M.L. Lennarts, '(Keepings it) all in the family (company)? Over geduldig en ongeduldig kapitaal', in: A.J.S.M. Tervoort e.a., *Familievennootschappen* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 107), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 95-112.

Lennarts 2023

M.L. Lennarts, 'Het recht op informatie van kapitaalverschaffers in besloten verhoudingen – de open norm 'rules'', in: L. Timmerman e.a., *De rol van open normen in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 130), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 103-127.

Lennarts 2023a

M.Y. Nethé, 'Verslag van de discussie', in: L. Timmerman e.a., *De rol van open normen in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 130), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 151-176.

Lennarts 2024

M.L. Lennarts, in: C.D.J. Bulten, A.F.J.A. Leijten & M.L. Lennarts (red.), *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:244 BW, aant. 3 (online, actueel t/m 20-05-2024).

Lennarts & Boschma 2008

M.L. Lennarts & H.E. Boschma, 'Blijft het tobben met tegenstrijdig belang?', *WPNR* 2008/6770, p. 725-737.

Livermore & Rockmore 2019

M.A. Livermore & D.N. Rockmore, 'Distant Reading in Law', in: M.A. Livermore & D.N. Rockmore, *Law as Data*, Santa Fe: The Santa Fe Institute Press 2019, p. 3-19.

Lok 2018

M.E.C. Lok, 'Divi-do, divi-don't, dividendgeschillen', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 152), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 275-329.

Lok 2023

M.E.C. Lok, 'Shareholders: End Game', *TvI* 2023/19, p. 139-157.

Lok & Kemp 2015

M.E.C. Lok & B. Kemp, 'Scheiding als gevolg van een gefaalde liefde: Het doorbreken van impasses en aandelenoverdracht bij een onoverkomelijke vertrouwensbreuk tussen joint ventures-partners', *Ondernemingsrecht* 2015/36, p. 197-209.

Lokin 1995

J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen: Chimaira 1995.

Losegaat Vermeer 1937

P.A.J. Losegaat Vermeer, *Wetboek van Koophandel met verwijzing naar betrekkelijke wetsbepalingen, bijlagen en alphabetische registers*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937.

Löwensteyn 1984

F.J.W. Löwensteyn, 'Rechterlijke toetsing van besluiten nu en in de toekomst', in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw: Opstellen aangeboden aan Prof. mr. W.C.L. van der Grinten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 127-139.

Maeijer 1962

J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding* (diss. Nijmegen), Breda: Louis Vermijs 1962.

Maeijer 1964

J.M.M. Maeijer, 'Het belangenconflict in de naamloze vennootschap', in: C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen & G. van Solinge (red.), *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 100), Deventer: Kluwer 2009, p. 141-162.

Maeijer 1965

J.M.M. Maeijer, 'Aandeelhouders in een naamloze vennootschap en de eisen van de goede trouw', in: C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen & G. van Solinge (red.), *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 100), Deventer: Kluwer 2009, p. 163-178.

Maeijer 1984

J.M.M. Maeijer, 'De corrigerende werking van de goede trouw, in het bijzonder binnen rechtspersonen', in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw: Opstellen aangeboden aan W.C.L. van der Grinten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 31-44.

Maeijer 2000

J.M.M. Maeijer, 'Deelrechtsorde, redelijkheid en billijkheid, en vennootschappelijk belang', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *A-T-D. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 281-289.

Makkink 2020

G.C. Makkink, 'Toetsing door de Ondernemingskamer, opmerkingen in de marge', in: H.J. de Kluiver (red.), *De rol van de rechter in het ondernemingsrecht. Beschouwingen bij het afscheid van prof. mr. L. Timmerman als advocaat-generaal bij de Hoge Raad*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 57-66.

Meijer 2012

W.B. Meijer, 'De aandeelhoudersovereenkomst in relatie tot de vennootschap', *V&O* 2012, nr. 7, p. 128-133.

Meijers 1916

E.M. Meijers, 'Aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door een der partijen', *WPNR* 1916/2422, p. 261-263.

Mendel 2000

M.M. Mendel, 'Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – in rechtsverhoudingen tussen ondernemers en wat behoort die rol te zijn?', in: R.J.Q. Klomp e.a., *Het eigen gezicht van het handelsrecht* (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2000), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 131-238.

Van Meurs 2016

A. van Meurs, 'Bescherming van de (minderheids)-aandeelhouder tegen het opleggen van statutaire beperkingen van de overdraagbaarheid van aandelen', *WPNR* 2016/7122, p. 806-815.

Miles & Huberman 2014

M.B. Miles & A.M. Huberman, *Qualitative Data Analysis*, Thousand Oaks: SAGE Publications 2014.

Monchy & Timmerman 1991

C.W. de Monchy & L. Timmerman, *De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 BW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Moulen Janssen 2020

S.C.E.F. Moulen Janssen, *De positie van aandeelhouders bij preventieve herstructureringen. In het bijzonder onder de Wet homologatie onderhands akkoord* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 163), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Mussche 2019

M. Mussche, 'Het begrip tegenstrijdig belang in het enquêterecht', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 157), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 421-427.

Naves, Sicking & Van der Wees 2021

H.C. Naves, S. Sicking & J.G.L. van der Wees, 'Meer én verantwoord publiceren van gerechtelijke uitspraken', *NJB* 2021, afl. 44, p. 3620-3623.

Nethe 2013

N.Y. Nethe, *Ontbinding en vereffening van rechtspersonen* (Serie Recht en Praktijk, deel ONR5), Deventer: Kluwer 2013.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Noldus 1969

W.J.M. Noldus, *Ongeldigheid van besluiten in de naamloze vennootschap* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1969.

Noordoven 2020

T.L.C.W. Noordoven, 'Kroniek medezeggenschap 2019', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2019-2020* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 165), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 165-195.

Nowak 2014

R.G.J. Nowak, 'Rechtsgeldigheid en doorwerking van buitenstatutaire governance-afspraken', *WPNR* 2014/7014, p. 342-349.

Van Nuland 2021

J.E. van Nuland, *Beleidsbepaling en aansprakelijkheid. Een drieluik over de feitelijke beheersing van vennootschappen* (diss. Maastricht) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 170), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Okma 1951

N. Okma, *Handelingen der Nederlandse juristen-vereniging 1950 tachtigste jaargang II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951.

Olaerts 2009

M. Olaerts, 'De aandeelhouder in tijden van crisis!', *TvOB* 2009, afl. 1, p. 34-38.

Olaerts 2015

M. Olaerts, 'De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging', *TvOB* 2015, afl. 2, p. 51-64.

Olaerts 2017

M. Olaerts, 'Is de aandeelhouder gebonden aan het belang van de vennootschap?', *Ondernemingsrecht* 2017/113, p. 631-642.

Olaerts 2022

M. Olaerts, 'Instructiebevoegdheid en bestuursautonomie', *WPNR* 2022/7389, p. 751-763.

Olden 2014

P.D. Olden, 'Pre-wired asset sale', *WPNR* 2014/7037, p. 1055-1059.

Van Olfen 2012

M. van Olfen, 'Meerderheidsaandeelhouders versus minderheidsaandeelhouders, een bijzondere zorg(vuldigheids)plicht? Zwagerman revisited', in: P.J. van der Korst e.a. (red.), *Handboek onderneming en aandeelhouder* (Serie Onderneming en Recht, deel 69), Deventer: Kluwer 2012, p. 367-379.

Oosterhoff 2017

G.P. Oosterhoff, *Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang. Synthetische belangen in aandelen en daaraan te verbinden vennootschapsrechtelijke rechten en verplichtingen* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 144), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Oosterhoff 2018

G.P. Oosterhoff, 'Drie stellingen', *WPNR* 2018/7206, p. 671-675.

Oostwouder & Schrooten 2018

W.J. Oostwouder & R.P. Schrooten, 'Wettelijke bedenktijd en beschermingsconstructies, de wereld op zijn kop!', *O&F* 2018, nr. 26, p. 33-56.

Oostwouder & Spronk 2019

W.J. Oostwouder & T. Spronk, 'Twee heren (in één transactie) dienen, mag dat nu wel of (soms) toch niet?', *O&F* 2019, nr. 27, p. 5-27.

Oostwouder & Wessel 2015

W.J. Oostwouder & M. Wessel, 'Vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?', *O&F* 2015, nr. 23, p. 4-18.

Van Oven 1967

A. van Oven, 'Overzicht der Nederlandse rechtspraak, Vennootschapsrecht: III. Naamloze Vennootschap', *WPNR* 1967/4956, p. 292-295; *WPNR* 1967/4957, p. 306-308; *WPNR* 1967/4958, p. 316-319.

Van Oven 1981

A. van Oven, 'Overzicht der Nederlandse Rechtspraak, Naamloze en besloten vennootschap 1975-1980 (II)', *WPNR* 1981/5570, p. 419-427.

Overkleeft 2009

F.G.K. Overkleeft, 'Het agenderingsrecht voor aandeelhouders in beursvennootschappen: een aanzet tot (her)bezinning', *Ondernemingsrecht* 2009/167, p. 714-723.

Overkleeft 2011

F.G.K. Overkleeft, 'HR Inter Access: *food for thought* over procederen in enquêtezaken', *V&O* 2011, nr. 4, p. 78-82.

Overkleeft 2012

F.G.K. Overkleeft, 'HR ABN AMRO at 5: over de positie van aandeelhouders in beursvennootschappen', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 112), Deventer: Kluwer 2012, p. 191-224.

Peereboom-Bogers & Westra 2022

L.H.K. Peereboom-Bogers & M. Westra, 'De bijzondere zorgvuldigheidsplicht van de besloten vennootschap jegens 'externe' aandeelhouders', *MvO* 2022, nr. 3 & 4, p. 88-98.

Pitlo/Löwensteyn 1986

F.J.W. Löwensteyn, *Het rechtspersonenrecht* (Pitlo-serie, deel 1a), Arnhem: Gouda Quint 1986.

Pitlo/Raaijmakers 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* (Pitlo-serie, deel 2), Deventer: Kluwer 2006.

Pitlo/Raaijmakers 2017

M.J.G.C. Raaijmakers (m.m.v. G.T.M.J. Raaijmakers en W.J.M. van Veen), *Ondernemingsrecht* (Pitlo-serie, deel 2), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Prakke 1966

L. Prakke, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing', *AA* 1966, p. 278-288.

Prinsen 2008

L.L.M. Prinsen, 'Rechtspersoonlijkheid openbare personenvennootschappen, gevolgen voor de vennootschapsrechtelijke uitvoeringspraktijk', *TvOB* 2008, afl. 5, p. 119-131.

Prinsen 2013

L.L.M. Prinsen, *Open normen, belang en actie bij geschillen in besloten ledenverhoudingen. 'Scheidingsmelding' in het ondernemingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Quist 2022

P.H.N. Quist, 'De balans van de Flex-BV. Over het bijeenbrengen en -houden van vermogen van de BV', *WPNR* 2022/7389, p. 733-744.

Raaijmakers 2002a

M.J.G.C. Raaijmakers, 'HBG: de baggeroorlog', *AA* 2002, afl. 6, p. 433-441.

Raaijmakers 2002b

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Herziening van het Nederlandse ondernemingsrecht', *WPNR* 2002/6505, p. 683-692.

Raaijmakers 2012

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Inter Access: ontneming meerderheidsbelang bij onmiddellijke OK-voorziening', *AA* 2012, afl. 5, p. 372-378.

Raaijmakers 2014

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Cryo-Save: dreigende vijandige overname van een onbeschermde beurs-NV', *AA* 2014, afl. 2, p. 197-203.

Raaijmakers 2015

G.T.M.J. Raaijmakers, 'Tegenstrijdig belang na de invoering van de Wet Bestuur & Toezicht', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme & A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd: Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer en als vice-president van het Gerechtshof Amsterdam* (Prinsengrachtreeks), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 359-370.

Raaijmakers & Stoffels 2017

G.T.M.J. Raaijmakers & A.H. Stoffels, 'De aandeelhouders-commissaris en tegenstrijdig belang', *WPNR* 2017/7173, p. 961-968.

Raaijmakers & Van der Sangen 2011

M.J.G.C. Raaijmakers & G.J.H. van der Sangen, 'De positie van de directeur-groootaandeelhouder in het nieuwe BV-recht (Deel II)', *TvOB* 2011, afl. 5, p. 115-121.

Raaijmakers & Van der Sangen 2014

M.J.G.C. Raaijmakers & G.J.H. van der Sangen, 'Enquêterecht en beursvennootschappen: een anomalie?', *TvOB* 2014, afl. 3, p. 84-92.

Raaijmakers & Van der Sangen 2015

M.J.G.C. Raaijmakers & G.J.H. van der Sangen, 'Beleggersbescherming tussen Wft en NV-recht', *Ondernemingsrecht* 2015/112, p. 568-578.

Raaijmakers & Stoffels 2017

G.T.M.J. Raaijmakers & A.H. Stoffels, 'De aandeelhouders-commissaris en tegenstrijdig belang', *WPNR* 2017/7173, p. 961-968.

Rantanen 2016

J. Rantanen, 'Empirical Analysis of Judicial Opinions: Methodology, Metrics, and the Federal Circuit', *Connecticut Law Review* 2016, Vol. 49, No. 1, p. 227-291.

Reurich 2003

L. Reurich, 'Functies van redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht', *Bw-Krant Jaarboek* 2003/19, p. 91-100.

Reurich 2005

L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II. Vaagheid van normen* (diss. Leiden) (Meijers-reeks), Deventer: Kluwer 2005.

Rensen 2013

G.J.C. Rensen, 'Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk', *WPNR* 2013/6979, p. 458-463.

Rietveld 2013

S. Rietveld, 'De stemmende aandeelhouder begrensd: mag de aandeelhouder bij het uitoefenen van het stemrecht zijn eigen belangen volgen of dient hij rekening te houden met de belangen van anderen', *TOP* 2013, afl. 7, p. 272-277.

Rijken 1994

G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën Nieuwe BW, deel A5), Deventer: Kluwer 1994.

Rijsterborgh & Veldhoen 2015

A.J. Rijsterborgh & Z.D. Veldhoen, 'De onwenselijkheid van de toepassing van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en praktisch perspectief', *MvV* 2015, nr. 4, p. 99-105.

Ronse 1977

J. Ronse, 'Marginale toetsing in het privaatrecht', *TPR* 1977, afl. 2, p. 207-222.

De Roo 2021

K.H.M. de Roo, *Bestuur van rechtspersonen* (diss. Amsterdam VU) (ZIFO-reeks, deel 34), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Saldaña 2009

J. Saldaña, *The Coding Manual for Qualitative Researchers*, Thousand Oaks: SAGE Publications 2009.

Salemink & Nieuwe Weme 2022

T. Salemink & M.P. Nieuwe Weme, 'Bestuurlijk handelen bij tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2022/83, p. 583-594.

Sanders & Westbroek 1988

P. Sanders & W. Westbroek, *BV en NV: het nieuwe ondernemingsrecht* (Serie Recht en Praktijk, deel 23), Deventer: Kluwer 1988.

Sanders/Westbroek/Buijn & Storm 2005

P. Sanders/W. Westbroek (bewerkt door F.K. Buijn & P.M. Storm), *BV en NV. Het nieuwe ondernemingsrecht* (Serie Recht en Praktijk, deel 23), Deventer: Kluwer 2005.

Van der Sangen 2003

G.J.H. van der Sangen, 'Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen', *SV&V* 2003/1, p. 32-42.

Van der Sangen 2004

G.J.H. van der Sangen, 'Het enquêterecht als bron van nieuw ondernemingsrecht? (deel I)', *TvOB* 2004, afl. 1, p. 33-45.

Van der Sangen 2010

G.J.H. van der Sangen, 'Tegenstrijdigbelangperikelen: the saga continues?', *TvOB* 2010, afl. 2, p. 44-50.

Van der Sangen 2015

G.J.H. van der Sangen, 'Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid', *TvOB* 2015, afl. 5, p. 165-173.

Van der Sangen 2019

G.J.H. van der Sangen, 'Vermogensbescherming bij de coöperatie', in: B. Snijder-Kuipers & G.J.C. Rensen (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht - deel 2 - vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 132-2), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 235-263.

Schelhaas 2017

H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën BW, deel A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schild 2007a

A.J.P. Schild, 'De betekenis van artikel 1 Eerste Protocol voor het ondernemingsrecht', *NJCM-Bulletin* 2007, nr. 5, p. 603-624.

Schild 2007b

A.J.P. Schild, 'Aandeelhouders, schuldeisers en afgeleide schade', *Bb* 2007/49, p. 191-199.

Schild 2007c

A.J.P. Schild, 'Het begrip tegenstrijdig belang, Mediasafe revisited: HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 637 (Bruil Kombex)', *MvV* 2007, nr. 9, p. 178-185.

Schild 2011

A.J.P. Schild, 'Het evenredigheidsbeginsel in het ondernemingsrecht; de jurisprudentie van het EHRM als inspiratiebron', *Ondernemingsrecht* 2011/125, p. 619-625.

Schild 2013

A.J.P. Schild, 'Verslag van het congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht: ondernemingsrecht in tijden van crisis', *Ondernemingsrecht* 2013/68, p. 338-344.

Van Schilfgaarde 1972

P. van Schilfgaarde, *Van de naamloze en de besloten vennootschap*, Arnhem: S. Gouda Quint/D. Brouwer & Zoon 1972.

Van Schilfgaarde 1973

P. van Schilfgaarde, *Van de naamloze en de besloten vennootschap*, Arnhem: S. Gouda Quint/D. Brouwer & Zoon 1973.

Van Schilfgaarde 1976

P. van Schilfgaarde, *Van de naamloze en de besloten vennootschap*, Arnhem: Gouda Quint 1976.

Van Schilfgaarde 1981

P. van Schilfgaarde, *Van de naamloze en de besloten vennootschap*, Arnhem: Gouda Quint 1981.

Van Schilfgaarde 1990

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV naar het recht van 1992*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Van Schilfgaarde 1998

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Arnhem: Gouda Quint 1998.

Van Schilfgaarde 1999

P. van Schilfgaarde, 'Deel 4 van Hesselink', *WPNR* 1999/6377, p. 811-816.

Van Schilfgaarde 2016

P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 100), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Schilfgaarde/Winter 2001

P. van Schilfgaarde/J.W. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2001.

Van Schilfgaarde/Winter 2003

P. van Schilfgaarde/J.W. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2003.

Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2009

P. van Schilfgaarde/J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017

P. van Schilfgaarde/J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022

P. van Schilfgaarde/J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Schoenmaker-Tijsseling 2011

E. Schoenmaker-Tijsseling, 'Het recht van een individuele aandeelhouder op informatie', *TvOB* 2011, afl. 4, p. 83-89.

Schokkenbroek 1996

J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens: een onderzoek naar de toetsing aan de beperkingsclausules bij Europese vrijheidsrechten in de Europese en in de Nederlandse rechtspraak* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Schönau 2012

M. Schönau, 'Winstreservering door meerderheidsaandeelhouders en de grenzen van artikel 2:8 BW', *V&O* 2012, nr. 1, p. 16-19.

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schoordijk 1984

H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw* (Preadvies Studiekring Offerhaus), Deventer: Kluwer 1984.

Schoordijk 1986

H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (titel 1 t/m 5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986.

Schreurs & Eikelboom 2024

Ph.W. Schreurs & F. Eikelboom, 'De wettelijke geschillenregeling eindelijk volwassen. Een positief-kritische bespreking van Wagevoe 2.0', *Ondernemingsrecht* 2024/23, p. 129-138.

Schwarz 1995

C.A. Schwarz, 'Goede raad is duur; motiveringsplicht, hoorrecht en raadgevende stem bij ontslag van bestuurders', *WPNR* 1995/6190, p. 527-531.

Schwarz 2008

C.A. Schwarz, 'Tegenstrijdig belang in beweging; enige actuele ontwikkelingen in rechtspraak en wetgeving', *TvOB* 2008, afl. 3, p. 75-83.

Schwarz 2009

C.A. Schwarz, 'Statutaire of contractuele prijsfixatie bij overdracht van aandelen; wijzigende gezichtspunten en de rol van de redelijkheid en billijkheid', *TvOB* 2009, afl. 1, p. 14-21.

Schwarz 2018/2019

C.A. Schwarz, in: W.J.M. van Veen (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:107 BW, aant. 5; art. 2:107a BW, aant. 4 (online, actueel t/m 24-11-2019); art. 2:217 BW, aant. 4 (online actueel t/m 15-11-2018).

Schwarz 2021

C.A. Schwarz, 'Het karakter van het besluit en de wettelijke regeling van aantasting van besluiten', in: J.M. de Jongh e.a. (red.), *Bestuursbesluiten* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 9-23.

Scott 1955

W.A. Scott, 'Reliability of Content Analysis: The Case of Nominal Scale Coding', *The Public Opinions Quarterly* 1955, Vol. 19, No. 3, p. 321-325.

Senden 2023

S. Senden, 'De (geconflicteerde) bestuurder met een corporate opportunity', *MvO* 2023, nr. 3 & 4, p. 58-64.

Sinninghe Damsté & De Bruijn 2021

M.H.C. Sinninghe Damsté & K. de Bruijn, 'Een goede voorbereiding is het halve werk: het besluitvormingsproces, voorbereiding en vastlegging van besluiten en tegenstrijdig belang in de voorbereidingsfase', in: J.M. de Jongh e.a. (red.), *Bestuursbesluiten* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 149-171.

Smith 1998

C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm: een methodologisch onderzoek naar de betekenis van de feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publishing 1998.

Smits 1995

J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Smith & Kloosterhuis 2022

C.E. Smith & H.T.M. Kloosterhuis, 'De betekenis van de concepten beslissingsruimte, beslissingsvrijheid en marginale toetsing: Een verhullend woordenspel?', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter* (Serie Staat en Recht, deel 54), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 31-48.

Snijder-Kuipers 2021

B. Snijder-Kuipers, in: W.J.M. van Veen (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:19 BW, aant. 1 (online, actueel t/m 10-03-2021).

Snijder-Kuipers & Brink-van der Meer 2021

B. Snijder-Kuipers & J.E. Brink-van der Meer, in: W.J.M. van Veen (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:216 BW, aant. 1.1; aant. 4 (online, actueel t/m 15-08-2021); art. 2:206/206a/208 BW, aant. 1 & 2 (online, actueel t/m 15-03-2021).

Snijders 1999

W. Snijders, 'M.W. Hesselink, De redelijkheid in het Europese privaatrecht. Diss: Utrecht, 1999. Deventer: Kluwer, 1999. ISBN 9026834640', *WPNR* 1999/6376, p. 792-798.

Snijders 2012

H.J. Snijders, 'Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992', *AA* 2012, afl. 10, p. 771-778.

Snijders 2014

W. Snijders, 'Good Faith as a Dutch and as a European Concept', in: A.S. Hartkamp e.a., *The Influence of EU Law on National Private Law* (Onderneming en Recht, nr. 81-I), Deventer: Kluwer 2014.

Van Solinge 1994

A.G. van Solinge, 'Vergaderorde', in: R.J.C. van Helden e.a., *Problemen rondom de algemene vergadering* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 45), Deventer: Kluwer 1994, p. 41-50.

Van Solinge 2002

G. van Solinge, 'Onmiddellijke voorzieningen in enquête: wordt de Ondernemingskamer een 'echte' kortgedingrechter?', *WPNR* 2002/6476, p. 145-146.

Van Solinge, Van Olffen & Nieuwe Weme 2010

G. van Solinge, M. van Olffen & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Geschillen in de vennootschap* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105), Deventer: Kluwer 2010.

Stemler 2000

S. Stemler, 'An overview of content analysis', *Practical Assessment, Research and Evaluation* 2000, Vol. 7, Article 17, p. 1-6.

Stevens 2015

B. Stevens, 'De vaststelling van een redelijk dividend(beleid)', *V&O* 2015, nr. 6, p. 89-93.

Stokkermans 2008

C.M. Stokkermans, 'Beslotenheid en extraverbintenissen', in: B.F.P. Lhoëst & N.J.M. Sjerps (red.), *Het nieuwe BV-recht voor de praktijk* (preadvies KNB), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 107-167.

Stokkermans 2010

Chr.M. Stokkermans, 'Vernietiging van besluiten', *V&O* 2010, nr. 10, p. 177-182.

Stokkermans 2012

Chr.M. Stokkermans, 'Verantwoorde uitkeringen', *WPNR* 2012/6933, p. 415-418.

Stokkermans 2017

Chr.M. Stokkermans, 'Tegenstrijdig belang bij de rechtspersoon? Realistisch aanpakken', *WPNR* 2017/7173, p. 942-952.

Storm 2018

P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

Van Straten 2020

P.S. van Straten, 'Het civielrechtelijke toepassingsbereik van de evenwichtige belangenafweging', *TPV* 2020, afl. 1, p. 9-19.

Terstegge 2019

J.A. Terstegge, 'Das Leben der Anderen', *WPNR* 2019/7259, p. 795-802.

Terstegge 2022

J.A. Terstegge, *Beperking van de bestuursbevoegdheid bij de naamloze en besloten vennootschap* (diss. Rotterdam) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 127), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Tervoort e.a. 2017

A.J.S.M. Tervoort e.a., *Familievennootschappen* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 107), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Thomae & Koster 2018

L. Thomae & H. Koster, 'De codificatie van gedragsnormen in het Nederlandse rechtspersonenrecht: een gewenste ontwikkeling?', *MvO* 2018, nr. 8 & 9, p. 241-248.

Tienstra & Oostwouder 2014

K.L. Tienstra & W.J. Oostwouder, 'Corporate Governance en belangenconflicten van bestuurders bij openbare biedingen', *O&F* 2014, nr. 22, p. 44-61.

Timmerman 1988

L. Timmerman, 'Het aan ondernemingen toekomende recht op geheimhouding', in: J.H. Christiaan e.a. (red.), *Tot vermaak van Slagter: Feestbundel aangeboden aan Prof. mr. W.J. Slagter, ter gelegenheid van zijn 65^e verjaardag*, Deventer: Kluwer 1988, p. 307-320.

Timmerman 2003

L. Timmerman, 'Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief. Over het onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen', *Ondernemingsrecht* 2003/15, p. 555-562.

Timmerman 2006

L. Timmerman, 'Impliceert beperkte toetsing door de rechter ook beperkte verantwoordelijkheid?', *Ondernemingsrecht* 2006/101, p. 334-337.

Timmerman 2009

L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht' (oratie Rotterdam), *Ondernemingsrecht* 2009/2, p. 4-13.

Timmerman 2013

L. Timmerman, 'Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad', *WPNR* 2013/6969, p. 245-248.

Timmerman 2014

L. Timmerman, 'Rechtsvinding in een meergelaagd en door crisissen geplaagd ondernemingsrecht', in: P. van Schilfgaarde e.a., *Ondernemingsrecht in tijden van crisis* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 96), Deventer: Kluwer 2014, p. 135-146.

Timmerman e.a. 2016

L. Timmerman e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Timmerman 2023a

L. Timmerman, 'Terug naar Bruil', *Ondernemingsrecht* 2023/1, p. 1-2.

Timmerman 2023b

L. Timmerman, 'Artikel 2:8 BW, zorgplichten en de rol van de rechter', *Ondernemingsrecht* 2023/48, p. 349-353.

Timmerman 2023c

L. Timmerman, 'Een kijkje in de wording van het hedendaagse vennootschapsrecht: tweehonderd vergaderingen van de Commissie vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2023/69, p. 483-489.

Timmerman 2023d

L. Timmerman, 'Een paar opmerkingen over open normen in het ondernemingsrecht oftewel hoe maak je van een open norm een halfopen norm?', in: L. Timmerman e.a., *De rol van open normen in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 130), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 1-12.

Timmerman 2024

L. Timmerman, 'Denken over vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2024/15, p. 73-78.

Timmerman Sdu Commentaar

L. Timmerman, in: B. Bier e.a. (red.), *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 8 – Burgerlijk Wetboek Boek 2, aant. 1; aant. 5; aant. 6 (online, bijgewerkt tot 20-02-2024).

Timmermans 2023

R.A.F. Timmermans, 'De positie van de aandeelhouder bij de uitgifte van aandelen door de besloten vennootschap', in: P. van Es e.a. (red.), *Hulde aan Huijgen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.G. Huijgen ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 301-313.

Tjong Tjin Tai 2006

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006.

Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022

T.F.E. Tjong Tjin Tai & P.W.J. Verbruggen, 'Onderzoeksmethoden in de rechtswetenschap. Over pluraliteit en vernieuwing', *NJB* 2022, afl. 1, p. 4-12.

Traas 2010

L. Traas, 'Marginale toetsing, bedrijfseconomische normen en het rapport van onderzoekers in enquêteprocedures', in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102), Deventer: Kluwer 2010, p. 407-418.

Uniken Venema 1980

C.AE. Uniken Venema, 'Corporate opportunities; aspecten van loyaliteit in het kader van een onderneming naar Amerikaans en Nederlands recht', in: B. Baardman e.a. (red.), *Jurist in bedrijf: opstellen van bedrijfsjuristen bij het 50-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 1980, p. 167-195.

Valk 1992

W.L. Valk, 'Recht en billijkheid: de zin en de legitimiteit van het voorlopige rechtsoordeel', in: J.H. Nieuwenhuis & A.R. Bloembergen, *Als een goed huisvader. Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 1992, p. 45-55.

Van Veen 2015

W.J.M. van Veen, 'De betekenis van de jaarrekening bij uitkering aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden bij de B.V.', *TvOB* 2015, afl. 1, p. 19-26.

Van Veen 2022

W.M.J. van Veen, 'Art. 2:107a BW – wel of niet analoog van toepassing op de BV? Hof Amsterdam, 7 april 2021 ECLI:NL:GHAMS:2021:1018 (*Human Concern*)', *WPNR* 2022/7383, p. 615-619.

Veenstra 2013

F. Veenstra, 'Minderheidsaandeelhouders in opstand tegen tegenstrijdig belangtransacties: maar hoe?', *WPNR* 2013/6970, p. 265-273.

Veenstra 2015

F. Veenstra, 'Overleven dankzij het enquêterecht', *TvI* 2015/7, p. 40-50.

Verbruggen 2021

P.W.J. Verbruggen (red.), *Methoden van systematische rechtspraakanalyse. Tussen juridische dogmatiek en data science*, Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Verbrugh 2007

M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar juridische fusie, splitsing en omzetting* (diss. Rotterdam) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 58), Deventer: Kluwer 2007.

Verburg 2024

L.G. Verburg, *De bestuurder van de NV of BV* (Serie Onderneming en Recht, deel 152), Deventer: Wolters Kluwer 2024.

Verdam 1995

A.F. Verdam, *Corporate Opportunities. Over de toeëigening door functionarissen van aan de vennootschap toebehorende business opportuniteiten* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Verdam 2005

A.F. Verdam, 'Tegenstrijdig belang en de rol van de aandeelhoudersvergadering, in het bijzonder bij beursvennootschappen', *WPNR* 2005/6626, p. 505-513.

Verdam 2015a

A.F. Verdam, 'Iets over de verhouding tussen de institutionele opvatting, het vennootschapsbelang en de norm van redelijkheid en billijkheid, mede in relatie tot bestuurders, commissarissen en aandeelhouders', in: A.F. Verdam e.a., *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak* (ZIFO-reeks, deel 16), Wolters Kluwer 2015, p. 67-78.

Verdam 2015b

A.F. Verdam, 'Iets over de verhouding tussen de institutionele opvatting, het vennootschapsbelang en de norm van de redelijkheid en billijkheid, mede in relatie tot bestuurders, commissarissen en aandeelhouders', *WPNR* 2015/7062, p. 430-436.

Verdam 2017

A.F. Verdam, 'Schending van art. 2:8 BW en onrechtmatige daad', *WPNR* 2017/7163, p. 691-700.

Verdam 2019

A.F. Verdam, 'Het bestuur van de dochter in concernverband', *Ondernemingsrecht* 2019/77, p. 400-410.

Verlaan & Van de Beek 2019

F.T. Verlaan & A. van de Beek, 'Het sanctioneren van leden van sportverenigingen wegens een gedraging in de privésfeer: een brug te ver?', *TvS&R* 2019, nr. 1 & 2, p. 1-6.

Vink 2023

A.W.H. Vink, 'Het verhaal Zwagerman', in: L. Timmerman e.a., *De rol van open normen in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 130), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 141-150.

Vink 2023a

M.Y. Nethe, 'Verslag van de discussie', in: L. Timmerman e.a., *De rol van open normen in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 130), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 151-176.

Vletter-van Dort 2001

H.M. Vletter-van Dort, *Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking* (diss. Utrecht) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 37), Deventer: Kluwer 2001.

Vletter-van Dort 2012

H.M. Vletter-van Dort, 'Informatierechten van de aandeelhoudersvergadering en de individuele aandeelhouder: een update', in: P.J. van der Korst, R. Abma & G.T.M.J. Raaijmakers (red.), *Handboek onderneming en aandeelhouder* (Serie Onderneming en Recht, deel 69), Deventer: Kluwer 2012, p. 209-246.

Vols & Jacobs 2017

M. Vols & J. Jacobs, 'Juristen als rekenmeesters: over de kwantitatieve analyse van jurisprudentie', in: P. van den Berg & G. Molier (red.), *In dienst van het recht: Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.G. Brouwer ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Algemene Rechtswetenschap aan de Rijksuniversiteit Groningen (Brouwer bundel)*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 89-104.

Ten Voorde 2006

H. ten Voorde, *Deponering, publicatie en verzet. Een onderzoek naar de procedures rond vereffening, omzetting, kapitaalvermindering, fusie, splitsing en beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid uit een 403-verklaring* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 89), Deventer: Kluwer 2006.

Vriend 2023

M. Vriend, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:2 BW, aant. 3.7 (online, actueel t/m 21-04-2023).

Vries 2010

P.P. de Vries, *Exit rights of minority shareholders in a private limited company* (diss. Groningen) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 72), Deventer: Kluwer 2010.

Van Vught 2018

K.A.M. van Vught, 'De totstandkoming en uitleg van besluiten. Een vloeiende lijn tussen Boek 2, Haviltex en cao?', *AA* 2018, afl. 6, p. 449-460.

Van Vught 2019a

K.A.M. van Vught, 'De rechtspersoon wikt, de rechter beschikt? Over de rechter die voor de rechtspersoon besluiten neemt (i)', *WPNR* 2019/7240, p. 406-414.

Van Vught 2019b

K.A.M. van Vught, 'De rechtspersoon wikt, de rechter beschikt? Over de rechter die voor de rechtspersoon besluiten neemt (ii, slot)', *WPNR* 2019/7241, p. 436-444.

Van Vught 2020

K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 162), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Van Vught 2022

K.A.M. van Vught, 'Algemene overwegingen over tegenstrijdig belang', *WPNR* 2022/7384, p. 621-623.

Waaijer 1993

B.C.M. Waaijer, *Statuten en statutenwijziging* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 41), Deventer: Kluwer 1993.

Wachter & Timmerman 1987

B. Wachter & L. Timmerman, 'Overzicht der Nederlandse rechtspraak. Vennootschapsrecht 1983-1984 (V, slot)', *WPNR* 1987/5813, p. 39-41.

Wareman 2022

J. Wareman, 'Conflicterende belangen, de OK wijst een overzichtsbeschikking', *MvO* 2022, nr. 8 & 9, p. 249-258.

Wees & Eikelboom 2018

A. van Wees & F. Eikelboom, 'Overvloed en onbehagen aan het IJdok; kroniek enquêterecht 2017', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 152), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 45-143.

Van der Werf 1982

H.G. van der Werf, *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht: enkele beschouwingen over goede trouw, redelijkheid en billijkheid in het huidige en het komende contractenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1982.

Wiarda 1963

G.J. Wiarda, 'Drie typen van rechtsvinding. Rechters als spreekbuis der wet, als wetsvertolkers en als „goede mannen”, oordelend naar billijkheid', in: A. van Duinkerken e.a., *Een bundel gedachten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 130-176.

Wiarda 1972

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.

Wiarda 1980

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980.

Wiarda 1988

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Wiarda/Koopmans 1999

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (bewerkt door T. Koopmans), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Wiersma & Hampsink 2019

K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 149-170.

Van Wijk 1959

H.D. van Wijk, *Voortgaande terugtred* (oratie Amsterdam VU), Alphen aan den Rijn: Samsom 1959.

Van Wijk 2007

J.W.H. van Wijk, 'De Hoge Raad en het enquêterecht: een overzicht', *Ondernemingsrecht* 2007/117, p. 386-398.

Van Wijk-Verhagen 2018

E. van Wijk-Verhagen, *Redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht, meer in het bijzonder in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht. Wonderolie van flexibiliteit of gif van rechtsonzekerheid* (diss. Utrecht) (Familie en Recht, nr. 18), Den Haag: Boom Juridisch 2018.

Willems 2000

J.H.M. Willems, 'Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in rechtspraak van de Ondernemingskamer', *ArbeidsRecht* 2000, afl. 3, p. 6-13.

Willems 2017

J.H.M. Willems, 'Na bijna zestien jaar: een enkele opmerking over toetsing van bescherming door de Ondernemingskamer', in: C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht: Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 150), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 369-381.

Willems 2022

J.H.M. Willems, 'Noodzaakfinanciering', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Handboek Enquêterecht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 1091-1114.

Williamson 1979

O.E. Williamson, 'Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations', *The Journal of Law & Economics* 1979, Vol. 22, No. 2, p. 233-261.

De Wolf 1979

A.L. de Wolf, *Veranderende omstandigheden* (Studiepockets privaatrecht, nr. 18), Zwolle: Tjeenk Willink 1979.

Wolf 2013

R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (diss. Maastricht) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 116), Deventer: Kluwer 2013.

Wolf 2014

R.A. Wolf, 'De certificaathouder zonder vergaderrecht, de kring van betrokkenen en vernietiging van besluiten', *Ondernemingsrecht* 2014/2, p. 3-10.

Wolters 2013a

P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 77), Deventer: Kluwer 2013.

Wolters 2013b

P.T.J. Wolters, 'De invloed van rechterlijke uitspraken en de wet op de werking van de redelijkheid en billijkheid in het licht van rechtszekerheid', *WPNR* 2013/6993, p. 933-940.

Wolters 2015

P.T.J. Wolters, 'De strikken van de redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 2015/7045, p. 33-38.

Wuisman 2015

I.S. Wuisman, 'Aandeelhoudersovereenkomsten bij de persoonsgebonden BV als samenwerkingsverband', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *De meerpartijenovereenkomst* (E.M. Meijers Instituut, nr. MI-245), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 255-284.

Wuisman 2020

I.S. Wuisman, 'Bestuur en besluitvorming', in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2020-2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 195-209.

Yung 2010

C.R. Yung, 'Judged by the Company You Keep: An Empirical Study of the Ideologies of Judges on the United States Courts of Appeals', *Boston College Law Review* 2010, Vol. 51, Iss. 4, p. 1133-1208.

Zaal 2014

I. Zaal, 'Naleving van de Fusiegedragsregels: van openbare berisping naar harde sancties?', *Ondernemingsrecht* 2014/128, p. 648-653.

Van Zaltbommel 1993

L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: Tjeenk Willink 1993.

Zaman 2016

D.F.M.M. Zaman, 'Boekbespreking: Asser-Serie, Rechtspersonenrecht, De rechtspersoon, 9e druk, ISBN 9789013037524', *WPNR* 2016/7092, p. 89-95.

Zaman & Kruisinga 2014

D.F.M.M. Zaman & S.A. Kruisinga, 'Uitleg van statuten', *TvOB* 2014, afl. 6, p. 182-191.

Jurisprudentie

Hoge Raad der Nederlanden

- HR 13 november 1936, *NJ* 1937/182, m.nt. E.M. Meijers (*Dienstplichtige De Boer*).
- HR 14 november 1940, *NJ* 1941/321 (*Maas/Amazon*e).
- HR 9 januari 1941, *NJ* 1941/528, m.nt. P. Scholten (*Willink/Ter Kuile*).
- HR 13 februari 1942, *NJ* 1942/360 (*Baus/De Koedoe I*).
- HR 21 mei 1943, *NJ* 1943/484 (*Baus/De Koedoe II*).
- HR 25 februari 1949, *NJ* 1949/558 (*Doetinchemse woonruimteverordening*).
- HR 1 april 1949, *NJ* 1949/465, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Doetinchemse IJzergieterij*).
- HR 27 januari 1956, *NJ* 1956/48 (*Unipart*).
- HR 4 maart 1960, *NJ* 1962/6 (*Stoomzuivelfabriek Salland*).
- HR 22 december 1961, *NJ* 1962/43, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Ariëns/Van de Loo*).
- HR 11 januari 1963, *NJ* 1964/433 (*Rubber Cultuur Mij.*).
- HR 30 oktober 1964, *NJ* 1965/107, m.nt. G.J. Scholten (*Mante*).
- HR 12 februari 1965, *NJ* 1965/139, m.nt. D.J. Veegens (*Fabisch/Pintsch Bamag Nederland*).
- HR 15 juli 1968, *NJ* 1969/101, m.nt. G.J. Scholten (*Wijsmuller*).
- HR 22 juni 1973, *NJ* 1974/61, m.nt. B. Wachter (*Patrimonium/Reijers*).
- HR 19 maart 1976, *NJ* 1978/52, m.nt. B. Wachter (*Smits/Van Rees*).
- HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/634, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).
- HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985/375, m.nt. J.M.M. Maeijer; *AA* 1985/0141, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Sjardin/Sjartec*).
- HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990/308, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ellem/De Bruin*).
- HR 9 juli 1990, *NJ* 1991/51, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Sluis*).
- HR 17 mei 1991, *NJ* 1991/645, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2022/141, m.nt. S.M. Bartman (*Lampe/Tonnema*).
- HR 19 maart 1993, *NJ* 1994/92, m.nt. E.A.A. Luijten (*Nederrijn/Cornelis*).
- HR 31 december 1993, *NJ* 1994/436, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van den Berge/Verenigde Bootlieden*).
- HR 10 maart 1995, *NJ* 1995/595, m.nt. J.M.M. Maeijer; *AA* 1995/0788, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Janssen Pers*).
- HR 22 maart 1996, *NJ* 1996/568, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Mediasafe I*).
- HR 18 april 1997, *NJ* 1997/609, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van der Giessen/A.C.V. Beveiligingstechniek*).
- HR 1 juli 1997, *NJ* 1997/685 (*Kolkman/Cornelisse*).
- HR 11 september 1998, *NJ* 1999/171, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Mediasafe II*).
- HR 25 februari 2000, *NJ* 2000/471, m.nt. A.R. Bloembergen (*Frans Maas*).
- HR 17 november 2000 *NJ* 2001/580, m.nt. J. Hijma (*Breezand/Veere*).
- HR 19 oktober 2001, *NJ* 2002/92, m.nt. J.M.M. Maeijer (*FTS/Skytech*).
- HR 1 maart 2002, *ARO* 2002/40; *NJ* 2002/296, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2002/79, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Zwagerman Beheer*).

HR 3 mei 2002, *NJ* 2002/393, m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR* 2002/111, m.nt. F.J.P. van den Ingh; *Ondernemingsrecht* 2002/38, m.nt. M.E. Honée (*Brandao/Joral*).

HR 28 juni 2002, *ARO* 2002/103.

HR 26 september 2003, *NJ* 2004/21 (*W./W. e.a.*).

HR 12 december 2003, *NJ* 2004/117 (*HIV-onderzoek*).

HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

HR 9 juli 2004, *NJ* 2004/519, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Duplicado*).

HR 6 januari 2006, *NJ* 2006/301, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Gemeente Beuningen/VvE*).

HR 17 februari 2006, *NJ* 2006/378, m.nt. M.M. van Mendel (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).

HR 15 december 2006, *ARO* 2007/1.

HR 23 maart 2007, *NJ* 2007/333, m.nt. M.R. Mok (*ABN AMRO/Van Velzen*).

HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2007/169, m.nt. S.M. Bartman & A.F.J.A. Leijten (*Bruil*).

HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970; *NJ* 2007/434, m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABN AMRO*).

HR 14 september 2007, *NJ* 2007/612, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Versatel III*).

HR 29 februari 2008, *NJ* 2008/144 (*Café Bar Caribbean*).

HR 21 maart 2008, *NJ* 2008/297, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Nieuwe Steen/Uoti*).

HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Effectenlease Dexia, De Treek/Dexia*).

HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, m.nt. P van Schilfgaarde (*ASMI II*).

HR 28 januari 2011, *NJ* 2011/167, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Staalbankiers/Elko*).

HR 25 februari 2011, *NJ* 2011/335 (*Marigot/Inter Access*).

HR 8 april 2011, *ARO* 2011/66.

HR 10 oktober 2011, *NJ* 2012/110, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Welie/M.E. Beheer*).

HR 13 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4969.

HR 15 juni 2012, *NJ* 2015/155, m.nt. J.B.M. Vranken (*PwC/Veldhuyzen van Zanten Beheer*).

HR 29 maart 2013, *ARO* 2013/97.

HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145; *NJ* 2013/461, m.nt. P. van Schilfgaarde (*VEB/KLM*).

HR 14 juni 2013, *NJ* 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplan*).

HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797/799/804/808; *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Cancun*).

HR 11 april 2014, *ARO* 2014/100.

HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574.

HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2578.

HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:597.

HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:652 (*Boskalis/Fugro*).

HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, *AR-updates* 2018/0611, m.nt. L.C.J. Sprengers (*OR/Holland Casino*).

HR 10 februari 2023, *JOR* 2023/119, m.nt. B. Kemp; *NJ* 2023/166, m.nt. H.J. de Kluiver (*Cordial*).

HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:409; *JOR* 2023/174, m.nt. S.M. Bartman (*M.E. Beheer*).

HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1283 (*Funda*).

Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam

Hof Amsterdam (OK) 21 september 1978, *NJ* 1979/403, m.nt. J.M.M. Maeijer.

Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, *NJ* 1981/271, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Lingeziekenhuis*).

Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, *NJ* 1984/481, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2022/56, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Linders/Hofstee*).

Hof Amsterdam (OK) 3 december 1987, *NV* 1988 (*Ogem*).

Hof Amsterdam (OK) 24 januari 1991, *NJ* 1991/224 (*Sluis BV*).

Hof Amsterdam (OK) 15 september 1994, *TVVS* 1995/28, m.nt. Th.S. IJsselmuiden (*Kerstens*).

Hof Amsterdam (OK) 2 november 1995, *NV* 1996 (*Hoegen-van 't Hoff*).

Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1998, *NJ* 1999/348; *TVVS* 1998/173, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Zwagerman Beheer*).

Hof Amsterdam (OK) 13 januari 2000, *JOR* 2000/96A.

Hof Amsterdam (OK) 27 januari en 15 februari 2000, *JOR* 2000/74 (*Skygate*).

Hof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, *JOR* 2000/167 (*MMP/Van Hoosden Consultancy*).

Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, *JOR* 2000/125 (*Leather Design Van der Eerden*).

Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2000, *JOR* 2000/209.

Hof Amsterdam (OK) 3 november 2000, *JOR* 2001/3 (*Tikus*).

Hof Amsterdam (OK) 16 november 2000, *JOR* 2001/9.

Hof Amsterdam (OK) 30 november 2000, *JOR* 2001/4, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Zwagerman Beheer*).

Hof Amsterdam (OK) 22 december 2000, *JOR* 2001/32 (*Outdoor Life Products*).

Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, *JOR* 2001/34, m.nt. M. Brink (*VIBA*).

Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, *JOR* 2001/35 (*Skygate*).

Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*).

Hof Amsterdam (OK) 25 januari 2001, *JOR* 2001/82.

Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2001, *JOR* 2001/89.

Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2001, *JOR* 2001/106 (*Hercules Bennekom*).

Hof Amsterdam (OK) 8 maart 2001, *JOR* 2001/107.

Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2001, *JOR* 2001/130 (*Duo Staal*).

Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2001, *JOL* 2001/607.

Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2001, *JOR* 2001/184 (*EMO Groep*).

Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2001, *JOR* 2001/204 (*Flora Beheer*).

Hof Amsterdam (OK) 25 juli 2001, *JOL* 2001/613.

Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, *JOL* 2001/625 (*Village Scaldia*).

Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2001, *JOL* 2001/630.

Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/208 (*De Merwede*).

Hof Amsterdam (OK) 10 september 2001, *JOR* 2001/209 (*Naaykens*).

Hof Amsterdam (OK) 3 oktober 2001, *JOR* 2001/264.

Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD5812; *JOR* 2002/6, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Decidewise*).

Hof Amsterdam (OK) 21 december 2001, *JOR* 2002/57 (*Egbouw Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 3 januari 2002, *ARO* 2002/1.

Hof Amsterdam (OK) 3 januari 2002, *ARO* 2002/25.

Hof Amsterdam (OK) 4 januari 2002, *ARO* 2002/12.

Hof Amsterdam (OK) 10 januari 2002, *ARO* 2002/8 (*Elenes*).

Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2002, *ARO* 2002/20.

Hof Amsterdam (OK) 31 januari 2002, *ARO* 2002/21.

Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2002, *JOR* 2002/124 (*Triple P*).

Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2002, *ARO* 2002/30.

Hof Amsterdam (OK) 11 april 2002, ARO 2002/87.
Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2002, ARO 2002/67.
Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, ARO 2002/58 (*Broadnet*).
Hof Amsterdam (OK) 22 mei 2002, ARO 2002/52 (*Mega Electra Groep Amsterdam*).
Hof Amsterdam (OK) 12 juni 2002, ARO 2002/63 (*InterXion*).
Hof Amsterdam (OK) 2 juli 2002, ARO 2002/93 (*Engineering Systems International*).
Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2002, ARO 2002/98.
Hof Amsterdam (OK) 18 juli 2002, ARO 2002/137.
Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, ARO 2002/142.
Hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2002, ARO 2002/139.
Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 2002, ARO 2002/151 (*Case Packing Sales Europe*).
Hof Amsterdam (OK) 26 september 2002, ARO 2002/153 (*Bolle Technofast*).
Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2002, ARO 2002/155 (*Modemagazijnen Weduwe J. van den Berg*).
Hof Amsterdam (OK) 21 november 2002, ARO 2002/188.
Hof Amsterdam (OK) 26 november 2002, ARO 2002/178.
Hof Amsterdam (OK) 29 november 2002, ARO 2002/180 (*Alcas*).
Hof Amsterdam (OK) 2 december 2002, ARO 2002/182 (*MicroCash*).
Hof Amsterdam (OK) 2 december 2002, ARO 2002/183 (*Erts Jura Investments*).
Hof Amsterdam (OK) 12 december 2002, ARO 2003/4 (*Ed Ros & Wanink*).
Hof Amsterdam (OK) 30 december 2002, ARO 2003/18 (*Aesculaap Beheer*).
Hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, ARO 2003/9.
Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, ARO 2003/47 (*Corus Nederland*).
Hof Amsterdam (OK) 10 april 2003, ARO 2003/71 (*Gerd Herbert Hoffman/Gerd Hoffman*).
Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2003, ARO 2003/81 (*Bosbo*).
Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2003, ARO 2003/94 (*Interieurbouw Tom*).
Hof Amsterdam (OK) 20 juni 2003, ARO 2003/110.
Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2003, ARO 2003/126 (*LHT Finance House*).
Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2003, ARO 2003/128 (*Wireless*).
Hof Amsterdam (OK) 22 september 2003, ARO 2003/159 (*I.H.D. Schiphol Services*).
Hof Amsterdam (OK) 27 november 2003, ARO 2004/1.
Hof Amsterdam (OK) 28 november 2003, ARO 2003/184.
Hof Amsterdam (OK) 5 december 2003, ARO 2003/185 (*Van Doorn Corporate Development Group*).
Hof Amsterdam (OK) 10 december 2003, ARO 2003/186 (*ERU Beheer*).
Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2004, ARO 2004/8.
Hof Amsterdam (OK) 19 januari 2004, ARO 2004/22 (*Virtual Affairs*).
Hof Amsterdam (OK) 20 januari 2004, ARO 2004/19.
Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2004, ARO 2004/34 (*Headscanning Patent*).
Hof Amsterdam (OK) 18 maart 2004, ARO 2004/50.
Hof Amsterdam (OK) 16 april 2004, ARO 2004/57.
Hof Amsterdam (OK) 28 april 2004, ARO 2004/64 (*SCUA Holding*).
Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2004, ARO 2004/71.
Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2004, ARO 2004/77 (*Cabarra*).
Hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, ARO 2005/5 (*Het Bouwburo*).
Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2005, ARO 2005/9 (*S.H.G.P. Tussenholding*).

Hof Amsterdam (OK) 15 maart 2005, *JOR* 2005/88 (*EMBA*).

Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/62 (*Karst Beheer*).

Hof Amsterdam (OK) 20 april 2005, *ARO* 2005/64 (*Callactive*).

Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2005, *ARO* 2005/86 (*Parkeer Groep Nederland*).

Hof Amsterdam (OK) 24 juni 2005, *ARO* 2005/102 (*Force Europe*).

Hof Amsterdam (OK) 22 juli 2005, *ARO* 2005/121 (*Arthromed*).

Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2005, *ARO* 2005/132.

Hof Amsterdam (OK) 2 augustus 2005, *ARO* 2005/153 (*De Hasker Appelhof*).

Hof Amsterdam (OK) 2 augustus 2005, *ARO* 2005/155.

Hof Amsterdam (OK) 17 augustus 2005, *ARO* 2005/168 (*Schrums*).

Hof Amsterdam (OK) 18 augustus 2005, *ARO* 2005/161 (*Dubbelhuis*).

Hof Amsterdam (OK) 15 november 2005, *ARO* 2005/194 (*Global Green*).

Hof Amsterdam (OK) 16 november 2005, *ARO* 2005/195.

Hof Amsterdam (OK) 16 november 2005, *ARO* 2005/196 (*UMI*).

Hof Amsterdam (OK) 29 november 2005, *ARO* 2005/210 (*Dyna Music Systems*).

Hof Amsterdam (OK) 5 december 2005, *ARO* 2005/213.

Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2006, *ARO* 2006/26 (*Finoren Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2006, *ARO* 2006/46 (*Van Baarsen Halfweg*).

Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2006, *ARO* 2006/47 (*Beheermaatschappij Trial*).

Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2006, *ARO* 2006/56 (*Carboply*).

Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, *ARO* 2006/58 (*CDG Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2006, *ARO* 2006/65 (*T&L Verzekeringen*).

Hof Amsterdam (OK) 28 april 2006, *ARO* 2006/73 (*Drukkerij Bevrijding*).

Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2006, *ARO* 2006/97 (*Bonne Route Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWI Beheer*).

Hof Amsterdam (OK) 6 juli 2006, *ARO* 2006/137 (*Taxi Centrale Amsterdam*).

Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, *ARO* 2006/132 (*Selles Beheer*).

Hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145 (*TriQorp*).

Hof Amsterdam (OK) 2 augustus 2006, *ARO* 2006/147.

Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, *ARO* 2006/166 (*UMI*).

Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2006, *ARO* 2006/169.

Hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/171 (*Makelaarskantoor H. Post*).

Hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/192.

Hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/195 (*Elf*).

Hof Amsterdam (OK) 27 november 2006, *ARO* 2006/196.

Hof Amsterdam (OK) 5 december 2006, *ARO* 2006/198 (*SDN Participatie*).

Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, *ARO* 2007/33 (*GreenSwan*).

Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2007, *ARO* 2007/34 (*De Benpuck Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/43; *JOR* 2007/141, m.nt. E. Schmieman (*Dialog ID*).

Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/45 (*Gebr. Bleijlevens Heerlen*).

Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/46 (*ITpreneurs*).

Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2007, *ARO* 2007/66.

Hof Amsterdam (OK) 13 april 2007, *ARO* 2007/71 (*Vendenco*).

Hof Amsterdam (OK) 24 mei 2007, *ARO* 2007/83 (*KBK Beheer*).

Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2007, *ARO* 2007/84.

Hof Amsterdam (OK) 18 juni 2007, *ARO* 2007/98 (*Rubalas*).

Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2007, *ARO* 2007/103 (*2H Media*).

Hof Amsterdam (OK) 12 juli 2007, *ARO* 2007/119.

Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2007, *ARO* 2007/122 (*Technoton Construction*).

Hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, *ARO* 2007/135 (*Callisto*).

Hof Amsterdam (OK) 27 september 2007, *ARO* 2007/161 (*Heem Estate*).

Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2007, *ARO* 2007/165 (*A.I.M. Opleidingen*).

Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2007, *ARO* 2007/181.

Hof Amsterdam (OK) 5 november 2007, *ARO* 2007/172 (*Fit & Healthclub d'r Pool*).

Hof Amsterdam (OK) 27 november 2007, *ARO* 2007/190 (*B&A Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 17 december 2007, *ARO* 2008/10 (*De Hasker Appelhof Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/6 (*Secure Internet Machines*).

Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/7 (*Flexchemie*).

Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2008, *ARO* 2008/37 (*Vendenco*).

Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2008, *ARO* 2008/39 (*AGT Solutions*).

Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, *ARO* 2008/49 (*MBV*).

Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2008, *ARO* 2008/55 (*Venema en Noppe Gerechtsdeurwaarders*).

Hof Amsterdam (OK) 4 april 2008, *ARO* 2008/80 (*Kliniek Holystaete Heerenveen*).

Hof Amsterdam (OK) 6 mei 2008, *ARO* 2008/88 (*Wilmont*).

Hof Amsterdam (OK) 7 mei 2008, *ARO* 2008/89 (*Vialle Alternative Fuel Systems*).

Hof Amsterdam (OK) 19 mei 2008, *ARO* 2008/104 (*Elephas Consulting*).

Hof Amsterdam (OK) 1 juli 2008, *ARO* 2008/124.

Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, *ARO* 2008/132 (*Welsi Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2008, *ARO* 2008/133 (*Rokin87*).

Hof Amsterdam (OK) 8 september 2008, *ARO* 2008/159 (*e-Traction*).

Hof Amsterdam (OK) 10 september 2008, *ARO* 2008/155 (*Janssen Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 7 oktober 2008, *ARO* 2008/165 (*ECO Vakantieparken*).

Hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2008, *ARO* 2008/164 (*Aardappelkweek- en Selectiebedrijf IJsselmeerpolders*).

Hof Amsterdam (OK) 7 november 2008, *ARO* 2008/168.

Hof Amsterdam (OK) 7 november 2008, *ARO* 2008/170 (*Principal*).

Hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *ARO* 2008/190.

Hof Amsterdam (OK) 10 december 2008, *ARO* 2009/1 (*Amsterdamsche Huizenhandel en Administratiemaatschappij*).

Hof Amsterdam (OK) 30 december 2008, *ARO* 2009/7 (*Sunergy Investco*).

Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2009, *ARO* 2009/17.

Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2009, *ARO* 2009/18 (*Beheermaatschappij Trial*).

Hof Amsterdam (OK) 26 januari 2009, *ARO* 2009/19 (*E&M Horeca Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, *ARO* 2009/45; *JOR* 2009/129, m.nt. G. van Solinge (*Butôt*).

Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2009, *ARO* 2009/46.

Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, *ARO* 2009/56 (*Nedelko*).

Hof Amsterdam (OK) 27 maart 2009, *ARO* 2009/58 (*Pine Digital Security*).

Hof Amsterdam (OK) 15 mei 2009, *ARO* 2009/78 (*Flora Plus*).

Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, *ARO* 2009/84 (*Triple E*).

Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2009, *ARO* 2009/85 (*International Kessel*).

Hof Amsterdam (OK) 19 juni 2009, *ARO* 2009/106.
Hof Amsterdam (OK) 3 juli 2009, *ARO* 2009/115 (*CRV Beheer*).
Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2009, *ARO* 2009/119 (*Bergmont*).
Hof Amsterdam (OK) 26 augustus 2009, *ARO* 2009/131 (*Logispring Investment Fund Holding*).
Hof Amsterdam (OK) 4 november 2009, *ARO* 2009/164 (*3ple-Media*).
Hof Amsterdam (OK) 9 november 2009, *ARO* 2009/167.
Hof Amsterdam (OK) 9 november 2009, *ARO* 2009/167 (*iBiz*).
Hof Amsterdam (OK) 30 november 2009, *ARO* 2009/182.
Hof Amsterdam (OK) 24 december 2009, *ARO* 2010/5 (*Yachtcontrol*).
Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, *ARO* 2010/6 (*Inter Access*).
Hof Amsterdam (OK) 3 maart 2010, *JOR* 2010/153, m.nt. G. van Solinge (*Océ*).
Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2010, *ARO* 2010/53 (*Rickley International*).
Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2010, *ARO* 2010/59 (*BEK Holding/J.H. de B. Holding*).
Hof Amsterdam (OK) 18 mei 2010, *ARO* 2010/85 (*Creative Kids Concepts*).
Hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*Faxgids Nederland*).
Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928; *JOR* 2010/189 m.nt. T. Stevens (*PCM*).
Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate Beheer*).
Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2010, *ARO* 2010/117.
Hof Amsterdam (OK) 17 september 2010, *ARO* 2010/141.
Hof Amsterdam (OK) 7 december 2010, *ARO* 2011/1.
Hof Amsterdam (OK) 16 december 2010, *ARO* 2011/4 (*Fam. Van der Linden Holding*).
Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2011, *ARO* 2011/36 (*Amtrada Holding*).
Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/54.
Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/57 (*GMG*).
Hof Amsterdam (OK) 1 april 2011, *ARO* 2011/64 (*SenseMakers*).
Hof Amsterdam (OK) 1 april 2011, *ARO* 2011/65 (*Chameleon Investment*).
Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, *ARO* 2011/85 (*Rhodes Holding Netherlands*).
Hof Amsterdam (OK) 31 mei 2011, *ARO* 2011/88.
Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *ARO* 2011/94 (*Synpact Project*).
Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2011, *ARO* 2011/97 (*Rickley International*).
Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*A. & R. Markerink Holding*).
Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, *ARO* 2011/107 (*Waterspreng*).
Hof Amsterdam (OK) 22 september 2011, *ARO* 2011/145 (*Client First Beheer*).
Hof Amsterdam (OK) 29 september 2011, *ARO* 2011/148 (*Rosenberg Van der Does & Partners*).
Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2011, *ARO* 2011/152.
Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2011, *ARO* 2011/161 (*LdB Ogilvy & Mather*).
Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2011, *ARO* 2011/167.
Hof Amsterdam (OK) 13 december 2011, *ARO* 2012/5 (*Leidsestraat Apotheek*).
Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2012, *ARO* 2012/28 (*Mojo Theater*).
Hof Amsterdam (OK) 21 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7345.
Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2012, *ARO* 2012/30 (*Cerflex International*).
Hof Amsterdam (OK) 19 april 2012, *ARO* 2012/62 (*Vulpes*).
Hof Amsterdam (OK) 25 april 2012, *ARO* 2012/68 (*Butôt*).
Hof Amsterdam (OK) 22 mei 2012, *ARO* 2012/80.
Hof Amsterdam (OK) 5 juni 2012, *ARO* 2012/86 (*Heusden Veste*).

Hof Amsterdam (OK) 13 juni 2012, *ARO* 2012/95 (*Steltix*).

Hof Amsterdam (OK) 20 juni 2012, *ARO* 2012/100.

Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *ARO* 2012/113 (*Cancun Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 3 september 2012, *ARO* 2012/130 (*Pebblestone Fashion*).

Hof Amsterdam (OK) 10 september 2013, *ARO* 2013/151 (*Keijmel/Wesdorp*).

Hof Amsterdam (OK) 22 november 2012, *ARO* 2012/163 (*Van Lier – Van der Lans*).

Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165 (*Via Parva*).

Hof Amsterdam (OK) 11 december 2012, *ARO* 2013/6.

Hof Amsterdam (OK) 21 december 2012, *ARO* 2013/10 (*Modulo Béton Nederland*).

Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2013, *ARO* 2013/27.

Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2013, *ARO* 2013/33 (*Eye Center Europe-Nijmegen*).

Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2013, *ARO* 2013/46 (*Associated Asset Management Corporation*).

Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2013, *ARO* 2013/65 (*Spebio*).

Hof Amsterdam (OK) 7 mei 2013, *ARO* 2013/84 (*Viadata*).

Hof Amsterdam (OK) 24 mei 2013, *ARO* 2013/85 (*Casses*).

Hof Amsterdam (OK) 24 juli 2013, *ARO* 2013/26.

Hof Amsterdam (OK) 6 september 2013, *JOR* 2013/272, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Cryo-Save*).

Hof Amsterdam (OK) 29 september 2013, *JOR* 2014/93 (*Phoenica*).

Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2013, *ARO* 2013/155.

Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2013, *ARO* 2013/157 (*Logopak*).

Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2014, *ARO* 2014/35 (*De Polderland Projecten*).

Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, *JOR* 2014/160, m.nt. G.J.C. Rensen (*TICA*).

Hof Amsterdam (OK) 6 maart 2014, *ARO* 2011/113 (*Elpak*).

Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, *ARO* 2014/60 (*S&R Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/64 (*Beheermaatschappij Plat Edam*).

Hof Amsterdam (OK) 3 april 2014, *ARO* 2009/82 (*Broekmans Assurantien*).

Hof Amsterdam (OK) 16 april 2014, *ARO* 2014/101 (*Kosmed International*).

Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2014, *ARO* 2014/121 (*Pierson & Pierson*).

Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/85.

Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/119 (*Delphi Bioscience*).

Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2014, *ARO* 2014/153 (*Groene Energie Administratie*).

Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2014, *ARO* 2012/62 (*VOC Detachering*).

Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2014, *ARO* 2014/171 (*Quintel Intelligence*).

Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2014, *ARO* 2014/172 (*Kooyenga Beheer Groep*).

Hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2014, *ARO* 2012/111 (*Dixberg Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 3 september 2014, *ARO* 2014/180.

Hof Amsterdam (OK) 1 oktober 2014, *ARO* 2011/63 (*Muntal*).

Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO* 2015/18 (*Iszgro*).

Hof Amsterdam (OK) 25 november 2014, *ARO* 2015/22 (*Goodfood Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 25 november 2014, *ARO* 2015/24.

Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, *ARO* 2015/48 (*Museum Vastgoed Groep*).

Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2015, *ARO* 2015/82 (*Proxy*).

Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2015, *ARO* 2015/73 (*Ingenieursbureau-XYZ*).

Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2015, *ARO* 2015/146 (*Jeemer*).

Hof Amsterdam (OK) 28 mei 2015, *ARO* 2015/141 (*Pertuno*).

Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2015, *ARO* 2015/163.

Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, ARO 2015/173 (*Bedrijven- en Kantorencentrum Lansinkveste*).

Hof Amsterdam (OK) 16 september 2015, ARO 2015/209.

Hof Amsterdam (OK) 25 september 2015, ARO 2015/214 (*Metrical*).

Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4160.

Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2015, ARO 2015/227.

Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, ARO 2016/5 (*Teka*).

Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, ARO 2016/14 (*Fuhler*).

Hof Amsterdam (OK) 24 december 2015, ARO 2016/22 (*Prien Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 15 januari 2016, ARO 2016/39 (*Fruitmasters Expressive Research*).

Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, ARO 2016/41 (*Meduprof-S Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2016, ARO 2016/49 (*Matser*).

Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2016, ARO 2016/72 (*M&M Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 12 april 2016, ARO 2016/118 (*Phoenicia Hotel*).

Hof Amsterdam (OK) 13 april 2016, ARO 2016/114.

Hof Amsterdam (OK) 21 april 2016, ARO 2016/115 (*Beheersmaatschappij De Hoof Someren*).

Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, ARO 2016/66 (*Leaderland*).

Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, ARO 2016/90 (*Van Huis Uit Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2016, ARO 2016/136 (*Marpro International*).

Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2016, ARO 2016/177.

Hof Amsterdam (OK) 20 oktober 2016, ARO 2017/45 (*Ekopon*).

Hof Amsterdam (OK) 12 december 2016, ARO 2017/61.

Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2017, ARO 2017/78 (*Nieuwendijk Monumenten*).

Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, ARO 2017/72 (*Care*).

Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, ARO 2017/75 (*TMG*).

Hof Amsterdam (OK) 6 april 2017, ARO 2017/104 (*New Company Investments*).

Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, ARO 2017/115 (*Kors*).

Hof Amsterdam (OK) 17 mei 2017, ARO 2017/126 (*Villatent*).

Hof Amsterdam (OK) 21 mei 2017, ARO 2017/119.

Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, JOR 2017/261, m.nt. C.D.J. Bulten (*AkzoNobel*).

Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2017, ARO 2017/146 (*United Home Brands*).

Hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, ARO 2017/148 (*Bakery Initiatives*).

Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ARO 2017/161; JOR 2018/41, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Staphorst Ontwikkeling*).

Hof Amsterdam (OK) 1 september 2017, ARO 2018/1 (*Totalplast*).

Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2017, ARO 2018/9 (*Efiparind*).

Hof Amsterdam (OK) 13 november 2017, ARO 2018/35 (*Aptitude Health*).

Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, ARO 2018/58 (*ZED+*).

Hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, ARO 2018/50.

Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ARO 2018/51 (*ProSolar Installatietechniek*).

Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ARO 2018/53; JOR 2018/210, m.nt. C.D.J. Bulten (*Intergamma*).

Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:450.

Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2018, ARO 2018/61 (*Deus ex Machina*).

Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, ARO 2018/90.

Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2018, ARO 2018/97.

Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2018, ARO 2018/101 (*RAB Retail Vastgoed*).

Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2018, ARO 2018/79 (*Opwerk Uitzendbureau/Trinity Investment Group*).

Hof Amsterdam (OK) 9 maart 2018, ARO 2018/104 (*Agora Shipping & Trading*).

Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018 ARO 2018/83 (*ADW Accountants*).

Hof Amsterdam (OK) 10 april 2018, ARO 2018/112 (*Aeon Plaza Hotels Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, ARO 2018/114 (*Sturio*).

Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, JOR 2018/211, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*DeSeizoenen*).

Hof Amsterdam (OK) 2 mei 2018, ARO 2018/130 (*Hepta G*).

Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2018, ARO 2018/140 (*DMBH Vastgoed Beheer*).

Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2018, ARO 2018/142 (*Penn & Ink Nederland*).

Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2018, ARO 2018/152 (*Energie Concurrent*).

Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2018, ARO 2018/163 (*Primeval Genetics*).

Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ARO 2018/171 (*Mocoffee*).

Hof Amsterdam (OK) 6 september 2018, ARO 2018/201.

Hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, ARO 2018/194 (*Monitus*).

Hof Amsterdam (OK) 25 september 2018, ARO 2018/196 (*Hortiglass International*).

Hof Amsterdam (OK) 27 september 2018, ARO 2018/197 (*Museum Hotel*).

Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2018, ARO 2019/8 (*Kaart in Actie*).

Hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, ARO 2019/29 (*JBNT Management*).

Hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, ARO 2019/30 (*Casa Della Gioia*).

Hof Amsterdam (OK) 4 december 2018, ARO 2019/41 (*Korsten*).

Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2019, ARO 2019/72 (*Verhoef*).

Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, ARO 2019/84.

Hof Amsterdam (OK) 16 april 2019, ARO 2019/110 (*De Leege Landen*).

Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, ARO 2019/105 (*L'Étoile Properties Netherlands*).

Hof Amsterdam (OK) 23 mei 2019, ARO 2019/135 (*Massxess*).

Hof Amsterdam (OK) 24 juni 2019, ARO 2019/141 (*Interhal Group*).

Hof Amsterdam (OK) 10 juli 2019, ARO 2019/147 (*Yoha*).

Hof Amsterdam (OK) 3 september 2019, ARO 2019/183 (*Maassen/Arnold Maassen Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 16 september 2019, ARO 2019/172 (*Weber*).

Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, ARO 2019/173 (*Beheerskantoor Scheveningen*).

Hof Amsterdam (OK) 19 september 2019, ARO 2019/174.

Hof Amsterdam (OK) 20 september 2019, ARO 2019/175.

Hof Amsterdam (OK) 24 september 2019, ARO 2019/184 (*Widdershoven Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2019, ARO 2019/198 (*Clifden*).

Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2019, ARO 2019/200 (*Nijhuis Fabel*).

Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921; JIN 2020/43, m.nt. L.Z. Bosman (*Bosal*).

Hof Amsterdam (OK) 7 november 2019, ARO 2020/4 (*Easy Clean Plastics Recycling*).

Hof Amsterdam (OK) 14 november 2019, ARO 2020/7 (*Beheermaatschappij Golfbaan Amelisweerd*).

Hof Amsterdam (OK) 18 december 2019, ARO 2020/26.

Hof Amsterdam (OK) 19 december 2019, ARO 2020/28 (*Fyber*).

Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2020, ARO 2020/41 (*Gein*).

Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2020, ARO 2020/45 (*RSW*).

Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2020, ARO 2020/49 (*Marrobel*).

Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2020, ARO 2020/60 (*GHK Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 4 februari 2020, ARO 2020/62 (*Digital Enterprises*).

Hof Amsterdam (OK) 18 februari 2020, ARO 2020/67 (*Twycis Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, ARO 2020/68 (*Fuelplants*).

Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2020, ARO 2020/87 (*Bloembollenbedrijf Brouwer*).

Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2020, ARO 2020/83 (*Dynasource*).

Hof Amsterdam (OK) 14 april 2020, ARO 2020/93 (*Apotheek Schiemon*).

Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1360 (*Avinco Group Holdings/Eolia*).

Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2020, ARO 2020/114 (*Wagenborg Bulk Terminal*).

Hof Amsterdam (OK) 24 juni 2020, ARO 2020/135 (*Monitor Management*).

Hof Amsterdam (OK) 6 augustus 2020, ARO 2020/145 (*Corpus International*).

Hof Amsterdam (OK) 2 september 2020, ARO 2020/164 (*Permanento Beheer*).

Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2020, ARO 2020/190 (*Verweij Mungra Vastgoed*).

Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2020, ARO 2020/191 (*Talking Results*).

Hof Amsterdam (OK) 5 november 2020, ARO 2021/3 (*L2Fiber*).

Hof Amsterdam (OK) 27 november 2020, ARO 2021/12 (*HLO Energie*).

Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, ARO 2021/26; JOR 2021/178, m.nt. P.L. Hezer (*Thuiszorg Multihulp*).

Hof Amsterdam (OK) 31 december 2020, ARO 2021/36 (*Mega Windforce*).

Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2021, ARO 2021/38 (*FCC Advisory*).

Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2021, ARO 2021/45 (*Broekman Group*).

Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2021, ARO 2021/57 (*Van Leur Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2021, ARO 2021/70 (*Diverto Technologies*).

Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2021, ARO 2021/78 (*Eetcafé De Stip*).

Hof Amsterdam (OK) 1 april 2021, ARO 2021/115 (*Priogen Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 15 april 2021, ARO 2021/92 (*PH Express Rotterdam Centrum*).

Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2021, ARO 2021/101 (*Holding Inbetween Ham*).

Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2021, ARO 2021/109 (*FLEXible HR Service*).

Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2021, ARO 2021/128 (*Zeeuwse Visveiling*).

Hof Amsterdam (OK) 6 augustus 2021, ARO 2021/148, red. aant. J.H.M. Willems (*Baars*).

Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, ARO 2021/153; JOR 2021/296 m.nt. P.L. Hezer (*Allure*).

Hof Amsterdam (OK) 30 augustus 2021, ARO 2021/160 (*OG245*).

Hof Amsterdam (OK) 20 september 2021, ARO 2021/171 (*GCRI*).

Hof Amsterdam (OK) 6 oktober 2021, ARO 2021/178 (*Vedder & Vedder*).

Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, ARO 2021/180 (*Veldman Beheer*).

Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2021, ARO 2021/185 (*Simetra Investments*).

Hof Amsterdam (OK) 14 december 2021, ARO 2022/26 (*MPS First*).

Hof Amsterdam (OK) 21 december 2021, ARO 2022/27 (*Holwerda*).

Hof Amsterdam (OK) 28 december 2021, ARO 2022/30 (*SMC Industrial*).

Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2022, ARO 2022/51 (*Vriens Food & Company*).

Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, ARO 2022/60 (*Beheer- en beleggingsmaatschappij Blei Zwartsluis*).

Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ARO 2022/63; JOR 2022/147, m.nt. B. Kemp (*Funda*).

Hof Amsterdam (OK) 25 februari 2022, ARO 2022/69 (*Beleggingsmaatschappij D.I.G.*).

Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2022, ARO 2022/80 (*Wamberg Vastgoed*).

Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ARO 2022/103, red. aant. L. Timmerman; JOR 2022/176, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Flevo Berry*).

Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2022, ARO 2022/116 (*Bonenkamp Mechan Trade*).

Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ARO 2022/118 (*Cloud Solutions +*).

Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ARO 2022/134, red. aant. L. Timmerman; JOR 2022/175, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Omines Services*).

Hof Amsterdam (OK) 22 juni 2022, ARO 2022/120, red. aant. J.H.M. Willems (*ICTS*).

Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2022, ARO 2022/143 (*T-Rex Holding Invest*).

Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2022, ARO 2022/125 (*Cicerone Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2022, ARO 2022/152 (*Jan Meijer-Vastgoed*).

Hof Amsterdam (OK) 12 september 2022, ARO 2022/184; JOR 2023/39, m.nt. Chr.M. Stokkermans (*HFM Solutions*).

Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2022, ARO 2022/197 (*Freedom Registry*).

Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2022, ARO 2022/199 (*Willibrordushof Projectontwikkeling*).

Hof Amsterdam (OK) 14 november 2022, ARO 2022/210 (*Dmarc Advisor*).

Hof Amsterdam (OK) 2 december 2022, ARO 2023/1 (*Zoncol Solargroup*).

Hof Amsterdam (OK) 14 december 2022, ARO 2023/3, red. aant. L. Timmerman (*Aerdenhoutse Participatie Maatschappij*).

Hof Amsterdam (OK) 19 december 2022, ARO 2023/5 (*Steijnborg*).

Hof Amsterdam (OK) 10 januari 2023, ARO 2023/15 (*Sportsweb International*).

Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2023, ARO 2023/16 (*Tema Process*).

Hof Amsterdam (OK) 31 januari 2023, ARO 2023/42 (*GVH Recycling*).

Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2023, ARO 2023/39 (*Ministerie van Voedingszaken*).

Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:653 (*MB-Beheer*).

Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:748 (*Breens*).

Hof Amsterdam (OK) 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:995 (*Facemed/Ankates*).

Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:844 (*i3*).

Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:846; JOR 2023/183, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Ergo Buildings*).

Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2023, ARO 2023/91, m.nt. L. Timmerman (*Dümmen Orange Participation*).

Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2023, ARO 2023/97 (*Cicerone Holding*).

Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2023, ARO 2023/98, m.nt. M. Holtzer (*Resim Vastgoed Beheer*).

Hof Amsterdam (OK) 12 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2088 (*Aktie Notarissen Nederland*).

Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2289 (*B.V. Beleggingsmaatschappij D.I.G.*).

Hof Amsterdam (OK) 25 oktober 2023, JOR 2024/89, m.nt. P.L. Hezer (*Steenfabriek de Rijswaard*).

Hof Amsterdam (OK) 19 december 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3515 (*Plato*).

Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:312 (*Sportsent*).

Hof Amsterdam (OK) 9 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:299 (*CWL Line*).

Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:366 (*Amethyst*).

Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2024, ARO 2024/4, m.nt. J.H.M. Willems; JOR 2024/163, m.nt. K.A.M. van Vught (*i3*).

Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2024, JOR 2024/164, m.nt. C.J. Scholten (*Everizone*).

Hof Amsterdam (OK) 5 maart 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1553 (*Windward/JZ Logistics*).
Hof Amsterdam (OK) 18 april 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:986 (*Zeebra Reumatologie*).
Hof Amsterdam (OK) 16 mei 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1399 (*Shoelab*).
Hof Amsterdam (OK) 17 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1643 (*MVD Europe*).
Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2348 (*Nardinc*).
Hof Amsterdam (OK) 5 september 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2490 (*SMC Industrial*).
Hof Amsterdam (OK) 12 september 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2725 (*TAF Asset 11*).

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 3 mei 1978, *NJ* 1980/49 (*Koninklijke Scholten-Honig*).
Hof Den Haag 1 oktober 1982, *NJ* 1983/393 (*NV Scheepsbouw/Smits*).
Hof Amsterdam 18 mei 1989, *NJ* 1990/591 (*WTC*).
Hof 's-Hertogenbosch 25 april 1990, *NJ* 1991/136 (*White Product*).
Hof Arnhem 26 mei 1992, *NJ* 1993/182, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Uniwest*).
Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 1996, *KG* 1996/92 (*Van der Staak*).
Hof Den Haag 25 augustus 1998, *JOR* 1999/60 (*Euro Motorcycles/Bosman*).
Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2002, *ARO* 2002/72.
Hof Amsterdam 25 april 2002, *JOR* 2002/128 (*IPP/GorillaPark*).
Hof Leeuwarden 18 juni 2003, ECLI:NL:GHLEE:2003:AG9590.
Hof 's-Hertogenbosch 24 juni 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AH9504.
Hof Den Haag 30 maart 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT2998.
Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ5898; *JOR* 2007/1 (*Cab Truck/ Limij*).
Hof Amsterdam 8 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:631 (*ITP Holland/International Trade Promotions*).
Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BD9776 (*Eco-HT*).
Hof Amsterdam 20 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3597 (*Eurosuit*).
Hof Den Haag 27 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU3371.
Hof Leeuwarden 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU1892.
Hof Amsterdam 15 november 2011, *JOR* 2012/6, m.nt. E.E.U. Vroom (*VEB/KLM*).
Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW1098.
Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:91 (*RBOC "Fort Markenbinnen"*).
Hof Amsterdam 16 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3875.
Hof Amsterdam 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:55; *JOR* 2015/69, m.nt. R.G.J. Nowak (*Delfino/Kekk*).
Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:830.
Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1470.
Hof Amsterdam 22 september 2015, *JOR* 2016/117, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Hartman & Visser*).
Hof Den Haag 21 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:304 (*Autom8-IT*).
Hof 's-Hertogenbosch 20 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2816.
Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5298 (*Exploitiemij/HAB Holding*).
Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2640 (*Apotheek Eemnes*).
Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3864 (*Riamo Holdings/Rotendo Invest*).
Hof Amsterdam 12 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4066.

Hof Amsterdam 18 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:511 (*Doedijns International*).
Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1369 (*SVO Company/Delco Participation*).
Hof Amsterdam 7 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1018; *JOR* 2021/201, m.nt. T. Salemink (*Human Concern*).
Hof Den Haag 9 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2335 (*VVMZ/Akro Consulting*).
Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1015 (*Luckey Establishment*).
Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4669 (*W.K. Holding/I.R.B. Holding*).
Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1695 (*Iristrace*).
Hof Amsterdam 9 juli 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1899 (*Aaron Investments/Twenty Seven Amsterdam*).
Hof Den Haag 23 juli 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:1575 (*ClubGolf/Active Communications*).

Rechtbanken

Rb. Roermond (pres.) 4 april 1985, *NV* 1985 (*Van Aarsen Machinefabriek BV*).
Rb. Amsterdam (pres.) 15 juni 1988, *KG* 1988/276 (*HCS*).
Rb. Assen (pres.) 7 oktober 1992, *KG* 1992/365 (*Punt/SG 2000*).
Rb. Haarlem (pres.) 11 maart 1994, *KG* 1994/144 (*Niessner/Vetira-Romance Aerosols*).
Rb. Rotterdam (pres.) 11 augustus 1995, *KG* 1995/355 (*Wilton-Feijenoord*).
Rb. Breda (pres.) 18 augustus 1995, *KG* 1995/345 (*Halsteren/L&E*).
Rb. Groningen (pres.) 11 september 1996, *JOR* 1996/115 (*Stiho/Houtgroup*).
Rb. Amsterdam 26 februari 1997, *JOR* 1997/78 (*MeesPierson/Lustig*).
Rb. Utrecht 29 juli 1998, *JOR* 1999/58 (*Resort Haamstede/Boot*).
Rb. Leeuwarden (pres.) 16 maart 2000, ECLI:NL:RBLEE:2000:AA5281.
Rb. 's-Hertogenbosch (pres.) 18 januari 2001, ECLI:NL:RBSHE:2001:AA9538.
Rb. Amsterdam (pres.) 20 december 2001, *JOR* 2002/26 (*Gorillapark/IPP*).
Rb. Leeuwarden 8 januari 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AF3048.
Rb. Maastricht 25 juni 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AH8736 (*Naaldenfabriek*).
Rb. Dordrecht (vzr.) 22 januari 2004, ECLI:NL:RBDOR:2004:AO2234 (*Scalia/GS Handelsbedrijf*).
Rb. Amsterdam (vzr.) 20 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4951 (*Filmproductie Film-pje/Endemol Nederland*).
Rb. Den Haag 12 juli 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:AQ7020.
Rb. Arnhem 18 mei 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT8708.
Rb. Zutphen (vzr.) 27 juli 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ9088 (*De Jong Intra Vakanties/Roan Comfort Camp*).
Rb. Amsterdam 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AZ0410; *JOR* 2007/32 (*Interroyal Amsterdam*).
Rb. Dordrecht 21 maart 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BA3465.
Rb. Arnhem 15 augustus 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB3639.
Rb. Utrecht (vzr.) 6 september 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB3563 (*Van Dop/Football Club Utrecht*).
Rb. Den Haag 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BD1244.
Rb. Rotterdam 13 februari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC6331.

Rb. Arnhem 26 maart 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC8811 (*Dimension Data Nederland*).

Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5588 (*Van der Werff/Van der Togt*).

Rb. Leeuwarden (pres.) 17 september 2008, *Ondernemingsrecht* 2009/12, m.nt. A.G.H. Klaassen (*De Vries*).

Rb. Amsterdam 17 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BI2613.

Rb. Breda (vzr.) 10 april 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BI0720 (*Veolia Transport Nederland*).

Rb. Amsterdam 3 juni 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL0658 (*Budget Chauffeur Drive Holding*).

Rb. Zwolle-Lelystad 8 juli 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BP7387.

Rb. Amsterdam (vzr.) 16 juli 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ3645.

Rb. Den Haag 29 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ6356.

Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 31 juli 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BK1905.

Rb. Breda (vzr.) 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ5250 (*Freber Beheer/Brandustry Holding*).

Rb. Dordrecht 16 september 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BJ7230.

Rb. Utrecht 7 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ9561 (*Chapahaba Beheer/T@kecare*).

Rb. Amsterdam 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BM4441 (*Mees Pierson Informal Opportunity Fund*).

Rb. Amsterdam (vzr.) 30 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL0290 (*Amtrada Holding*).

Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 30 december 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL3617 (*DMI Dutch*).

Rb. Amsterdam 24 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BQ5075.

Rb. Almelo (vzr.) 13 april 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BM1158 (*TSI-Solutions/Key Codes*).

Rb. Amsterdam (vzr.) 10 mei 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM6151 (*Yukos CIS Investment*).

Rb. Haarlem (vzr.) 18 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM4921 (*Hostway*).

Rb. Rotterdam 19 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN1343.

Rb. Leeuwarden 30 juni 2010, *RO* 2010/70 (*Prins Holding*).

Rb. Rotterdam 14 juli 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4048.

Rb. 's-Hertogenbosch 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN4528.

Rb. Amsterdam 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN4965.

Rb. Leeuwarden 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN5188 (*Gjaltema Onroerend Goed/ABS Steigerbouw*).

Rb. Utrecht (vzr.) 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1237.

Rb. Rotterdam 12 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP5407.

Rb. Rotterdam 2 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP6276.

Rb. Amsterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP4360.

Rb. Amsterdam (vzr.) 28 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ1117.

Rb. Amsterdam 18 mei 2011, *JOR* 2011/320, m.nt. B.P.M. van Ravels (*Fortis*).

Rb. Arnhem 1 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ8301 (*ICTRL Holding*).

Rb. Den Haag 1 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2506 (*Consultancy/Sywan*).

Rb. Almelo 16 november 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BU6134.

Rb. Breda (vzr.) 23 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU5680 (*P.A.B. Baremans Holding/U.J.W.M. Muijs Holding*).

Rb. Haarlem (vzr.) 16 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV7745.

Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0672.

Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741; *JOR* 2012/211, m.nt. L.G. Verburg (*Pijnenborg/Kneipp Nederland*).

Rb. Rotterdam 7 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY2646 (*OPDR Netherlands Agencies*).

Rb. Utrecht 21 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY3997.

Rb. Leeuwarden 19 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY7610.

Rb. Rotterdam 30 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2599.

Rb. Noord-Holland (vzr.) 19 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:4124.

Rb. Oost-Brabant 5 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:CA2363.

Rb. Amsterdam 10 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6430.

Rb. Gelderland 11 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6420 (*Blycolin Shares*).

Rb. Amsterdam (vzr.) 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:193; *JOR* 2014/157, m.nt. R.G.J. Nowak (*Kekk/Delfino*).

Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1277 (*Voogel/Heijnis*).

Rb. Den Haag 30 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6963 (*Med-IP*).

Rb. Midden-Nederland (vzr.) 23 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4056.

Rb. Gelderland 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6873.

Rb. Midden-Nederland 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4781.

Rb. Amsterdam (vzr.) 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6895 (*Nyenrode New Business School*).

Rb. Amsterdam 13 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2801 (*LDMA Holding/TW&E Management*).

Rb. Amsterdam 8 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6181.

Rb. Midden-Nederland (vzr.) 31 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5677.

Rb. Midden-Nederland (vzr.) 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6420.

Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6932.

Rb. Midden-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8915 (*Apotheek Eemnes*).

Rb. Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9651.

Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:874 (*Atlas Chemie*).

Rb. Gelderland 9 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2951.

Rb. Rotterdam (vzr.) 8 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2659.

Rb. Amsterdam 3 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5819.

Rb. Rotterdam (vzr.) 13 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5863 (*H.B.P.*).

Rb. Gelderland 18 mei 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2868.

Rb. Noord-Holland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4596 (*Moerheim New Plant*).

Rb. Midden-Nederland (vzr.) 21 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3697; *JAR* 2016/243.

Rb. Den Haag (vzr.) 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12889 (*Cannock Chase Holding*).

Rb. Den Haag 28 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211.

Rb. Overijssel 22 maart 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1419.

Rb. Overijssel 22 maart 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1504.

Rb. Overijssel (vzr.) 22 juni 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2585 (*Simarc Beheer/Securion Vastgoed*).

Rb. Rotterdam (vzr.) 14 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5709 (*International Plywood*).

Rb. Overijssel 27 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3846.

Rb. Rotterdam 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7895 (*Bloem/Bloem Doze Nienhuis*).

Rb. Oost-Brabant (vzr.) 29 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6254; *JOR* 2018/65, m.nt. J. Barneveld (*Radboud University Participations/Secmatix*).

Rb. Amsterdam 7 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9104.

Rb. Noord-Nederland 13 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:5067.

Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150 (*Venlo/Asparagus Beheer*).

Rb. Rotterdam (vzr.) 14 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1717.

Rb. Oost-Brabant (vzr.) 7 maart 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1127.

Rb. Midden-Nederland 24 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2547.

Rb. Amsterdam (vzr.) 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4519 (*Bearingpoint Holding*).

Rb. Noord-Holland 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7064 (*R.M. Lodder Beheer/Data-center Energy Consulting*).

Rb. Limburg 29 augustus 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8245 (*Diagnostisch Centrum Parkstad*).

Rb. Amsterdam 21 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:10100.

Rb. Limburg 9 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:125.

Rb. Den Haag 23 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:926.

Rb. Amsterdam (vzr.) 28 januari 2019, *JOR* 2019/129, m.nt. C.J. Scholten (*City Assistant*).

Rb. Midden-Nederland 27 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1254.

Rb. Amsterdam (vzr.) 28 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1480.

Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1450; *RO* 2019/50 (*Luckey Establishment*).

Rb. Noord-Holland 13 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:2163 (*De Princen Dranken Groep*).

Rb. Den Haag 5 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:12021.

Rb. Midden-Nederland 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2903.

Rb. Overijssel (vzr.) 26 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2602 (*Centric Netherlands*).

Rb. Oost-Brabant 31 juli 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4456 (*Radboud University Participation/Secmatix*).

Rb. Rotterdam 14 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6946 (*Akro Consulting/VVMZ*).

Rb. Noord-Holland 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:11026 (*Royal Duyvis Wiener*).

Rb. Overijssel (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4741.

Rb. Amsterdam 14 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9598.

Rb. Overijssel 11 maart 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1239 (*Podo Pro/Manderijn*).

Rb. Amsterdam 18 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2349 (*Riamo Holdings*).

Rb. Den Haag 8 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3000 (*DPB/MNP*).

Rb. Overijssel 8 april 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1511 (*Logistance/Stribling, Clive & Winter-set*).

Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7826 (*Intraco*).

Rb. Noord-Nederland 7 mei 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2048.

Rb. Gelderland (vzr.) 19 mei 2020, *JAR* 2020/231, m.nt. K. Wiersma (*Avantes*).

Rb. Midden-Nederland (vzr.) 20 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4066 (*Castanje Vermogens-beheer*).

Rb. Overijssel 24 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2192 (*SCW/Logistance*).

Rb. Noord-Holland (vzr.) 10 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5363 (*Paulus Loot*).

Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696 (*Avantes*).

Rb. Oost-Brabant (vzr.) 23 juli 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:3691 (*Dirriketeur*).

Rb. Oost-Brabant (vzr.) 19 november 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:5787 (*MBK Summit/Smart Clinical Products*).

Rb. Amsterdam (vzr.) 23 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5911.

Rb. Rotterdam 3 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1016.

Rb. Gelderland 4 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:52 (*Stergro International*).

Rb. Amsterdam (vzr.) 23 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2618; *OR Updates 2021/206 (Human Concern)*.

Rb. Overijssel 17 maart 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1152.

Rb. Noord-Holland 31 maart 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3288 (*Hendriksma Beheer/Torra Beheer*).

Rb. Midden-Nederland 9 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2398.

Rb. Den Haag (vzr.) 20 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7910 (*China Creates/DLS Holding*).

Rb. Amsterdam 21 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4286.

Rb. Amsterdam 10 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6492 (*Aaron Investments/Twenty Seven Amsterdam*).

Rb. Overijssel 19 januari 2022, *JOR* 2024/3, m.nt. B. Bier.

Rb. Amsterdam 9 februari 2022, *ARO* 2022/59 (*Spala Investments XXI/Heritage*).

Rb. Gelderland 16 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1355 (*Nidapi*).

Rb. Den Haag (vzr.) 6 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3129.

Rb. Noord-Holland (vzr.) 4 juli 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5753 (*Nachtegalenpad/Hemingway's Beach Restaurant*).

Rb. Gelderland (vzr.) 7 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:4987 (*Tismi*).

Rb. Limburg 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6453 (*Ontwikkelingsmaatschappij Midden-Limburg*).

Rb. Gelderland 14 september 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5344 (*Mecus Beheer/Helisa Holding*).

Rb. Limburg (vzr.) 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:8270 (*Isy/D.T.F.G.*).

Rb. Amsterdam 18 januari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1372 (*Nortra Holding/Simetra Investments*).

Rb. Limburg (vzr.) 19 januari 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:460; *JOR* 2023/151, m.nt. A.S. Renshof (*Collect & Legal Service Group/Twaalf Provinciën Gerechtsdeurwaarders*).

Rb. Gelderland (vzr.) 27 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:535 (*La Sposa*).

Rb. Amsterdam (vzr.) 8 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:760 (*BrandsCommerce/Disapo.de Apotheke*).

Rb. Oost-Brabant (vzr.) 8 maart 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2116.

Rb. Limburg 8 maart 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:1676 (*Anth&m/Pro-Health*).

Rb. Amsterdam 22 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2128 (*VMC/Gerimedica Holding*).

Rb. Midden-Nederland 18 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1857.

Rb. Noord-Nederland 10 mei 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1930 (*Essa Holding/Q.A.T.I. Group*).

Rb. Den Haag (vzr.) 28 juni 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:9268.

Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2023, *JOR* 2024/36, m.nt. C.J. Groffen.

Rb. Amsterdam 18 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6577 (*Craft Capital Fund I*).

Rb. Den Haag (vzr.) 15 november 2023, *JOR* 2024/84, m.nt. J.M. Blanco Fernández.

Rb. Den Haag 14 december 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:21246.

Rb. Gelderland 17 januari 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:326.

Rb. Amsterdam 17 januari 2024, *JOR* 2024/108, m.nt. A.S. Renshof (*CO2Textile/Dyecoo Textile Systems*).

Rb. Midden-Nederland 17 januari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:98.

Rb. Midden-Nederland 28 februari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:4354.

Rb. Rotterdam 28 februari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:2082 (*Beheer Sliedrecht*).

Rb. Midden-Nederland 12 juni 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:3668.

Parlementaire stukken

Kamerstukken I 1979-1980, 7729, nr. 59.

Kamerstukken I 2011-2012, 31 058, C.

Kamerstukken II 1954-1955, 3766, nr. 2 en 3.

Kamerstukken II 1954-1955, 3769, nr. 1.

Kamerstukken II 1978-1979, 15 304, nr. 3.

Kamerstukken II 1980-1981, 16 551, nr. 3.

Kamerstukken II 1982-1983, 17 725, nr. 2 en 3.

Kamerstukken II 1991-1992, 22 400, nr. 3.

Kamerstukken II 1998-1999, 26 277, nr. 3.

Kamerstukken II 2001-2002, 28 129, nr. 5.

Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3.

Kamerstukken II 2008-2009, 31 746, nr. 3.

Kamerstukken II 2008-2009, 31 763, nr. 3 & 6.

Kamerstukken II 2009-2010, 31 058, nr. 16.

Kamerstukken II 2010-2011, 32 887, nr. 3.

Kamerstukken II 2019-2020, 35 367, nr. 3.

Kamerstukken II 2023-2024, 36 469, nr. 3.

Naamloze en besloten vennootschap wetsgeschiedenis I 1969

J.M.M. Maeijer (m.m.v. H.J.M.N. Honée & J.M. Jansen), *Naamloze en besloten vennootschap wetsgeschiedenis I*, Alphen aan den Rijn: Samson 1969.

Parl. Gesch. Boek 2 BW 1963

C.J. van Zeben (i.o.m. G. Belinfante & O.W. van Ewijk), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 2, Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1963.

Parl. Gesch. Boek 6 BW 1981

C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Flex-BV, deel II 2012

R.G.J. Nowak & A.M. Mennens, *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. 2: De parlementaire geschiedenis* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 86), Deventer: Kluwer 2012.

Parl. Gesch. Inv. Boek 2 BW 1977

C.J. van Zeben & J.W. du Pon (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoeringswet Boek 2. Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1977.

Rapporten en overige

Expertgroep Modernisering NV-recht 2023

Expertgroep Modernisering NV-recht, *Advies beperking van financiële prikkels voor bestuurders van beursvennootschappen bij fusies en overnames*, d.d. 24 maart 2023.

Lafarre e.a. 2018

A.J.F. Lafarre e.a., *Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk* (WODC-rapport 2791), Tilburg: Tilburg University 2018.

Raad van State jaarverslag 2017

Raad van State, *Jaarverslag 2017*, te raadplegen via: www.raadvanstate.nl.

Rapport-De Kluiver 2004

H.J. de Kluiver e.a., *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht: Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken*, Den Haag 2004.

De Rechtspraak Jaarverslag 2021

De Rechtspraak, *Jaarverslag 2021*, te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

De Rechtspraak Jaarverslag 2022

De Rechtspraak, *Jaarverslag 2022*, te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

De Rechtspraak Kengetallen 2017

De Rechtspraak, *Kengetallen 2017*, te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

De Rechtspraak Kengetallen 2019

De Rechtspraak, *Kengetallen 2019*, te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

Bijlage I – Deel codeboek concept 4 (juni 2021)

FEITEN		
20.1	Structuur	Omschrijving van de vennootschapsstructuur (wie zijn de aandeelhouders en eventueel dochtermaatschappijen van de centraal staande BV). De relevante bestuurders en commissarissen kunnen daarbij tevens worden benoemd.
20.2	Familiare verhouding	Benoem welke partijen in een familiare verhouding tot elkaar staan en/of dat bijvoorbeeld sprake is van een ‘familievennootschap’.
20.3	Werkzaamheden rechtspersoon	Met welke activiteiten houdt de rechtspersoon zich bezig.
20.4	Financiële positie	Beschrijving van de financiële positie van de vennootschap. Deze positie kan bijvoorbeeld positief zijn of negatief wanneer de vennootschap in financieel zwaar weer verkeert. Dit aspect kan ook buiten beschouwing worden gelaten.
21.1	Verstandhouding tussen partijen	Beschrijf hier de verstandhouding tussen partijen indien geen sprake is van een impasse alsmede het omslagpunt in de relatie tussen partijen.
21.2	Impasse	Beschrijf of sprake is van een impasse op aandeelhoudersniveau of bestuursniveau.
21.3	Impasse uitwerking	Beschrijving van waarom sprake is van een impasse als daarvan sprake is.
22.1	Bemiddelingspoging(en)	Benoem als partijen middels mediation of arbitrage hun geschil hebben getracht te beslechten alsmede tot welke uitkomst het heeft geleid.
22.2	Gerechtelijke procedure(s)	Licht toe of partijen eerder een gerechtelijke procedure jegens elkaar aanhangig hebben gemaakt en wat eventueel daarvan de uitkomst is.
23.1	Uittreding	Onder deze variabele valt de situatie waarin een aandeelhouder aangeeft niet meer verbonden te willen zijn aan de vennootschap. Hierbij is van belang dat dit niet de oorzaak maar het gevolg is van andere (onderliggende) geschillen. Indien de wijze van beëindiging

		van de samenwerking centraal staat en daarover geschillen bestaan, dan dient dergelijke informatie onder 35.5 te worden geplaatst.
23.2	Uitstoting	Onder deze variabele valt de situatie waarin een aandeelhouder aangeeft niet meer te willen dat een andere aandeelhouder verbonden is aan de vennootschap. Hierbij is van belang dat dit niet de oorzaak maar het gevolg is van andere (onderliggende) geschillen. Indien de wijze van beëindiging van de samenwerking centraal staat en daarover geschillen bestaan, dan dient dergelijke informatie onder 35.5 te worden geplaatst.
24.	Wet	Beschrijf welke wettelijke bepaling(en) relevant is gelet op de feiten. Bijvoorbeeld als in de feiten staat dat de jaarrekening al enkele jaren niet is vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders.
25.	Statuten	Benoem de relevante statutaire bepaling(en) en de daarmee samenhangende feiten.
26.1	Samenwerkingsovereenkomst/aandeelhoudersovereenkomst	Beschrijf, indien daarvan sprake is, welke partijen een samenwerkingsovereenkomst of aandeelhoudersovereenkomst zijn overeengekomen.
26.2	Belangrijke bepaling(en) (i)	De centraal staande bepalingen uit het voornoemde document kunnen hier worden benoemd.
26.3	Relevante omstandigheden m.b.t. de overeenkomst (i)	Beschrijf de overige relevante omstandigheden met betrekking tot de samenwerkingsovereenkomst/aandeelhoudersovereenkomst.
27.1	Andere overeenkomst	Benoem een andere in het geschil centraal staande overeenkomst indien die wordt geduid.
27.2	Belangrijke bepaling(en) (ii)	De centraal staande bepalingen uit de voornoemde overeenkomst kunnen hier benoemd worden.
27.3	Relevante omstandigheden m.b.t. de overeenkomst (ii)	Beschrijf de overige relevante omstandigheden met betrekking tot de overeenkomst.
28.	Tegenstrijdigheden	Beschrijf of de genoemde bepalingen uit de wet, statuten, aandeelhoudersovereenkomst of overige overeenkomst tegenstrijdigheden bevatten.
29.	Feitelijke taakvervulling	Afwijkend van gemaakte afspraken of de rolverdeling binnen de vennootschap kunnen partijen feitelijk bepaalde taken vervullen.

30.	Verstrekke leningen binnen	Een partij kan een lening hebben verstrekt aan de vennootschap of een andere betrokken partij vanwege bijvoorbeeld financiële problemen. Dit kan invloed hebben op de verhoudingen.
BEOORDELING		
40.1	Structuur	Een opmerking over de structuur wordt gemaakt of het wordt expliciet meegewogen.
40.2	Familiare verhouding	Een opmerking over de familiale verhoudingen wordt gemaakt of het wordt expliciet meegewogen.
40.3	Werkzaamheden rechtspersoon	De activiteiten waarmee de rechtspersoon zich bezighoudt worden expliciet benoemd.
40.4	Financiële positie	Een opmerking over de financiële situatie van de vennootschap wordt gemaakt of het wordt expliciet meegewogen.
41.1	Verstandhouding tussen partijen	Indien geen sprake is van een impasse, kan alsnog de verstandhouding tussen partijen op een bepaald moment verslechterd zijn. Beschrijf hetgeen de rechter daarover oordeelt.
41.2	Impasse	De rechter oordeelt dat sprake is van een impasse op aandeelhoudersniveau en/of bestuursniveau.
41.3	Impasse uitwerking	Beschrijving van waarom sprake is van een impasse.
42.1	Bemiddelingspoging(en)	Welke rol speelt een gedane bemiddelingspoging bij de beoordeling.
42.2	Gerechtelijke procedure(s)	Welke rol speelt een afgeronde of lopende gerechtelijke procedure bij de beoordeling.
43.1	Uittreding	Een opmerking over het feit dat een aandeelhouder niet meer verbonden wil zijn aan de vennootschap wordt gemaakt of expliciet meegewogen. Hierbij is van belang dat het willen uittreden niet de oorzaak is, maar het gevolg is van andere (onderliggende) geschillen. Indien de wijze van beëindiging van de samenwerking centraal staat en daarover geschillen bestaan, dan dient dergelijke informatie over het oordeel onder 55.5 te worden geplaatst.
43.2	Uitstoting	Een opmerking over het feit dat een aandeelhouder wil dat een andere aandeelhouder niet meer verbonden is aan de vennootschap wordt gemaakt of expliciet meegewogen. Hierbij is van belang dat het willen 'uitstoten' van de aandeelhouder niet de oorzaak is, maar het gevolg is van andere (onderliggende) geschillen. Indien de wijze

		van beëindiging van de samenwerking centraal staat en daarover geschillen bestaan, dan dient dergelijke informatie over het oordeel onder 55.5 te worden geplaatst.
44	Wet	Wat is het oordeel omtrent de centraal staande wettelijke bepaling(en).
45	Statuten	Wat is het oordeel omtrent de centraal staande statutaire bepaling.
46.1	Samenwerkingsovereenkomst/aandeelhoudersovereenkomst	Beschrijf of de rechter uitgaat van het bestaan van de overeenkomst alsmede tussen welke partijen.
46.2	Belangrijke bepaling(en) (i)	De rechter oordeelt omtrent de centraal staande bepaling(en).
46.3	Relevante omstandigheden m.b.t. de overeenkomst (i)	Oordeel rechter ten aanzien van de genoemde relevante omstandigheden.
47.1	Andere overeenkomst	Beschrijf of de rechter uitgaat van het bestaan van de overeenkomst alsmede tussen welke partijen.
47.2	Belangrijke bepaling(en) (ii)	De rechter oordeelt omtrent de centraal staande bepaling(en).
47.3	Relevante omstandigheden m.b.t. de overeenkomst (ii)	Oordeel rechter ten aanzien van de genoemde relevante omstandigheden.
48	Tegenstrijdigheden	Beschrijf of de genoemde bepalingen uit de wet, statuten, aandeelhoudersovereenkomst of overige overeenkomst tegenstrijdig zijn volgens de rechter en welke eventueel prevaleert.
49	Feitelijke taakvervulling	Afwijkend van gemaakte afspraken of de rolverdeling binnen de vennootschap kunnen partijen feitelijk bepaalde taken vervullen en wat oordeelt de rechter daarover.
50.	Verstreckte leningen	Beschrijf of de rechter meeweegt dat een partij een lening aan de vennootschap of een andere partij heeft verstrekt.

Bijlage II – Definitief codeboek

Nr.	Code	Beschrijving
ALGEMENE INFORMATIE		
1.	Jaar	Noteer het jaartal waarin de uitspraak is geweest.
2.	Datum uitspraak	Noteert de datum van de uitspraak niet zijnde de publicatiedatum.
3.1	ECLI-nummer / tijdschrift-nummer	ECLI-nummer opschrijven indien de uitspraak van Rechtspraak.nl afkomstig is en tijdschrift-nummer opschrijven (vb. ARO 2009/32) als de uitspraak van Legal Intelligence/Kluwer Navigator afkomstig is.
3.2	Vervolg op	Schrijf het ECLI-/tijdschrift-nummer op van de uitspraak die eventueel aan de centraal staande uitspraak is voorafgegaan.
4.1	Instantie	Welke instantie heeft de uitspraak behandeld, bijvoorbeeld: Rb. Arnhem, Hof 's-Hertogenbosch of HR. Daarnaast dient bij het Hof Amsterdam de toevoeging (OK) erbij te worden geplaatst indien de Ondernemingskamer de zaak heeft behandeld.
4.2	Rechter(s)	Welke rechter(s) hebben de uitspraak gewezen?
5.	Dagvaarding of verzoekschrift	Is de procedure met een dagvaarding of verzoekschrift aanhangig gemaakt?
6.1	Soort procedure	In het kader van dit onderzoek kan het gaan om een (i) op art. 2:15 lid 1 sub b BW jo. art. 2:8 BW gevoerde procedure (art. 2:15 BW-procedure), (ii) enquêteprocedure, (iii) geschillenregelingsprocedure, (iv) kort geding of (v) overige procedure.
6.2	Fase 1 of 2 enquêteprocedure	Gaat het, indien sprake is van een enquêteprocedure, om de toewijzing van een enquêteverzoek of het vaststellen van wanbeleid?
7.	Rechtsvorm	Binnen welke rechtsvorm vindt het vennootschappelijk geschil plaats? Indien het bij nader inzien geen BV is, is de uitspraak niet van belang voor het onderzoek.
8.1	Primair gevalstype (max. 2)	Welke van de volgende zes gevalstypen ligt ten grondslag aan het geschil waarop de redelijkheid en billijkheid betrekking heeft? Indien één procedure primair over twee typen gaat, mogen beide typen ingevuld worden. De gevalstypen zijn: (i)

		informatieverstrekking, (ii) belangenverstrengeling, (iii) winstbestemming, (iv) strategie en beleid, (v) structuurwijziging of (vi) ontslag, schorsing of benoeming bestuurder.
8.2	Secundair gevalstype	Indien meerdere typen binnen het geschil een rol spelen, kan het ondergeschikte gevalstype qua belang als secundair worden aangemerkt (zie de beschrijving onder code 8.1 voor de gevalstypen). Van een secundair gevalstype is bijvoorbeeld sprake als drie rechtsoverwegingen betrekking hebben op de informatieverstrekking en slechts één rechtsoverweging betrekking heeft op de winstbestemming.
9.1	Betrokkenen	<p>Tussen welke van de volgende partijen van de vennootschap speelt het geschil:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) aandeelhouders; (ii) aandeelhouder(s) en bestuurder(s); (iii) aandeelhouder(s) en aandeelhouder(s)/bestuurder(s); (iv) aandeelhouder(s)/bestuurder(s) en aandeelhouder(s)/bestuurder(s); (v) aandeelhouder(s) en ander orgaan; (vi) bestuurder(s) en ander orgaan; (vii) certificaathouders; (viii) certificaathouder(s) en bestuurder(s); (ix) certificaathouders(s) en certificaathouders(s)/bestuurder(s); (x) certificaathouder(s)/bestuurder(s) en certificaathouder(s)/bestuurder(s); (xi) certificaathouders(s) en ander orgaan. <p>Met aandeelhouder/bestuurder wordt bedoeld dat die partij beide hoedanigheden heeft. Ook is de voorgaande lijst niet limitatief en kunnen bijvoorbeeld ook commissarissen bij het geschil zijn betrokken. Tot slot dient opgeschreven te worden dat de partij ‘oud-bestuurder’ is als het ontslag van de bestuurder ter discussie staat in het geschil. Als de partij aandeelhouder is en voorheen bestuurder was en het ontslag niet in het geschil ter discussie staat, dan behoort ‘aandeelhouder(/oud-bestuurder) te worden opgeschreven zodat duidelijk is dat de partij voorheen bestuurder was.</p>
9.2	Verhoudingen	<p>Is er sprake van een 50/50-verhouding of meerderheid/minderheid situatie als er een geschil bestaat tussen (o.a.) aandeelhouders/certificaathouders?</p> <p>Als sprake is van een meerderheid/minderheid situatie, dan correspondeert het eerste woord telkens met de eiser/verzoeker en het</p>

		tweede woord met de andere centraal staande partij (zoals de gedaagde/verweerder of de belanghebbende).
10.1	Functie(s) redelijkheid en billijkheid	<p>Benoem welke functie(s) van de redelijkheid en billijkheid in de uitspraak terugkomen. De verschillende functies zijn:</p> <p>(i) Interpreterend: met de interpreterende functie wordt bedoeld dat men een uit de wet, een contract of een andere rechtsverhouding voortvloeiende regel naar redelijkheid en billijkheid interpreteert.</p> <p>(ii) Aanvullend: de aanvullende functie houdt in dat deze norm leemtes kan opvullen, waardoor nieuwe verplichtingen voor partijen kunnen ontstaan.</p> <p>(iii) Beperkend: de beperkende functie kan tot gevolg hebben dat geen beroep op een regel kan worden gedaan indien toepassing daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.</p> <p>(iv) Gedragsregulerend: de gedragsregulerende functie zorgt ervoor dat de redelijkheid en billijkheid vooral werkt als gedragsnorm voor partijen zodat duidelijk wordt hoe zij zich behoren te gedragen.</p>
10.2	Wijze van toetsing	<p>Is de wijze van toetsing in het kader van de redelijkheid en billijkheid vol(ler) of terughoudend en wordt de inhoud of het besluitvormingsproces getoetst? Een procedureel (formeel) aspect wordt normaliter bijvoorbeeld vol(ler) getoetst en een inhoudelijk (materieel) aspect terughoudend(er).</p> <p>Gelet op dat een type geschil altijd minimaal betrekking heeft op een materieel (inhoud) of formeel (zoals het besluitvormingsproces) aspect en dat dat onderdeel vol dan wel terughoudend wordt getoetst, is het van belang om beide aspecten op te schrijven. Oftewel, het geschil over de belangenverstrengeling heeft betrekking op het besluitvormingsproces en dat wordt vol getoetst (formeel/vol).</p>
PARTIJEN		
11.1	Eisende/verzoekende partij(en)	Benoem de naam of namen van deze partij(en). Tussen haakjes zetten of het een natuurlijk persoon (np) of rechtspersoon (rp) betreft indien bijvoorbeeld niet achter de naam de rechtsvorm staat. Ook kan het afkorten van de naam wenselijk zijn overeenkomstig de gehanteerde afkorting in de uitspraak.
11.2	Orgaan (i)	Welke functie(s) vervult de partij binnen de centraal staande rechtsvorm (BV)? Indien de partij een aandeelhouder(/certificaathouder) is, vermeld erbij of die een minderheids- of meerderheidsaandeelhouder is (kan op basis van het aandelenpercentage).

12.1	Gedaagde(n)/ verweerder(s)	Benoem de naam of namen van deze partij(en). Tussen haakjes zetten of het een natuurlijk persoon (np) of rechtspersoon (rp) betreft indien bijvoorbeeld niet achter de naam de rechtsvorm staat. Ook kan het afkorten van de naam wenselijk zijn overeenkomstig de gehanteerde afkorting in de uitspraak.
12.2	Orgaan (ii)	Welke functie(s) vervult de partij binnen de centraal staande rechtsvorm (BV)? Indien de partij een aandeelhouder(/certificaathouder) is, vermeld erbij of die een minderheids- of meerderheidsaandeelhouder is (kan op basis van het aandelenpercentage).
13.1	Belanghebbende(n)/ tussenkomst	Benoem de naam of namen van deze partij(en). Tussen haakjes zetten of het een natuurlijk persoon (np) of rechtspersoon (rp) betreft indien bijvoorbeeld niet achter de naam de rechtsvorm staat. Ook kan het afkorten van de naam wenselijk zijn overeenkomstig de gehanteerde afkorting in de uitspraak.
13.2	Orgaan (iii)	Welke functie(s) vervult de partij binnen de centraal staande rechtsvorm (BV)? Indien de partij een aandeelhouder(/certificaathouder) is, vermeld erbij of die een minderheids- of meerderheidsaandeelhouder is (kan op basis van het aandelenpercentage).
VORDERING/VERZOEK EN VERWEER		
14.1	Vordering/verzoek (i)	Allereerst dient de vordering of het verzoek te worden geduid dat verband houdt met de redelijkheid en billijkheid in samenhang met de gronden. Dit kunnen meerdere vorderingen/verzoeken zijn. Vanwege de focus van het onderzoek op de feiten en de beoordeling is het enkel van belang dat globaal inzicht wordt verkregen in de vordering of het verzoek en de gronden die samenhangen met de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid.
14.2	Vordering/verzoek (ii)	Indien een vordering of verzoek in het kader van het geschil relevant is – en de vordering/het verzoek niet hoort te staan onder code 14.1 – kan de informatie hieronder worden geplaatst in samenhang met de gronden.
14.3	Vordering/verzoek (iii)	Indien een vordering of verzoek in het kader van het geschil relevant is – en de vordering/het verzoek niet hoort te staan onder de codes 14.1 en 14.2 ten behoeve van de overzichtelijkheid – dan kan de informatie hieronder worden geplaatst in samenhang met de gronden.
15.1	Verweer (i)	Allereerst dient het verweer te worden beschreven dat verband houdt met de redelijkheid en billijkheid in samenhang met de

		gronden. Dit kunnen meerdere verweren zijn. Indien een partij geen verweer heeft gevoerd, is het van belang om dat te noteren.
15.2	Verweer (ii)	Indien een verweer in het kader van het geschil relevant is – en het verweer niet hoort te staan onder code 15.1 – kan de informatie hieronder worden geplaatst in samenhang met de gronden.
15.3	Verweer (iii)	Indien een verweer in het kader van het geschil relevant is – en het verweer niet hoort te staan onder de codes 15.1 en 15.2 ten behoeve van de overzichtelijkheid – dan kan de informatie hieronder worden geplaatst in samenhang met de gronden.
16.1	Eis in reconventie/tegenverzoek	Indien een eis in reconventie of tegenverzoek relevant is in het kader van art. 2:8 BW of het geschil, dan kan de informatie hieronder worden geplaatst in samenhang met de gronden.
16.2	Conclusie van antwoord in reconventie/verweer	Indien een ‘verweer’ in relatie tot code 16.1 relevant is in het kader van art. 2:8 BW of het geschil, dan kan de informatie hieronder worden geplaatst in samenhang met de gronden.
17.	Vordering of verweer van partij in tussenkomst	Indien een vordering of verweer van de partij in tussenkomst relevant is in het kader van art. 2:8 BW of het geschil, dan kan de informatie hieronder worden geplaatst in samenhang met de gronden.
FEITEN²²⁴⁸		
18.1	Structuur	Omschrijving van de vennootschapsstructuur (welke partijen zijn bijvoorbeeld de aandeelhouders/certificaathouders, bestuurders en eventueel dochtermaatschappijen van de centraal staande BV). De relevante commissarissen kunnen daarbij tevens worden benoemd.
18.2	Familieverhouding	Benoem welke partijen in een ‘familieverhouding’ (familierechtelijke betrekking) tot elkaar staan en/of dat bijvoorbeeld volgens de rechter – gelet op de feitelijke weergave – sprake is van een ‘familievennootschap’.
18.3	Werkzaamheden rechtspersoon	Met welke activiteiten/werkzaamheden houdt de vennootschap zich bezig?
18.4	Financiële positie	Beschrijving van de financiële positie van de vennootschap indien deze expliciet wordt benoemd onder de feiten. Deze positie kan

²²⁴⁸ De feiten dienen afgeleid te worden uit hetgeen in de uitspraak onder het kopje ‘de feiten’ staat. Een andere mogelijkheid is dat in geval van een enquêteprocedure bepaalde feiten in de weergave van het onderzoeksverslag staan. Verder is slechts hetgeen van belang dat er expliciet staat, waardoor bepaalde feiten er niet moeten worden ingelezen. Wanneer bijvoorbeeld de verstandhouding tussen de partijen niet optimaal is, dan blijkt zoiets evident uit het feit dat er een gerechtelijke procedure is ingesteld, maar als daarover ‘niks’ onder de weergave van de feiten staat, dan dient code 19.1 leeg te blijven.

		bijvoorbeeld positief of negatief zijn wanneer de vennootschap in financieel zwaar weer verkeert. Hierbij kan relevant zijn of een van de betrokkenen een lening heeft verstrekt aan de vennootschap. Het voorgaande kan ook buiten beschouwing worden gelaten als daaraan geen woorden worden gewijd.
19.1	Verstandhouding tussen partijen	Benoem de feiten waaruit de verstandhouding tussen de partijen blijkt alsmede het omslagpunt in de relatie tussen partijen indien geen sprake is van een impasse.
19.2	Impasse	Benoem de feiten waaruit blijkt dat eventueel sprake is van een impasse op aandeelhoudersniveau en/of bestuursniveau. Met impasse wordt bedoeld dat geen besluitvorming meer genomen kan worden op een bepaald niveau door een staking der stemmen. Bij deze code hoeft alleen 'aandeelhoudersniveau' en/of 'bestuursniveau' te worden genoteerd als in de feiten terugkomt dat wegens de verhoudingen geen besluiten meer kunnen worden genomen (staking der stemmen).
19.3	Impasse uitwerking	Beschrijving van waarom er sprake is van een impasse als dat het geval is.
20.1	Bemiddelingspoging(en)	Benoem als partijen buiten rechte middels bijvoorbeeld mediation of arbitrage hun geschil hebben getracht te beslechten alsmede tot welke uitkomst(en) het heeft geleid.
20.2	Gerechtelijke procedure(s)	Licht toe of partijen eerder een gerechtelijke procedure jegens elkaar aanhangig hebben gemaakt en wat eventueel daarvan de uitkomst is.
21.1	Uittreding	Onder deze variabele valt de situatie waarin een aandeelhouder aangeeft niet meer verbonden te willen zijn aan de vennootschap. Hierbij is van belang dat dit niet de oorzaak maar het gevolg is van andere (onderliggende) geschillen. Indien de wijze van beëindiging van de samenwerking of vennootschap centraal staat en daarover geschillen bestaan, dan dient dergelijke informatie onder code 32.5 te worden geplaatst.
21.2	Uitstoting	Onder deze variabele valt de situatie waarin een aandeelhouder aangeeft niet meer te willen dat een andere aandeelhouder verbonden is aan de vennootschap. Hierbij is van belang dat dit niet de oorzaak maar het gevolg is van andere (onderliggende) geschillen. Indien de wijze van beëindiging van de samenwerking of vennootschap centraal staat en daarover geschillen bestaan, dan dient dergelijke informatie onder code 32.5 te worden geplaatst.

22.	Wet	<p>Uit het feitencomplex kan blijken dat een wettelijke bepaling is nageleefd of geschonden die verband houdt met het type geschil waarin de redelijkheid en billijkheid voorkomt. Beschrijf onder deze variabele de genoemde wettelijke bepaling en waarom deze is nageleefd of geschonden.</p> <p>Hieronder dient niet de vordering/het verzoek en de daarmee samenhangende gronden te worden geplaatst, aangezien die informatie onder andere codes wordt geschaard.</p>
23.	Statuten	Benoem de relevante statutaire bepaling(en) en de daarmee samenhangende feiten.
24.1	Samenwerkings-/aandeelhoudersovereenkomst	Beschrijf, indien daarvan sprake is, welke partijen een samenwerkings-/aandeelhoudersovereenkomst zijn overeengekomen.
24.2	Belangrijke bepaling(en) samenwerkings-/aandeelhoudersovereenkomst	De centraal staande bepalingen uit de onder code 24.1 benoemde overeenkomst kunnen hier worden uiteengezet.
24.3	Relevante omstandigheden m.b.t. de samenwerkings-/aandeelhoudersovereenkomst	Overige relevante omstandigheden met betrekking tot de onder code 24.1 benoemde overeenkomst dienen hier beschreven te worden.
25.1	Andere overeenkomst	Benoem een andere in het geschil centraal staande overeenkomst indien die wordt beschreven.
25.2	Belangrijke bepaling(en) andere overeenkomst	De centraal staande bepalingen uit de onder code 25.1 benoemde overeenkomst kunnen hier uiteengezet worden.
25.3	Relevante omstandigheden m.b.t. de andere overeenkomst	Overige relevante omstandigheden met betrekking tot de onder code 25.1 benoemde overeenkomst dienen hier beschreven te worden.
26.	Tegenstrijdigheden tussen wet, statuten en/of overeenkomst	<p>Beschrijf of de genoemde bepalingen uit de wet, statuten, samenwerkings-/aandeelhoudersovereenkomst of andere overeenkomst tegenstrijdigheden bevatten.</p> <p>Volgens de wet (art. 2:244 lid 2 BW) is het bijvoorbeeld mogelijk dat statutair wordt bepaald dat een ontslagbesluit met een versterkte meerderheid van maximaal twee derde mag worden genomen. In een aandeelhoudersovereenkomst kunnen partijen echter afspreken dat een ontslagbesluit slechts met unanimititeit kan worden genomen. In een dergelijke situatie bevat de</p>

		aandeelhoudersovereenkomst een bepaling die tegenstrijdig is met hetgeen in de wet/statuten staat.
27.	Feitelijke taakvervulling	Afwijkend van de gemaakte afspraken of de rolverdeling binnen de vennootschap kunnen partijen feitelijk bepaalde taken vervullen.
28.1	Type 1: Informatieverstrekking algemeen ²²⁴⁹	Hieronder kan algemene informatie over de informatiestrekking worden geplaatst die niet onder de codes 28.2 tot en met 28.5 hoort te staan.
28.2	Type 1: Verzoek binnen vergadering	De aandeelhouder behoort bij het verzoeken om informatie tijdens een vergadering rekening te houden met de grenzen van art. 2:8 BW. Op welke wijze heeft de aandeelhouder om inlichtingen verzocht? Hieronder worden ook verzoeken geschaard die voorafgaand aan de vergadering worden gedaan waarop de aandeelhouder ter gelegenheid van de vergadering antwoord wil krijgen.
28.3	Type 1: Verzoek buiten vergadering	De aandeelhouder kan buiten vergadering een informatierecht hebben, waardoor die partij zijn verzoek buiten vergadering ingewilligd moet worden. Heeft de aandeelhouder – alsmede op welke wijze – buiten de vergadering om informatie verzocht?
28.4	Type 1: Spontane/zelfstandige plicht vennootschap/bestuur	Beschrijf welke informatie de rechtspersoon spontaan/zelfstandig verstrekt alsmede welke informatie het bestuur (spontaan/zelfstandig) verschaft rondom en tijdens de vergadering.
28.5	Type 1: Informatie bestuurders onderling	Op welke wijze verstrekken de bestuurders informatie onderling en wordt de verzochte informatie overhandigd?
29.1	Type 2: Belangenverstremgeling algemeen	Hieronder kan algemene informatie over belangenverstremgeling worden geplaatst die niet onder de codes 29.2 tot en met 29.7 hoort te staan. In dit onderzoek wordt een ruime definitie van belangenverstremgeling gehanteerd. Daarvan is sprake als een bestuurder met concrete conflicterende of niet parallel lopende belangen wordt geconfronteerd. Meer specifiek is in ieder geval van een belangenverstremgeling sprake bij: (i) een direct tegenstrijdig belang (een bestuurder is rechtstreeks wederpartij van de vennootschap waarvan hij bestuurder is), (ii) een indirect tegenstrijdig belang (het persoonlijk belang van de bestuurder is bij de rechtshandeling betrokken zonder dat de bestuurder als wederpartij of als partij rechtstreeks betrokken is), (iii) een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang (de

²²⁴⁹ Feiten die betrekking hebben op een van de verschillende typen ondernemingsrechtelijke geschillen dienen enkel daaronder te worden geplaatst als het type geschil terugkomt in de rechterlijke beoordeling. Om deze reden is het van belang dat de rechterlijke beoordeling geanalyseerd wordt alvorens de codes 28 tot en met 33 worden ingevuld. Een uitspraak is immers alleen relevant voor dit onderzoek als de rechter art. 2:8 BW bij de beoordeling van een gevalstype betreft.

		bestuurder treedt in een andere hoedanigheid op als wederpartij van de vennootschap), (iv) een onzuiver kwalitatief tegenstrijdig belang (de bestuurder treedt in een andere hoedanigheid op als wederpartij van de vennootschap en heeft daarbij een persoonlijk belang) of (v) het ontnemen van een corporate opportunity (een mogelijkheid voor de vennootschap om een transactie aan te gaan die past in het kader van de huidige of in de toekomst te verwachten ondernemingsactiviteiten van de vennootschap, of die anderszins in verband staat met de activiteiten van de vennootschap).
29.2	Type 2: Onttrekking	Hieronder vallen onttrekkingen die niet meer passen binnen de normale bedrijfsvoering gelet op bijvoorbeeld de financiële situatie van de vennootschap en/of verstandhouding tussen de partijen waarmee een bestuurder zichzelf of een aan hem gelieerde partij bevoordeelt. Kortom, het moet gaan om niet gelegitimeerde onttrekkingen waarover geen (gezamenlijke) besluitvorming heeft plaatsgevonden.
29.3	Type 2: Openheid van zaken	Heeft de bestuurder openheid van zaken gegeven over de belangenverstrengeling of is een partij zelfstandig achter het bestaan daarvan gekomen?
29.4	Type 2: Inschakelen derde	Heeft een (externe) partij (deskundige) de (marktconformiteit van de) transactie/gedraging beoordeeld of heeft een andere partij daarover een opmerking gemaakt?
29.5	Type 2: Informatieverstrekking i.h.k.v. goedkeuring algemene vergadering	Had er goedkeuring aan de algemene vergadering gevraagd moeten worden? Als er goedkeuring aan de algemene vergadering gevraagd is, is de algemene vergadering dan tijdig en eventueel schriftelijk over de belangenverstrengeling geïnformeerd?
29.6	Type 2: Onthouding	Bestuurders of commissarissen kunnen zich ervan hebben onthouden om deel te nemen aan de beraadslaging en/of besluitvorming. Heeft een bestuurder zich onthouden of blijkt uit de feiten dat daarover is gesproken? Deze code is niet relevant als sprake is van een persoonlijk tegenstrijdig belang en de onthoudingsregel overeenkomstig de wet is toegepast of moest worden toegepast.
29.7	Type 2: Zorgvuldige scheiding van belangen	Zijn er andere maatregelen genomen – die niet vallen onder de codes 29.3 tot en met 29.6 – om het gescheiden houden van de uiteenlopende belangen te waarborgen?

30.1	Type 3: Winstbestemming	Hieronder kan algemene informatie over de bestemming van de winst worden geplaatst die niet onder de codes 30.2 tot en met 30.4 hoort te staan.
30.2	Type 3: Gronden voor of tegen winstuitkering	Benoem de feiten waaruit de redenen voor of tegen de winstuitkering blijken.
30.3	Type 3: Gronden voor of tegen reservering	Benoem de feiten waaruit de redenen voor of tegen de reservering van de winst blijken.
30.4	Type 3: Weigering goedkeuring (uitkeringstest)	Benoem de feiten waaruit blijkt dat het bestuur weigert om goedkeuring te verlenen voor het uitkeren van dividend.
31.1	Type 4: Strategie en beleid algemeen	Hieronder kan algemene informatie over de strategie(bepaling) worden geplaatst die niet onder codes 31.2 tot en met 31.3 hoort te staan. Onder dit type vallen financiële beslissingen, commerciële beslissingen en sociale beslissingen alsmede het beleid op voornoemde terreinen. De strategie of het beleid over de winstbestemming valt niet onder deze code.
31.2	Type 4: Gronden voor	Benoem de feiten waaruit de keuze blijkt voor de/het gekozen/uitgevoerde strategie/beleid.
31.3	Type 4: Gronden tegen	Benoem de feiten waaruit de 'weerstand' blijkt tegen de/het gekozen/uitgevoerde strategie/beleid of de gebreken van die/dat strategie/beleid.
32.1	Type 5: Structuurwijziging algemeen	Hieronder kan algemene informatie over structuurwijzigingen worden geplaatst die niet onder codes 32.2 tot en met 32.5 hoort te staan.
32.2	Type 5: Aandelenstructuur	Beschrijf als het aantal aandelen toeneemt of afneemt door emissie of intrekking. Hieronder valt ook een wijziging van de waarde van de aandelen.
32.3	Type 5: Statuten	Benoem wanneer de statuten worden gewijzigd.
32.4	Type 5: Ondernemingsstructuur	Plaats de feiten omtrent het (deels) vervreemden of verwerven van een onderneming onder deze code. De codes 29.1 tot en met 29.7 over belangenverstrengeling zijn leidend indien de belangenverstrengeling in het rechterlijk oordeel niet te scheiden is van de structuurwijziging.
32.5	Type 5: Beëindiging	Beschrijf de feiten die het geschil omtrent de ontbinding weergeven of het beëindigen van de samenwerking. Hieronder vallen tevens

		<p>geschillen omtrent het willen uittreden of uitstoten van een aandeelhouder.</p> <p>Hierbij dient te worden opgemerkt dat het enkel aanhangig maken van een uitstotings- of uittredingsprocedure niet per definitie betekent dat er een geschil bestaat omtrent het willen uittreden of uitstoten van een aandeelhouder. De oorzaak van een dergelijke procedure kan immers gelegen zijn in andere handelingen.</p>
33.1	Type 6: Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (/commissaris) algemeen	Hieronder kan algemene informatie over ontslag, schorsing of benoeming worden geplaatst die niet onder de codes 33.2 tot en met 33.6 hoort te staan.
33.2	Type 6: Hoorrecht	<p>Beschrijf – indien benoemd – of de bestuurder de mogelijkheid heeft gekregen om zijn visie op het voorgenomen ontslag te geven.</p> <p>Een bestuurder moet namelijk de mogelijkheid hebben om zich tegen het besluit te kunnen verdedigen. Hierbij dient een onderscheid tussen de raadgevende stem en het hoorrecht te worden gemaakt. Bij de raadgevende stem staat het belang van de vennootschap voorop en bij het hoorrecht het eigen belang van de bestuurder.</p>
33.3	Type 6: Totstandkoming besluit	Geef een uiteenzetting van de manier waarop het besluit tot stand is gekomen. Hieronder valt bijvoorbeeld de wijze waarop de bestuurder is uitgenodigd en de informatieverzorging in dat kader. Aspecten met betrekking tot code 33.2 behoren niet onder deze code te worden geschaard.
33.4	Type 6: Materiële gronden ontslagbesluit	Benoem de inhoudelijke overwegingen ten grondslag liggende aan het ontslag.
33.5	Type 6: Materiële gronden schorsingsbesluit	Benoem de inhoudelijke overwegingen ten grondslag liggende aan de schorsing.
33.6	Type 6: Materiële gronden benoemingsbesluit	Benoem de inhoudelijke overwegingen ten grondslag liggende aan de benoeming.
34.	Korte samenvatting geschil	Hieronder dient een korte samenvatting van het feitelijke geschil te worden gegeven in een of twee zinnen.
BEOORDELING		
35.1	Type 1: Informatieverstrekking algemeen	Hieronder kan algemene informatie over het rechterlijk oordeel ten aanzien van de informatieverstrekking worden geplaatst die niet onder de codes 35.2 tot en met 35.5 hoort te staan.

35.2	Type 1: Verzoek binnen vergadering	Heeft de aandeelhouder bij zijn informatieverzoek tijdens de vergadering voldoende rekening gehouden met de grenzen van art. 2:8 BW volgens de rechter en is de gevraagde informatie – in redelijkheid – verstrekt?
35.3	Type 1: Verzoek buiten vergadering	De aandeelhouder kan buiten vergadering een informatierecht hebben, waardoor die partij zijn verzoek buiten vergadering ingewilligd moet worden. Wat oordeelt de rechter daarover?
35.4	Type 1: Spontane/zelfstandige plicht vennootschap/bestuur	Beschrijf welke informatie de rechtspersoon of het bestuur uit eigen beweging had dienen te verstrekken volgens de rechter of correct uit eigen beweging heeft verstrekt.
35.5	Type 1: Informatie bestuurders onderling	Wat oordeelt de rechter over de informatieverstrekking tussen de bestuurders onderling?
36.1	Type 2: Belangenverstrengeling algemeen	Hieronder kan algemene informatie over het rechterlijk oordeel ten aanzien van de belangenverstrengeling worden geplaatst die niet onder de codes 36.2 tot en met 36.7 hoort te staan. In dit onderzoek wordt een ruime definitie van belangenverstrengeling gehanteerd. Daarvan is sprake als een bestuurder met concrete conflicterende of niet parallel lopende belangen wordt geconfronteerd. Meer specifiek is in ieder geval van een belangenverstrengeling sprake bij: (i) een direct tegenstrijdig belang (een bestuurder is rechtstreeks wederpartij van de vennootschap waarvan hij bestuurder is), (ii) een indirect tegenstrijdig belang (het persoonlijk belang van de bestuurder is bij de rechtshandeling betrokken zonder dat de bestuurder als wederpartij of als partij rechtstreeks betrokken is), (iii) een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang (de bestuurder treedt in een andere hoedanigheid op als wederpartij van de vennootschap), (iv) een onzuiver kwalitatief tegenstrijdig belang (de bestuurder treedt in een andere hoedanigheid op als wederpartij van de vennootschap en heeft daarbij een persoonlijk belang) of (v) het ontnemen van een corporate opportunity (een mogelijkheid voor de vennootschap om een transactie aan te gaan die past in het kader van de huidige of in de toekomst te verwachten ondernemingsactiviteiten van de vennootschap, of die anderszins in verband staat met de activiteiten van de vennootschap).
36.2	Type 2: Onttrekking	Wat oordeelt de rechter ten aanzien van de gedane onttrekkingen door de bestuurder aan zichzelf of een aan hem gelieerde partij? Dit moet een niet gelegitimeerde onttrekking betreffen waarover geen besluitvorming heeft plaatsgevonden.

36.3	Type 2: Openheid van zaken	Betrekt de rechter de informatieverschaffing over de belangenverstrengeling – het geven van openheid van zaken – in zijn oordeel?
36.4	Type 2: Inschakelen derde	Is volgens de rechter op correcte wijze een (deskundige) derde ingeschakeld of had een (deskundige) derde moeten worden ingeschakeld?
36.5	Type 2: Informatieverstrekking i.h.k.v. goedkeuring algemene vergadering	Wat oordeelt de rechter over of goedkeuring aan de algemene vergadering is gevraagd en het daarbij behorende proces als om goedkeuring is gevraagd?
36.6	Type 2: Onthouding	Bestuurders of commissarissen behoorden zich mogelijk ervan te onthouden om deel te nemen aan de beraadslaging of besluitvorming. Betreft de rechter onthouding – in ruime zin – in zijn beoordeling zonder verwijzing naar de wettelijke bepaling?
36.7	Type 2: Zorgvuldige scheiding van belangen	Benoemt de rechter in zijn oordeel andere maatregelen die zijn genomen – of genomen moesten worden – om het gescheiden houden van de uiteenlopende belangen te waarborgen?
37.1	Type 3: Winstbestemming	Hieronder kan algemene informatie over het rechterlijk oordeel met betrekking tot de bestemming van de winst worden geplaatst die niet onder de codes 37.2 tot en met 37.4 hoort te staan.
37.2	Type 3: Gronden voor of tegen winstuitkering	Beschrijf het rechterlijk oordeel ten aanzien van de winstuitkering. Is de gedane of voorgenomen uitkering wel of niet overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid?
37.3	Type 3: Gronden voor of tegen reservering	Beschrijf het rechterlijk oordeel ten aanzien van de reservering. Is de gedane of voorgenomen reservering wel of niet overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid?
37.4	Type 3: Weigering goedkeuring (uitkeringstest)	Beschrijf het rechterlijk oordeel ten aanzien van het weigeren van goedkeuring in het kader van de uitkeringstest als art. 2:8 BW daarbij wordt betrokken.
38.1	Type 4: Strategie en beleid algemeen	Hieronder kan algemene informatie over het rechterlijk oordeel ten aanzien van de strategie(bepaling) worden geplaatst die niet onder de codes 38.2 tot en met 38.3 hoort te staan. Onder dit type vallen bijvoorbeeld financiële beslissingen, commerciële beslissingen en sociale beslissingen alsmede het beleid op voornoemde terreinen. De strategie of het beleid over de winstbestemming valt niet onder deze code.

38.2	Type 4: Gronden voor	Beschrijf het rechterlijk oordeel ten aanzien van de strategie en het beleid. Waarom is de/het gevolgde of voorgenomen strategie/beleid overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid?
38.3	Type 4: Gronden tegen	Beschrijf het rechterlijk oordeel ten aanzien van de strategie en het beleid. Waarom is de/het gevolgde of voorgenomen strategie/beleid niet overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid?
39.1	Type 5: Structuurwijziging algemeen	Hieronder kan algemene informatie over het rechterlijk oordeel ten aanzien van structuurwijzigingen worden geplaatst die niet onder de codes 39.2 tot en met 39.5 hoort te staan.
39.2	Type 5: Aandelenstructuur	Wat oordeelt de rechter over de toename of afname van het aantal aandelen door emissie of intrekking? Hieronder valt ook een wijziging van de waarde van de aandelen.
39.3	Type 5: Statuten	Wat oordeelt de rechter over de statutenwijziging?
39.4	Type 5: Ondernemingsstructuur	Beschrijf wat de rechter oordeelt omtrent het (deels) vervreemden of verwerven van een onderneming. De codes 36.1 tot en met 36.7 over belangenverstengeling zijn leidend indien de belangenverstengeling in het rechterlijk oordeel niet te scheiden is van de structuurwijziging.
39.5	Type 5: Beëindiging	Wat oordeelt de rechter omtrent het (voorgenomen) ontbindingsbesluit of het (willen) beëindigen van de samenwerking? Hieronder valt ook de situatie waarin een aandeelhouder zijn aandelen wil overdragen aan een andere partij of heeft overgedragen zolang de rechter daarover oordeelt in relatie tot art. 2:8 BW.
40.1	Type 6: Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (/commissaris) algemeen	Hieronder kan algemene informatie over het rechterlijk oordeel ten aanzien van ontslag, schorsing of benoeming worden geplaatst die niet onder de codes 40.2 tot en met 40.6 hoort te staan.
40.2	Type 6: Hoorrecht	<p>Wat oordeelt de rechter over de naleving of schending van het hoorrecht?</p> <p>Een bestuurder moet namelijk de mogelijkheid hebben om zich tegen het besluit te verdedigen. Hierbij dient een onderscheid tussen de raadgevende stem en het hoorrecht te worden gemaakt. Bij de raadgevende stem staat het belang van de vennootschap voorop en bij het hoorrecht het eigen belang van de bestuurder.</p>

40.3	Type 6: Totstandkoming besluit	Wat oordeelt de rechter over de wijze waarop het besluit tot stand is gekomen? Hieronder valt bijvoorbeeld de wijze waarop de bestuurder is uitgenodigd en de informatieverschaffing in dat kader. Aspecten met betrekking tot code 40.2 horen niet hieronder te worden geschaard.
40.4	Type 6: Materiële gronden ontslagbesluit	Beschrijf het rechterlijk oordeel omtrent de inhoudelijke gronden voor het ontslag of de materiële gronden in verband daarmee.
40.5	Type 6: Materiële gronden schorsingsbesluit	Beschrijf het rechterlijk oordeel omtrent de inhoudelijke gronden voor de schorsing of de materiële gronden in verband daarmee.
40.6	Type 6: Materiële gronden benoemingsbesluit	Beschrijf het rechterlijk oordeel omtrent de inhoudelijke gronden voor de benoeming of de materiële gronden in verband daarmee.
41.1	Functie(s) redelijkheid en billijkheid	Hieronder kan algemene informatie over de functie(s) van de redelijkheid en billijkheid worden geschaard die niet onder de codes 41.2 tot en met 41.5 vallen. Het is alleen vereist om de functie te benoemen met betrekking tot een van de centraal staande gevalstypen (code 8.1). De functies worden ook niet overlappend in eenzelfde rechtsoverweging gecodeerd. Het uitgangspunt is namelijk dat een van de functies leidend is.
41.2	Interpreterende functie	Wanneer de rechter de wet, de statuten, besluiten van organen, reglementen, een bepaling uit een code of een aandeelhoudersovereenkomst naar redelijkheid en billijkheid interpreteert, dan is sprake van de interpreterende functie. Hierbij is het van belang dat een van voornoemde, bestaande regels wordt geïnterpreteerd. In dergelijke situaties wordt geen aanvulling gegeven op hetgeen reeds bestaat, maar er wordt een bestaande regel middels de redelijkheid en billijkheid verduidelijkt.
41.3	Aanvullende functie	Indien sprake is van een leemte binnen de deelrechtsorde van de vennootschap, dan kan de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid tot opvulling van de leemte leiden waardoor een nieuwe regel ontstaat. Hierbij kan van belang zijn dat een dergelijke leemte eerst wordt geconstateerd alvorens tot opvulling/aanvulling wordt overgegaan. Daarnaast kan toepassing van de aanvullende functie blijken uit dat de wet, de statuten, besluiten van organen, reglementen, een bepaling uit een code of een aandeelhoudersovereenkomst (deelrechtsorde) worden aangevuld. Oftewel, de rechtsverhouding tussen de vennootschapsactoren wordt door voorgaande ‘bronnen’ beheerst en een van deze bestaande bronnen wordt door de rechter aangevuld naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

41.4	Beperkende functie	Bij deze functie staat de vraag centraal of naleving van een binnen de deelrechtsorde geldende regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in het specifieke geval. Het gaat bij deze functie daardoor niet om het vaststellen van hetgeen er is of het geven van een aanvulling daarop, maar om de toets of een bestaande regel buiten toepassing moet worden verklaard, omdat naleving van die regel tot een onaanvaardbaar gevolg zou leiden. Een verwijzing naar art. 2:8 lid 2 BW of de term onaanvaardbaar – dan wel een afgeleide daarvan – kan signaleren dat de beperkende functie in de uitspraak voorkomt.
41.5	Gedragsregulerende functie	De gedragsregulerende functie speelt een rol in de rechtspraak als de rechter een reeds op art. 2:8 BW gecreëerde gedragsnorm aanhaalt, toepast of aanscherpt. Hieronder valt ook de toetsing van gedrag aan art. 2:8 BW als gedragsnorm waarvan de inhoud afhankelijk is van de feiten en omstandigheden. De rechter is in een dergelijke situatie namelijk niet zozeer een bestaande regel – zoals de wet of een besluit – aan het verduidelijken of een leemte aan het opvullen, maar de toelaatbaarheid van gedrag aan het beoordelen op basis van art. 2:8 BW.
42.1	Wijze van toetsing	<p>Hieronder kan algemene informatie over de wijze van toetsing worden geschaard die niet onder de codes 42.2 tot en met 42.5 vallen. Het is enkel vereist om de wijze van toetsing te duiden met betrekking tot een van de centraal staande gevalstypen (code 8.1) waarin de redelijkheid en billijkheid voorkomt.</p> <p>Hierbij dient opgemerkt te worden dat beide varianten van toetsing in een uitspraak kunnen terugkomen, aangezien meerdere typen geschillen in één uitspraak centraal kunnen staan. Het deel omtrent de belangenverstrengeling wordt mogelijk vol getoetst en het deel over de winstbestemming terughoudend.</p>
42.2	Formele kant (voorbereidingsfase/de wijze van totstandkoming/ besluitvormingsproces)	<p>De formele kant van besluiten of beslissingen zou door de rechter veelal vol(ler) worden getoetst dan de materiële kant, omdat de normen met betrekking tot de formele kant veelal eenduidig zijn. Hierdoor kan de rechter de norm secuurder toetsen. Niettemin kan een minder eenduidige norm of de feiten en omstandigheden ertoe leiden dat een norm met betrekking tot de formele kant terughoudender wordt getoetst. Dit kan ook afhankelijk zijn van de functie van art. 2:8 BW gelet op de derogerende werking.</p> <p>Benoem de uit art. 2:8 BW voortvloeiende normen die betrekking hebben op de formele kant en door de rechter worden getoetst. Het is daarbij ook van belang om aan te geven of de rechter de belangen</p>

		<p>van partijen tegen elkaar afweegt of dat de rechter ‘resoluut’ oordeelt dat in strijd dan wel in overeenstemming met de norm is gehandeld. Hierbij kan worden gedacht aan het ‘hoorrecht’ van de bestuurder bij ontslag, aangezien de rechter (normaliter) bondig is bij een schending daarvan en een belangenafweging daarbij een minimale rol speelt.</p> <p>Opgemerkt dient te worden dat de formele kant ziet op de voorbereidingsfase, wijze van totstandkoming en/of het besluitvormingsproces van bijvoorbeeld een ontslagbesluit. Is de bestuurder op correcte wijze opgeroepen en heeft die partij de mogelijkheid gehad om zijn standpunt ten aanzien van het voorgenomen ontslag deugdelijk uiteen te zetten? Kortom, zijn de procedurele regels gevolgd?</p>
42.3	Materiële kant (inhoud/ beleid/gedrag)	<p>De inhoud van een besluit of het beleid dan wel het gedrag wordt door de rechter veelal terughoudend getoetst, omdat de rechter de beleidsvrijheid van de vennootschapsactoren in bepaalde mate dient te respecteren vanwege de beoordelingsvrijheid die de vennootschapsactoren hebben. Hoe terughoudend een rechter toetst, is afhankelijk van de eenduidigheid van de norm. Ook kunnen de feiten en omstandigheden leiden tot een volle(re) toetsing.</p> <p>Benoem de uit art. 2:8 BW voortvloeiende normen die betrekking hebben op de materiële kant en door de rechter worden getoetst. Het is daarbij ook van belang om aan te geven of de rechter de belangen van partijen tegen elkaar afweegt of dat de rechter ‘resoluut’ oordeelt dat in strijd dan wel in overeenstemming met de norm is gehandeld. Toetsing van het winstbeleid gebeurt bijvoorbeeld normaliter terughoudend, omdat de vennootschapsactoren daarbij zelfstandig bepaalde keuzes mogen maken die niet per se goed of fout zijn waardoor de rechter de betrokken belangen tegen elkaar afweegt.</p> <p>Hierbij behoort te worden opgemerkt dat de redenen voor een bepaald winstbestemmingsbesluit als de ‘inhoud’ van het besluit worden beschouwd. De toetsing van die inhoud kan hieronder worden geplaatst.</p>
42.4	Volle(re) toetsing	<p>Doordat de scheidslijn tussen de inhoud en het besluitvormingsproces niet altijd evident is, dient informatie omtrent een volle(re) toetsing (eveneens) hier te worden opgenomen. Benoem aspecten die erop duiden dat de rechter geen – of een beperkte – belangenafweging maakt bij de toetsing van de uit art. 2:8 BW voortvloeiende norm. Hierbij kan gedacht worden aan het ‘hoorrecht’ van de bestuurder bij ontslag, aangezien de rechter bondig is bij een</p>

		<p>schending van deze norm. Een belangenverstrengeling zou veelal ook voller worden getoetst.</p> <p>Als er dan ook – gechargeerd gezegd – geen belangenafweging plaatsvindt en schending van een norm leidt tot in strijd handelen met de redelijkheid en billijkheid, dan is er sprake van een volle toetsing. In die situatie is er namelijk geen ruimte voor een ander oordeel, omdat de norm had moeten worden nageleefd.</p>
42.5	Terughoudende toetsing	<p>Doordat de scheidslijn tussen de inhoud en het besluitvormingsproces niet altijd evident is, dient informatie omtrent een terughoudende toetsing (eveneens) hier te worden opgenomen. Benoem aspecten die erop duiden dat de rechter terughoudend is – en de betrokkene(n) ruimte geeft – bij de beoordeling van de uit art. 2:8 BW voortvloeiende norm. Dit kan onder meer blijken uit dat de rechter de betrokken belangen tegen elkaar afweegt. Ook kan bepaald taalgebruik hiervan een indicatie zijn: afweging, belangenafweging, beleid, beleidsvrijheid, billijken, geoorloofd, kans, keuze, marginaal, niet zodanig in strijd, (on)redelijk(heid), ruimte, uitzonderlijk of vrijheid.</p> <p>De reden voor het voorgaande is dat de redelijkheid van bepaalde besluiten afhankelijk is van de verschillende belangen van partijen. Hierdoor wordt onder bepaalde omstandigheden in strijd met een norm gehandeld en onder net andere omstandigheden niet. Als een norm ook minder eenduidig is, zal het voor een rechter minder evident zijn of in strijd met de norm is gehandeld.</p>
43.	Korte samenvatting beoordeling	Hieronder kan een korte samenvatting van de beoordeling van het geschil worden gegeven, zodat overzichtelijk wordt wat de rechter zijn oordeel is in het kader van de redelijkheid en billijkheid.
BESLISSING VAN HET RECHTSCOLLEGE		
44.1	Voorziening t.a.v. bestuurder	In geval van een enquêteprocedure kan de Ondernemingskamer voorzieningen treffen waardoor bestuurders worden geschorst en/of een tijdelijk bestuurder wordt benoemd. Beschrijf ook als de verzochte voorziening wordt afgewezen.
44.2	Voorziening t.a.v. commissaris	In geval van een enquêteprocedure kan de Ondernemingskamer voorzieningen treffen waardoor een commissaris wordt geschorst en/of een tijdelijk commissaris wordt benoemd. Beschrijf ook als de verzochte voorziening wordt afgewezen.
44.3	Voorziening t.a.v. aandelen	In geval van een enquêteprocedure kan de Ondernemingskamer voorzieningen treffen waardoor de aandelen van een of meerdere

		partijen tijdelijk ten titel van beheer worden overgedragen. Beschrijf ook als de verzochte voorziening wordt afgewezen.
44.4	Voorziening t.a.v. besluiten	In geval van een enquêteprocedure kan de Ondernemingskamer voorzieningen treffen waardoor een of meerdere besluiten worden vernietigd of geschorst. Beschrijf ook als de verzochte voorziening wordt afgewezen.
44.5	Voorziening overige	Hieronder kunnen in geval van een enquêteprocedure voorzieningen worden geplaatst, die niet onder de codes 44.1 tot en met 44.4 kunnen worden geschaard.
44.6	Voorziening kort geding	Onder deze variabele vallen verzochte voorzieningen in kort geding die worden toe- of afgewezen.
45.1	Uitkomst algemeen	De beslissing/uitkomst van het geschil kan hier in zijn algemeenheid beschreven worden. Worden de vorderingen/verzoeken (deels) toe- of afgewezen?
45.2	Vernietiging besluit ex art. 2:15 lid 1 sub b BW	Het besluit kan (i) in stand worden gelaten, (ii) vernietigd worden, (iii) deels vernietigd worden, (iv) in stand blijven maar t.a.v. een bepaald onderdeel buiten beschouwing worden gelaten of (v) geconverteerd worden.
45.3	Verklaring voor recht	Vaststelling van de (rechts)verhouding of rechten en plichten tussen partijen. Van een verklaring voor recht is bijvoorbeeld sprake als de rechter vaststelt dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld jegens de eiser.
45.4	Oordeel inzake geschillenregeling	Beschrijf of de vordering tot uittreding/uitstoting wordt toegewezen dan wel afgewezen gelet op de materiële voorwaarden daarvoor.
45.5	Toewijzing/afwijzing enquêteverzoek	Beschrijf of het enquêteverzoek wordt toegewezen dan wel afgewezen. Als het enquêteverzoek wordt aangehouden, dient dat te worden opgeschreven.
45.6	Oordeel inzake wanbeleid	Beschrijf of het verzoek tot vaststelling van wanbeleid wordt toegewezen dan wel afgewezen.
BIJZONDERHEDEN		
46.	Bijzonderheden	Indien iets noemenswaardig voorbijkomt dat niet onder een andere code geschaard kan worden, kan het hieronder geplaatst worden zoals of de term ‘zorgvuldigheidsplicht’ – of een afgeleide daarvan – of ‘zorgplicht’ in de uitspraak voorkomt.

X.	HERINNERING	Vul de codes 8 tot en met 10 in indien dat nog niet is gedaan.
-----------	--------------------	--

Bijlage III – Overzicht coderingen per programma

Nr.	Code	Aantal coderingen in Excel (incl. 'x')	Aantal coderingen in Excel m.u.v. 'x'	Aantal coderingen in ATLAS.ti
ALGEMENE INFORMATIE				
1.	Jaar	424	424	424
2.	Datum uitspraak	424	424	424
3.1	ECLI-nummer / tijdschrift-nummer	424	424	424
3.2	Vervolg op	424	81	81
4.1	Instantie	424	424	424
4.2	Rechter(s)	424	424	424
5.	Dagvaarding of verzoekschrift	424	424	424
6.1	Soort procedure	424	424	424
6.2	Fase 1 of 2 enquêteprocedure	424	299	299
7.	Rechtsvorm	424	424	424
8.1	Primair gevalstype (max. 2)	424	424	494
8.2	Secundair gevalstype	424	25	30
9.1	Betrokkenen	424	424	1
9.2	Verhoudingen	424	375	2
10.1	Functie(s) redelijkheid en billijkheid	424	424	0
10.2	Wijze van toetsing	424	417	0
	<i>Subtotaal</i>	<i>6.784</i>	<i>5.861</i>	<i>4.299</i>
PARTIJEN				
11.1	Eisende/verzoekende partij(en)	424	424	425
11.2	Orgaan (i)	424	412	349
12.1	Gedaagde(n)/verweerder(s)	424	424	427
12.2	Orgaan (ii)	424	161	111
13.1	Belanghebbende(n)/tussenkomst	424	238	237
13.2	Orgaan (iii)	424	235	217
	<i>Subtotaal</i>	<i>2.544</i>	<i>1.894</i>	<i>1.766</i>
VORDERING/VERZOEK EN VERWEER				
14.1	Vordering/verzoek (i)	424	423	877
14.2	Vordering/verzoek (ii)	424	250	265
14.3	Vordering/verzoek (iii)	424	1	1
15.1	Verweer (i)	424	193	242
15.2	Verweer (ii)	424	4	4
15.3	Verweer (iii)	424	0	0
16.1	Eis in reconventie/tegenverzoek	424	22	22

16.2	Conclusie van antwoord in reconventie/verweer	424	2	2
17.	Vordering of verweer van partij in tussenkomst	424	2	2
	<i>Subtotaal</i>	<i>3.816</i>	<i>897</i>	<i>1.415</i>
FEITEN				
18.1	Structuur	424	421	902
18.2	Familieverhouding	424	112	114
18.3	Werkzaamheden rechtspersoon	424	369	360
18.4	Financiële positie	424	178	281
19.1	Verstandhouding tussen partijen	424	184	231
19.2	Impasse ²²⁵⁰	424	6	5
19.3	Impasse uitwerking	424	6	5
20.1	Bemiddelingspoging(en)	424	37	44
20.2	Gerechtigde procedure(s)	424	179	306
21.1	Uittreding	424	89	125
21.2	Uitstoting	424	25	26
22.	Wet	424	2	2
23.	Statuten	424	142	155
24.1	Samenwerkings-/Aandeelhoudersovereenkomst	424	116	124
24.2	Belangrijke bepaling(en) samenwerkings-/aandeelhoudersovereenkomst	424	116	124
24.3	Relevante omstandigheden m.b.t. de samenwerkings-/aandeelhoudersovereenkomst	424	30	40
25.1	Andere overeenkomst	424	133	138
25.2	Belangrijke bepaling(en) andere overeenkomst	424	125	129
25.3	Relevante omstandigheden m.b.t. de andere overeenkomst	424	51	66
26.	Tegenstrijdigheden tussen wet, statuten en/of overeenkomst	424	3	4
27.	Feitelijke taakvervulling	424	5	5
28.1	Type 1: Informatieverstrekking algemeen	424	30	47

²²⁵⁰ In ATLAS.ti is deze code vier keer gebruikt. Hierbij moet de volgende algemene opmerking worden gemaakt. Het aantal coderingen in ATLAS.ti dient normaliter hetzelfde of hoger te zijn, omdat meerdere stukken tekst in één uitspraak dezelfde code kunnen krijgen in ATLAS.ti terwijl alle informatie in één cel in Excel wordt geplaatst. Niettemin kan het aantal coderingen in ATLAS.ti lager liggen dan het aantal coderingen in Excel als de 'feiten' niet in de tweedefasebeschikking staan, maar daarvoor naar de eerstefasebeschikking wordt verwezen. In die situatie – die veelal betrekking heeft op 'oudere' enquêteprocedures – is namelijk alleen het Excel-bestand met de feiten aangevuld, omdat de eerstefasebeschikking anders als apart document in ATLAS.ti dient te worden geplaatst.

28.2	Type 1: Verzoek binnen vergadering	424	16	21
28.3	Type 1: Verzoek buiten vergadering	424	28	52
28.4	Type 1: Spontane/zelfstandige plicht vennootschap/bestuur	424	22	32
28.5	Type 1: Informatie bestuurders onderling	424	8	14
29.1	Type 2: Belangenverstrengeling algemeen	424	146	312
29.2	Type 2: Onttrekking	424	15	19
29.3	Type 2: Openheid van zaken	424	73	121
29.4	Type 2: Inschakelen derde	424	16	24
29.5	Type 2: Informatieverstrekking i.h.k.v. goedkeuring algemene vergadering	424	3	2
29.6	Type 2: Onthouding	424	2	2
29.7	Type 2: Zorgvuldige scheiding van belangen	424	0	0
30.1	Type 3: Winstbestemming	424	12	18
30.2	Type 3: Gronden voor of tegen winstuitkering	424	7	11
30.3	Type 3: Gronden voor of tegen reservering	424	7	7
30.4	Type 3: Weigering goedkeuring (uitkeringstest)	424	0	0
31.1	Type 4: Strategie en beleid algemeen	424	27	43
31.2	Type 4: Gronden voor	424	10	14
31.3	Type 4: Gronden tegen	424	5	15
32.1	Type 5: Structuurwijziging algemeen	424	19	28
32.2	Type 5: Aandelenstructuur	424	40	112
32.3	Type 5: Statuten	424	1	1
32.4	Type 5: Ondernemingsstructuur	424	29	63
32.5	Type 5: Beëindiging	424	39	70
33.1	Type 6: Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (/commissaris) algemeen	424	37	59
33.2	Type 6: Hoorrecht	424	20	27
33.3	Type 6: Totstandkoming besluit	424	72	123
33.4	Type 6: Materiële gronden ontslagbesluit	424	37	42

33.5	Type 6: Materiële gronden schorsingsbesluit	424	12	13
33.6	Type 6: Materiële gronden benoemingsbesluit	424	1	1
34.	Korte samenvatting geschil	424	424	0
	<i>Subtotaal</i>	22.048	3.487	4.479
BEOORDELING				
35.1	Type 1: Informatieverstrekking algemeen	424	17	18
35.2	Type 1: Verzoek binnen vergadering	424	10	11
35.3	Type 1: Verzoek buiten vergadering	424	27	35
35.4	Type 1: Spontane/zelfstandige plicht vennootschap/bestuur	424	36	48
35.5	Type 1: Informatie bestuurders onderling	424	12	12
36.1	Type 2: Belangenverstrengeling algemeen	424	109	147
36.2	Type 2: Onttrekking	424	9	9
36.3	Type 2: Openheid van zaken	424	108	149
36.4	Type 2: Inschakelen derde	424	47	52
36.5	Type 2: Informatieverstrekking i.h.k.v. goedkeuring algemene vergadering	424	8	10
36.6	Type 2: Onthouding	424	9	10
36.7	Type 2: Zorgvuldige scheiding van belangen	424	4	4
37.1	Type 3: Winstbestemming	424	13	15
37.2	Type 3: Gronden voor of tegen winstuitkering	424	5	5
37.3	Type 3: Gronden voor of tegen reservering	424	9	9
37.4	Type 3: Weigering goedkeuring (uitkeringstest)	424	0	0
38.1	Type 4: Strategie en beleid algemeen	424	9	13
38.2	Type 4: Gronden voor	424	21	21
38.3	Type 4: Gronden tegen	424	11	15
39.1	Type 5: Structuurwijziging algemeen	424	7	8
39.2	Type 5: Aandelenstructuur	424	42	57
39.3	Type 5: Statuten	424	2	2
39.4	Type 5: Ondernemingsstructuur	424	30	43

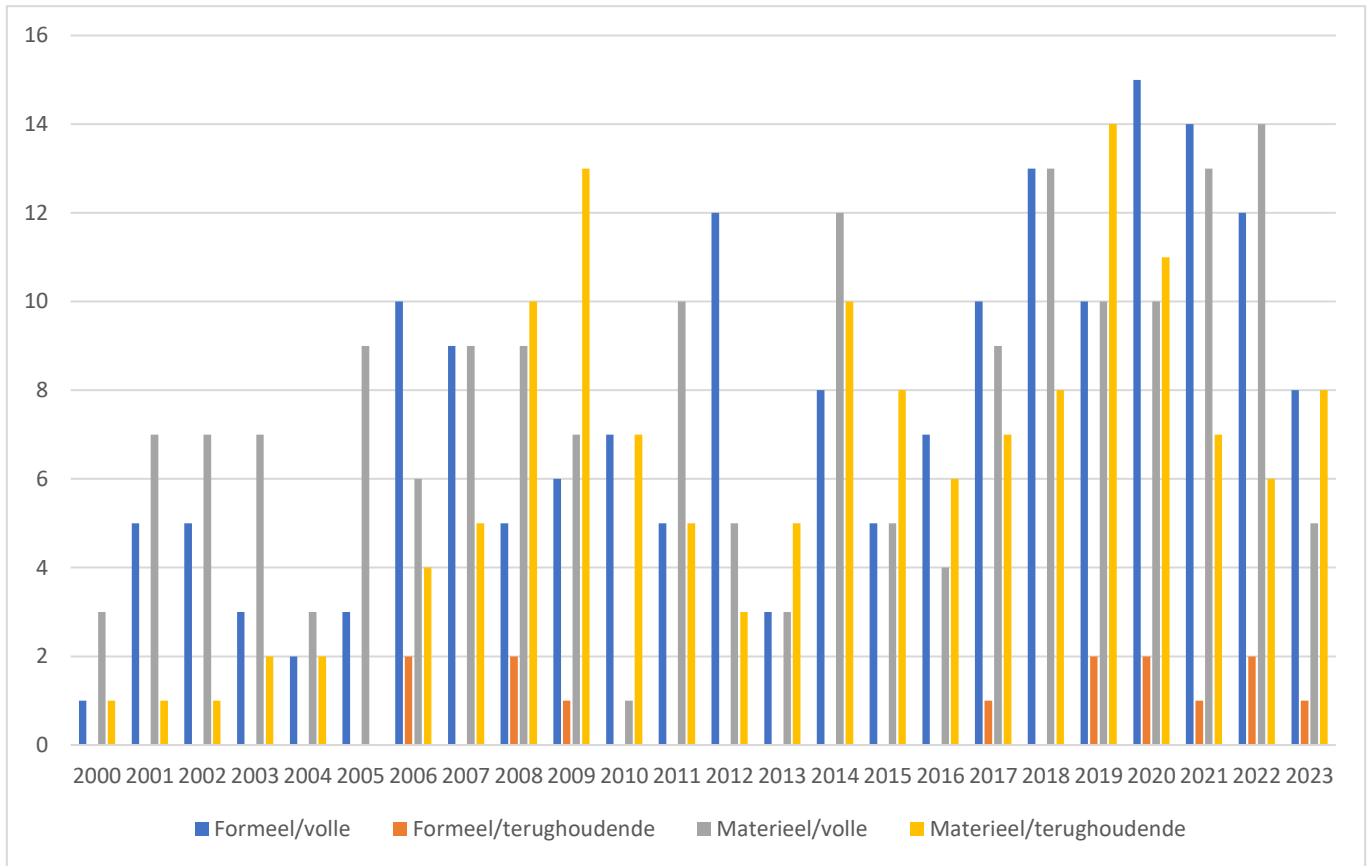
39.5	Type 5: Beëindiging	424	53	66
40.1	Type 6: Ontslag, schorsing of benoeming bestuurder (/commissaris) algemeen	424	26	27
40.2	Type 6: Hoorrecht	424	28	32
40.3	Type 6: Totstandkoming besluit	424	37	52
40.4	Type 6: Materiële gronden ontslagbesluit	424	28	29
40.5	Type 6: Materiële gronden schorsingsbesluit	424	10	17
40.6	Type 6: Materiële gronden benoemingsbesluit	424	2	2
41.1	Functie(s) redelijkheid en billijkheid	424	7	0
41.2	Interpreterende functie	424	104	118
41.3	Aanvullende functie	424	18	18
41.4	Beperkende functie	424	29	30
41.5	Gedragsregulerende functie	424	334	480
42.1	Wijze van toetsing	424	12	12
42.2	Formele kant (voorbereidingsfase/de wijze van totstandkoming/ besluitvormingsproces)	424	191	239
42.3	Materiële kant (inhoud/beleid/gedrag)	424	303	400
42.4	Volle(re) toetsing	424	311	444
42.5	Terughoudende toetsing	424	155	182
43.	Korte samenvatting beoordeling	424	424	0
	<i>Subtotaal</i>	<i>17.384</i>	<i>2.617</i>	<i>2.839</i>
BESLISSING VAN HET RECHTSCOLLEGE				
44.1	Voorziening t.a.v. bestuurder	424	215	220
44.2	Voorziening t.a.v. commissaris	424	69	70
44.3	Voorziening t.a.v. aandelen	424	119	119
44.4	Voorziening t.a.v. besluiten	424	78	78
44.5	Voorziening overige	424	100	101
44.6	Voorziening kort geding	424	37	37
45.1	Uitkomst algemeen	424	424	425
45.2	Vernietiging besluit ex art. 2:15 lid 1 sub b BW	424	43	43
45.3	Verklaring voor recht	424	14	14
45.4	Oordeel inzake geschillenregeling	424	34	35
45.5	Toewijzing/afwijzing enquêteverzoek	424	248	248

45.6	Oordeel inzake wanbeleid	424	46	46
	<i>Subtotaal</i>	<i>5.088</i>	<i>1.427</i>	<i>1.436</i>
BIJZONDERHEDEN				
46.	Bijzonderheden	424	128	151
	Totaal	57.540	16.311	16.387

Bijlage IV – Overzicht procedures per jaar

Jaar	Ingeleid met DV	Ingeleid met VZ	Art. 2:15-BW procedure	Enquête-procedure	Geschillen-regelings-procedure	Kort geding	Overige procedure
2000	1	4	0	4	1	0	0
2001	0	11	0	11	0	0	0
2002	0	13	0	13	0	0	0
2003	2	8	1	8	1	0	0
2004	2	4	0	4	0	2	0
2005	0	11	0	11	0	0	0
2006	3	16	1	16	0	1	1
2007	1	17	0	17	0	1	0
2008	4	17	2	17	1	1	0
2009	8	14	0	14	3	4	1
2010	7	5	2	5	1	4	0
2011	3	14	0	14	1	1	1
2012	4	11	1	11	1	1	1
2013	3	6	1	6	1	1	0
2014	6	20	2	20	2	2	0
2015	5	9	0	9	1	3	1
2016	5	10	1	10	1	3	0
2017	7	14	2	14	1	3	1
2018	6	20	6	19	0	1	0
2019	8	16	5	13	2	1	3
2020	15	18	4	17	4	7	1
2021	10	19	5	19	2	3	0
2022	10	19	2	19	3	5	0
2023	9	9	1	8	3	4	2
Totaal	119	305	36	299	29	47	12

Bijlage V – Wijze van toetsing per jaar



Bijlage VI – Overzicht beslissingen gecodeerde uitspraken

Jaar ²²⁵¹	Vernietiging besluit ex. art. 2:15 lid 1 sub b BW		Verklaring voor recht		Oordeel inzake geschillenregulering-procedure		Toe-/afwijzing enquête-verzoek		Oordeel inzake wanbeleid	
	T	A	T	A	T	A	T	A	T	A
2000	0	0	0	0	1	0	1	1	2	0
2001	0	0	0	0	0	0	6	1	3	1
2002	0	0	0	0	0	0	11	0	1	0
2003	0	1	0	0	1	0	5	0	2	0
2004	0	0	0	0	0	0	2	1	0	0
2005	0	0	0	0	0	0	4	2	3	0
2006	1	0	1	0	0	0	9	2	4	1
2007	0	0	1	0	0	0	9	6	1	0
2008	2	0	1	0	1	0	11	4	2	0
2009	1	0	0	0	4	0	11	3	0	0
2010	1	2	0	0	1	0	4	1	0	0
2011	1	0	0	0	2	0	8	4	1	0
2012	1	1	2	0	1	0	9	0	2	0
2013	0	1	0	0	0	1	3	3	0	0
2014	2	2	0	0	1	1	9	3	2	0
2015	0	0	1	0	1	0	4	1	1	2
2016	0	1	1	0	0	1	3	4	2	1
2017	0	2	1	0	1	0	7	2	3	0
2018	2	5	1	1	0	0	9	7	3	0
2019	3	2	0	2	2	0	2	7	3	0
2020	2	3	0	0	4	1	11	6	0	0
2021	2	3	0	0	1	1	9	8	1	0
2022	1	1	0	1	2	1	7	7	3	0
2023	0	1	1	0	4	1	4	2	2	0
(Sub)totaal	19	24	10	4	27	7	158	75	41	5
Totaal T/A	43		14		34		233		46	

²²⁵¹ Deze informatie volgt uit het Excel-bestand, code 45. Verder staat de ‘T’ voor toewijzing en de ‘A’ voor afwijzing met betrekking tot of het verzoek/de vordering is toegewezen dan wel afgewezen. Verder kan het rechtscollege een beslissing ook aanhouden. In die situatie wordt de uitspraak alleen meegenomen als daarvoor in het rechterlijk oordeel expliciet staat dat de vordering of het verzoek kan worden toe- of afgewezen.

