

# EUR Research Information Portal

## Beperking van de bestuursbevoegdheid bij de naamloze en besloten vennootschap

### Publication status and date:

Published: 09/09/2022

### Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

### Document License/Available under:

Unspecified

### Citation for the published version (APA):

Terstegge, J. (2022). *Beperking van de bestuursbevoegdheid bij de naamloze en besloten vennootschap*. [Doctoral Thesis, Erasmus University Rotterdam].

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

### Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

### Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: [openaccess.library@eur.nl](mailto:openaccess.library@eur.nl). Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

**BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID BIJ DE  
NAAMLOZE EN BESLOTEN VENNOOTSCHAP**

Verkorte citeerwijze: Terstegge, *Beperking van de bestuursbevoegdheid bij de naamloze en besloten vennootschap* (IVOR nr. 127) 2022/[paragraafnummer]

Volledige citeerwijze: J.A. Terstegge, *Beperking van de bestuursbevoegdheid bij de naamloze en besloten vennootschap* (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 127), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Het complete productaanbod vindt u in de online webshop: [www.wolterskluwer.nl/shop](http://www.wolterskluwer.nl/shop).

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, [www.h2rplus.nl](http://www.h2rplus.nl)

ISBN 97 89 013 16881 5

NUR 827-714

© 2022, Wolters Kluwer Nederland BV; J.A. Terstegge

Onze klantenservice kunt u bereiken via: [www.wolterskluwer.nl/klantenservice](http://www.wolterskluwer.nl/klantenservice).

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: [boeken-NL@wolterskluwer.com](mailto:boeken-NL@wolterskluwer.com).

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprerecht ([www.reprecht.nl](http://www.reprecht.nl)).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: [wolterskluwer.com/nl-nl/solutions/nederland/algemene-voorwaarden](http://wolterskluwer.com/nl-nl/solutions/nederland/algemene-voorwaarden).

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via [wolterskluwer.nl/privacy-cookies](http://wolterskluwer.nl/privacy-cookies).



# **Beperking van de bestuursbevoegdheid bij de naamloze en besloten vennootschap**

*Restriction of Management Board Powers in Public and  
Private Limited Liability Companies*

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de  
Erasmus Universiteit Rotterdam  
op gezag van de  
rector magnificus

*Prof. dr. A.L. Bredenoord*

en volgens besluit van het College voor Promoties.  
De openbare verdediging zal plaatsvinden op  
vrijdag 9 september 2022 om 10:30 uur

door

*Jeroen Alexander Terstegge*

geboren te Rotterdam

The logo of Erasmus University Rotterdam, featuring the word 'Erasmus' in a stylized, cursive script.

**Erasmus University Rotterdam**

**Promotiecommissie:**

**Promotoren:** Prof.mr. B.F. Assink  
Prof.mr. L. Timmerman

**Overige leden:** Prof.mr. H.E. Boschma  
Prof.mr. J.M. de Jongh  
Prof.mr. M.J. Kroeze

*Voor Lara, Juliette en Alexander*



## Voorwoord

Op 9 september 2022 promoveerde mr. drs. J.A. (Jeroen) Terstegge aan de Erasmus Universiteit Rotterdam op deze studie naar de beperking van de bestuursbevoegdheid bij de naamloze en besloten vennootschap. Als promotoren traden op prof. mr. B.F. Assink en prof. mr. L. Timmerman.

De bevoegdheid van het bestuur om de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te besturen volgt uit zijn in de wet en statuten neergelegde taakopdracht. Zonder bevoegdheid zou het bestuur deze taakopdracht immers niet naar behoren kunnen vervullen. De bestuursbevoegdheid kan evenwel ook worden beperkt. In zijn dissertatie onderzoekt Terstegge de mogelijkheden daartoe. Het startpunt van zijn onderzoek is het te besturen object ‘de vennootschap’. Wat definieert nu een vennootschap? Wat is haar doel en niet in de laatste plaats wat is haar belang? Op deze fundamentele vragen van vennootschapsrecht wordt uitgebreid ingegaan, waarbij Terstegge soms afwijkt van de gebaande paden. Daarna wordt het bestuur zelf aan een onderzoek onderworpen. Daarbij zoekt Terstegge naar een antwoord op de vraag waarom de vennootschap een bestuur kent en gaat hij dieper in op de aard van het bestuurderschap. Dat laatste doet hij aan de hand van een zestal beginselen die kenmerkend zijn voor de positie van het bestuur en de individuele bestuurder. Ook analyseert hij, onder meer aan de hand van de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie, de inhoud van de bestuurstaak.

Vervolgens komen de verschillende vormen van beperking van de bestuursbevoegdheid aan bod. Daarbij wordt een onderverdeling gemaakt in wettelijke beperkingen, statutaire beperkingen en contractuele beperkingen. In drie achtereenvolgende hoofdstukken bespreekt Terstegge tot in detail de diverse verschijningsvormen van deze verschillende categorieën beperkingen. Daarbij besteedt hij de nodige aandacht aan de wijze waarop beperkingen van de bestuursbevoegdheid kunnen worden vormgegeven en de grenzen die daarbij in acht moeten worden genomen.

In het laatste inhoudelijke hoofdstuk gaat Terstegge in op de vraag of er zoiets bestaat als een onvervreembare harde kern van de bestuursbevoegdheid. Het uitgangspunt daarbij is het niet-ontnemingsbeginsel dat door hem ook van een theoretische onderbouwing wordt voorzien. Ten slotte gaat hij in op de gevolgen van te vergaande beperkingen van de bestuursbevoegdheid.



## VOORWOORD

Wij nemen deze interessante studie met genoegen op in de reeks uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht.

C.A. Schwarz  
J.B. Wezeman

# Inhoud

<b>Voorwoord</b>	VII
<b>Afkortingen</b>	XIII
<b>Hoofdstuk 1.</b> Inleiding	1
1.1 Aanleiding onderzoek	1
1.2 Afbakening onderwerp en probleemstelling	4
1.3 Relevantie van het onderzoek	5
1.4 Methoden van onderzoek	7
1.5 Opbouw van dit boek	8
<b>Hoofdstuk 2.</b> De vennootschap, haar doel en haar belang	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Wat is een vennootschap?	13
2.3 Wat is het doel van de vennootschap?	21
2.4 Wat is het belang van de vennootschap?	26
2.4.1 Het vennootschappelijk belang in de parlementaire geschiedenis	28
2.4.2 Het vennootschappelijk belang in de jurisprudentie van de Hoge Raad	37
2.4.3 Het vennootschappelijk belang: een synthese	43
2.5 De (interne) structuur van de vennootschap	46
2.6 Conclusie	48
<b>Hoofdstuk 3.</b> Bestuurderschap, aard en taak	51
3.1 Inleiding	51
3.2 Waarom is er een bestuur?	51
3.3 Aard van het bestuurderschap	55
3.4 De bestuurstaak	76
3.5 Conclusie	97
<b>Hoofdstuk 4.</b> Wettelijke beperking van de bestuursbevoegdheid	99
4.1 Inleiding	99
4.2 Bezwarende rechtshandelingen	100
4.3 Nemen of verkrijging van (niet-volgestorte) aandelen	103
4.4 Overige wettelijk voorgeschreven goedkeuringen van bestuursbesluiten	107
4.5 Tegenstrijdig belang	114
4.6 Aangifte tot faillietverklaring	124
4.7 Aanstelling accountant	126
4.8 Restbevoegdheid	127
4.9 Conclusie	127
	IX

## INHOUD

<b>Hoofdstuk 5.</b>	<b>Statutaire beperking van de bestuursbevoegdheid</b>	<b>129</b>
5.1	Inleiding	129
5.2	Doelomschrijving	129
5.2.1	Geschiedenis van de statutaire doelomschrijving	129
5.2.2	Omvang van het statutaire doel	131
5.2.3	Functie van het statutaire doel	134
5.2.4	Afschaffen verplichte doelomschrijving?	136
5.2.5	Facultatief (en verplicht) statutair doel?	136
5.3	Goedkeuringsrechten	139
5.3.1	Geschiedenis van de statutaire goedkeuringsrechten	139
5.3.2	Aan wie kan een statutair goedkeuringsrecht worden toegekend?	141
5.3.3	Hoe kan een bestuursbesluit aan goedkeuring worden onderworpen?	142
5.3.4	Welke bestuursbesluiten kunnen aan goedkeuring worden onderworpen?	146
5.3.5	Gevolgen ontbreken statutair voorgeschreven goedkeuring	148
5.3.6	Goedkeuring in de Nederlandse Corporate Governance Code	151
5.4	Instructierecht	152
5.4.1	Geschiedenis van het instructierecht	152
5.4.2	Wat is een instructie?	156
5.4.3	Instructiemacht	156
5.4.4	De juridische figuur van de instructie	160
5.4.5	Wie mag instructies geven?	162
5.4.5.1	Algemene vergadering en vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding	163
5.4.5.2	Gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen	164
5.4.5.3	Raad van commissarissen	165
5.4.5.4	Niet-uitvoerend bestuurders?	166
5.4.5.5	Instructierecht voor meerdere organen?	166
5.4.6	Aan wie wordt een instructie gegeven?	167
5.4.7	Welke instructies mogen worden gegeven?	168
5.4.7.1	Reikwijdte algemeen instructierecht	168
5.4.7.2	Statuten bevatten oude wetstekst	177
5.4.8	De vennootschappelijk belangtoets	178
5.4.9	Afdwingbaarheid van instructies	181
5.4.10	Instructierecht en tegenstrijdig belang	192
5.4.11	Reflexwerking artikel 2:129 lid 4 BW?	192
5.4.12	Buitenstatutair instructierecht?	195
5.5	De (optionele) passiviteitsregel	197
5.6	Overige statutaire beperkingen	201
5.7	Statutaire verplaatsing van bestuursbevoegdheden	202
5.8	Conclusie	205
<b>Hoofdstuk 6.</b>	<b>Contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid</b>	<b>207</b>
6.1	Inleiding	207

## INHOUD

6.2	Is contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid mogelijk?	208
6.3	Wie moet contractspartij zijn?	216
6.4	Welke beperkingen kunnen worden overeengekomen?	224
6.5	Gevolgen niet-nakoming contractuele beperking bestuursbevoegdheid	227
6.5.1	Interne gevolgen	227
6.5.2	Externe gevolgen?	233
6.6	Conclusie	237
<b>Hoofdstuk 7.</b> De (onvervreembare?) kern van de bestuursbevoegdheid		239
7.1	Inleiding	239
7.2	Het niet-ontnemingsbeginsel	239
7.3	Grenzen aan de beperking van de bestuursbevoegdheid	252
7.4	Gevolgen van te vergaande beperking van de bestuursbevoegdheid	254
7.4.1	Te vergaande statutaire beperkingen	254
7.4.2	Te vergaande contractuele beperkingen	256
7.5	Conclusie	258
<b>Hoofdstuk 8.</b> Samenvatting en conclusies		261
8.1	Inleiding	261
8.2	De vennootschap, haar doel en belang	261
8.3	Het bestuur en bestuurderschap	263
8.4	Wettelijke beperking van de bestuursbevoegdheid	266
8.5	Statutaire beperking van de bestuursbevoegdheid	270
8.6	Contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid	273
8.7	De (onvervreembare?) kern van de bestuursbevoegdheid	275
<b>Hoofdstuk 9.</b> Summary and conclusions		277
9.1	Introduction	277
9.2	The company, its object and interest	277
9.3	The management board and governance	278
9.4	Statutory restriction on the power of the management board	282
9.5	Restriction of the management board's power through the articles of association	286
9.6	Contractual restriction of management board power	290
9.7	The (inalienable?) core of management board power	291
<b>Literatuurlijst</b>		293
<b>Jurisprudentieregister</b>		323
<b>Curriculum vitae</b>		331
<b>Dankwoord</b>		333



## Afkortingen

AFM	Autoriteit Financiële Markten
A-G	Advocaat-Generaal
ARO	Actuele Rechtspraak Ondernemingspraktijk
BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
diss.	dissertatie
c.q.	casu quo
c.s.	cum suis
cf.	confer
curs.	cursief
e.a.	en andere(n)
ECLI	European Case Law Identifier
e.e.a.	een en ander
e.g.	exempli gratia
EG	Europese Gemeenschappen
et al.	et alia
etc.	et cetera
EU	Europese Unie
e.v.	en volgende
Fw	Faillissementswet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
i.e.	id est
i.h.b.	in het bijzonder
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KB	koninklijk besluit
Ktr.	Kantonrechter
losbl.	losbladig
m.i.	mijns inziens
m.m.v.	met medewerking van
m.nt.	met noot
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJF	NJ Feitenrechtspraak
nr(s).	nummer(s)

## AFKORTINGEN

NV	naamloze vennootschap
o.a.	onder andere(n)
OK	Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam
onderstrp.	onderstreping
p.	pagina
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PHR	Parket bij de Hoge Raad
Pres.	President
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
RO	Rechtspraak Ondernemingsrecht
r.o.	rechtsoverweging
RvC	raad van commissarissen
SER	Sociaal-Economische Raad
sic	sic erat scriptum
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
TvOB	Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen
vgl.	vergelijk
vlg.	volgens
Vzngr.	Voorzieningenrechter
WHOA	Wet Homologatie Onderhands Akkoord
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK	Wetboek van Koophandel
WVV	Belgische Wetboek van vennootschappen en verenigingen
zgn.	zogenaamd(e)

# Hoofdstuk 1. Inleiding

## 1.1 Aanleiding onderzoek

Dit onderzoek gaat over de beperking van de bevoegdheid van bestuurders bij naamloze en besloten vennootschappen. Wat deze bestuursbevoegdheid behelst werd al lang geleden door Van der Heijden in de eerste druk van zijn Handboek kernachtig omschreven.<sup>1</sup> Het gaat bij de bestuursbevoegdheid om wat het bestuur *mag*, hetgeen dient te worden onderscheiden van wat het bestuur *kan*.<sup>2</sup> Dit rechtens *kunnen* betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur, geregeld in artikel 2:130/240 leden 1-3 BW.<sup>3</sup> De bestuursbevoegdheid volgt onder meer uit de wettelijke taakopdracht van het bestuur zoals opgenomen in artikel 2:129/239 lid 1 BW (eerste volzin): “Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap.”<sup>4</sup> Zonder bevoegdheid zou het bestuur deze taakopdracht immers niet, althans niet naar behoren, kunnen vervullen.<sup>5</sup>

In artikel 2:129/239 lid 1 BW valt zonder veel moeite de Januskop van het ondernemingsrecht te herkennen.<sup>6</sup> Aan de ene kant wordt efficiënt ondernemerschap en waardecreatie gefaciliteerd door aan het bestuur de bevoegdheid tot het besturen van de vennootschap toe te kennen. Van het bestuur wordt in het vennootschappelijk verband creativiteit, durf, vernuft<sup>7</sup> en het nemen van gecalculerde risico's leidend tot (duurzame) waardecreatie – kortom: onderne-

---

1 Van der Heijden 1929, p. 259.

2 Een bestuurder *kan* met zijn Aston Martin DB9 180 km p/u op de A16 rijden maar *mag* dat in principe niet. Vgl. artikel 21 sub a. Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990. Zie over het onderscheid tussen de bestuursbevoegdheid en de vertegenwoordigingsbevoegdheid tevens: Van der Grinten 1991, p. 22-23.

3 De vertegenwoordigingsbevoegdheid werd al eerder uitgebreid behandeld door Gepken-Jager. Zie: Gepken-Jager 2000.

4 Als gevolg van de Wet van 24 maart 2021, *Stb.* 2021/185 is de tekst van artikel 2:129 lid 1 BW en 2:239 lid 1 BW sinds 1 mei 2021 niet langer gelijkluidend.

5 Assink/Slagter 2013, § 51.1, p. 902.

6 Zie over de Januskop van het ondernemingsrecht: Assink 2010, p. 7 e.v.

7 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 9.



## HOOFDSTUK 1

merschap – verwacht. Het bestuur dient van oudsher<sup>8</sup> binnen de vennootschappelijke orde invulling te geven aan de ondernemersfunctie.<sup>9</sup>

Aan de andere kant biedt artikel 2:129/239 lid 1 BW de mogelijkheid om de bestuursbevoegdheid te normeren *c.q.* te reguleren in de zin dat aan de bestuursbevoegdheid beperkingen kunnen worden gesteld. In deze regulerende kant van artikel 2:129/239 lid 1 BW ligt een zekere paradox besloten. Enerzijds beperken beperkingen aan de bestuursbevoegdheid bestuurders in hun mogelijkheden om vrijelijk en ten volle te ondernemen en bestaat er een potentieel risico dat dergelijke beperkingen aan efficiënte waardecreatie in de weg staan. Anderzijds kunnen beperkingen aan de bestuursbevoegdheid ertoe dienen om het bestuur te begrenzen en kunnen zij tot op zekere hoogte voorkomen dat er waardevernietiging optreedt.

Beperking van de bestuursbevoegdheid gaat niet in de laatste plaats over de verhouding tussen het bestuur en de andere organen van de vennootschap. Een bijzonder spanningsveld bestaat daarbij tussen het bestuur, dat zich volgens artikel 2:129/239 lid 5 BW dient te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en de algemene vergadering die bestaat uit aandeelhouders die zich volgens vaste rechtspraak<sup>10</sup> bij de uitoefening van hun (stem)rechten mogen richten naar hun eigen belang in de vennootschap.<sup>11</sup> Deze spanning laat zich in het bijzonder gevoelen bij artikel 2:129/239 lid 4 BW op grond waarvan aan de algemene vergadering<sup>12</sup> statutair het recht kan

---

8 De eerste regeling voor de naamloze vennootschap in het Wetboek van Koophandel 1838 was ontstaan uit een maatschappelijke behoefte om voor grote (risicovolle) ondernemingen een aanzienlijk kapitaal bijeen te kunnen brengen waarbij de deelnemers niet verder aansprakelijk zouden zijn dan voor het door hen gestorte aandeel daarin. Dit omdat volgens de memorie van toelichting het voor grote ondernemingen vaak onmogelijk bleek om “zoodanige rijke kapitalisten aan te treffen, welke hun geheele fortuin [...] op het spel [wilden] zetten”. Zie: *Handelingen der Staten-Generaal*, zitting 1833-1834, Bijlagen Vel 75, p. 299. De naamloze vennootschap bood dus aan de ondernemer een rechtsvorm waarbij het mogelijk was om kapitaal van derden aan te trekken zonder aansprakelijkheid.

9 Timmerman 2008, p. 1.

10 HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/465 (Wennex). Zie recent: OK 12 oktober 2016, *JOR* 2017/90 (Highfields Capital/Delta Lloyd), r.o. 3.5.

11 Waarbij de aandeelhouders zich ingevolge artikel 2:8 lid 1 BW bij de uitoefening van hun rechten wel gebonden weten aan hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Zie over deze materie eveneens Kemp 2015, die betoogt dat de algemene vergadering het vennootschappelijk belang dient te behartigen. Zie voorts: OK 10 februari 2022, *ECLI:NL:GHAMS:2022:302*, r.o. 4.36 waarin de Ondernemingskamer overwoog dat bijzondere omstandigheden kunnen meebrengen dat een meerderheidsaandeelhouder het belang van de vennootschap dient te laten prevaleren boven zijn eigen belangen.

12 Artikel 2:129/239 lid 4 BW spreekt over organen (als bedoeld in artikel 2:78a/189a BW). De vraag of aan alle organen van de vennootschap het instructierecht kan worden toegekend is in de literatuur niet onomstreden. Zie daarover paragraaf 5.4.5.

worden toegekend om instructies<sup>13</sup> aan het bestuur te geven. Het bestuur dient gevolg te geven aan deze instructies tenzij zij in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Vragen die daarbij opkomen zijn wat het belang van de vennootschap precies is – een onderwerp dat binnen het ondernemingsrechtelijk vakgebied al decennialang aanleiding geeft tot zware dogmatische discussies – en in hoeverre het bestuur daadwerkelijk in staat is om een door de algemene vergadering gegeven instructie die strijdig is met het belang van de vennootschap naast zich neer te leggen gezien de (doorgaans) eveneens aan de algemene vergadering toekomende bevoegdheid tot schorsing en ontslag van bestuurders *ad nutum* (vgl. artikel 2:134/244 lid 1 BW).

In zijn nog immer lezenswaardige dissertatie uit 1959 schreef Löwensteyn al uitgebreid over de bestuursbevoegdheid.<sup>14</sup> Hij deed dit in een tijd waarin het vennootschapsrecht volop in beweging was,<sup>15</sup> mede als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen zoals de groei van de onderneming en de politieke wens om aan de factor arbeid meer medezeggenschap toe te kennen.<sup>16</sup> Het Forumbank-arrest – waarin de Hoge Raad bepaalde dat ook de algemene vergadering de bij wet en statuten getrokken grenzen van haar bevoegdheid niet mag overschrijden – was pas net gepubliceerd.<sup>17</sup> In de literatuur vond een omslag plaats in de opvatting over het wezen van de vennootschap, waarbij de contractuele opvatting werd verlaten en de institutionele opvatting werd aanvaard.<sup>18</sup>

- 
- 13 Sinds de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Wet van 18 juni 2012, *Stb.* 2012/300) is de tekst van artikel 2:129 lid 4 BW niet meer gelijk aan de tekst van artikel 2:239 lid 4 BW. Eerstgenoemd artikel laat ‘slechts’ aanwijzingen toe betreffende de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen. Zie omtrent de reflexwerking van de wijziging van artikel 2:239 lid 4 BW op artikel 2:129 lid 4 BW paragraaf 5.4.11. Ik gebruik de wettelijke term ‘aanwijzing’ en de in de literatuur en rechtspraak veel gehanteerde term ‘instructie’ door elkaar aangezien, hoewel laatste term wellicht imperatiever lijkt, er m.i. in de context van genoemde artikelen tussen beide geen verschil bestaat. Evenzo: Assink 2017, p. 65, voetnoot 94.
- 14 Löwensteyn 1959, p. 61-68 besteedt uitgebreid aandacht aan de vraag of de algemene vergadering opdrachten aan het bestuur kan geven, welke vraag hij ontkennend beantwoordt. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat het instructierecht op dat moment nog niet in de wet was vastgelegd (hetgeen door Löwensteyn wordt aangevoerd als een van de gronden op basis waarvan hij het instructierecht afwijst). Zie voor een kernachtige bespreking van de dissertatie van Löwensteyn: Overkleef 2017, p. 58-60.
- 15 Het bredere, meeromvattende begrip “ondernemingsrecht” werd in die tijd nog niet gebruikt. Zie hierover: Sanders 1968, p. 101-108.
- 16 De Jongh 2014, p. 298.
- 17 HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43 (Forumbank) m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh. Löwensteyn heeft dit arrest nog in zijn dissertatie kunnen verwerken, hoewel het arrest op zichzelf, aldus Overkleef 2017, p. 58, niet van wezenlijke invloed is geweest op zijn analyse.
- 18 In de zesde druk van het Handboek twijfelde haar bewerker Van der Grinten al aan de houdbaarheid van de contractuele opvatting: “*Of het redelijk zin heeft, dat de wet bij de n.v. vasthoudt aan de overeenkomstconstructie, is een andere vraag. Ter verdediging van de bestending van deze eis is niet veel aan te voeren.*” Van der Heijden/Van der Grinten 1955, p. 39.

## HOOFDSTUK 1

Löwensteyn zelf speelde daarin een niet onbelangrijke rol.<sup>19</sup> De structuurregeling<sup>20</sup> was op komst en ook de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid moest haar intrede nog doen.<sup>21</sup> De dogmatische band die tussen de naamloze vennootschap en andere (personen)vennootschappen<sup>22</sup> bestond door haar plaats in het Wetboek van Koophandel, moest nog worden doorbroken.<sup>23</sup> Nu, meer dan zestig jaar later lijkt het, alle ontwikkelingen in de wet en rechtspraak in ogenschouw nemend, dat er meer dan voldoende aanleiding is om het onderwerp opnieuw onder de loep te nemen.

### 1.2 Afbakening onderwerp en probleemstelling

De probleemstelling die aan de basis ligt van dit onderzoek luidt als volgt:

“In hoeverre kan de bevoegdheid van het bestuur van naamloze en besloten vennootschappen worden beperkt?”

Ter beantwoording van deze vraag komen diverse deelvragen aan de orde zoals: (i) wat is een vennootschap, (ii) wat is de positie van het bestuur binnen de vennootschap, (iii) welke beperkingen kunnen aan het bestuur worden opgelegd, en (iv) wat zijn de consequenties van te vergaande beperkingen van de bestuursbevoegdheid? Het vraagstuk van de beperking van de bestuursbevoegdheid is niet uniek voor de kapitaalvennootschap. Het speelt bij alle rechtspersonen van

---

In de daaropvolgende druk: Van der Heijden/Van der Grinten 1962, p. 41, wordt de naamloze vennootschap (en ook overigens de vereniging) aangeduid als een niet-contractuele rechtsbetrekking.

19 Overkleef 2017, p. 59. Zie over deze omslag in de literatuur ook: De Jongh 2014, p. 331-336.

20 Wet van 6 mei 1971, *Stb.* 1971/289.

21 Wet van 3 mei 1971, *Stb.* 1971/286 en 287.

22 In het Belgisch recht was deze band tot voorkort nog expliciet in de wet opgenomen. Kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen waren tot 1 januari 2020 ondergebracht in een apart Wetboek van Vennootschappen. Cools 2015, p. 24-25 merkte recent nog op dat de contractuele opvatting ten aanzien van de vennootschap met rechtspersoonlijkheid in België nog niet is verlaten, althans dat een middenweg wordt bewandeld waarin de (naamloze) vennootschap intern als contractueel wordt beschouwd en extern als institutioneel. Zie bijvoorbeeld ook het (oude) artikel 3 § 1 WvW: “*De vennootschappen worden beheerst door de overeenkomsten van partijen, door het burgerlijk recht en, indien ze een handelsaard hebben, door de bijzondere wetten op de koophandel.*”

23 Dit zou uiteindelijk gebeuren met de Wet vaststelling boek 2 nieuw Burgerlijk Wetboek, Wet van 12 mei 1960, *Stb.* 1960/205 en de Invoeringswet boek 2 nieuw Burgerlijk Wetboek, Wetten van 8 april 1976, *Stb.* 1976/228 en 229, waarbij de regeling voor de naamloze vennootschap werd overgebracht vanuit het Wetboek van Koophandel naar het Burgerlijk Wetboek.

boek 2 BW en in zekere mate zelfs ook bij personenvennootschappen.<sup>24</sup> Waar nuttig zal in dit onderzoek dan ook zijdelings naar andere rechtspersonen en personenvennootschappen worden gekeken. Hoewel dit mogelijk interessante gezichtspunten zou kunnen opleveren<sup>25</sup> heb ik geen structureel (intern of extern) rechtsvergelijkend onderzoek verricht. Ook heb ik geen rechts- of bedrijfs-economische invalshoeken in het onderzoek betrokken.<sup>26</sup> Ik heb daarenboven geen sociaal- of psychologisch onderzoek verricht, wat mogelijk interessante perspectieven zou kunnen bieden in het kader van het bestaan en de werking van instructiemacht.<sup>27</sup>

### 1.3 Relevantie van het onderzoek

Het onderwerp van dit onderzoek is actueel en voor de praktijk relevant. Grensgeschillen met betrekking tot de bestuursbevoegdheid – doorgaans tussen het

- 
- 24 Zie hierover o.a. Raaijmakers 2017a, p. 125-130. Het onderscheid tussen beheersbevoegdheid en bestuursbevoegdheid laat ik hier rusten. Zie daarover nader: Stokkermans 2017a, p. 83-85, alsook zijn noot bij HR 22 september 2017, *Ondernemingsrecht* 2017/17 m.nt. Chr.M. Stokkermans, p. 865.
- 25 Ik geef een paar voorbeelden: (i) naar het recht van Engeland en Wales bestaat er voor wat betreft de bestuursbevoegdheid contractsvrijheid, zie: Davis/Worthington/Hare 2021, p. 219-225, (ii) in het Duitse recht kan het bestuur van een *Aktiengesellschaft* (contractueel) verplicht worden instructies van een herrschenden Unternehmens te volgen die nadelig zijn voor de vennootschap en ondanks dat het bestuur van mening is dat het belang van die dominante (herrschenden) onderneming daarmee niet gediend is, zie: § 308 AktG: “(1) Besteht ein Beherrschungsvertrag, so ist das herrschende Unternehmen berechtigt, dem Vorstand der Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Bestimmt der Vertrag nichts anderes, so können auch Weisungen erteilt werden, die für die Gesellschaft nachteilig sind, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen. (2) Der Vorstand ist verpflichtet, die Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen. Er ist nicht berechtigt, die Befolgung einer Weisung zu verweigern, weil sie nach seiner Ansicht nicht den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dient, es sei denn, daß sie offensichtlich nicht diesen Belangen dient.”, (iii) naar Belgische recht kan de algemene vergadering van een naamloze vennootschap zich niet door middel van instructies (ook wel injuncties genaamd) met het beleid van het bestuur bemoeien. Zie: Cools 2015, p. 610-617.
- 26 Zie voor een kritische bespreking van de rechtseconomisch *agency*-theorie als (on)geschikt analytisch en normatief kader voor het Nederlandse vennootschapsrecht: De Jongh 2014, p. 416-418.
- 27 Instructiemacht bestaat immers slechts in die gevallen waarin een bestuurder ‘*gevoelig*’ is voor sancties die bijvoorbeeld de algemene vergadering aan hem of haar zou kunnen oplegen. Het klassieke voorbeeld daarbij is de dreiging met schorsing of ontslag, ervan uitgaande dat deze bevoegdheid op grond van artikel 2:134/244 lid 1 BW bij de algemene vergadering berust. De perceptie van de algemene vergadering omtrent de (on)vervangbaarheid van de persoon van de betreffende bestuurder speelt daarbij overigens ook een rol van betekenis. Zie hierover nader paragraaf 5.4.3.

## HOOFDSTUK 1

bestuur en de algemene vergadering –<sup>28</sup> worden met enige regelmaat aan de rechter voorgelegd. Daarbij gaat het om een breed spectrum van vennootschappen: van de open beurs-NV tot de besloten joint venture-BV.<sup>29</sup> In het oog springende zaken van de afgelopen jaren zijn onder meer het Fugro/Boskalis-arrest en de vier Cancun-beschikkingen. In het Fugro/Boskalis-arrest oordeelde de Hoge Raad dat artikel 2:114a BW niet met zich brengt dat aandeelhouders en certificaathouders de vennootschap kunnen verplichten om onderwerpen ter stemming op te nemen op de agenda van de algemene vergadering die tot de bevoegdheid van het bestuur behoren.<sup>30,31</sup> In de Cancun-beschikkingen verwierp de Hoge Raad onder meer de cassatiemiddelen waarin gesteld werd dat: (i) het bestuur in joint venture-verhoudingen mag functioneren als ‘afgevaardigde’ van de aandeelhouder op wiens voordracht hij is benoemd,<sup>32</sup> (ii) het belang van de vennootschap als joint venture geheel samenvalt met de belangen van de aandeelhouders, en (iii) mede gelet op artikel 2:239 lid 4 BW en op grond van de feitelijke instructiemacht van de aandeelhouders, het bestuur verplicht is om instructies van de aandeelhouders op te volgen.<sup>33</sup> Ook kan nog genoemd worden de zaak *Elliott c.s./AkzoNobel* waarin de Ondernemingskamer – in verband met een door PPG ongevraagd gedaan overnamevoorstel –

- 
- 28 Zie echter voor een geschil tussen het bestuur en de raad van commissarissen van een vennootschap, waarbij de raad van commissarissen aan het bestuur dwingend een targetplan wilde voorschrijven: Gerechtshof 's-Gravenhage 25 augustus 1998, *JOR* 1999/60 (Euro Motorcycles Group), r.o. 4.3.
- 29 Bij eenpersoonsvennootschappen en vennootschappen waarin in overwegende mate sprake is van een personele unie tussen de algemene vergadering en het bestuur speelt de kwestie van de bevoegdheidsverdeling *c.q.* beperking van de bestuursbevoegdheid nagenoeg niet (of uitsluitend in strikt formeel juridisch-technische zin). Er dient sprake te zijn van ten minste enige *separation of ownership and control*, waaronder begrepen die gevallen waarin er sprake is van een niet-meebesturende minderheidsaandeelhouder.
- 30 HR 20 april 2018 *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.3.7. Hierin ging het om de ontmanteling van een Antilliaanse beschermingsconstructie. Daarbij merkte de Hoge Raad op dat het niet ter zake doet dat die (door de aandeelhouders *c.q.* certificaathouders gewenste) stemming geen rechtsgevolg heeft en wordt betiteld als een informele stemming, aanbeveling, motie of peiling.
- 31 Het Gerechtshof 's-Gravenhage 31 mei 2016, *JOR* 2016/181 (Boskalis/Fugro) m.nt. R.G.J. Nowak, r.o. 17-18 oordeelde al dat de algemene vergadering van Fugro niet bevoegd was om te besluiten over de ontmanteling van de Antilliaanse beschermingsconstructie en dat het resultaat van het in stemming brengen van een concept-aanbeveling (hoewel niet formeel bindend) het karakter had van een instructie. De voorzieningenrechter had in eerste instantie al vastgesteld dat in de statuten aan de algemene vergadering van Boskalis geen instructierecht als bedoeld in artikel 2:129 lid 4 BW was toegekend. Zie: Vzng. Rb. 's-Gravenhage 17 maart 2015, *JOR* 2015/135 (Boskalis/Fugro) r.o. 4.4.
- 32 HR 4 april 2014 ECLI:NL:HR:2014:799, r.o. 4.1
- 33 HR 4 april 2014 ECLI:NL:HR:2014:797, r.o. 4.1. De enigszins wonderlijk aandoende formulering van het middel omtrent het instructierecht *ex* artikel 2:239 lid 4 BW en de feitelijke instructiemacht van de aandeelhouders, zoals weergegeven in de beschikking van de Hoge Raad, laat zich verklaren doordat in de statuten van Cancun Holding II B.V. geen instructierecht voor de algemene vergadering was opgenomen.

overwoog dat: (i) het bepalen van de reactie van AkzoNobel op de voorstellen van PPG behoort tot het primaat van het bestuur van AkzoNobel, (ii) er geen algemene rechtsregel bestaat die het bestuur van een doelvennootschap verplicht om inhoudelijke besprekingen met een potentiële bieder te voeren, en (iii) voor zover er een gehoudenheid bestaat tot het voeren van inhoudelijke besprekingen of onderhandelingen, deze voortvloeit uit de taakvervulling waartoe de bestuurders jegens de vennootschap gehouden zijn.<sup>34</sup>

In de praktijk is het voor het bestuur en andere bij de vennootschap en haar organisatie betrokkenen van belang om te weten in hoeverre bestuurders inbreuken op of beperkingen aan hun bevoegdheid hebben te dulden. Voorts is het voor de praktijkjurist van belang om te weten hoever in *corporate* documentatie zoals statuten en aandeelhoudersovereenkomsten, kan worden gegaan. Deze studie beoogt dan ook een staalkaart te bieden van de (on)mogelijkheden tot het beperken van de bestuursbevoegdheid.

#### 1.4 Methoden van onderzoek

Het onderhavige onderzoek valt methodologisch te kwalificeren als klassiek juridisch dogmatisch, oftewel een onderzoek naar het geldende positieve recht aangaande de beperking van de bestuursbevoegdheid. Daartoe bestudeerde ik de relevante Nederlandse wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur maar wierp ik ter inspiratie zo nu en dan ook een blik over de grens. Voor wat betreft de wet- en regelgeving heb ik mij niet beperkt tot de thans geldende wet- en regelgeving en de parlementaire geschiedenis daarvan. Ook oudere wet- en regelgeving werd aan onderzoek onderworpen, zonder daarbij te pretenderen dat een structureel rechtshistorisch onderzoek deel uitmaakt van de analyse. Onder meer wordt teruggegrepen op de diverse wetsontwerpen die sinds het Wetboek van Koophandel 1838 de bouwstenen hebben geleverd voor de huidige wettelijke regeling van de kapitaalvennootschap. Dit zijn achtereenvolgens: het Ontwerp Jolles (1871),<sup>35</sup> het Ontwerp Kist (1890),<sup>36</sup> dat in de literatuur ook wel wordt aangeduid als het Ontwerp van de Staatscommissie, het Ontwerp Nelissen (1910),<sup>37</sup> het Gewijzigd Ontwerp Heemskerk (1925),<sup>38</sup> het Nader Gewijzigd Ontwerp Donner (1927)<sup>39</sup> en het Ontwerp Meijers (1954).<sup>40</sup>

34 OK 29 mei 2017 *JOR* 2017/261 (Elliott *c.s.*/AkzoNobel) m.nt. C.D.J. Bulten, r.o. 3.11, 3.14 en 3.15.

35 *Bijblad van de Nederlandsche Staats-courant*, 1871–1872, p. 957-970.

36 *Belinfante* 1890.

37 *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1909-1910, 217, nrs. 1-3, p. 1-46.

38 *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1924-1925, 69, nrs. 1-2, p. 1-52.

39 Meijers 1954.

40 Zie uitgebreid over deze wetsontwerpen: Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, p. 11-17; en voorts: De Jongh 2014, p. 210-214, 286-294.

## HOOFDSTUK 1

Voor wat betreft de literatuur gebruikte ik de Nederlandse (hand)boeken, naslagwerken, dissertaties en wetenschappelijke artikelen. Ook hier heb ik mij niet beperkt tot contemporaine bronnen, maar heb ik tevens gebruik gemaakt van oudere literatuur. Voor wat betreft de jurisprudentie bestudeerde ik vooreerst de arresten en beschikkingen van de Hoge Raad en van de Ondernemingskamer. Echter ook de arresten van de andere gerechtshoven en de uitspraken van de rechtbanken zijn voor onderhavig onderwerp van belang en zijn derhalve in het onderzoek betrokken. De tekst van het manuscript is afgesloten op 31 januari 2022. Na die tijd verschenen literatuur en jurisprudentie is slechts incidenteel verwerkt.

### 1.5 Opbouw van dit boek

Dit boek is opgebouwd als volgt. De eerste twee hoofdstukken gaan over de voor dit onderzoek relevante basisbegrippen van vennootschapsrecht. In *hoofdstuk 2* wordt het door het bestuur te besturen rechtssubject ‘de vennootschap’ aan een nader onderzoek onderworpen. Daarbij komen vragen aan de orde zoals: (i) wat is nu precies een vennootschap, (ii) wat is het doel van de vennootschap, en (iii) wat is het belang van de vennootschap? Ook wordt kort aandacht besteed aan de interne juridische structuur van de vennootschap. In *hoofdstuk 3* komt het bestuur aan bod. Allereerst wordt ingegaan op de vraag waarom de vennootschap een bestuur heeft. Vervolgens komen de aard van het bestuurderschap en de inhoud van de bestuurstaak aan bod.

De volgende drie hoofdstukken gaan over de verschillende vormen van beperkingen van de bestuursbevoegdheid. In *hoofdstuk 4* komen de diverse wettelijke beperkingen van de bestuursbevoegdheid aan bod. Het daaropvolgende *hoofdstuk 5* behandelt de statutaire mogelijkheden tot beperking van de bestuursbevoegdheid. Daarbij gaat voornamelijk de aandacht uit naar de statutaire doelomschrijving van de vennootschap en statutaire goedkeurings- en instructierechten. Aan het slot van dat hoofdstuk wordt ook nog ingegaan op de mogelijkheid van statutaire verplaatsing van bestuursbevoegdheden. Vervolgens wordt in *hoofdstuk 6* ingegaan op mogelijke contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid. Allereerst komt de vraag aan bod of contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid in zijn algemeenheid mogelijk is. Hierna wordt ingegaan op de vraag wie bij een dergelijke overeenkomst partij moeten zijn en op de vraag welke beperkingen aan de bestuursbevoegdheid kunnen worden overeengekomen. Tot slot behandelt dit hoofdstuk de interne en externe gevolgen van de niet-nakoming van contractuele beperkingen van de bestuursbevoegdheid.

In *hoofdstuk 7* staat de (on)vervreembare kern van de bestuursbevoegdheid centraal. Ingegaan wordt op het beginsel dat de statuten de bestuursbevoegd-

## INLEIDING

heid mogen beperken doch niet aan het bestuur mogen ontnemen, oftewel het niet-ontnemingsbeginsel. Vervolgens wordt er een hoofdregel geformuleerd waaraan beperkingen aan de bestuursbevoegdheid kunnen worden getoetst. Daarna wordt ingegaan op de gevolgen van te vergaande beperking van de bestuursbevoegdheid. Ter afsluiting van dit boek wordt in *hoofdstuk 8* een samenvatting gegeven en conclusies getrokken. Het daaropvolgende *hoofdstuk 9* bevat de Engelse vertaling van de samenvatting en conclusie uit het vorige hoofdstuk.





## Hoofdstuk 2. De vennootschap, haar doel en haar belang

“De naamlooze vennootschap is nog iets anders dan een rechtsfiguur, waarop het aangenaam is zijn juridisch vernuft te scherpen, de naamlooze vennootschap is een hoogst belangrijk maatschappelijk verschijnsel, een stuk organisatiewezen, uit de vrije maatschappij, zonder wettelijke dwang voortgekomen, en als zoodanig heeft de naamlooze vennootschap behoefte aan een groote mate van autonomie.”<sup>1</sup>

### 2.1 Inleiding

Het bestuur bestuurt de vennootschap, zo luidt zijn wettelijke taakopdracht (vgl. artikel 2:129/239 lid 1 BW). Maar wat is nu precies een vennootschap? De wet schrijft voor dat in de statuten *het* doel van de vennootschap dient te worden opgenomen (vgl. artikel 2:66/177 lid 1 BW). Maar wat omvat nu *het* doel van de vennootschap? Bij de vervulling hun taak dienen de bestuurders zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (vgl. artikel 2:129/239 lid 5 BW). Dit impliceert dat de vennootschap – in de ogen van de wetgever – daadwerkelijk een belang heeft. Maar wat behelst nu dit ‘vennootschappelijk’ belang?

De drie begrippen – vennootschap, doel en belang – zijn nauw met elkaar verbonden: de invulling die wordt gegeven aan het begrip ‘vennootschap’ heeft consequenties voor de invulling van de begrippen ‘doel’ en ‘belang’ en *vice versa*. Vanaf ongeveer de tweede helft van de twintigste eeuw is er in academische kring uitgebreid gediscussieerd over met name de invulling van de begrippen vennootschap en vennootschappelijk belang. Is de vennootschap een contract, een instituut of een instrument of iets anders? Is het vennootschappelijk belang gelijk aan de gerechtvaardigde belangen van de aandeelhouders, heeft de vennootschap een eigen ‘zelfstandig’ belang of is het vennootschappelijk belang de resultante van alle op de vennootschap betrokken belangen en bestaat tussen deze belangen al dan niet een zekere vorm van hiërarchie?

---

1 *Handelingen der Staten-Generaal*, 1926-1927 II, Vel 459, p. 1781.

## HOOFDSTUK 2

Van recenter datum is de internationaal opgelaaide discussie omtrent het doel van vennootschap (in deze discussie vaak aangeduid met de woorden ‘*purpose*’ of ‘*raison d’être*’). Deze discussie ontstond mede als gevolg van twee wereldwijde crises: de financiële crisis van rond 2008 en de COVID-19 crisis die in 2019 begon. Gedurende beide – relatief kort op elkaar volgende – crises zagen overheden zich genoodzaakt om financiële instellingen en andere (grote) ondernemingen met aanzienlijke middelen te ondersteunen om een golf van faillissementen te voorkomen. Aldus werd een deel van het ondernemersrisico afgewenteld op het publiek.<sup>2</sup> Dit terwijl diverse ‘geredde’ ondernemingen in de voorafgaande jaren vaak op grote schaal winsten uitkeerden aan hun aandeelhouders waarbij regelmatig via ingewikkelde internationale structuren gepoogd werd om de over deze winsten te betalen belasting en daarmee de financiële bijdrage aan de publieke zaak tot een minimum te beperken. E.e.a. met de nodige maatschappelijke verontwaardiging tot gevolg.<sup>3</sup> Steeds nadrukkelijker wordt aan ondernemingen en dus ook aan vennootschappen de vraag gesteld wat hun doel is.

In de Verenigde Staten heeft het debat onder meer geleid tot een ‘*Statement on the Purpose of a Corporation*’ van de Business Roundtable, ondertekend door meer dan 181 CEO’s van grote ondernemingen.<sup>4</sup> In Frankrijk werd een wet aangenomen die enerzijds een wettelijk belangenpluralisme introduceert en anderzijds ondernemingen uitnodigt om een *raison d’être* in hun statuten op te nemen.<sup>5</sup> In Nederland publiceerde vijftientig hoogleraren een manifest waarin onder meer werd opgeroepen om aan vennootschappen de wettelijke mogelijkheid te bieden het uiteindelijke doel dat zij in de samenleving nastreven alsmede de waarden en beginselen die daarbij voor hen leidend zijn in hun statuten te kunnen verankeren.<sup>6</sup>

De begrippen vennootschap, doel en belang zijn nauw verbonden met de bestuursbevoegdheid. Het bestuur dient immers met gebruikmaking van de op grond van de wet en de statuten aan hem toegekende bevoegdheden de vennootschap te besturen. Aldus dient het bestuur te bewerkstelligen dat de vennootschap haar doel nastreeft, waarbij het vennootschappelijk belang het bestuur tot richtsnoer dient. In dit hoofdstuk zullen genoemde begrippen dan ook aan een nader onderzoek worden onderworpen. Daarbij zal ik niet – zoals te doen gebruikelijk – een overzicht geven van de bestaande en al uitgebreid in de lite-

---

2 Winter e.a. 2020, p. 471.

3 Zie bijvoorbeeld het NRC van 15 mei 2020, ‘*Booking is uitgefeest. Hoe kon de reisgigant zó in de problemen komen?*’

4 <https://opportunity.businessroundtable.org/wp-content/uploads/2019/08/BRT-Statement-on-the-Purpose-of-a-Corporation-with-Signatures.pdf>.

5 Zie nader over deze *Loi PACTE*: De Jongh 2020, p. 439-442.

6 Winter e.a. 2020, p. 471-474.

ratuur besproken opvattingen,<sup>7</sup> maar mede op grond van de wet(sgeschiedenis) en jurisprudentie een eigen opvatting formuleren.

## 2.2 Wat is een vennootschap?

Een voor de hand liggende methode om een antwoord te vinden op de vraag die in de titel van deze paragraaf wordt gesteld is om een blik te werpen op de wet. Daarin zijn de navolgende artikelen te vinden:

Artikel 2:64 lid 1 BW: “De naamloze vennootschap is een rechtspersoon met een in overdraagbare aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal. Een aandeelhouder is niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht en is niet gehouden boven het bedrag dat op zijn aandeel behoort te worden gestort in de verliezen van de vennootschap bij te dragen. Ten minste één aandeel wordt gehouden door een ander dan en anders dan voor rekening van de vennootschap of een van haar dochtermaatschappijen.”

Artikel 2:175 lid 1 BW: “Deze titel is van toepassing op de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is een rechtspersoon met een in een of meer overdraagbare aandelen verdeeld kapitaal. De aandelen zijn op naam gesteld. Een aandeelhouder is niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht en is niet gehouden boven het bedrag dat op zijn aandelen behoort te worden gestort in de verliezen van de vennootschap bij te dragen, onverminderd het bepaalde in artikel 192. Ten minste één aandeel met stemrecht wordt gehouden door een ander dan en anders dan voor rekening van de vennootschap of een van haar dochtermaatschappijen.”

Artikel 16 WvK: “De vennootschap onder eene firma is de maatschap, tot de uitoefening van een bedrijf onder eenen gemeenschappelijken naam aangegaan.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld: Kemp 2015, p. 42-67 en p. 110-121; De Roo 2021, p. 61-65.

<sup>8</sup> Artikel 7A:1655 BW bepaalt met betrekking tot de maatschap: “*Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te delen.*” Zie tevens: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 juli 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:2085, r.o. 4.19, waarin het gerechtshof de verschillende elementen van een maatschap opsomt: de overeenkomst, samenwerking (gelijkheid/gelijkwaardigheid), verdeling van voordeel, inbreng, gerichtheid op voordeel voor alle deelnemers.

## HOOFDSTUK 2

Deze drie artikelen geven een zekere beschrijving dan wel enige formeel juridische kenmerken van de verschillende vormen van vennootschap, maar een definitie van het begrip ‘*vennootschap*’ als zodanig leveren zij niet op. De Nederlandse wet lijkt op het eerste gezicht dan ook niet uit te gaan van eenduidig vennootschapsbegrip. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld het recent in België ingevoerde Wetboek van vennootschappen en verenigingen<sup>9</sup> dat wel expliciet uitgaat van één gemeenschappelijk vennootschapsbegrip. Zo bepaalt artikel 1:1 WVV:

“Een vennootschap wordt opgericht bij een rechtshandeling door één of meer personen, vennoten genaamd, die een inbreng doen. Zij heeft een vermogen en stelt zich de uitoefening van één of meer welbepaalde activiteiten tot voorwerp. Zij heeft tot doel aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen.”

Vervolgens geeft artikel 1:5 WVV een catalogus van de naar Belgisch recht bestaande vennootschappen. Zo worden als vennootschap met rechtspersoonlijkheid erkend de vennootschap onder firma, de commanditaire vennootschap, de besloten vennootschap, de coöperatieve vennootschap, de naamloze vennootschap de *Societas Europaea* (de Europese vennootschap) en de *Societas Cooperativa Europaea* (de Europese coöperatieve vennootschap). De maatschap wordt erkend als vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.<sup>10</sup>

Interessant is wat de Belgische wetgever in de memorie van toelichting opmerkt omtrent het wezen van de vennootschap zoals dit tot uitdrukking komt in het wetsontwerp:

“Het ontwerp is pragmatisch opgevat, zonder stelling te willen nemen in een grotendeels theoretisch debat in de rechtsleer over het contract- of instellingsgerelateerde karakter van de vennootschappen. [...]

Zoals benadrukt blijft de winstuitkering aan, of minstens de vermogensbesparing voor de vennoten een wezenskenmerk van elke vennootschap, dat haar onderscheidt van de verenigingen en de stichtingen. [...]

Het artikel [JT: artikel 1:1 WVV] onderstreept dat elke vennootschap, ongeacht of zij rechtspersoonlijkheid heeft of niet, over een vermogen beschikt.”

9 Wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Belgisch Staatsblad* 4 april 2019.

10 Dit in contrast tot het Nederlandse recht waarbij juist de vennootschap onder firma wordt gezien als bijzondere vorm van maatschap (vgl. artikel 16 WvK).

Aan het vennootschapsbegrip zoals gehanteerd in de Belgische wetgeving ligt dus niet een specifiek contractuele of institutionele gedachte ten grondslag.<sup>11</sup> Wel wordt de nadruk gelegd op het ‘eigen’ vermogen van de vennootschap en de gerichtheid op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van de vennoten. Daartoe dient het vermogen van de vennootschap te worden aangewend.

Eenzelfde soort vennootschapsbegrip ligt ten grondslag aan het Nederlandse recht, waarbij er m.i. in de basis geen wezenlijk of anderszins principieel onderscheid bestaat tussen de kapitaalvennootschap en de personenvennootschap (de maatschap daaronder begrepen).<sup>12</sup> M.i. is de vennootschap een vehikel dat door het recht wordt gecreëerd waarin op een zeker moment *iets* wordt ingebracht. Bij een kapitaalvennootschap dient dit steeds een goed in de zin van artikel 3:1 BW te zijn. Een recht op het verrichten van werk of diensten kan niet worden ingebracht (vgl. artikel 2:80b/191b lid 1 BW, tweede volzin).<sup>13</sup> Bij de personenvennootschap ligt dit anders en mag door een vennoot ook alleen arbeid worden ingebracht (vgl. artikel 7A:1670 lid 2 BW).<sup>14</sup> Als gevolg van de inbreng verkrijgt de vennootschap een ‘eigen’ vermogen waarmee de vennootschap activiteiten zal ondernemen. Daartoe gaat de vennootschap (steeds door menselijke tussenkomst) in meer of mindere mate zelfstandig deelnemen aan het maatschappelijk verkeer en gaat de vennootschap (rechts)relaties aan met derden. De activiteiten van de vennootschap zijn steeds gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel in ruime zin.

Deelname aan het maatschappelijk verkeer en het aangaan van (rechts)relaties maken dat er omtrent de vennootschap een belangenpluralisme ontstaat. Timmerman spreekt in dit verband beeldend over ‘*de op de vennootschap betrokken belangen*’.<sup>15</sup> Een dergelijke betrokkenheid kan op verschillende manieren

11 Dit in tegenstelling tot het daarvoor geldende recht. Toen bepaalde artikel 1 lid 1 WVV (oud) uitdrukkelijk: “*Een vennootschap wordt opgericht door een contract op grond waarvan twee of meer personen overeenkomen iets in gemeenschap te brengen met als doel één of meer nauwkeurig omschreven activiteiten uit te oefenen en met het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen.*”

12 Anders dan naar Nederlands recht (vgl. artikel 16 WvK en artikel 7A:1655 BW) is in het Belgisch recht uitdrukkelijk bepaald dat de maatschap een species is van de vennootschap. Vgl. artikel 1:5 § 1 WVV dat luidt: “*De maatschap is een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.*”

13 Hieraan ontlene de naamloze en besloten vennootschap de kwalificatie kapitaalvennootschap. In het huidige tijdsgewricht kan met recht de vraag gesteld worden in hoeverre de besloten vennootschap nog de naam kapitaalvennootschap waardig is nu (theoretisch) een oprichting met een geplaatst kapitaal van 0,01 Poolse zloty (ongeveer 0,0023 eurocent) mogelijk is (vgl. artikel 2:178 lid 2 BW). Zie nader over deze problematiek: Timmerman 2020a, p. 125-136.

14 Evenwel met uitzondering van de inbreng door de vennoot bij wijze van geldschieting in de commanditaire vennootschap (vgl. artikel 19 lid 2 WvK).

15 Timmerman 2016b, p. 328.

## HOOFDSTUK 2

ontstaan. Dat kan via vennootschappelijke weg, bijvoorbeeld als aandeelhouder of bestuurder of anderszins ingevolge de wet en/of de statuten. Dat kan ook via verbintenisrechtelijke weg, bijvoorbeeld als werknemer, leverancier, kredietverschaffer of afnemer op basis van overeenkomst, doch ook als een zgn. onvrijwillige crediteur, bijvoorbeeld als gevolg van een door of namens de vennootschap gepleegde onrechtmatige daad of anderszins op grond van de wet zoals de Belastingdienst. Ten slotte kan betrokkenheid bij de vennootschap ontstaan doordat derden (in positieve of negatieve zin) geraakt worden door de activiteiten van de vennootschap en/of haar deelname aan het maatschappelijk verkeer, zonder dat tussen de vennootschap en deze derde een formeel vennootschapsrechtelijke of verbintenisrechtelijke band bestaat.<sup>16</sup> Dit kan op microniveau, zoals de eigenaar van een broodjeszaak waar werknemers van de vennootschap gedurende hun lunchpauze broodjes komen kopen, maar ook op macroniveau, zoals het publieke belang bij een gezonde leefomgeving, het milieu *etc.* Een dergelijke (vergelijkbare) driedeling hanteert Schwarz in zijn recente oratie, waarbij hij de laatste twee categorieën betrokkenen aanduidt als direct en indirect institutioneel bij de onderneming betrokken belanghebbenden (de eerste categorie wordt aangeduid als de organisatierechtelijk bij de vennootschap betrokkenen).<sup>17</sup> Ik zou liever willen spreken van de vennootschapsrechtelijk betrokkenen, de verbintenisrechtelijk betrokkenen en de overige betrokkenen<sup>18</sup>.

De relatie tussen de vennootschapsrechtelijk en verbintenisrechtelijk betrokkenen en de vennootschap wordt op grond van de wet steeds beheerst door de redelijkheid en billijkheid (vgl. artikel 2:8 lid 1 BW, artikel 6:2 lid 1 BW en artikel 6:248 lid 1 BW). Voor overige op de vennootschap betrokkenen geldt dat hun relatie met de vennootschap slechts geregeerd wordt door de redelijkheid en billijkheid indien en voor zover de vennootschap (of de betreffende betrokkene) een wettelijke zorgvuldigheidsplicht heeft geschonden (vgl. artikel 6:162 lid 2 BW), te weten in geval van een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, en zij aldus in een schuldeiser – schuldenaar-verhouding zijn komen te staan. Voor ieder van de hiervoor genoemde groepen betrokke-

---

16 In de Preambule van de Nederlandse Corporate Governance Code (2016), p. 8 worden als *Stakeholders* (lees: belanghebbenden bij de vennootschap en de met haar verbonden onderneming) gedefinieerd: *groepen en individuen die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of erdoor worden beïnvloed*. Genoemd worden: werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, leveranciers, afnemers en andere belanghebbenden. Hier wordt dus niet zozeer gekeken naar de formeel-juridische relatie tussen de belanghebbende en de vennootschap maar naar de relatie van de belanghebbende tot de vennootschappelijke activiteit.

17 Schwarz 2018, p. 27.

18 Zie tevens Garcia Nelen 2020, p. 216 die spreekt over de institutioneel betrokken stakeholders, de contractueel betrokken stakeholders en de indirect betrokken stakeholders.

nen vervult de vennootschap een bepaalde functie, waarbij geldt dat individuele (rechts)personen op meerdere manieren bij de vennootschap betrokken kan zijn, waardoor de vennootschap ten opzichte van dit individu meerdere functies vervult. Zo kan een individu zowel aandeelhouder, bestuurder, werknemer en afnemer van de vennootschap zijn. Deze functies zijn echter steeds een afgeleide van de hoofdfunctie van de vennootschap, of beter gezegd haar bedoeling.

In de kern genomen is een vennootschap dus een doelvermogen dat bestemd is om bepaalde activiteiten mee te verrichten en aldus vermogensrechtelijk voordeel te behalen. Door deelname aan het maatschappelijk verkeer en het aangaan van (rechts)relaties met derden ontstaat ten aanzien van de vennootschap belangenpluralisme. In een dergelijke benadering is de juridisch-dogmatische grondslag van de vennootschap – als contract of instituut –<sup>19</sup> dus niet zo zeer van belang. Deze grondslag speelt echter wel weer een rol in het ‘*patroon*’ van rechtsregels van de verschillende juridische jassen die door de vennootschap kunnen worden aangetrokken: die van de contractuele personenvennootschap of die van de institutionele kapitaalvennootschap. De keuze voor een bepaalde jas maakt dat de vennootschap dwingendrechtelijk een bepaalde juridische basisstructuur krijgt en dat voor hen die bij de vennootschap zijn betrokken bijzondere regels gaan gelden die hun onderlinge verhouding en gedrag beheersen. Een gemeenschappelijk kenmerk van alle vennootschappen is dat degenen die het doelvermogen ter beschikking stellen daarvoor in beginsel aanspraak krijgen op een deel van de resultaten van de activiteiten van de vennootschap, alsmede een al dan niet beperkte vorm van zeggenschap omtrent de gang van zaken bij de vennootschap alsook met betrekking tot haar ‘wezen’. Zie bijvoorbeeld artikel 2:19 lid 1 BW en artikel 7A:1683 lid 3 BW.

In de literatuur<sup>20</sup> wordt voor de kapitaalvennootschap vaak nog een onderscheid gemaakt in verschillende soorten vennootschappen, zoals de éénpersoonsvennootschap, de familie-vennootschap, de concernvennootschap, de joint venture-vennootschap en de beursvennootschap. Welbeschouwd wordt de ‘soort’ van de vennootschap bepaald door de samenstelling van haar algemene vergadering, oftewel door de identiteit en de onderlinge verhouding van de individuele aandeelhouders. Door wijzigingen in het aandeelhoudersbestand kan een vennootschap evenwel transformeren van een éénpersoonsvennootschap tot een familie-vennootschap of van een concernvennootschap tot een beursvennootschap. De soort van de vennootschap is vaak ook een indicatie voor de mate waarin de aandeelhouders betrokken zijn bij de met de vennootschap verbonden onderneming. Zo zullen in geval van een familievennootschap, in de regel leden van de familie binnen de onderneming werkzaam zijn. Dit is echter geen wet van Meden en Perzen.

19 Zie hierover nader: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2021, nr. 30.

20 Zie bijvoorbeeld: Raaijmakers 1976; Boschma 1997; Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2020; Assink 2017.



## HOOFDSTUK 2

Met uitzondering van de beursvennootschap bevat boek 2 BW geen uitgebreide regelingen voor de individuele ‘soorten’ vennootschap. Voor de éénpersoonsvennootschap schrijft artikel 2:137/247 lid 1 BW voor dat bepaalde rechtshandelingen met de enig aandeelhouder schriftelijk moeten worden vastgesteld en geldt voor de aandeelhouder die alle aandelen aan toonder in een naamloze vennootschap verkrijgt een informatieplicht (vgl. artikel 2:91a lid 1 BW).<sup>21</sup> Voor wat betreft de concernvennootschap geldt dat boek 2 BW werkt met de begrippen dochtermaatschappij (artikel 2:24a BW) en groep *c.q.* groepsmaatschappij (artikel 2:24b BW). In boek 2 BW worden beide begrippen gehanteerd om (niettegenstaande de rechtspersoonlijkheid van de individuele vennootschap) bij de toepassing van een aantal – voornamelijk organisatorische en jaarrekening technische – regelingen het concern als één geheel te beschouwen.<sup>22</sup> Zie bijvoorbeeld de structuurregeling (artikel 2:152/262 e.v. BW), de regeling omtrent beperking van het aantal commissariaten (artikel 2:142a/252a BW) of de geconsolideerde jaarrekening (artikel 2:405 e.v. BW). Voor de beursvennootschap bevat boek 2 BW – waarin de beursvennootschap steevast wordt aangeduid als “een vennootschap waarvan de effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht” – de nodige specifieke regelingen. Zie bijvoorbeeld artikel 2:101 lid 1 BW, artikel 2:118a BW en artikel 2:119 BW (voor de naamloze vennootschap), de schakelbepaling in artikel 2:187 BW voor wat betreft de besloten (beurs)vennootschap en de regeling omtrent het openbaar bod als opgenomen in artikel 2:359a e.v. BW. Daarnaast zijn op de beursvennootschap de Wet op het financieel toezicht van toepassingen (hoofdstuk 5 in het bijzonder) en dient de beursvennootschap in beginsel toepassing te geven aan de bepalingen van de Nederlandse Corporate Governance Code (vgl. artikel 2:391 lid 5 BW).<sup>23</sup>

Ook in de jurisprudentie wordt betekenis toegekend aan de ‘soort’ van de betrokken vennootschap. Zo bepaalde de Hoge Raad in zijn OGEM II-beschikking dat voor de top-holding van het concern er een zgn. concernleidingsplicht bestaat, hetgeen ook van invloed is op de taak van het bestuur van de onderliggende concernvennootschappen:<sup>24</sup>

---

21 Zie nader over de éénpersoonsvennootschap en de specifiek voor haar geldende regels van vennootschapsrecht: Boschma 1997, p. 42 e.v.

22 Zie uitgebreid over beide begrippen en hun functie: Bartman/Dorresteijn/Olaerts 2020, p. 31-60.

23 Boek 2 BW kent nog als ‘soort’ naamloze vennootschap de beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal, waarbij de wet o.a. specifiek de inhoud van het statutaire doel voorschrijft en tevens bepaalt dat in de statuten aan het bestuur de bevoegdheid moet worden toegekend tot uitgifte, het verwerven en het vervreemden van aandelen in het kapitaal van de vennootschap (vgl. artikel 2:76a lid 1 BW).

24 HR 10 januari 1990, NJ 1990/466 (OGEM-II) m.nt. J.M.M. Maeijer.

“9.1 Het negende middel keert zich tegen het oordeel van de OK, volgens hetwelk Ogem heeft gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap doordat zij heeft nagelaten in te grijpen toen de directie van Omega Project BV (hierna: Omega) — welke vennootschap een honderd-percent dochteronderneming was van Ogem BV, die op haar beurt een honderd-percent dochteronderneming was van Ogem Holding — de concernleiding onvoldoende inlichtingen verstrekke en zich aan het toezicht en de leiding van de concerntop onttrok.

9.2 De OK is bij dit oordeel kennelijk en terecht ervan *uitgegaan dat de bestuurstaak van de raad van bestuur van Ogem Holding als leiding van het Ogem-concern zich mede uitstrekte tot de tot dat concern behorende ondernemingen zoals die van Omega*. Voor zover het middel zich in onderdeel 2 — onderdeel 1 bevat slechts een inleiding en behoeft derhalve geen behandeling — tegen dit uitgangspunt keert, wordt het derhalve tevergeefs aangevoerd.

9.3 Voorts ligt aan het oordeel van de OK kennelijk de gedachte ten grondslag dat de raad van bestuur van Ogem Holding, waarvan de leden tevens de raad van bestuur van Ogem BV vormden, de directie van Omega richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te voeren beleid kon geven, waaraan die directie zich moeilijk kon onttrekken, nu de raad van bestuur van Ogem Holding het in zijn macht had om in te grijpen in die zin dat hij de mogelijkheid bezat de directie van Omega, zo zij zich niet bereid toonde de gevraagde inlichtingen te verstrekken en zich bleef onttrekken aan het toezicht en de leiding van de concerntop, te doen schorsen, dan wel te doen ontslaan en vervangen door een directie die zich wel zou voegen naar de haar door of vanwege de concernleiding te verstrekken richtlijnen en aanwijzingen.

Dit brengt mede dat de in het middel aangevoerde klachten, voor zover deze erop neerkomen dat de OK ten onrechte ervan zou zijn uitgegaan dat de raad van bestuur van Ogem Holding bevoegd was de directie van Omega instructies te verstrekken en deze directie verplicht was zich aan het toezicht en de leiding van Ogem Holding te onderwerpen, feitelijke grondslag missen.” [*curs.* JT]

Voorts besteedde de Hoge Raad in zijn Cancun-beschikkingen uitgebreid aandacht aan het joint venture-karakter van de vennootschap (Cancun Holding II B.V.) ten aanzien waarvan een enquête werd verzocht:<sup>25</sup>

“4.2.1 Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te rich-

---

25 Zie bijvoorbeeld: HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (Roovers/Cancun Holding I) m.nt. P. van Schilfgaarde.

## HOOFDSTUK 2

ten (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. In geval van een joint venture-vennootschap wordt het belang van de vennootschap voorts bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking. De aard en inhoud van het samenwerkingsverband in een joint venture-vennootschap waarin de aandeelhouders een gelijkwaardig aandeel hebben, kunnen meebrengen dat (ook) het vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders; dit kan betekenen dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders niet verder mogen veranderen dan in het licht van de omstandigheden geboden is.

4.2.2 Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken (vgl. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 (ASMI), HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (VEB *c.s.*/KLM) en HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, NJ 2007/610 (Versatel I)). 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 betrachten, een bijzondere zorgplicht meebrengen met betrekking tot de positie van een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren.*

4.2.3 Elke bestuurder is gehouden om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en om zorgvuldigheid te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken, ongeacht of een bestuurder is benoemd door of op voordracht van de vergadering van aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding. *Dat is niet anders indien de aandeelhouders nauw betrokken zijn bij de joint venture-vennootschap of indien de statuten bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap* (vgl. art. 2:239 lid 4 BW en Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 91-92).

4.3 De door het onderdeel gehuldigde opvatting dat het bestuur van een vennootschap verplicht is, ook bij afwezigheid van een daartoe strekkende statutaire bepaling als bedoeld in art. 2:239 lid 4 BW, de instructies van de algemene vergadering of van een of meer bepaalde aandeelhouders op te volgen, is onjuist. Uit hetgeen hiervoor in 4.2.1 — 4.2.3 is overwogen, volgt immers dat het bestuur van een vennootschap bij de vervulling van zijn taak een eigen verantwoordelijkheid heeft om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming. Dat is niet anders indien de aandeelhouders op grond van de machtsverhoudingen binnen de vennootschap feitelijke instructiemacht hebben.

*De ondernemingskamer heeft acht geslagen op de aard van de Vennootschap als een joint venture die is aangegaan tussen twee gelijkwaardige partners, naderhand aangevuld met een aandeelhouder met een minderheidsbelang. Blijkens de rov. 3.20.1-3.20.2 en 3.26-3.27 heeft zij onderkend dat het vennootschapsbelang onder de gegeven omstandigheden meebracht dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders niet verder zouden veranderen dan in het licht van de omstandigheden was geboden. Zij heeft geoordeeld dat het bestuur zich geen rekenschap heeft gegeven van het eigen belang van de Vennootschap en van zijn eigen rol en taak hierin. Deze oordelen geven in het licht van het bovenstaande geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn niet onbegrijpelijk. Het onderdeel faalt daarom.” [curs. JT]*

De soort of aard van de vennootschap kan dus relevant zijn voor de invulling van de diverse open normen en open begrippen in boek 2 BW zoals het begrip behoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW), het vennootschappelijk belang (artikel 2:129/239 lid 5 BW) en hetgeen tot de bestuurstaak wordt gerekend (artikel 2:129/239 lid 1 BW).

### 2.3 Wat is het doel van de vennootschap?

Wat is het *doel* van de vennootschap, of beter gezegd; wat is haar *bedoeling*? M.i. luidt het antwoord dat het doel van de vennootschap is om de ingebrachte goederen op een bepaalde manier – conform de *bedoeling* van de oprichters – aan te wenden en aldus met deze activiteiten een bepaald vermogensrechtelijk voordeel (in ruime zin)<sup>26</sup> te behalen. De *bedoeling* van de oprichter(s) – en daarmee een indicatie van de beoogde vennootschappelijke activiteit – zal doorgaans haar weerslag vinden in de wettelijk verplichte *statutaire* doelomschrijving van de vennootschap (vgl. artikel 2:66/177 lid 1 BW). Deze statutaire doelomschrijving bevat gewoonlijk een omschrijving van de activiteiten

<sup>26</sup> Met vermogensrechtelijk voordeel in ‘ruime zin’ bedoel ik: het behalen van winst, de besparing van kosten en/of het voorkomen of beperken van verlies.

## HOOFDSTUK 2

die de vennootschap geacht wordt te ontplooiën, aangevuld met een relatief standaard lijst van handelingen die eveneens geacht worden onderdeel uit te maken van het vennootschappelijk doel (zie daarover nader paragraaf 5.2.2). De statutaire doelomschrijving alleen is – hoewel een belangrijke indicatie – niet uitsluitend de kenbron van de *bedoeling* van de vennootschap. Zo kan de bedoeling van de vennootschap mede tot uitdrukking komen in andere statutaire bepalingen, zoals een statutair verbod op het verkrijgen, vervreemden en bezwaren van registergoederen (*i.e.* het is kennelijk niet de bedoeling dat de vennootschap deze transacties met betrekking tot registergoederen verricht). Daarnaast kan de bedoeling van de vennootschap mede worden vormgegeven en vastgelegd in besluiten van het bestuur en de algemene vergadering van de vennootschap (bijvoorbeeld als *purpose*-verklaring)<sup>27</sup> en in aandeelhoudersovereenkomsten.<sup>28</sup> De *bedoeling* van de vennootschap zal ook steeds het (impliciete) oogmerk omvatten om van haar activiteiten een bestendig succes te maken. Normaal gesproken zal een vennootschap immers niet worden opgericht met het oogmerk om haar activiteiten te laten mislukken. Een dergelijke benadering valt m.i. ook te ontwaren in de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad<sup>29</sup> waarin hij zegt dat: (i) indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, het vennootschappelijk belang in de regel vooral bepaald wordt door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming (hetgeen impliceert dat het bestendige succes van de vennootschappelijke activiteit in de *bedoeling* van de vennootschap is begrepen), en (ii) het belang van de vennootschap (en daarmee tevens haar *bedoeling*) voorts wordt bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking.<sup>30</sup>

De activiteiten van de vennootschap zullen vaak de vorm van een onderneming aannemen, waarbij ik een ‘onderneming’ zou willen definiëren als een organisatorisch verband van goederen en arbeid bestemd voor duurzame deelname aan het economisch verkeer door de levering van goederen en/of diensten met

27 Zie hierover: Timmerman 2020b, p. 8-9.

28 HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 (Cancun) m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 4.2.1.

29 HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 (Cancun) m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 4.2.1.

30 Blijkens de laatste beschikking van de Ondernemingskamer in de Cancun-saga: OK 19 juli 2012, *JOR* 2013/7 (Cancun) m.nt. M.W. Josphus Jitta, r.o. 2.13 hadden Cancun Holding I B.V. en Inversiones een aandeelhoudersovereenkomst gesloten waarin in artikel 1 werd bepaald dat voor Cancun Holding II B.V. belangrijke beslissingen door de aandeelhouders met unanimiteit genomen diende te worden. Tegen die achtergrond dient HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 (Cancun) m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 4.2.1 te worden begrepen waar de Hoge Raad overweegt: “[...] *De aard en inhoud van het samenwerkingsverband in een joint venture-vennootschap waarin de aandeelhouders een gelijkwaardig aandeel hebben, kunnen meebrengen dat (ook) het vennootschappelijk belang is gebaat bij de continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders [...]*”. Gelijkwaardigheid van de aandeelhouders lag in de bedoeling van de vennootschap besloten.

het oogmerk om daarmee vermogensrechtelijk voordeel te behalen.<sup>31</sup> De activiteiten van een vennootschap kunnen evenwel ook veel beperkter zijn dan het drijven van een onderneming, zoals de concernvennootschap die ‘bedoeld’ is om alle intellectuele eigendomsrechten van een concern te houden en in stand te houden.

Een ‘bijzondere’ vorm van vennootschap in dit verband is de *zgn.* plankvennootschap. Een dergelijke vennootschap als zodanig is nog niet ‘bedoeld’ – anders dan wellicht als handelswaar voor de oprichter(s) – maar zal haar doel pas op een later moment krijgen. Datzelfde geldt in zekere zin voor het spiegelbeeld van de plankvennootschap, te weten de vennootschap die haar activiteiten heeft gestaakt maar nog niet is geliquideerd, de *zgn.* ‘lege vennootschap’.<sup>32</sup> Een dergelijke lege vennootschap heeft eveneens geen doel meer. In het verleden werd er veelvuldig in lege (voornamelijk besloten) vennootschappen gehandeld<sup>33</sup> (en waren ook zij dus handelswaar) o.a. ter ontduiking van het tot 1 juli 2011 geldende systeem van preventief toezicht op de oprichting van besloten vennootschappen (vgl. artikel 2:179 (oud) BW), en/of vanwege fiscale voordelen die behaald konden worden met de vaak in deze vennootschappen aanwezige onverrekenbare verliezen.<sup>34</sup> Hoewel de oprichters en aandeelhouders voor zichzelf een doel hadden *met* deze vennootschappen, zijn deze vennootschappen m.i. in zichzelf ‘doelloos’ wegens gebrek aan enige vorm van activiteiten.

De bedoeling van de vennootschap is niet in steen gebeiteld. Gedurende haar bestaan kan de bedoeling van een vennootschap (meermaals) wijzigen. Dit kan abrupt, bijvoorbeeld als gevolg van een door de algemene vergadering genomen besluit tot het wijzigen van het statutaire doel. Dit kan ook meer geleidelijk, bijvoorbeeld als gevolg van een evolutionair proces in de activiteiten van de vennootschap, ingegeven door een al dan niet bewust door het bestuur gevolgde strategie. Zo ontwikkelde bijvoorbeeld Koninklijke Philips N.V. zich

---

31 Zie voor verschillende wettelijke definities van het begrip ‘onderneming’ o.a. artikel 2 lid 1 van het Handelsregisterbesluit 2008: “*Van een onderneming is sprake indien een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van één of meer personen bestaat waarin door voldoende inbreng van arbeid of middelen, ten behoeve van derden diensten of goederen worden geleverd of werken tot stand worden gebracht met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen.*” en artikel 1 lid 1 sub c WOR: “*onderneming: elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht.*”

32 Zie nader omtrent verschillende gradaties van ‘leegheid’ van vennootschappen: Renssen 2016, p. 20-22.

33 Zie nader over (de handel in) lege vennootschappen: Van Rijn van Alkemade 1984, p. 187-199.

34 Ter bestrijding van de handel in verliezen ging de wetgever o.a. over tot het invoeren van artikel 20a Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Zie uitgebreid over deze handel in verliezen: *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 209, nr. p. 11 e.v.

## HOOFDSTUK 2

door de jaren heen van gloeilampenfabriek tot een van de grootste producenten van medische apparatuur ter wereld.

Zoals in de inleiding op dit hoofdstuk al kort werd aangestipt is recent de discussie omtrent het doel van de vennootschap opgelaaid. Daarbij wordt gesproken in termen van een ‘*nieuw sociaal contract tussen onderneming en samenleving*’ en over de wenselijkheid van het formuleren (en al dan niet statutair verankeren) door de vennootschap van haar bestaansgronden *c.q.* haar uiteindelijke doelen (ook wel aangeduid als *purpose* of *raison d’être*).<sup>35</sup> In Nederland resulteerde dit o.a. in een voorstel van vijftientig hoogleraren om een nieuw lid aan artikel 2:66/177 BW toe te voegen waarin vennootschappen worden uitgenodigd om hun uiteindelijke doel statutair te verankeren.<sup>36</sup> De voorgestelde tekst luidt als volgt:<sup>37</sup>

“De vennootschap kan in haar statuten vastleggen welk uiteindelijk doel zij in de samenleving nastreeft, alsmede de waarden en beginselen formuleren die daarbij leidend zijn.”

De toegevoegde waarde van een dergelijke wettelijke bepaling is beperkt.<sup>38</sup> Zoals de auteurs ook zelf al opmerken staat het huidige vennootschapsrecht niet in de weg aan het opnemen van dergelijke doelen, waarden en beginselen in de statuten van de vennootschap.<sup>39</sup> Deze ‘uitnodiging’ heeft meer het karakter van een moreel appel, waarbij het de vraag is of wetgeving daarvoor nu het meest geschikte medium is. Daarnaast roept de hierboven weergegeven tekst de vraag op of het ‘*uiteindelijke doel*’ inhoudelijk iets anders is dan het statutaire doel van artikel 2:66/177 lid 1 BW.<sup>40</sup>

M.i. moet er een onderscheid worden gemaakt tussen de *activiteiten* die de vennootschap met de aan haar ter beschikking staande middelen dient te ontplooiën

---

35 Zie: Winter e.a. 2020, p. 473-474.

36 Een ander voorbeeld is het Wetsvoorstel verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen, *Kamerstukken II 2020/21*, 35 761, nrs. 1-3 houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in productieketens om schending van mensenrechten, arbeidsrechten en het milieu tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel.

37 Winter e.a. 2020, p. 473.

38 Zie voor uitgebreidere kritiek op het voorstel van de hoogleraren: De Kluiver 2020, p. 711-718, alsmede het Advies van de Expertgroep Modernisering NV-recht van 30 maart 2021, p. 6-8, raadpleegbaar via: <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-justitie-en-veiligheid/documenten/rapporten/2021/06/14/tk-bijlage-advies-modernisering-nv-recht>.

39 Winter e.a. 2020, p. 473. Evenzo: Advies van de Expertgroep Modernisering NV-recht van 30 maart 2021, p. 7.

40 Timmerman 2021a, p. 112 signaleert dat het statutaire doel zijn belang verliest en het *purpose*-concept daarvoor in de plaats komt. In het *purpose*-concept gaat het niet zozeer om de vennootschap, maar om de door de vennootschap gedreven onderneming, aldus Timmerman.

en *de wijze waarop* zij dat doet. Bij het eerste gaat het om het doel van de vennootschap oftewel haar ‘*bedoeling*’. Bij het tweede gaat het om de wijze waarop de vennootschap zich bij het nastreven van haar doel gedraagt oftewel haar ‘*gedrag*’. De roep om een nieuw sociaal contract tussen vennootschap en maatschappij is het gevolg van de toenemende verontwaardiging over het gedrag van vennootschappen (in alle soorten en maten) en de negatieve bijdrage die zij daarmee leveren aan maatschappelijke problemen zoals klimaatverandering en de toenemende ongelijkheid binnen de maatschappij.<sup>41</sup> Ook de *Panama Papers*, de *Offshore Leaks*, de *Bahamas Leaks* en de *Paradise Papers*, waarin door een consortium van onderzoeksjournalisten fiscale constructies van bedrijven en vermogende particulieren aan het licht werden gebracht<sup>42</sup> hebben daarin een katalyserende werking gehad. Bij dit alles moet worden opgemerkt dat gedrag van de betreffende vennootschappen (en particulieren) als zodanig vaak niet in strijd is met de letter van de wet (over de geest van de wet kan verschil van inzicht bestaan).

Zie ik het goed, dan is de uitnodiging tot het formuleren van maatschappelijke doelen, waarden en beginselen in de kern genomen een uitnodiging aan vennootschappen om zichzelf (al dan niet statutair) bepaalde gedragsnormen op te leggen of om zich (al dan niet statutair) te committeren aan bepaalde waarden en beginselen waaruit een bepaalde gedragslijn zou moeten volgen en waaraan dus ook het feitelijke gedrag van de vennootschap (en allen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken) kan worden getoetst.<sup>43</sup> Zo kan de vennootschap bijvoorbeeld in haar statuten het beginsel opnemen dat zij *de gevolgen van haar handelen voor milieu en klimaat tracht te minimaliseren*. Toegegeven, dit beginsel zou ook als doelstelling geformuleerd kunnen worden: ‘de vennootschap stelt zich ten doel de gevolgen van haar handelen voor milieu en klimaat tracht te minimaliseren’, maar dit is naar mijn idee toch iets anders dan hetgeen waarvoor de vennootschap ‘*bedoeld*’ is (namelijk het verrichten van een bepaalde activiteit).

De *bedoeling* van de vennootschap Akzo Nobel Decorative Coatings B.V. is dat zij verf maakt en op de markt brengt.<sup>44</sup> Daarbij zou zij zich uiteraard (al dan

41 Timmerman 2021b, p. 42-43. Zie voorts: ‘*De multinational heeft het verbruid*’, NRC 24 december 2020.

42 <https://offshoreleaks.icij.org/>.

43 Een zgn. *purpose*-verklaring kan door de algemene vergadering in de statuten worden opgenomen. Ook kan het bestuur een dergelijke *purpose*-verklaring opstellen als onderdeel van de strategie van de vennootschap. Zie daarover Timmerman 2020b, p. 8 e.v. en voorts paragraaf 3.4 en paragraaf 5.2.5.

44 Blijkens haar akte van oprichting d.d. 30 maart 1999 luidt haar statutaire doelstelling: “*De vennootschap heeft ten doel: (a) de bereiding van en handel in verf en aanverwante artikelen en het vervaardigen en verhandelen van de daarvoor benodigde grond- en hulpstoffen met name op het gebied van decoratieve lakken; (b) het samenwerken met, deelnemen in, het overnemen van en het voeren van de directie over andere vennootschappen en onder-*



## HOOFDSTUK 2

niet statutair) het ‘doel’ kunnen stellen om de gevolgen van haar activiteiten voor milieu en klimaat te minimaliseren, hetgeen dan een bepaalde gedragslijn (bijvoorbeeld over de inrichting van het productieproces, omgang met afvalstromen *etc.*) indiceert *c.q.* dicteert.<sup>45</sup> Maar dat laatste is niet de *bedoeling* van de vennootschap. M.i. dient het *wat* (*i.e.* de bedoeling *c.q.* activiteiten van de vennootschap) te worden onderscheiden van het *hoe* (*i.e.* de wijze waarop de activiteiten worden uitgevoerd). E.e.a. neemt overigens niet weg dat in de statutaire doelstelling van een vennootschap het *wat* en het *hoe* verenigd kunnen zijn: *het doel van de vennootschap is het produceren en op de markt brengen van de meest milieuvriendelijke verf mogelijk.*

### 2.4 Wat is het belang van de vennootschap?

“Wat is het vennootschappelijk belang? Wanneer maar niemand het me vraagt, weet ik het; wil ik het echter uitleggen aan iemand die het vraagt, dan weet ik het niet.”<sup>46</sup>

Deze paragraaf behandelt vermoedelijk de in de ondernemingsrechtelijke literatuur meest bediscussieerde vraag: wat behelst het belang van de vennootschap<sup>47</sup> en de met haar verbonden onderneming? Sommige auteurs spreken over de

---

*nemingen; (c) het (doen) financieren, ook middels het stellen van zekerheden, van andere vennootschappen en ondernemingen, met name van die waarmee de vennootschap in een groep is verbonden; (d) het uitvoering geven aan een pensioenregeling in de zin van de Wet op de loonbelasting 1964; (e) het verrichten van al hetgeen met het vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de meest uitgebreide zin genomen.”*

45 Overigens heeft de moeder van Akzo Nobel Decorative Coatings B.V., te weten Akzo Nobel N.V. op haar website een *Code of Conduct* gepubliceerd, waarin zij o.a. verklaart: “*We are committed to comply with all environmental laws and regulations in every country we operate in. We focus on reducing our environmental footprint by lowering our carbon emissions, using less energy and creating less waste in our activities. We develop environmentally friendly technologies and work closely with our business partners to do more with less in an environmentally responsible way.*”

46 Vrij naar St. Augustinus van Hippo (354-430).

47 In de literatuur en jurisprudentie wordt naast het wettelijke begrip ‘belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’ ook wel gesproken over het ‘vennootschappelijk belang’ of het ‘vennootschapsbelang’. M.i. gaat het hier om drie aanduidingen van hetzelfde concept. Zie overigens de observatie van de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder in de Novero-zaak, OK 30 oktober 2013, *ARO* 2013/164 (Novero Holdings B.V.) r.o. 2.9 waarin deze onderscheid aanbrengt tussen het belang van de vennootschap en het belang van de met haar verbonden onderneming: “[...]

- *The Company is unable to attract equity: for the same reasons as the banks will not finance and because the Company cannot offer any control over the business.*
- *The Group is consequently completely dependent on the willingness of one financier/ shareholder to continue financing the Group.*
- *The Board sees no reasonable alternative in order to avoid insolvency, other than selling the main assets of the Company.*

*heilige graal of heilige koe* van het ondernemingsrecht.<sup>48</sup> De Haan typeert het vennootschappelijk belang zelfs als een *spook* (denkelijk in de zin van vluchtig, ongrijpbaar dan wel vaag).<sup>49</sup> De ‘worsteling’ met het vennootschappelijk belang die uit deze kwalificaties spreekt is overigens geen typisch Nederlands probleem. Ook in andere – ons omringende – landen breekt men zich er het hoofd over.<sup>50</sup>

Voor het bestuur is bij al zijn doen en laten het vennootschappelijk belang ‘*Leitmotiv*’. Ingevolge artikel 2:129/239 lid 5 BW dient iedere bestuurder zich bij de vervulling van zijn taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Tevens dient het bestuur als college – indien zij op basis van een statutaire regeling *ex* artikel 2:129/239 lid 4 BW een aanwijzing krijgt – deze aanwijzing te toetsen aan het vennootschappelijk belang. Daarnaast dient een bestuurder zich conform artikel 2:129/239 lid 6 BW te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming binnen het bestuur indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap (waarover paragraaf 4.5). Ook mag het bestuur weigeren inlichtingen aan de raad van commissarissen te verstrekken (vgl. artikel 2:107/217 lid 2 BW) of, in geval van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, een algemene vergadering bijeen te roepen (vgl. artikel 2:220 lid 1 BW) of een onderwerp ter behandeling op de agenda van de algemene vergadering te plaatsen (vgl. artikel 2:224a lid 1 BW), telkens indien een *zwaarwichtig* belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Voor het bestuur is het derhalve van belang te weten wat het vennootschappelijk belang precies behelst en hoe en door wie dit wordt vastgesteld.

Het plan van behandeling voor deze paragraaf is als volgt. Allereerst zal worden gekeken naar het vennootschappelijk belang in de parlementaire geschiedenis. Daarbij zal met name de nadruk liggen op het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor bestuurders (en commissarissen) zoals dat is opgenomen in artikel 2:129/239 lid 5 BW. Daarna zal het vennootschappelijk belang in de jurisprudentie van de Hoge Raad worden onderzocht. Tot slot van deze paragraaf zal – mede op basis van de bevindingen uit de wetgeschiedenis en jurisprudentie – inhoud worden gegeven aan het vennootschappelijk belang.

---

– *The Board considers that selling the main assets will be in the best interest of the enterprise and all its stakeholders, including the shareholders of the Company, as well as the subsidiaries.*” [onderstr. JT].

48 Zie: Bartman 2002, p. 533; Assink 2010, p. 38; Buijs 2006, p. 125.

49 HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 (Cancun) m.nt. R.G.J. de Haan.

50 Zie bijvoorbeeld François 1999 over “*Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht*”; Metten 2010, p. 57 e.v. over “*Das Unternehmensinteresse als gesellschaftsrechtliche Norm*”, of Davies/Worthington/Hare 2021, p. 274 e.v.

## HOOFDSTUK 2

### 2.4.1 *Het vennootschappelijk belang in de parlementaire geschiedenis*

Het vennootschappelijk belang werd in de wet geïntroduceerd bij gelegenheid van de invoering van de structuurwet.<sup>51,52</sup> Al bij de invoering van dit begrip werd daarover de nodige discussie gevoerd. Deze is onder meer terug te lezen in de memorie van toelichting:<sup>53</sup>

“De Commissie-Ondernemingsrecht heeft aanbevolen de taakomschrijving [JT: *van de raad van commissarissen*] nog aan te vullen met de bepaling: De commissarissen vervullen, binnen het raam van het algemeen belang, hun taak ten behoeve van het geheel der belangen van de vennootschap en van de met haar verbonden onderneming. De S.E.R. heeft deze aanbeveling, met uitzondering van de verwijzing naar het algemeen belang, overgenomen. Uit de voorgestelde bepaling moet worden afgeleid dat het gemeenschappelijk belang van de bij vennootschap en onderneming betrokkenen bij commissarissen zwaarder moet wegen dan welk groeps- of particulier belang ook: in die geest eveneens H.R. 1 april 1949, N.J. 1949, 465. De Commissie Vennootschapsrecht heeft de opneming van een zodanige bepaling ontraden, *met name omdat zij juridisch scherpte ontbeert*. Hoezeer de ondergetekenden het gewicht van dit bezwaar erkennen, zij menen toch dat de wet dient aan te geven dat commissarissen hun taak niet behoren uit te oefenen ten dienste van bepaalde deelbelangen. Met het oog daarop hebben de ondergetekenden een bepaling van deze strekking opgenomen. In de redactie hebben zij aansluiting gezocht bij de formulering van de Hoge Raad, nl. dat de commissarissen zich richten naar het belang der vennootschap. Daaraan hebben zij het belang der onderneming toegevoegd teneinde geen voet te geven aan de gedachte dat de commissarissen slechts het belang der aandeelhouders als groep behartigen, zonder acht te slaan op

---

51 Wet van 6 mei 1971, *Stb.* 1971/289.

52 In artikel 7A:1676 lid 2 BW wordt nog gesproken over “*het belang van de maatschap*”. Dit artikel is veel ouder dan artikel 2:140/250 lid 2 BW en valt in één rechte lijn terug te voeren tot artikel 1859 lid 2 van de Franse Code Civil uit 1804 dat luidde: “*Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu’il les emploie à leur destination fixée par l’usage, et qu’il ne s’en serve pas contre l’intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d’en user selon leur droit.*” Volgens Matheeußen 1985, p. 110 vindt dit artikel zijn oorsprong in de regeling uit het Romeinse recht omtrent mede-eigendom, waarbij elke mede-eigenaar moet toestaan dat de anderen de zaak mogen gebruiken voor zover de zaak daardoor geen schade lijdt en aan zijn eigen gebruik daarvan geen afbreuk wordt gedaan. In die context past ook de beperkte uitleg die de Hoge Raad geeft aan het belang van de commanditaire vennootschap als het gezamenlijk belang van de vennoten. Zie: HR 22 september 2017, *JOR* 2017/285 (Warmond/Lexence) m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 3.5.4.

53 *Kamerstukken II* 1969/70, 10 751, nr. 3, p. 12-13.

dat der werknemers. De bedoeling is juist te doen uitkomen dat de commissarissen het belang van het geheel behartigen.” [curs. JT]<sup>54,55</sup>

Ook de Commissie Vennootschapsrecht was weinig gelukkig met het vennootschappelijk belang.<sup>56</sup>

“De bepaling dat commissarissen hun taak vervullen ten behoeve van het geheel van belangen van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, zou de commissie achterwege willen laten. Vooreerst is een bezwaar, dat een dergelijke bepaling niet is opgenomen voor de bestuurs-taak. Dit zou een tegenstelling suggereren, die zeker misplaatst is. De zin van de door de Commissie Ondernemingsrecht voorgestelde bepaling was voorts vooral gelegen in de verwijzing naar het algemeen belang, welke verwijzing echter door de S.E.R. is verworpen. *Wat na schrapping van deze verwijzing overblijft, heeft een weinig bepaalde inhoud en kan in een wets-tekst beter achterwege blijven.* Voorts acht de commissie het weinig gelukkig de belangen van de vennootschap en die van de onderneming naast elkaar te plaatsten.” [curs. JT]

Uit de memorie van antwoord bij dit wetsvoorstel komt ook duidelijk naar voren het beeld dat de wetgever had ter zake van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De gezamenlijke aandeelhouders vormen de vennootschap aan wie het vermogen van de onderneming toekomt (later wordt de vennootschap omschreven als de organisatie van risicodragende kapitaalverschaffers).<sup>57</sup> Op dit feit berust de zeggenschap van de aandeelhouders.<sup>58</sup> De onderneming wordt gevormd door de elementen leiding, kapitaalverschaffing en arbeid.<sup>59</sup> De verbindende schakel tussen vennootschap en onderneming wordt gevormd door het bestuur. Enerzijds is het bestuur een vennootschapsorgaan, terwijl het bestuur anderzijds ook een centrale plaats inneemt in de onderneming, waarin het bestuur de functie van ondernemer vervult.<sup>60</sup> Omtrent het vennootschappelijk belang wordt het navolgende opgemerkt:<sup>61</sup>

---

54 Ook binnen de Commissie Ondernemingsrecht, beter bekend als de Commissie Verdam, was er al discussie over de woorden “*binnen het raam van het algemeen belang*”. Zie hierover Verdam *et al.* 1965, p. 78-79. Opvallend is dat de Commissie Ondernemingsrecht (in tegenstelling tot de wetgever) naast het belang van de aandeelhouders en werknemers ook het belang van de crediteuren noemt als een van de belangen die aan de vennootschap zijn verbonden.

55 Zie specifiek voor het commentaar van de SER: SER 1969, p. 19-20.

56 *Kamerstukken II* 1969/70, 10 751, nr. 4, p. 25.

57 *Kamerstukken II* 1970/71, 10 751, nr. 10, p. 5 en 12.

58 *Kamerstukken II* 1970/71, 10 751, nr. 10, p. 5.

59 *Kamerstukken II* 1970/71, 10 751, nr. 10, p. 2.

60 *Kamerstukken II* 1970/71, 10 751, nr. 10, p. 4.

61 *Kamerstukken II* 1970/71, 10 751, nr. 10, p. 10.

## HOOFDSTUK 2

“Dat de betekenis van artikel 50, tweede lid, afwijkt van die welke de door de S.E.R. aanbevolen redactie behelst, kunnen de ondergetekenden niet toegeven. Voor wat de formulering betreft, geven zij evenwel de voorkeur aan het ontwerp. Zo is het hun niet duidelijk wat “een geheel van belangen” is dat commissarissen zouden moeten behartigen, als twee of meer belangen met elkaar in conflict komen. *Het gaat er veeleer om dat commissarissen bepalen wat het belang van vennootschap en onderneming vereist, en dat zij zich daarnaar richten: dit belang is het gezamenlijk belang van allen die onmiddellijk bij vennootschap en onderneming zijn betrokken.* De ondergetekenden zouden er voorts nog op willen wijzen dat het ontwerp niet spreekt van “het belang van de vennootschap sec”, doch van het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, ten einde duidelijk te doen uitkomen dat ook op de belangen van de – niet in de vennootschap vertegenwoordigde, doch wel bij de onderneming betrokken – werknemers acht dient te worden geslagen.” [curs. JT]

Het beeld dat hier van het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming ontstaat is dat dit het gezamenlijke belang van aandeelhouders en werknemers betreft en dat het aan de commissarissen is om te bepalen wat dit belang precies vereist. Opvallend in dit verband is dat er noch in de parlementaire stukken, noch in het rapport van de Commissie Ondernemingsrecht en in het SER-advies, expliciet aandacht wordt geschonken aan de opvattingen van Maeijer,<sup>62</sup> Van der Grinten en Löwensteyn omtrent het vennootschappelijk belang.<sup>63</sup> Bij de aanpassing van de structuurregeling, enkele decennia later, benadrukte de wetgever dat de structuurregeling de gedachte ondersteunt dat het vennootschappelijk belang dient te worden onderscheiden van het aandeelhoudersbelang.<sup>64</sup>

“De algemene vergadering zal zich bij haar oordeel over het beleid van het bestuur vooral laten leiden door het eigen belang. De raad van commissarissen dient zich bij de uitoefening van zijn toezichhoudende taak uitdrukkelijk te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. *De structuurregeling kan daarom tevens worden beschouwd als een versterking van de gedachte dat er een vennootschappelijk belang is, dat kan en moet worden onderscheiden van het belang van de aandeelhouders als kapitaalverschaffers.*” [curs. JT]

---

62 Maeijer 1964, p. 6.

63 Daarbij moet worden opgemerkt dat de door Van der Grinten voorgestane resultante opvatting pas gepubliceerd werd in 1968, oftewel drie jaar na het verschijnen van het rapport van de Commissie Ondernemingsrecht. Van der Grinten was overigens wel lid van de Commissie Ondernemingsrecht. Zie nader over de opvattingen van Maeijer, Van der Grinten en Löwensteyn: Overkleef 2017, p. 57-69.

64 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 3.

In 2011 heeft de wetgever bij gelegenheid van de invoering van de Wet bestuur en toezicht, het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor bestuurders in de wet doen vastleggen (zie artikel 2:129/239 lid 5 BW).<sup>65</sup> Opvallend daarbij is dat aan de inhoud van het begrip vennootschappelijk belang – ondanks alle discussie daarover in de literatuur – nauwelijks aandacht werd geschonken (de aandacht ging voornamelijk uit naar dat *andere belang* in het ondernemingsrecht waarover eveneens een kleine bibliotheek is volgeschreven: het tegenstrijdig belang). In de memorie van toelichting wordt het vennootschappelijk belang slechts geduid als een norm ter bescherming van de positie van een minder sterke partij, waarmee een zorgvuldige afweging van belangen samenhangt.<sup>66</sup> Vervolgens wordt in de nota naar aanleiding van het verslag een iets concretere invulling gegeven:

“In een NV/BV komen de belangen van kapitaalverschaffers, werknemers, crediteuren en andere contractspartijen samen. Het bestuur en de raad van commissarissen van een NV/BV hebben op grond van de wet de opdracht om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Zij moeten de hiervoor bedoelde verschillende belangen behoorlijk afwegen bij de vervulling van hun taak. In de regel moeten zij zich richten op de continuïteit van de onderneming voor de langere termijn. Het voortbestaan van ondernemingen is van groot belang voor de werkgelegenheid en het behoud van inkomen van de Nederlandse beroepsbevolking. In meer brede zin is een goed en verantwoord bestuur van ondernemingen ook van groot belang voor het welzijn van burgers en instellingen, bijvoorbeeld omdat zij in ondernemingen beleggen of doordat ondernemingsactiviteiten invloed hebben op het leefmilieu. Het voorgaande geldt voor beursvennootschappen maar evenzeer voor vennootschappen zonder beursnotering.”<sup>67</sup>

Verderop in de nota wordt dit nog nader geconcretiseerd en expliciet gemaakt dat het aandeelhoudersbelang niet (zonder meer) preponderant is:

“De bestuurders en commissarissen van Nederlandse NV’s en BV’s hebben de uitdrukkelijke taak om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Dat betekent dat de bestuurders en commissarissen onder meer de belangen van kapitaalverschaffers, werknemers, crediteuren en andere contractspartijen moeten afwegen. Het belang van de aandeelhouders mag derhalve niet automatisch voorop worden gesteld.”<sup>68</sup>

---

65 Wet van 6 juni 2011 *Stb.* 2011/275.

66 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 2.

67 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 1-2.

68 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 9.

## HOOFDSTUK 2

In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer wordt evenwel duidelijk gemaakt dat ook andere belangen niet *a priori* preponderant zijn.<sup>69</sup>

“Voor alle bestuurders c.q. toezichthouders van een NV of een BV geldt dat zij gebonden zijn aan dezelfde taakopdracht: zij moeten zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Daarbij maken zij een afweging tussen de belangen van ondermeer de aandeelhouders, werknemers en schuldeisers van de vennootschap. *Zij mogen niet bij voorbaat het belang van de aandeelhouders dan wel de werknemers laten prevaleren.*” [curs. JT]

In het parallel behandelde wetsvoorstel tot Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht) wordt eveneens (maar dan in het kader van het bij die wet aangepaste statutaire instructierecht) de invulling van het begrip vennootschappelijk belang nader behandeld:

“Het belang van de vennootschap vereist dat in de besluitvorming tevens de belangen van andere partijen die bij de vennootschap betrokken zijn worden meegewogen, zoals werknemers, afnemers en leveranciers. Ook in het herziene bv-recht blijft het belang van de vennootschap onverminderd gelden. Wel zal de grotere flexibiliteit die de wet gaat bieden aan de oprichters en aandeelhouders de invulling van dit begrip kunnen kleuren. Bij kleinere vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders zal het vennootschappelijk belang dichter liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met veel werknemers en maatschappelijke belangen. In een wettelijke regeling die meer differentiatie tussen bv’s mogelijk zal maken, kan aldus iedere bv op de eigen merites worden beoordeeld.”<sup>70</sup>

Over de invulling *c.q.* inkleuring gaat het ook in de nota naar aanleiding van het verslag (o.a. in het kader van de aan het bestuur op grond van artikel 2:216 lid 2 BW toegekende bevoegdheid met betrekking tot uitkeringen aan aandeelhouders):<sup>71</sup>

“Het belang van de vennootschap zal in het concrete geval worden gekleurd door de grotere flexibiliteit die de wet gaat bieden aan oprichters en aandeelhouders. [...] Ten aanzien van uitkeringen aan aandeelhouders is in het wetsvoorstel bepaald dat het bestuur voordat wordt overgegaan tot uit-

69 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 2.

70 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p.3.

71 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 3.

kering goedkeuring moet verlenen (artikel 216). Juist omdat het gaat om uitkeringen aan aandeelhouders is het van belang dat het bestuur hier een uitdrukkelijke bevoegdheid krijgt waarin het belang van de vennootschap kan worden afgewogen tegen het belang van de aandeelhouders. Om de bevoegdheid van het bestuur op dit punt niet ruimer te trekken dan nodig, wordt bij nota van wijziging in artikel 216 bepaald dat het bestuur de goedkeuring met een uitkeringsbesluit *slechts* mag weigeren op de grond dat de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Hiermee is duidelijker geregeld dat het bestuur de goedkeuringsbevoegdheid niet mag aanwenden voor andere doeleinden dan de bescherming van crediteuren van de vennootschap.”

Verderop in de nota naar aanleiding van het verslag wordt ook nog gewezen op de mogelijkheid om het vennootschappelijk belang statutair (mede) in te vullen en stellen de leden van de PvdA-fractie een belangwekkende vraag:

“De leden van de PvdA-fractie vroegen voorts wie het <<belang van de vennootschap>> bepaalt en of het <<belang van de vennootschap>> kan worden vastgelegd en zo nee, waarom niet. Het leerstuk van het belang van de vennootschap houdt in dat bestuurders en commissarissen zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar alle bij de vennootschap en de met haar verbonden onderneming betrokken belangen, waaronder ook die van werknemers en crediteuren. De regel dat commissarissen zich bij de vervulling van hun taak moeten richten op het belang van de vennootschap is al sinds lange tijd onderdeel van het Nederlandse vennootschapsrecht (vgl. HR 1 april 1949, Doetinchemse ijzergieterij, NJ 1949, 465) en is sinds 1971 in de wet opgenomen. Algemeen wordt aangenomen dat het belang van de vennootschap ook richting gevend is voor het handelen van bestuurders. Dit leerstuk zal ook een wettelijke basis krijgen in het aangekondigde wetsvoorstel betreffende bestuur en toezicht in nv's en bv's. In de statuten kan het belang van de vennootschap nader worden ingevuld. Het statutair <<weschrijven>> van bijvoorbeeld het belang van de werknemers of de crediteuren is daarentegen niet toegestaan. Het is uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of een handeling al dan niet in strijd is met het belang van de vennootschap.”<sup>72</sup>

Hieruit lijkt te volgen dat de wetgever van mening is dat het aan het bestuur (onderscheidenlijk de commissarissen) is om – met inachtneming van hetgeen daarover in de statuten is vastgelegd – te bepalen wat het vennootschappelijk belang vergt. Voorts wordt in de nota naar aanleiding van het verslag nogmaals ingegaan op de invulling *c.q.* inkleuring van het vennootschappelijk belang:<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 4-5.

<sup>73</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 12-13.



## HOOFDSTUK 2

“De grotere flexibiliteit die de wet gaat bieden zal inderdaad het begrip <<vennootschappelijk belang>> kunnen gaan kleuren. Als gevolg van die flexibiliteit zal de diversiteit van inrichtingsvormen in de praktijk toenemen. Evenals onder de huidige wettelijke regeling zal het vennootschappelijk belang met name bij kleinere vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders dichter kunnen liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met veel aandeelhouders, werknemers en belangen. Zoals hiervoor in paragraaf 2 in antwoord op vragen van de leden van de PvdA-fractie is opgemerkt, kan het belang van de vennootschap in de statuten nader worden beschreven, mits dit er niet toe leidt dat belangen van bepaalde partijen daardoor worden <<weggeschreven>>.”

Ten slotte wordt in de nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer (wederom naar aanleiding van de goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur onder artikel 2:216 lid 2 BW, waarbij ook een verband wordt gelegd met het instructierecht van artikel 2:239 lid 4 BW) het langetermijnperspectief van het vennootschappelijk belang benadrukt en aandacht geschonken aan de door het bestuur te maken belangenafweging.<sup>74</sup>

“De voorgestelde regeling doet geen afbreuk aan het uitgangspunt dat het bestuur zich bij de uitvoering van haar taak moet richten op het belang van de vennootschap. Het belang van de vennootschap richt zich op de continuïteit van de vennootschap op langere termijn. Bij de toepassing van de norm van het vennootschappelijk belang zal het bestuur telkens de belangen moeten afwegen van de verschillende betrokkenen, zoals (minderheids) aandeelhouders, crediteuren en werknemers. Dit is ook het geval bij het voorstelde artikel 216. In de eerste nota van wijziging bij het voorstel voor de vaststellingswet bv-recht (Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 7) is tot uitdrukking gebracht dat het bestuur goedkeuring <<slechts>> mag weigeren, indien de vennootschap na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden. Daarmee is beoogd de belangen van de aandeelhouders en de schuldeisers tegen elkaar af te wegen. Ook in het kader van een instructie op grond van artikel 2:239 lid 4 die verband houdt met het doen van uitkeringen zal het belang van de vennootschap in die zin worden ingevuld. Dit betekent overigens niet dat de door de leden van de CDA-fractie genoemde belangen van werknemers geen rol spelen. Ook de salarissen van werknemers zijn immers opeisbare schulden waarmee rekening moet worden gehouden in het kader van de uitkeringstest. Hetzelfde geldt voor de situatie waarin het bestuur weet dat er een verplichting aankomt in de vorm van een noodzakelijke vervanging van een machine. Dat die verplichting voorzienbaar is op een termijn van twee jaar, doet hier niet aan af.”

---

<sup>74</sup> *Kamerstukken I 2011/12, 31 058, E, p. 15.*

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête wordt specifiek over de concernvennootschap nog opgemerkt:<sup>75</sup>

“Het vennootschappelijk belang staat ook voorop indien een vennootschap onderdeel uitmaakt van een concern. Het bestuur van een concernvennootschap is gehouden om het *eigen* vennootschappelijk belang als toetssteen te hanteren en mag het concernbelang niet op voorhand de doorslag laten geven.” [curs. JT]

In het op 6 februari 2014 ter consultatie aangeboden ambtelijk voorontwerp Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen<sup>76</sup> maakt het *belang van de vennootschap* (en de met haar verbonden onderneming), plaats voor het *belang van de rechtspersoon* (en de met hem verbonden organisatie):

“De voorgestelde formulering beoogt uit te drukken dat ook wanneer een rechtspersoon geen onderneming drijft, toch sprake kan zijn van een samenstel van belangen die samen het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie vormen, zoals de belangen van de leden en bijvoorbeeld de schuldeisers en de werknemers. De bestuurder dient bij de vervulling van zijn taak deze belangen in acht te nemen.” [curs. JT]<sup>77</sup>

Een duidelijke visie van *c.q.* stellingname in het (academische) debat door de wetgever omtrent de vraag wat het vennootschappelijk belang zelf nu precies behelst, blijkt daar evenwel niet uit hoewel de zinsnede “een samenstel van belangen die samen het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie vormen”, doet vermoeden dat de wetgever op dat moment voor de resultante benadering koos.<sup>78</sup> In de definitieve versie van de memorie van toelichting, lijkt de wetgever evenwel weer te kiezen voor de holistische benadering:<sup>79</sup>

75 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 887 nr. 3, p. 16. In deze zin ook uitdrukkelijk: OK 20 december 2018, *JOR* 2019/102 m.nt. M. Olaerts, r.o. 3.9: “*De dochtervennootschappen hebben een eigen bestuur dat het beleid van die vennootschappen zelfstandig bepaalt, waarbij zij rekening dienen te houden met het concernbelang.*”

76 Te raadplegen via: <http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>.

77 Zie: memorie van toelichting (Ambtelijk voorontwerp) Wet bestuur en toezicht rechtspersonen p. 9-10.

78 In de resultante benadering is het vennootschappelijk belang de resultante van de afweging van alle op de vennootschap betrokken deelbelangen, zoals aandeelhouders, werknemers, leveranciers, afnemers, crediteuren, maar ook het belang van het concern waar een vennootschap eventueel deel vanuit maakt. Zie nader: Kemp 2015, p. 110-111; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 394.

79 In de holistische benadering is het vennootschappelijk belang het belang dat de vennootschap heeft bij haar eigen gezonde bestaan, groei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel, waarbij het voortbestaan van de vennootschap als zodanig geen

## HOOFDSTUK 2

“In de consultatie is opgemerkt dat het bij de stichting niet vanzelfsprekend is dat bestuurders het belang van de rechtspersoon voorop moeten stellen. Bestuurders van stichtingen zouden ook specifieke deelbelangen mogen behartigen. Het belang van de stichting zou bovendien in overwegende mate bepaald worden door de statutaire doelstelling. In dat kader is gesuggereerd om een afzonderlijke norm te formuleren voor de taakvervulling door bestuurders van een stichting. Deze suggestie is niet overgenomen. *Reden daarvoor is dat de genoemde zienswijze niet goed te verenigen is met de geldende opvattingen over rechtspersoonlijkheid, welke opvattingen ook ten grondslag liggen aan de regeling van Boek 2 BW. Volgens deze opvattingen moet het belang van de rechtspersoon onderscheiden worden van het belang van degenen die bij de rechtspersoon betrokken zijn en van de deelbelangen die zij behartigen.* Voor bestuurders van stichtingen geldt evenzeer als voor bestuurders van andere rechtspersonen dat zij zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon. Daaraan doet niet af dat dit belang in overwegende mate bepaald kan worden door de statutaire doelstelling.” [curs. JT]<sup>80</sup>

En gedurende de verdere parlementaire behandeling in de nota naar aanleiding van het nader verslag valt te lezen:<sup>81</sup>

“Nederlandse (beurs)vennootschappen kenmerken zich door het zogenaamde Rijnlandse model, waarin lange termijn waardecreatie centraal staat en belangen van betrokkenen (<<stakeholders>>) bij de onderneming worden meegewogen. [...] Hierbij dienen alle deelbelangen te worden betrokken waaronder die van de aandeelhouders, werknemers, crediteuren en klanten (Handelingen I 2010/11, nr. 28, item 4, p. 18 en p. 23-26). Kort gezegd, bestuurders en toezichthouders dienen zich, [...], te richten naar het belang (op langere termijn) van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.”

Op basis van al het bovenstaande kan over het vennootschappelijk belang en de visie van de wetgever ter zake in ieder geval worden gezegd dat het vennootschappelijk belang dient te worden onderscheiden van andere (op de vennootschap betrokken) belangen (zoals aandeelhouders, werknemers, crediteuren en andere contractspartijen). Het vennootschappelijk belang is van dwingend recht doch kan statutair nader worden ingevuld. Het is evenwel niet mogelijk om statutair bepaalde belangen weg te schrijven. De wettelijke taakopdracht van het bestuur om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming behelst dat het bestuur: (i) zich (in de regel) dient te

---

doel op zichzelf is. Zie nader over de holistische benadering: Kemp 2015, 111-115; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 394.

80 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 3, p. 11-12.

81 *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 9, p. 3-4.

richten op de continuïteit (op langere termijn) van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, en (ii) telkens een behoorlijke belangenafweging dient te maken waarbij geen van de in de afweging te betrekken belangen op voorhand meer gewicht in de schaal legt. Het relatieve gewicht hangt telkens af van de omstandigheden van het geval.

#### 2.4.2 *Het vennootschappelijk belang in de jurisprudentie van de Hoge Raad*

De jurisprudentie waarin de Hoge Raad zich uitliet over de inhoud van het vennootschappelijk belang is schaars. Er bestaan voor zover ik heb kunnen nagaan slechts een handvol arresten en beschikkingen waarin de Hoge Raad daadwerkelijk inging op de inhoud van het vennootschappelijk belang bij de kapitaalvennootschappen.<sup>82</sup> Recent is daar een arrest omtrent de inhoud van het vennootschappelijk belang bij personenvennootschappen aan toegevoegd.<sup>83</sup> De Hoge Raad liet zich voor het eerst uit over het vennootschappelijk belang in het Doetinchemse IJzergieterij-arrest.<sup>84</sup> In deze zaak draaide het om de vraag of de raad van commissarissen – tegen de wens van de meerderheidsaandeelhouder in – mocht besluiten tot de uitgifte van aandelen, welke bevoegdheid op grond van de statuten aan de raad van commissarissen toekwam. De Hoge Raad overwoog hieromtrent:

“dat van de zijde van Misset bij pleidooi is aangevoerd, dat commissarissen niet een besluit mochten nemen, dat ingaat tegen de belangen en wensen van de aandeelhoudster, die de meerderheid van stemmen bezit;

dat evenwel commissarissen, rechten uitoefenende, die hun als orgaan der vennootschap zijn toegekend, zich hebben te richten naar het belang der vennootschap en dit moeten doen overwegen, indien dit naar hun oordeel in botsing komt met belangen van welken aandeelhouder ook;”

Uit deze tweede overweging van de Hoge Raad kan worden opgemaakt dat het vennootschappelijk belang in ieder geval iets anders is dan het belang van

82 Zie: Assink/Slagter 2013, § 51.5, p. 934 voor een overzicht met rechtspraak van de Hoge Raad waarin het vennootschappelijk belang wel wordt genoemd doch niet nader inhoudelijk wordt verduidelijkt.

83 HR 22 september 2017, *JOR* 2017/285 (Warmond/Lexence) m.nt. J.M. Blanco Fernández. In dit geval ging het om een commanditaire vennootschap, maar in de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat dit arrest ook gelding heeft ten aanzien van het vennootschapsbelang bij de vennootschap onder firma en de maatschap. Zie ondermeer: Assink 2018a, p. 52; HR 22 september 2017, *Ondernemingsrecht* 2017/17, p. 864-866 m.nt. Chr. M. Stokkermans; en als ik het goed zie (hoewel niet expliciet) ook: HR 22 september 2017, *JOR* 2017/285 (Warmond/Lexence) m.nt. J.M. Blanco Fernández.

84 HR 1 april 1949, *NJ* 1949/465 (Doetinchemse IJzergieterij) m.nt. Ph.A.N. van Houwing.

## HOOFDSTUK 2

de (meerderheid van de) aandeelhouder(s).<sup>85</sup> Kritiek op deze interpretatie van het Doetinchemse IJzergieterij-arrest is onder andere geuit door Van Oven en Blanco Fernández.<sup>86</sup> In een (veel) latere beschikking inzake ABN Amro<sup>87</sup> heeft de Hoge Raad zijn lijn uit het Doetinchemse IJzergieterij-arrest echter bevestigd door te overwegen dat:

“[...] Ook hier geldt dat het bestuur bij de vervulling van zijn bij wet of statuten opgedragen taken het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming behoort voorop te stellen en de belangen van alle betrokkenen, waaronder die van de aandeelhouders, bij zijn besluitvorming in aanmerking behoort te nemen.”

Enkele jaren later herhaalde de Hoge Raad deze overweging in zijn ASMI-beschikking:<sup>88</sup>

“[...] Het bestuur van een vennootschap behoort bij de vervulling van zijn bij wet of statuten opgedragen taken het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming voorop te stellen en de belangen van alle betrokkenen, waaronder die van de aandeelhouders, bij zijn besluitvorming in aanmerking te nemen.”

Wat dan wel onder het vennootschappelijk belang dient te worden verstaan blijft echter onduidelijk. Explicietier omtrent de inhoud van het vennootschappelijk belang werd de Hoge Raad in zijn vier Cancun-beschikkingen.<sup>89</sup> In deze zaak ging het om een (in eerste instantie) 50/50-joint venture vennootschap (hierna: de Vennootschap) van een Spaanse en een Mexicaanse familie, die via een Mexicaanse dochtervennootschap een hotel zou gaan exploiteren in de Mexicaanse badplaats Cancún. Kort en goed komt het – wat met recht een ‘feitencomplex’ genoemd mag worden – erop neer dat via een (her)financiering en een tweevoudige verwatering, de Spaanse familie een meerderheidsbelang van 53,5% in de Vennootschap, alsook een (super)meerderheidsbelang van 99,8% in de Mexicaanse dochtervennootschap in handen kreeg, waardoor de Vennootschap effectief de controle over de met haar verbonden onderneming verloor. Van belang is nog op te merken dat de eerste verwatering – waarbij de Spaanse familie een belang kreeg in de Mexicaanse dochtervennootschap van 78% en

---

85 Zie over dit arrest tevens uitgebreid: De Jongh 2014, p. 328-331, die dit arrest, waarin door de Hoge Raad de nadruk wordt gelegd op het (collectieve) vennootschapsbelang, plaatst tegen de achtergrond van de toentertijd heersende tijdgeest van wederopbouw waarin het collectieve belang steeds prevaleerde boven het individuele belang.

86 Zie: Van Oven 1981, p. 147; Blanco Fernández 1993, p. 51.

87 HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme, r.o. 4.5.

88 HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.4.1.

89 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797; ECLI:NL:HR:2014:799; ECLI:NL:HR:2014:804; ECLI:NL:HR:2014:808.

de Vennootschap haar belang zag verwateren van 99,9% naar 22% – geschiedde met de instemming van beide aandeelhouders van de Vennootschap, waarbij het de intentie van partijen was dat deze verwatering slechts tijdelijk zou zijn.

In de enquêteprocedure voor de Ondernemingskamer – geëntameerd door de Mexicaanse familie – voerde Roovers (één van de drie bestuurders van de Vennootschap) aan dat er voor hem geen aanleiding was geweest om namens de Vennootschap aanvullende zekerheden ter zake van de tijdelijkheid van de eerste verwatering te verlangen, nu deze verwatering immers toch met instemming van beide aandeelhouders plaatsvond. Volgens de Ondernemingskamer ging deze redenering evenwel niet op, waarbij zij over het vennootschappelijk belang en de rol van de bestuurders (de andere bestuurders van de Vennootschap waren Navarro en Equity Trust) als volgt overwoog:

“[...] Daarmee geeft hij (JT: Roovers) echter ervan blijk dat hij zich geen rekenschap heeft gegeven van het eigen belang van de Vennootschap bij de te creëren situatie en de eigen rol en taak van het bestuur van de Vennootschap daarin. Juist dit nalaten (van het vaststellen van een zakelijke ruilverhouding dan wel van het eisen van zekerheden ten aanzien van de tijdelijkheid, ten minste in de vorm van een adequate schriftelijke vastlegging) heeft een situatie geschapen waarin het – vervolgens – mogelijk werd dat de Vennootschap de controle over haar, via haar dochtervennootschap Efesyde gedreven, onderneming blijvend kon verliezen (en daarmee haar continuïteit in gevaar bracht) en waarin de Vennootschap bovendien niet (langer) een eigen positie heeft kunnen kiezen, althans niet een positie die gezien de tussen haar aandeelhouders ontstane onevenwichtige verhoudingen voldoende onafhankelijk was.

De Ondernemingskamer stelt in dit verband vast dat de onderscheiden bestuurders althans Navarro en Equity Trust in wezen steeds hebben opgetreden voor het belang van “de eigen” aandeelhouder zonder daarbij het vennootschappelijke belang en daarmee in dit geval het belang van de joint venture te betrekken. [...]”<sup>90</sup>

Eerder in de beschikking had de Ondernemingskamer al overwogen dat het belang van de vennootschap “tot op zekere hoogte samenvalt met dat van haar aandeelhouders”.<sup>91</sup>

Tegen deze invulling van het vennootschappelijk belang door de Ondernemingskamer – als ‘eigen belang’ dat slechts tot op zekere hoogte samenvalt met

90 OK 19 juli 2012, *JOR* 2013/7 (Cancun) m.nt. M.W. Jospheus Jitta, r.o. 3.20.1.

91 OK 19 juli 2012, *JOR* 2013/7 (Cancun) m.nt. M.W. Jospheus Jitta, r.o. 3.4. De Ondernemingskamer herhaalt dit nog in r.o. 3.26 en 3.27.

## HOOFDSTUK 2

de belangen van (*c.q.* overeenstemming tussen) de aandeelhouders – worden vervolgens door drie verschillende partijen de navolgende cassatiemiddelen ingesteld:

“4.1 Onderdeel 1.1 betoogt dat het belang van de Vennootschap als *joint venture* geheel samenviel met de belangen van de aandeelhouders. [...] Het oordeel van de ondernemingskamer in rov. 3.4, 3.26 en 3.27 getuigt daarom van een onjuiste rechtsopvatting, althans heeft de ondernemingskamer haar oordeel onvoldoende gemotiveerd.”<sup>92</sup>

“4.1 [...] De ondernemingskamer miskent volgens het onderdeel dat het vennootschappelijk belang de resultante is van de afweging van de verschillende bij de vennootschap en haar onderneming betrokken deelbelangen. Aangezien de vennootschap slechts een verlengstuk van de aandeelhouders vormt, kan er daarom geen sprake zijn van een zelfstandig eigen belang van (continuïteit van) de vennootschap.”<sup>93</sup>

“4.1 [...] Volgens het onderdeel miskent de ondernemingskamer dat het vennootschapsbelang en het belang van de aandeelhouders in geval van een *joint venture* als de onderhavige (vrijwel) geheel samenvallen. Het onderdeel memoreert dat alle aandeelhouders hebben ingestemd met de eerste verwatering. Onder die omstandigheden kan niet worden gezegd dat het vennootschapsbelang meebracht dat het bestuur gehouden was de in rov. 3.20.1 bedoelde zaken vast te leggen om daarmee te verhinderen dat de Vennootschap de controle over de onderneming blijvend zou verliezen. In ieder geval motiveert de ondernemingskamer onvoldoende waarom het vennootschapsbelang zo zwaar woog, althans zodanig afweek van de belangen van de gezamenlijke aandeelhouders, dat het bestuur zulks wel had moeten doen, zo betoogt het onderdeel.”<sup>94</sup>

Deze cassatiemiddelen falen en worden door de Hoge Raad afgedaan als volgt:

“4.2.1. Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). *Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. In geval van een joint venture-vennootschap wordt het belang van de vennootschap voorts bepaald door de aard en inhoud van de tussen de*

---

92 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797.

93 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799.

94 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:804.

*aandeelhouders overeengekomen samenwerking.* De aard en inhoud van het samenwerkingsverband in een joint venture-vennootschap waarin de aandeelhouders een gelijkwaardig aandeel hebben, kunnen meebrengen dat (ook) het vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders; dit kan betekenen dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders niet verder mogen veranderen dan in het licht van de omstandigheden geboden is.” [curs. JT]

Het vennootschappelijk belang is volgens de Hoge Raad dus geen vaste grootte, maar wordt – indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden – *in de regel vooral* bepaald door het bevorderen bestendige succes van die onderneming. Wie bepaalt wat bestendig succes is, en waar dat uit zou kunnen of moeten bestaan zegt de Hoge Raad evenwel niet.<sup>95</sup> Daarnaast kunnen aandeelhouders nadere invulling geven aan het vennootschappelijk belang door hetgeen zij ter zake van een samenwerking binnen de vennootschap zijn overeengekomen. Ik lees het zo dat een joint venture-vennootschap wordt opgericht door de aandeelhouders met het oog op een bepaald doel *c.q.* een bepaalde manier van samenwerken en het vennootschappelijk belang gelegen is in het verwezenlijken van dat doel *c.q.* het realiseren van een dergelijke samenwerking.<sup>96,97</sup> De Hoge Raad overweegt voorts:

“4.2.2. Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken (vgl. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 (ASMI), HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (VEB *c.s.*/KLM) en HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, NJ 2007/610 (Versatel I)). 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. [...]”

95 Volgens De Brauw 2018, p. 50 dient dit begrip bedrijfseconomisch te worden ingevuld waarbij voor succes van de onderneming, het onderscheidend vermogen van die onderneming doorgaans essentieel zal zijn.

96 Het verwezenlijken van het doel van de vennootschap geldt m.i. voor alle kapitaalvennootschappen. Uit de overweging omtrent de overeengekomen samenwerking blijkt m.i. dat de Hoge Raad de sterk aanwezige *affectio societatis*-gedachte bij dergelijke kapitaalvennootschappen erkent.

97 Zie tevens: Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, *JOR* 2019/181 m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 4.18 waarin de rechtbank overwoog: “[...] *Onder het belang van de vennootschap dient immers meer te worden verstaan dan allen het bestendig succes van de onderneming die [gedaagde sub 1] doet voeren (HR 1 april 2014, NJ 2014, 286, Cancun). In geval van een vennootschapsstructuur zoals de onderhavige, [...], wordt het belang van de vennootschap mede bepaald door de aard en inhoud van de tussen die leden van de familie overeengekomen gezamenlijke invloed binnen [gedaagde sub 1] Groep.*”



## HOOFDSTUK 2

In deze overweging trekt de Hoge Raad de lijn door vanuit zijn ABN Amro-beschikking en ASMI-beschikking<sup>98</sup> waarin het vennootschappelijk belang uitdrukkelijk als een zelfstandig eigen belang<sup>99</sup> wordt neergezet naast alle overige op de vennootschap betrokken belangen.<sup>100</sup> Ook geeft hij een nadere uitwerking van de wijze waarop het bestuur de belangen van betrokken bij zijn besluitvorming dient te betrekken:<sup>101</sup> deze belangen mogen bij het dienen van het vennootschapsbelang niet onnodig of onevenredig worden geschaad. Overigens doet de Hoge Raad in deze overweging m.i. niets anders dan wijzen op de wettelijke (zorg)plichten van het bestuur *c.q.* de vennootschap zoals deze bijvoorbeeld voortvloeien uit artikel 2:8 en 2:201 BW (*aandeelhouders*), artikel 25 en 27 WOR en artikel 7:611 BW (*werknemers*) alsook de artikelen 3:45, 6:2 en 6:248 BW (*crediteuren en afnemers*),<sup>102</sup> en wordt hier niet een soort aanvullende of anderszins zelfstandige zorgplicht van het bestuur bedoeld.<sup>103,104,105</sup>

In een recent arrest heeft de Hoge Raad zich ook uitgelaten over het belang van de vennootschap bij personenvennootschappen (in dit geval een commanditaire vennootschap). Hierin overwoog de Hoge Raad dat het belang van de commanditaire vennootschap bestaat in het gezamenlijke belang van de vennoten.<sup>106</sup> Daarmee hanteerde de Hoge Raad een beperkter begrip dan zijn A-G, die over-

---

98 HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme, r.o. 4.5; HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.4.1.

99 Mendel/Oostwouder 2017, p. 11–12.

100 Zie in dit verband tevens: OK 8 december 2017, *ARO* 2018/58, r.o. 4.13, waarin de Ondernemingskamer overwoog dat ZED+ er een eigen belang bij had om te voorkomen dat er met of tussen haar aandeelhouders geschillen zouden ontstaan.

101 Vgl. HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme, r.o. 4.5; HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.4.1.

102 Terstegge 2014a, p. 267.

103 Iets anders is dat het bestuur wel meer zorg (in de zin van boven de wettelijke zorgplicht) aan de belangen van bepaalde groepen mag besteden als dit nodig is om van de activiteiten van de vennootschap “*een succes*” te maken. Immers, zoals Davies/Worthington/Hare 2021, p. 277 schrijven: “*the success of the company [or the interests of the shareholders] are not likely to be advanced if the management of the company conducts its business so that its employees are unwilling to work effectively, its suppliers and customers would rather not deal with it, it is at odds with the community in which it operates and its ethical and environmental standards are regarded as lamentable.*”

104 Zie: OK 15 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2309, r.o. 3.8, voor een geval met een vennootschap met twee aandeelhouders waarin de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:8 BW een bijzondere zorgplicht aannam voor het bestuur jegens een van beide aandeelhouders die niet tevens bestuurder van de vennootschap was, en derhalve ruimhartig openheid diende te betrachten jegens die aandeelhouder met betrekking tot het reilen en zeilen van de vennootschap.

105 Zie echter: De Jongh 2021, p. 699 die wel mogelijkheden voor een ruimere zorgplicht lijkt te zien waar het de negatieve externe effecten van de vennootschappelijke activiteit betreft.

106 HR 22 september 2017, *JOR* 2017/285 (Warmond/Lexcence) m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 3.5.4. Zie voorts: Vzng. Rb. Overijssel 22 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2796 r.o. 5.6 over het belang van een maatschap.

woog dat het vennootschappelijk belang wordt bepaald door de gezamenlijke belangen van de vennoten, door het belang van de door de vennootschap gedreven onderneming en door het belang van de (eventueel) voor de vennootschap werkzame werknemers.<sup>107</sup> Assink meent dat de Hoge Raad het belang van de vennootschap in dit arrest vooral klein heeft willen houden, denkkelijk omdat een nadere exegese voor de afdoening van de zaak niet noodzakelijk was.<sup>108</sup> Blanco Fernández bespeurt daarentegen wel een principiële verschil tussen het door de Hoge Raad in de Cancun-beschikkingen gehanteerde “bestendige succes van de onderneming” en het in onderhavig arrest gehanteerde “gezamenlijk belang van de vennoten”.<sup>109</sup> Waarom dat zo is of waar dat precies in zit laat hij echter in het midden.<sup>110</sup>

Op basis van al bovenstaande kan omtrent het vennootschappelijk belang en de visie van de Hoge Raad ter zake in ieder geval worden gezegd dat vennootschappelijk belang dient te worden onderscheiden van andere op de vennootschap betrokken belangen (zoals de belangen van aandeelhouders, werknemers, crediteuren en andere contractspartijen). De inhoud van het vennootschappelijk belang wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Ook de aard en inhoud van de door aandeelhouders overeengekomen samenwerking geeft inhoud aan het vennootschappelijk belang. Ten slotte geldt – in zijn algemeenheid (dus ongeacht het type vennootschap) – dat indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, het vennootschapsbelang *in de regel vooral* bepaald wordt door het bevorderen van het bestendige succes van die onderneming. Het bestuur mag dit succes evenwel niet *rücksichtslos* najagen. Bij de vervulling van hun taak rust immers op de bestuurders een zorgplicht met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken, welke zorgplicht kan meebrengen dat deze belangen niet onnodig of evenredig worden geschaad. Enige ‘schade’ wordt dus niet categorisch uitgesloten.

#### 2.4.3 *Het vennootschappelijk belang: een synthese*

In de vorige paragrafen is gekeken naar het vennootschappelijk belang in zowel de parlementaire geschiedenis als de jurisprudentie. Hierin zijn de nodige aan-

107 Zie de conclusie van A-G Timmerman: Parket bij de Hoge Raad, 14 april 2017, ECLI:NL:PHR:2017:407 (Warmond/Lexcence), par. 3.6.

108 Assink 2018a, p. 53.

109 HR 22 september 2017, *JOR* 2017/285 (Warmond/Lexcence) m.nt. J.M. Blanco Fernández

110 Ook in zijn recentere artikel over wat de vennootschap is en het vennootschapsrecht behoort te zijn, gaat hij daarop niet in. Zie: Blanco Fernández 2018, p. 169–178. Wel heeft hij de nodige kritiek op de door de Hoge Raad gehanteerde formule die in zijn ogen verhuult wat het succes van de onderneming inhoudt, wie daarvan de inhoud kan bepalen en wie de adresaten daarvan zijn.

## HOOFDSTUK 2

wijzingen te vinden over wat het vennootschappelijk belang is,<sup>111</sup> waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen vorm en inhoud. Voor wat betreft de vorm geldt dat de vennootschap – zowel in de ogen van de wetgever als in de ogen van de Hoge Raad – een zelfstandig eigen belang heeft dat los staat van alle andere op de vennootschap betrokken belangen.

De vorm van het vennootschappelijk belang (*i.e.* een eigen zelfstandig belang van de vennootschap) sluit niet noodzakelijk uit dat andere belangen daarvan onderdeel gemaakt kunnen worden (bijvoorbeeld door een expliciete statutaire bepaling op te nemen die zegt: “onder het vennootschappelijk belang worden (mede) begrepen de belangen van x, y en z...”). Wat veelal echter bedoeld zal worden is dat de vennootschap in de *uitvoering van haar activiteiten* een bepaalde gedragslijn zal volgen met betrekking tot de belangen van een of meer derden (*i.e.* het onderscheid tussen het ‘*wat*’ en het ‘*hoe*’; zie daarover paragraaf 2.3). Deze gedragsnormen kunnen worden opgenomen in de statuten, maar ook in een (aandeelhouders)overeenkomst. Het is evenwel niet toegestaan om bepaalde belangen statutair weg te schrijven *c.q.* te bepalen dat in de uitoefening van haar activiteiten door de vennootschap geen acht geslagen zal worden op de belangen van a, b en c.<sup>112</sup>

Dan naar de inhoud. Daarover stelt de Hoge Raad in zijn Cancun-beschikkingen voorop dat deze wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. M.i. is daarbij het uitgangspunt dat onder normale omstandigheden het belang van de vennootschap erin is gelegen om van datgene waarvoor zij bedoeld is een bestendig succes te maken. Met andere woorden: zij dient haar ‘*bedoeling*’ – zo goed en zo kwaad als dat gaat met de haar ter beschikking staande middelen – ‘*waar te maken*’. Daarvoor is het behalen van het met de activiteiten van de vennootschap beoogde vermogensrechtelijk voordeel een (noodzakelijke) voorwaarde. Deze bedoeling kan blijken uit de statuten van de vennootschap, waaronder de daarin opgenomen statutaire doelstelling,<sup>113</sup> maar bijvoorbeeld ook uit besluiten van vennootschapsorganen, een (mondelinge of schriftelijke) overeenkomst tussen aandeelhouders<sup>114</sup> of zelfs uit hun (bestendige) gedragslijn ten aanzien van de vennootschap. Bij een vennootschap die *bedoeld* is om een onderneming in stand te houden zal het vennootschappelijk belang in beginsel dus bestaan uit het bevorderen van het bestendige succes van die onderneming.<sup>115</sup> Bij een concernvennootschap *kan* dat evenwel weer anders liggen.<sup>116</sup>

---

111 Zie over de verschillende functies die het begrip ‘vennootschappelijk belang’ vervult en heeft vervuld: Kroeze 2019.

112 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 4-5.

113 Vgl. Olaerts 2015, p. 55.

114 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, r.o. 4.2.1.

115 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, r.o. 4.2.1.

116 Timmerman 2021c, p. 192 schrijft: “[...] *de aard van de vennootschap en van de verhoudingen tussen de aandeelhouders [kan] meebrengen dat het vennootschappelijk belang een*

Zoals m.i. valt af te leiden uit de Corus-beschikking van de Ondernemingskamer is in concernverhouding in beginsel niet het bestendige succes van de met een individuele concernvennootschap verbonden onderneming leidend, maar het bestendige succes van het concern als geheel.<sup>117</sup> Daarbij geldt dan wel de ondergrens dat in die gevallen waarin de continuïteit van de concernvennootschap wordt bedreigd, het eigen vennootschappelijk belang van die concernvennootschap dient te prevaleren boven het concernbelang.<sup>118</sup>

Indien de omstandigheden veranderen, verandert ook het vennootschappelijk belang. Bijvoorbeeld in het geval waarin de financiële omstandigheden waarin de vennootschap verkeert verslechteren.<sup>119</sup> Aanvankelijk zal het vennootschappelijk belang dan nog steeds gelegen zijn in het bevorderen van het bestendige succes van de met de vennootschap verbonden onderneming, waarbij echter wel – naar mate de financiële toestand verder verslechtert – de door de Hoge Raad in zijn Cancun-beschikkingen bedoelde zorgvuldigheidsverplichting van het bestuur met betrekking tot de andere op de vennootschap en de met haar verbonden onderneming betrokken belangen, zoals die van crediteuren en werknemers, steeds zwaarder zal gaan wegen. In een dergelijk scenario zal het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming ook kunnen bestaan uit de verkoop van deze onderneming aan een derde<sup>120</sup> of een fusie van de vennootschap met een financieel krachtige(re) partij. Als gevolg van de invoering van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord per 1 januari 2021,<sup>121</sup> kan het vennootschappelijk belang thans ook vergen dat in geval van financiële moeilijkheden het bestuur van de vennootschap een poging doet – althans de mogelijkheden onderzoekt – om haar schulden te herstructureren conform

---

*andere inhoud heeft dan het bestendige succes.*” E.e.a. is dus geen wet van Meden en Perzen. M.i. is goed voorstelbaar dat in een concern waarbij de organisatorische, financiële en operationele verwevenheid tussen de concernvennootschappen minimaal is, het vennootschappelijk belang van de individuele concernvennootschap juist weer wel vooral bepaald wordt door het bestendige succes van de met haar verbonden onderneming.

117 OK 13 maart 2003, *JOR* 2003/85 (Corus) m.nt. F.J.P. van den Ingh, r.o. 3.5.

118 Vgl. Gerechtshof Arnhem 19 december 1995, *JOR* 1996/80 (Heineken Nederland) m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 12.

119 Zie over het veranderende vennootschappelijk belang binnen de levenscyclus van de vennootschap tevens de conclusie van A-G Timmerman: Parket bij de Hoge Raad, 13 december 2019, *ECLI:NL:PHR:2019:1345*, par. 3.7.

120 Zie in dit verband de treffende observatie van de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder Van der Ven in: OK 30 oktober 2013, *ARO* 2013/164 (Novero Holdings B.V.), r.o. 2.9: “*The Board observes that (parts of) the enterprise has (have) reasonable prospects in the medium and long term to become profitable, but that such profitability can only be achieved with substantial upfront financing in a financially stable environment. The Company can offer neither. The consequence is, that if the enterprise remains attached to this Company, the Group will necessarily decrease in value and on short term become insolvent. [...] In consequence, the Board sees no other option than selling its main assets, both in the interest of the Company as well as in the interest of the subsidiaries.*”

121 Wet van 7 oktober 2020, *Stb.* 2020/414, KB van 26 oktober 2020, *Stb.* 2020/415.

## HOOFDSTUK 2

de procedure zoals opgenomen in artikel 369 e.v. Fw.<sup>122</sup> Vanaf het punt dat er geen reëel vooruitzicht meer bestaat dat de vennootschap haar bedoeling kan (blijven) waarmaken, zal het vennootschappelijk belang vooral gelegen zijn in het zo efficiënt mogelijk afwikkelen van haar zaken, waarbij het optredende waardeverlies zoveel mogelijk wordt geminimaliseerd.<sup>123</sup> Aldus ook de Ondernemingskamer in een van de vele ZED+-beschikkingen:<sup>124</sup>

“Dit betekent dat het vennootschappelijk belang van ZED+ niet bestaat uit het bevorderen van het bestendige succes van haar onderneming, maar in overwegende mate bepaald wordt door het belang van haar schuldeisers. Het vennootschappelijk belang van ZED+ vergt daarom dat verkoop van haar activa plaatsvindt tegen zo gering mogelijke kosten en met zo min mogelijke complicaties.”

### 2.5 De (interne) structuur van de vennootschap

Tot slot van dit hoofdstuk nog enkele opmerkingen over de (interne) structuur van de vennootschap. Naar Nederlands recht kan de vennootschap de juridische jas kiezen van onder meer een vennootschap onder firma, een commanditaire vennootschap, een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De gekozen juridische jas brengt telkens een bepaalde (deels dwingendrechtelijke) ‘*vennootschappelijke orde*’ met zich. Dit begrip wordt in de literatuur en jurisprudentie veelvuldig gebruikt, doch zelden inhoudelijk geduid.<sup>125</sup> Ik versta onder het begrip ‘*vennootschappelijke orde*’ het geheel aan regels en (gedrags)normen – neergelegd in de wet, jurisprudentie, statuten, reglementen, besluiten en/of (aandeelhouders)overeenkomsten die gezamenlijk de interne vennootschappelijke organisatie vormgeven, zowel *qua* inrichting (*e.g.* welke organen kent de vennootschap?) als *qua* gedragsnormen (*e.g.* ingevolge artikel 2:8 lid 1 BW moeten de rechtspersoon en

122 Vgl. Aarts/Jansen 2021, p. 164-165 die opmerken dat een algemene plicht voor bestuurders tot het onderzoeken of initiëren van een herstructurering onder de WHOA thans niet bestaat, maar het goed mogelijk achten dat een bestuurder die zulks nalaat onder omstandigheden persoonlijk aansprakelijk kan zijn tegenover de vennootschap en/of haar crediteuren. Zie voorts over de bestuurstaak bij naderende insolventie: De Roo 2021, p. 178-180.

123 Assink/Slagter 2013, § 51.5, p. 955. Onder een efficiënte afwikkeling van de zaken van de vennootschap valt eveneens een mogelijke doorstart na faillissement. Zie voorts over het vennootschappelijk belang in faillissement: Reumers 2020, p. 19 e.v.

124 OK 3 december 2019, ARO 2020/33, r.o. 3.13. Zie voorts OK 30 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3277, r.o. 3.6 waarin de Ondernemingskamer overwoog dat het vennootschappelijk belang van een vennootschap waarbinnen de samenwerking was mislukt en feitelijk was beëindigd, in de gegeven omstandigheden vooral bepaald wordt door het belang van haar schuldeisers en aandeelhouders.

125 Zie evenwel: De Roo 2021, p. 44; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 215; Blanco Fernández 2018, p. 178.

degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken zich tegenover elkaar gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd). Voor de kapitaalvennootschap betekent dit o.a. dat zij steeds (dwingendrechtelijk) een duale structuur heeft ten minste bestaande uit de organen *bestuur* en *algemene vergadering*.<sup>126</sup>

Het bestuur: (i) wordt (in beginsel) benoemd, geschorst en ontslagen door de algemene vergadering (vgl. artikelen 2:142/242 lid 1 en 2:144/244 lid 1 BW), (ii) heeft tot taak ervoor te zorgen dat de vennootschap datgene doet waarvoor zij ‘bedoeld’ is (*i.e.* het besturen van de vennootschap, vgl. artikel 2:129/239 lid 1 BW),<sup>127</sup> en (iii) legt over het door hem gevoerde bestuur ten minste eenmaal per jaar rekening en verantwoording af aan de algemene vergadering. Aan die algemene vergadering komen (vaak dwingendrechtelijk) de nodige rechten en bevoegdheden toe.<sup>128</sup> De aandeelhouders mogen – binnen wettelijke grenzen zoals de redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid – in de algemene vergadering hun eigen belang dienen (o.a. door de uitoefening van hun (stem)recht).<sup>129</sup> Dit in tegenstelling tot bestuurders die zich in de uitoefening van hun taak hebben te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, en – in geval van een tegenstrijdig belang – zich in het geheel dienen te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming (vgl. artikel 2:129/239 leden 5 en 6 BW).<sup>130</sup> Ten slotte kan (in bepaalde gevallen bestaat daartoe zelfs een wettelijke plicht)<sup>131</sup> de algemene vergadering besluiten tot het instellen van een raad van commissarissen (als orgaan van de vennootschap). In tegenstelling tot het bestuur, kunnen slechts natuurlijke personen zitting hebben in de raad van commissarissen (vgl. artikel 2:140/250 lid 1 BW).<sup>132</sup> Ingevolge artikel 2:140/250 lid 2 BW heeft de raad van commissarissen tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en

126 De ratio van deze duale structuur zal worden behandeld in paragraaf 3.2.

127 Zie nader over de bestuurstaak paragraaf 3.4.

128 Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019 nr. 3 voor een overzicht van de zgn. ‘kernbevoegdheden’ van de algemene vergadering.

129 Zie nader over de verhouding tussen het mogen nastreven van het eigen belang door de aandeelhouders en de grenzen van redelijkheid en billijkheid: De Jongh 2011, p. 612-617. Zie voorts: OK 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302, r.o. 4.36.

130 Zie over het tegenstrijdig belang paragraaf 4.5.

131 Dit betreft vennootschappen waar het zgn. structuurregime op van toepassing is (vgl. artikel 2:152/262 e.v. BW). Onder dit regime komt de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders bij de raad van commissarissen te liggen. Ook worden bepaalde belangrijke bestuursbesluiten dwingendrechtelijk aan de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering onderworpen. Een structuurvennootschap kan ook kiezen voor toepassing van het monistische bestuursmodel (vgl. artikel 2:129a/239a lid 1 BW). In een dergelijk geval behoeft geen raad van commissarissen te worden ingesteld en komen de bevoegdheden die dit orgaan onder het structuurregime heeft toe aan de niet-uitvoerende bestuurders. Vgl. artikel 2:164a/274a BW.

132 Zie voor een recent pleidooi om het commissariaat ook voor rechtspersonen open te stellen: De Roo 2015, p. 106-111.

## HOOFDSTUK 2

op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Voorts staat de raad van commissarissen het bestuur met raad en daad<sup>133</sup> terzijde. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur dient de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens te verschaffen (vgl. artikel 2:141/251 lid 1 BW). Daarenboven dient het bestuur ten minste eenmaal per jaar de raad van commissarissen schriftelijk op de hoogte te stellen van de hoofdlijnen van het strategische beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap (vgl. artikel 2:141/251 lid 2 BW). Sinds 1 januari 2013 is het voor vennootschappen ook mogelijk om te kiezen voor een zgn. monistisch bestuursmodel,<sup>134</sup> waarbij het orgaan bestuur bestaat uit en de bestuurstaken worden verdeeld over zgn. uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders (vgl. artikel 2:129a/239a lid 1 BW). Daarbij geldt evenwel dat het taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders niet door een taakverdeling aan niet-uitvoerende bestuurders kan worden ontgenomen.

### 2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk stonden de begrippen vennootschap, doel en vennootschappelijk belang centraal. Tot de kern teruggebracht is de vennootschap een juridisch vehikel met een eigen vermogen (doelvermogen) dat dient te worden aangewend voor bepaalde activiteiten. Degenen die de vennootschap haar eigen vermogen verschaffen krijgen daarvoor (in beginsel) een bepaalde aanspraak op het resultaat van die activiteiten alsook (beperkte) zeggenschapsrechten over de gang van zaken bij de vennootschap en over haar wezen. Het doel *c.q.* de bedoeling van de vennootschap is om bepaalde activiteiten te gaan verrichten (en daarvoor het vermogen aan te wenden) met een (on)zeker vermogensrechtelijk voordeel als resultaat. Het doel van de vennootschap dient evenwel te worden onderscheiden van de wijze waarop zij haar doel nastreeft. Door deelname aan het maatschappelijk verkeer en het aangaan van (rechts)relaties met derden ontstaat ten aanzien van de vennootschap een belangenpluralisme waarbij de belanghebbenden kunnen worden onderverdeeld in vennootschapsrechtelijk betrokkenen, verbintenisrechtelijk betrokkenen en overige betrokkenen. De vennootschap heeft een eigen zelfstandig belang dat erin gelegen is om van datgene waarvoor zij bedoeld is een (bestendig) succes te maken.

---

133 Het woord 'daad' staat niet in de tekst van de wettelijke taakomschrijving van de raad van commissarissen (vgl. artikel 2:140/250 lid 2 BW), maar is een toevoeging die de Hoge Raad deed in zijn ASMI-beschikking: HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken.

134 Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011/275 en Besluit van 4 oktober 2012, *Stb.* 2012/455.

## DE VENNOOTSCHAP, HAAR DOEL EN HAAR BELANG

Naar mate de financiële speelruimte van de vennootschap beperkter wordt zal de zorgvuldigheidsverplichting van het bestuur met betrekking tot de andere op de vennootschap en de met haar verbonden onderneming betrokken belangen steeds zwaarder gaan wegen. Vanaf het punt dat er geen reëel vooruitzicht meer bestaat dat de vennootschap haar bedoeling kan (blijven) waarmaken, zal het vennootschappelijk belang vooral gelegen zijn in het zo efficiënt mogelijk afwickelen van haar zaken, waarbij het optredende waardeverlies zoveel mogelijk wordt geminimaliseerd.





## Hoofdstuk 3. Bestuurderschap, aard en taak

“Het bestuur is immers de instantie door middel waarvan de rechtspersoon deelneemt aan het rechtsverkeer, d.w.z. datgene doet, wat tot de meest kenmerkende eigenschappen van een persoon behoort. Deze functie stelt bijzondere eisen en het karakter van het bestuur verschilt daardoor aanmerkelijk van dat van de overige instanties.”<sup>1</sup>

### 3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 heb ik getracht door te dringen tot het wezen van de vennootschap. Nu is het de beurt aan het bestuur. Allereerst wordt een antwoord gezocht op de vraag waarom de vennootschap *überhaupt* een bestuur heeft. Daarbij wordt voorbijgegaan aan het meest voor de hand liggende antwoord en gezocht naar een dieperliggende verklaring die ook raakt aan de grondslagen van ons rechtspersonen- en (personen)vennootschapsrecht. Vervolgens wordt de aard van het bestuurderschap onderzocht. De bijzondere eisen waar Löwensteyn in het hierboven weergegeven citaat over spreekt volgen uit de bijzondere aard van het bestuurderschap. Zij laten zich formuleren als algemene (rechts)beginselen waar veel van de voor het bestuur geldende regels en (gedrags)normen op terug te voeren zijn. Ten slotte wordt aan de hand van de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie de bestuurstaak en het begrip ‘besturen’ aan een nader onderzoek onderworpen. Daarbij komen onder meer de begrippen ‘strategie’ en ‘beleid’ en de verhouding van de algemene bestuurstaak tot de restbevoegdheid van de algemene vergadering aan bod.

### 3.2 Waarom is er een bestuur?

Het gemakkelijke antwoord op de in de titel van deze paragraaf gestelde vraag is dat de wet er nu eenmaal van uitgaat dat iedere vennootschap een bestuur heeft (vgl. 2:129/239 lid 1 BW).<sup>2</sup> Dat uitgangspunt is echter met één parlemen-

---

<sup>1</sup> Löwensteyn 1959, p. 2.

<sup>2</sup> Zie: *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 11. Overigens ontbreekt in de wet een artikel dat expliciet zegt dat iedere vennootschap als haar organen ten minste een bestuur en een algemene vergadering heeft. Dit ligt echter wel impliciet in het systeem van de wet besloten.

### HOOFDSTUK 3

taire pennenstreek te wijzigen en vormt in die zin dus een weinig bevredigend antwoord.

Zoals dat bijvoorbeeld (gedeeltelijk) in het Antilliaanse rechtspersonenrecht is gebeurd. Daar is bij (relatief) recente wetswijziging de aandeelhoudersbestuurde vennootschap ingevoerd waarin het formele onderscheid tussen de organen ‘bestuur’ en ‘algemene vergadering’ is verdwenen.<sup>3</sup> In Nederland heeft de Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht zich uitgesproken tegen de invoering van de aandeelhouderbestuurder vennootschap nu dit een zekere spanning op zou leveren met de gedachte dat het bestuur zich dient te richten naar het vennootschappelijk belang, terwijl de aandeelhouder zich mag richten naar zijn eigen belang.<sup>4</sup> Zo er al sprake zou zijn van knelpunten, zouden deze volgens de Expertgroep op minder ingrijpende wijze kunnen worden opgelost.

Een verklaring voor het bestaan van het orgaan bestuur kan worden gevonden in de ontstaansgeschiedenis van de vennootschap. Deze rechtsvorm is ontstaan, met name uit de behoefte van ondernemers om voor hun onderneming meer kapitaal aan te kunnen trekken dan zij alleen of slechts met enkele personen bijeen konden brengen.<sup>5</sup> Zo ontstond er een (gedeeltelijke) scheiding tussen ondernemer en kapitaalverschaffer. De daaropvolgende groei van ondernemingen en de toenemende complexiteit daarvan maakte dat er behoefte ontstond aan (professionele) bestuurders<sup>6</sup> die als kleine groep binnen de vennootschap zelfstandig, snel en efficiënt besluiten konden nemen. In die zin kan het bestaan van een apart orgaan bestuur dus worden gerechtvaardigd met het argument dat voorzien wordt in een in de praktijk levende behoefte, hetgeen ook weer beantwoordt aan één van de doelen van het rechtspersonen- en (personen)vennootschapsrecht: het faciliteren van efficiënt ondernemerschap.<sup>7</sup>

Deze duale structuur was niet uniek in vennootschapsland. Ook de commanditaire vennootschap kende een gelijkaardige structuur waarbij er sprake was van een of meer passieve (stille) kapitaal verschaffende, tevens beperkt

---

3 Zie hierover nader: Frielink 2017, p. 179 e.v.

4 Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-Recht, Rapport van de expertgroep ingesteld door de minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, 6 mei 2004, p. 22, te raadplegen via: <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/flexibele-bv/documenten-en-publicaties/rapporten/2004/05/06/vereenvoudiging-en-flexibilisering-van-het-nederlandse-bv-recht.html>.

5 Molengraaff 1922, p. 358. Zie voorts: Kist/Visser 1914, p. 391 en De Jongh 2014, p. 202, welke laatste spreekt over de vennootschap als rechtsvorm die in het leven is geroepen om kapitaal te vergaren.

6 Zie nader over de opkomst van de professionele bezoldigde bestuurder: Lokin 2018, p. 16 e.v.

7 Assink 2010, p. 7.

aansprakelijke vennoten enerzijds,<sup>8</sup> en ten minste één actieve (beherend *c.g.* ondernemende) vennoot die volledig aansprakelijk was voor de schulden van de vennootschap anderzijds. In de negentiende eeuw was de commanditaire vennootschap een populairdere rechtsvorm om eigen vermogen aan te trekken dan de naamloze vennootschap. Dit omdat de commanditaire vennootschap eenvoudiger op te richten was en een flexibelere wettelijke regeling kende, zonder dwingendrechtelijke bepalingen voor de bescherming van vennoten en crediteuren.<sup>9</sup> Het nadeel van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de beherend vennoot deed aan deze populariteit kennelijk niet af.<sup>10</sup> Gedurende de tweede helft van de negentiende eeuw won de naamloze vennootschap aan populariteit. De Jongh<sup>11</sup> schrijft dit onder meer toe aan: (i) de in die jaren ingezette vereenvoudiging van het oprichtingsproces van deze vennootschapsvorm, (ii) de mogelijkheden die deze rechtsvorm bood aan aandeelhouders om hun belang liquide te maken, en (iii) de mogelijkheden die deze rechtsvorm bood om voor investeringen een beroep te doen op de kapitaalmarkt. Daarenboven maakte (iv) de beperkte aansprakelijkheid de naamloze vennootschap aantrekkelijk, ook voor kleine ondernemers.<sup>12</sup>

Deze beperkte aansprakelijkheid is welbeschouwd tweeledig.<sup>13</sup> Enerzijds betreft dit de bestuurder die in beginsel niet aansprakelijk is voor hetgeen hij in zijn hoedanigheid van bestuurder namens de vennootschap verricht. In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt steevast benadrukt dat er een hoge drempel geldt voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid, zowel tegenover de vennootschap als tegenover derden. Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid worden – aldus de Hoge Raad – het belang van de vennootschap alsook het maatschappelijk belang gediend dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.<sup>14,15</sup> Anderzijds betreft dit de aandeelhouders die – ingevolge artikel 2:64/175 lid 1 BW – niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht en niet gehouden zijn om boven het bedrag dat op hun aandelen behoort te worden gestort in de verliezen van

8 Op grond van artikel 20 lid 2 WvK is het aan de commanditaire vennoot zelfs verboden om daden van beheer te verrichten op straffe van verlies van zijn beperkte aansprakelijkheid (overigens merkt Tervoort 2013, p. 23 terecht op dat het juister is te spreken van een beperkte draagplicht (*i.e.* tot de toegezegde inbreng) in de vennootschapsverliezen). Recent heeft de Hoge Raad de scherpe kantjes van het zgn. beheersverbod afgehaald. Zie: HR 29 mei 2015, *JOR* 2015/192 (De Katterug) m.nt. Chr.M. Stokkermans.

9 De Jongh 2014, p. 202-203.

10 De Jongh 2014, p. 202.

11 De Jongh 2014, p. 204.

12 Timmerman 2018, p. 65. De Jongh 2014, p. 204.

13 De Jongh 2021, p. 697.

14 HR 20 juni 2008, *JOR* 2008/260 (Willemsen/NOM) m.nt. Y. Borrius, r.o. 5.3; HR 5 september 2014, *NJ* 2015/21 (Tulip Air) m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.5.2.

15 Zie nader over “*bange bestuurders*”, Kroeze 2005.

### HOOFDSTUK 3

de vennootschap bij te dragen<sup>16</sup> Deze beperkte aansprakelijkheid van zowel bestuurders als aandeelhouders is in belangrijke mate verantwoordelijk voor de populariteit van de vennootschap. Beperkte aansprakelijkheid stimuleert ondernemers en investeerders onder meer<sup>17</sup> om risicovolle en kapitaalintensieve – doch maatschappelijk nuttige –<sup>18</sup> activiteiten te ontplooien die de financiële draagkracht van een individuele of een beperkte groep van ondernemers te boven gaat.<sup>19</sup> Voor de investeerders staat (in de hoedanigheid van aandeelhouder) tegenover deze beperkte aansprakelijkheid een onbeperkt winstpotentieel.<sup>20,21</sup> Beperkte aansprakelijkheid heeft tot gevolg dat de ondernemer/bestuurder en de investeerders/aandeelhouders een deel van het met de uitoefening van de ondernemingsactiviteiten gepaard gaande ondernemersrisico kunnen externaliseren (lees: afwentelen op derden zoals werknemers, crediteuren, leveranciers, afnemers, banken, overheid, de maatschappij *etc.*)<sup>22</sup> E.e.a. is dan ook een inbreuk op de aloude als billijk ervaren hoofdregel dat een persoon onbeperkt aansprakelijk is voor zijn schulden en daarvoor met zijn gehele vermogen instaat.<sup>23</sup> Een uitzondering op deze hoofdregel dient te worden gerechtvaardigd. Volgens Tervoort<sup>24</sup> valt het bestuursverbod voor de commanditaire vennoot *ex* artikel 20 lid 2 WvK hier op terug te voeren: het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot *ex* artikel 20 lid 3 WvK werd gerechtvaardigd door het verbod aan de commanditaire vennoot om zich met de bedrijfsvoering van de vennootschap in te laten, en wel op straffe van verval van dat voorrecht (vgl. artikel 21 WvK). Dit sloot – aldus Tervoort – ook weer aan op de opvatting dat iemand niet onbeperkt aansprakelijk kan zijn voor de gevolgen van verbintenissen op de totstandkoming waarvan hij geen invloed heeft kunnen uitoefenen.<sup>25</sup>

Waar het m.i. in de kern om gaat is dat ondernemen door middel van een vennootschap geen spel zonder nieten mag zijn.<sup>26</sup> In die zin rechtvaardigt de beperkte

---

16 Zie echter over omstandigheden die maken dat op een aandeelhouder een zorgplicht komt te rusten tegenover crediteuren van de vennootschap: Timmerman 2020a, p. 130-133.

17 Orts 2013, p. 154 merkt bijvoorbeeld op dat beperkte aansprakelijkheid ook de handel in aandelen heeft gestimuleerd.

18 Zie: *Handelingen der Staten-Generaal*, zitting 1833-1834, Bijlagen Vel 75, p. 299.

19 Zie: *Handelingen der Staten-Generaal*, zitting 1833-1834, Bijlagen Vel 75, p. 299.

20 Zie: Van Limburg Stirum 1829, p. 30-31.

21 Zie over de schaduwzijde van beperkte aansprakelijkheid: Pistor 2019, p. 47-76 alsmede haar online essay: “*Limited liability is causing unlimited harm*” van 11 februari 2020 gepubliceerd op: <https://socialeurope.eu/limited-liability-is-causing-unlimited-harm>, waarin zij oproept tot de invoering van ‘*piercing statutes*’ om de grootste misstanden tegen te gaan.

22 Bainbridge/Henderson 2016, p. 3. Zie tevens: De Jongh 2021, p. 697; Huizink 2008, p. 7.

23 Tervoort 2013, p. 192.

24 Tervoort 2013, p. 192.

25 In vergelijkbare zin: Bainbridge/Henderson 2016, p. 46: “*It is generally accepted that one should not be held liable for harms one did not cause.*”

26 Vgl. Timmerman 2020a, p. 128.

aansprakelijkheid in vennootschappelijk verband de aanwezigheid van het bestuur als apart orgaan. Daarin valt de regulerende kant van het rechtspersonen en (personen)vennootschapsrecht te ontwaren:<sup>27</sup> het bestuur als separaat orgaan met zeggenschap (maar zonder (rechtstreekse) aanspraak op winst) vormt een *waarborg* tegen het misbruik van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid. Daaronder versta ik ook dat wordt voorkomen dat op de vennootschap betrokken belangen bij of als gevolg van de uitvoering van de vennootschappelijke activiteiten onnodig of onevenredig worden geschaad. Dat het bestuur als separaat orgaan *efficiënt ondernemerschap* faciliteert is m.i. een minder dwingend argument. Enerzijds is dit argument van beperkte of zelfs van generlei waarde in vennootschappen met slechts één of een beperkt aantal aandeelhouders. Anderzijds is het m.i. ook niet aan de wetgever om ondernemers tot efficiëntie te ‘dwingen’ en op die gronden een wettelijk verplichte duale structuur voor te schrijven.<sup>28</sup>

### 3.3 Aard van het bestuurderschap

Naar zijn aard is het bestuurderschap een vertrouwenspositie.<sup>29</sup> Je zou kunnen zeggen dat de vennootschap en haar vermogen op grond van het bepaalde in artikel 2:129/239 lid 1 BW aan de zorg van het bestuur is toevertrouwd. Een dergelijke positie schept rechten en plichten. Veel van de rechtsregels en onderliggende beginselen die van toepassing zijn op het bestuur *c.q.* het bestuurderschap zijn terug te voeren tot die bijzondere vertrouwenspositie. In deze paragraaf zal ik enkele van deze regels en beginselen uitwerken.

#### (a) *Persoonlijke taakuitoefening*

Ten eerste geldt het beginsel dat een bestuurder zijn taak *intuitu personae* dient uit te oefenen. Een bestuurder wordt benoemd door de algemene vergadering<sup>30</sup> vanwege het vertrouwen dat dit orgaan heeft in de persoon van de bestuurder om zijn persoonlijke ervaring, netwerk, competenties, kwalificaties en/of andere eigenschappen.<sup>31</sup> M.i. bestaat er daarbij geen principiële onderscheid tussen de bestuurder-natuurlijk persoon en de bestuurder-rechtspersoon. Ook een rechtspersoon kan immers unieke eigenschappen of kwalificaties hebben op grond waarvan de algemene vergadering besluit om juist *die* rechtspersoon

27 Assink 2010, p. 7.

28 Daarenboven zouden die voordelen van het bestuur als apart orgaan denklijk ook via een andere weg kunnen worden gerealiseerd, bijvoorbeeld op basis van volmacht of lastgeving.

29 Honée 1998, p. 180.

30 In deze paragraaf ga ik omwille van de leesbaarheid voorbij aan andere organen van de vennootschap die op grond van de statuten eveneens het benoemingsrecht zouden kunnen hebben, zoals de raad van commissarissen en de vergadering van houders van aandelen van een bijzondere soort of aanduiding.

31 De Wulf 2002, p. 299-300. Evenzo: De Roo 2021, p. 131.

### HOOFDSTUK 3

tot bestuurder te benoemen.<sup>32</sup> Vanwege dat vertrouwen wordt een bestuurder met het besturen van de vennootschap belast. Dit betekent enerzijds dat een benoemde bestuurder zijn taak niet onvervuld mag laten en de vennootschap daadwerkelijk dient te besturen.<sup>33</sup> Ook mag een bestuurder zijn taak niet, bijvoorbeeld op basis van een algemene volmacht, in zijn geheel aan een derde overdragen.<sup>34</sup> Anderzijds geldt dat iemand de hoedanigheid van bestuurder (en de daarmee gepaarde gaande verantwoordelijkheid en mogelijke aansprakelijkheid) niet opgedrongen kan krijgen. Zo overwoog het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden recent:<sup>35</sup>

“[...] Dat een bestuurder de benoeming dient te aanvaarden is gerechtvaardigd vanuit de gedachte dat niemand tegen zijn zin de in Boek 2 BW en in de statuten genoemde bestuurstaken en vertegenwoordigingsbevoegdheden, alsmede (bij verwaarlozing van deze vergaande verplichtingen) eventueel daaruit voortvloeiende bestuurdersaansprakelijkheden (ex art. 2:9 BW en 2:138/248 BW) opgedrongen kan/mag krijgen.”

Een benoeming moet dan ook door de (beoogd) bestuurder uitdrukkelijk of stilzwijgend worden aanvaard.<sup>36</sup> Anderzijds geldt dat een (rechts)persoon bij het ontbreken van een benoemingsbesluit er niet op mag vertrouwen dat hij bestuurder is geworden. Zo overwoog de Hoge Raad:<sup>37</sup>

“De aard van de regel dat de benoeming van een bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap geschiedt door de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij de benoeming geschiedt door de raad van commissarissen (art. 2:132 en 2:242 BW), brengt mee dat niet kan worden aanvaard dat degene die, ondanks het ontbreken van een dergelijk besluit, op grond van verklaringen of gedragingen van de vennootschap heeft aangenomen

---

32 De Wulf 2002, p. 300.

33 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8114, r.o. 5.21. Zie tevens: Rb. Midden-Nederland 24 augustus 2016, *NJF* 2016/492, r.o. 4.4.

34 Zie: Vzng. Rb. Gelderland 19 april 2017, *JOR* 2017/314 m.nt. K.A.M. van Vught, r.o. 4.4. Een en ander betekent evenwel niet dat het bestuur *c.q.* de bestuurder de aan hen of hem opgedragen taak steeds geheel en hoogstpersoonlijk dient te vervullen. Zie hierover al: Löwensteyn 1959, p. 116. Naar mate de vennootschap en in het bijzonder de met haar verbonden onderneming in omvang toenemen, zal dat zelfs onmogelijk worden. In dergelijke gevallen brengt een behoorlijke taakvervulling van de bestuurder evenwel met zich dat hij toezicht houdt op degenen aan wie hij de taken uit handen geeft. Zie ook: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8114, r.o. 5.21 en Rb. Midden-Nederland 24 augustus 2016, *NJF* 2016/492, r.o. 4.4.

35 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10860, r.o. 4.3.

36 Assink/Slagter 2013 § 43.6, p. 733; De Roo 2021, p. 49. Zie voor een zaak waarbij van een aanvaarding van de benoeming niet was gebleken: Rb. Rotterdam 13 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5344, r.o. 4.4-4.6.

37 Zie: HR 15 december 2000, *JOR* 2001/1 m.nt. F.J.P. van den Ingh, r.o. 3.2.2.

dat hij tot bestuurder van de vennootschap is benoemd, als bestuurder van de vennootschap moet worden aangemerkt. De aard van genoemde bepalingen verzetten zich evenzeer ertegen dat wordt aangenomen dat de vennootschap het recht kan verwerken zich ertegen te verzetten dat degene die, ondanks het ontbreken van een benoemingsbesluit, meent dat hij tot bestuurder van de vennootschap is benoemd als zodanig moet worden aangemerkt.”

E.e.a. gaat evenwel niet zover dat aan de benoeming van een bestuurder telkens een schriftelijk besluit<sup>38</sup> van het tot benoeming bevoegde orgaan van de vennootschap ten grondslag dient te liggen.<sup>39</sup> Bij het antwoord op de vraag of iemand rechtsgeldig tot bestuurder is benoemd moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen.<sup>40</sup> Het beginsel dat een bestuurder zijn taak persoonlijk dient uit te oefenen kan ook niet los worden gezien van het beginsel dat de wetenschap van een bestuurder in het maatschappelijk verkeer (behoudens bijzondere omstandigheden) heeft te gelden als wetenschap van de vennootschap.<sup>41</sup>

(b) *Collegialiteitsbeginsel*

Een volgend belangrijk beginsel dat volgt uit de vertrouwenspositie van het bestuur is het zgn. collegialiteitsbeginsel oftewel het beginsel dat het bestuur

38 Zie: Ktr. Enschede 3 juli 1998, *JOR* 1999/2; Ktr. Rotterdam 9 januari 2014, *JOR* 2014/34, tevens gepubliceerd in *JAR* 2014/96 m.nt. K. Wiersma.

39 Zie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10269, r.o. 4.6 waarin het hof overwoog dat de wet noch de statuten van de betreffende vennootschap vormvereisten stellen waaraan het benoemingsbesluit moet voldoen.

40 Zie: Rb. Rotterdam 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4316, r.o. 4.4 waarbij een door een enig aandeelhouder ondertekend en bij de Kamer van Koophandel ingediend inschrijvingsformulier door de rechtbank werd beschouwd als een schriftelijke vastlegging van het besluit – genomen buiten vergadering – tot benoeming van een bestuurder, en de medeondertekening van datzelfde formulier door de benoemde persoon, als een aanvaarding van de benoeming. Zie voorts Rb. 's-Gravenhage 6 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16048, r.o. 5.8, waarin eveneens een schriftelijk benoemingsbesluit ontbrak, maar waar het inschrijvingsformulier van de Kamer van Koophandel was ondertekend door de werknemer en een bestuurslid van de enig aandeelhouder van de vennootschap. De kantonrechter kwam op basis daarvan (als mede op basis van externe gedragingen van de werknemer) tot het voorlopig oordeel dat de werknemer als statutair bestuurder diende te worden beschouwd. Anders: Gerechtshof 's-Gravenhage 29 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1215, r.o. 7 waarbij een inschrijvingsformulier, ondertekend door een enig aandeelhouder en de (vermeende) bestuurder niet kon gelden als de vastlegging van een benoemingsbesluit. Zie voorts: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10860 r.o. 4.4 waarin het in persoon ondertekenen van het inschrijfformulier een van de omstandigheden was op grond waarvan de hof tot haar oordeel kwam dat appellant zijn benoeming tot bestuurder had aanvaard. Dat appellant zich bij ondertekening van het formulier niet bewust was van de verstreckende gevolgen die benoeming tot statutair bestuurder voor hem kon hebben diende, aldus het hof, voor zijn risico te blijven. Zie ten slotte de conclusie van A-G Hartlief, Parket bij de Hoge Raad, 14 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:31, par. 3.6.

41 HR 11 september 2020, *JOR* 2020/250 m.nt. Chr. M. Stokermans, r.o. 3.2.2.



### HOOFDSTUK 3

zijn taak als college uitoefent.<sup>42</sup> Indien de algemene vergadering meerdere bestuurders benoemt zou je kunnen zeggen dat er bij de algemene vergadering onvoldoende vertrouwen – zowel in positieve als in negatieve zin – bestaat dat één (rechts)persoon alleen in staat zal zijn de bestuurstaak op behoorlijke wijze te vervullen. Positief in de zin dat de bestuurstaak met betrekking tot de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te omvangrijk of te complex kan zijn waardoor er meerdere personen (al dan niet met specialistische kennis op bepaalde specifieke gebieden) nodig zijn om deze behoorlijk uit te kunnen voeren.<sup>43</sup> Negatief in de zin dat bij een meerhoofdig bestuur er sprake kan zijn van een onderlinge (sociale) controle waardoor misbruik door een individuele bestuurder van zijn positie wordt voorkomen.

Vanuit die vertrouwensgedachte volgt ook logischerwijs een bepaling als artikel 2:129/239 lid 2 BW tweede volzin, die zegt dat een bestuurder in de bestuursvergadering niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders gezamenlijk. In diezelfde gedachtegang past m.i. ook de regel dat belangrijke kerntaken zoals het algemene beleid (waaronder in het bijzonder het financiële beleid, het strategisch beleid, het risicobeleid en het acquisitiebeleid) en de algemene gang van zaken niet door een taakverdeling aan een bestuurder kunnen worden onttrokken.<sup>44</sup> Dat neemt niet weg dat – zoals ook vermeld in de parlementaire geschiedenis – vanuit efficiencyoverwegingen een taakverdeling mogelijk is:<sup>45</sup>

“Een taakverdeling heeft tot doel te voorkomen dat meerdere bestuurders zich met dezelfde bestuurstaak moeten bezighouden terwijl dat voor de goede uitvoering van bestuurstaken niet nodig is. Een taakverdeling komt dan de efficiëntie ten goede.”

Dat het vertrouwen aan het bestuur als collectief geschonken is maakt dat op de individuele bestuurder de plicht rust om ervoor te zorgen dat het bestuur als collectief dat vertrouwen niet beschaamt. Enerzijds betekent dit dat de bestuurders onderling controle moeten uitoefenen en, indien daar aanleiding toe is, dienen in te grijpen. Anderzijds mag een bestuurder er tot op zekere hoogte zelf op vertrouwen dat zijn medebestuurders de aan hen toebedeelde taak behoorlijk

42 Timmerman 2009, p. 10 vermoedt dat het beginsel van de collegiale besluitvorming zijn oorsprong vindt in het Nederlandse consensusdenken.

43 Overigens zijn er in de literatuur op het gebied van *behavioral economics* aanwijzingen te vinden dat groepen als zodanig betere besluiten nemen dan zelfs het best presterende individuele groepslid. Ook dit kan dus een reden zijn om een meerhoofdig bestuur te benoemen. Zie daarover: Bainbridge 2002.

44 Zie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, *JOR* 2015/32 m.nt. M. Holtzer, r.o. 3.8; Gerechtshof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348, r.o. 3.3.6; Rb. Rotterdam 14 juli 2010, *JOR* 2010/336 (Anfodie Beheer) m.nt. Y. Borrius, r.o. 6.7; Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 (Landis) m.nt. U.B. Verboom, r.o. 9.18.4; Rb. 's-Gravenhage 28 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8601, r.o. 4.8; Assink/Slagter 2013, § 13.1, p. 214.

45 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 15.

vervullen.<sup>46</sup> Dit komt onder meer tot uitdrukking in artikel 2:9 lid 2 BW waarin staat dat een bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken en hij terzake van onbehoorlijk bestuur voor het geheel aansprakelijk is, tenzij hem mede gelet op de aan de andere bestuurders toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Een inbreuk op het collegialiteitsbeginsel wordt gevormd door artikel 2:129a/239a lid 3 BW. Ingevolge dit artikel kan bij of krachtens de statuten worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Een dergelijk besluit wordt echter wel toegerekend aan het bestuur als collectief<sup>47</sup> zodat het gehele bestuur daarvoor verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid draagt. Dit laatste maakt dat in de literatuur wel wordt aangenomen dat het bestuur: (i) bevoegd is om te verlangen dat over bepaalde zaken door het bestuur als collectief besloten wordt, en (ii) de bevoegdheid heeft om de besluitbevoegde bestuurder instructies te geven.<sup>48</sup> De tekst van artikel 2:129a/239a lid 3 BW spreekt overigens over het orgaan ‘bestuur’ en beperkt dit niet tot het monistisch bestuursmodel, hoewel zulks eenvoudig had kunnen worden gedaan.<sup>49</sup> Toch lag dit laatste blijkens de parlementaire geschiedenis wel in de bedoeling van de wetgever. Zo valt te lezen in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer:<sup>50</sup>

“Artikel 2:129a lid 3 BW is uitsluitend voor het monistische bestuursmodel geschreven naar aanleiding van een verzoek uit de praktijk; voor het dualistische bestuursmodel is dat verzoek niet gedaan.”

Een dergelijke onderbouwing overtuigt natuurlijk niet en ook overigens zie ik geen goede redenen om deze mogelijkheid binnen het dualistische bestuursmodel niet toe te staan.<sup>51</sup>

46 Mussche 2011, p. 41-42. Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 14 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3671, r.o. 4.10: “[...] *Het is niet zonder meer persoonlijk ernstig verwijtbaar indien een bestuurder tot op zekere hoogte vertrouwt op informatie die zijn medebestuurder verstrekt, zeker als die informatie betrekking heeft op het terrein dat bij uitstek tot de taak van die medebestuurder behoort. Dit zou anders kunnen zijn als [persoon A] signalen zou hebben gekregen dat de door [persoon B] verstrekte informatie onjuist was en hij niet voldoende met die signalen heeft gedaan. [...]*”. Zie voorts: Rb. Overijssel 24 maart 2021, RO 2021/51, r.o. 4.23.

47 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 17.

48 Zie: Verdam 2013, p. 506; Kreileman 2020, p. 162-163; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 446.

49 Zie bijvoorbeeld artikel 2:274a lid 4 BW dat aanvangt met de woorden: “*Indien toepassing is gegeven aan artikel 239a lid 1*”.

50 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 24.

51 Evenzo: Assink/Slagter 2013, § 13.1, p. 215-216.

### HOOFDSTUK 3

#### (c) *Ontslag ad nutum*

Een ander fundamenteel (rechts)beginsel dat samenhangt met de vertrouwenspositie van het bestuur is de zgn. ontslagbevoegdheid *ad nutum* van de algemene vergadering.<sup>52</sup> Vgl. artikel 2:134/244 lid 1 BW. Zodra (een meerderheid in) de algemene vergadering geen vertrouwen meer heeft in het bestuur of een specifieke bestuurder, kan zij zich onmiddellijk van deze bestuurder(s) ontdoen.<sup>53</sup> Dit fundamentele recht is nader in de wet verzekerd door de bepalingen dat: (i) indien in de statuten is bepaald dat het besluit tot (schorsing of) ontslag slechts mag worden genomen met een versterkte meerderheid in een algemene vergadering waarin een bepaald gedeelte van het kapitaal vertegenwoordigd is, deze meerderheid tweederde van de uitgebrachte stemmen, welke tweederde meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, niet te boven mag gaan, en (ii) de rechter een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder niet kan uitspreken (vgl. artikel 2:134/244 leden 2 en 3 BW). Het ontslagbesluit als zodanig kan wel worden getoetst aan de vernietigingsgronden van artikel 2:15 lid 1 BW,<sup>54</sup> waaronder dus ook aan de redelijkheid en billijkheid (artikel 2:15 lid 1 sub b BW *jo.* artikel 2:8 lid 1 BW).<sup>55</sup> Daarbij bestaat enige ruimte voor een inhoudelijke beoordeling voor zover dit de vennootschapsrechtelijke en niet de arbeidsrechtelijke aspecten van het ontslagbesluit betreft.<sup>56</sup> In de literatuur wordt wel het voorbeeld gegeven van een bestuurder die ontslagen wordt wegens het niet opvolgen van een door de algemene vergadering gegeven instructie die strijdig is met het belang van de vennootschap.<sup>57</sup> Ook kan het zo zijn dat artikel 2:8 lid 2 BW eraan in de weg staat dat de algemene vergadering van haar ontslagbevoegdheid gebruik mag maken.<sup>58</sup> In die zin is de ontslagbevoegdheid naar Nederlands recht dus niet volledig *ad nutum*.

52 Zie omtrent de ontslagbevoegdheid *ad nutum* in Europees (historisch) verband: Cools 2011. Zie voorts De Wulf 2002, p. 194-203 over de kritiek (en weerlegging daarvan) op de *ad nutum*-regel als fundamenteel beginsel van vennootschapsrecht.

53 In gelijke zin: Honée 1998, p. 180.

54 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 269.

55 HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985/375 (Sjardin/Sjartec) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.2.

56 Assink/Slagter 2013, § 43.6, p. 747 en 752.

57 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, p. 200.

58 Zie bijvoorbeeld: OK 16 februari 2021, *ARO* 2021/45 r.o. 3.5-3.8 waarin de Ondernemingskamer oordeelde dat het onder de gegeven omstandigheden niet onaanvaardbaar was dat de middellijk meerderheidsaandeelhouder van haar ontslagbevoegdheid gebruik maakte. In Vzng. Rb. Amsterdam 23 november 2020, *JOR* 2021/172 m.nt. J.H. Bennaars, r.o. 4.3 werd een ontslag van een bestuurder wel als naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar beoordeeld omdat het ontslagbesluit genomen was zonder dat daaraan voorafgaand met de betrokken bestuurder een gesprek over de verwijten aan zijn adres was gevoerd en zonder dat daadwerkelijk inspanning waren verricht om met de bestuurder afspraken te maken over de financiële afwikkeling van zijn ontslag.

Voor de bestuurder geldt dat hij zijn functie te allen tijde kan neerleggen, behoudens in het geval van *Fahnenflucht* met voorzienbare stuurloosheid van de vennootschap als gevolg.<sup>59</sup> Iets anders is dat zolang een bestuurder *in office* is, de uit deze hoedanigheid voortvloeiende (zorg)plichten op de bestuurder blijven rusten en hij deze niet (tijdelijk) naast zich neer kan leggen.<sup>60</sup> Indien dat wel mogelijk zou zijn, dan zou bijvoorbeeld van de bestuurlijke gedragsregels omtrent tegenstrijdig belang weinig meer overblijven.<sup>61</sup>

(d) *Behoorlijke taakvervulling*

Tegelijk met een vertrouwenspositie bekleedt het bestuur ook een machtspositie binnen de vennootschap.<sup>62</sup> Deze twee zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. De macht wordt bij benoeming in vertrouwen gegeven. Zodra dit vertrouwen weg is kan de macht door middel van een ontslag *ad nutum* weer worden ontnomen. Er wordt ook wel gezegd dat het bestuurderschap een *fiduciaire* (letterlijk.<sup>63</sup> een op vertrouwen berustende) positie is.<sup>64</sup> Het bestuur is als orgaan ‘belast’ met het besturen van de vennootschap (vgl. artikel 2:129/239 lid 1 BW) en in die zin dus het centrale leidinggevend orgaan met betrekking tot de activiteiten van de vennootschap (zie daarover paragraaf 3.4). Op grond van artikel 2:8 lid 1 BW dient het bestuur *c.q.* iedere bestuurder, zich tegenover de vennootschap alsook tegenover al degenen die krachtens de wet en de statuten bij haar organisatie zijn betrokken, te gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. De fiduciaire positie van het bestuur geeft mede invulling aan wat redelijk en billijk is en vindt ondermeer zijn weerslag in artikel 2:9 lid 1 BW op grond waarvan de bestuurder tegenover de vennootschap gehouden is zijn taak behoorlijk te vervullen.<sup>65</sup>

Een behoorlijke taakvervulling brengt met zich dat het bestuur (*c.q.* iedere bestuurder) zich in de uitvoering van zijn taak dient te gedragen conform bepaalde gedragsnormen. In de (internationale) literatuur worden deze gedrag-

59 Zie hierover uitgebreid: De Roo 2020, p. 97-105.

60 Vlg. HR 11 februari 2011, *NJ* 2011/305 (Belastingdienst Limburg/x- ING) m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.5.3 waarin W. als bestuurder van een failliete vennootschap op verzoek van de curator (en met goedkeuring van de rechter-commissaris) een partij tegels van ‘zijn’, vennootschap kocht. De Hoge Raad overwoog dat de bijzondere hoedanigheid van bestuurder op W. bleef rusten, ook al lag het initiatief voor de transactie bij de curator. Ten opzichte van de vennootschap was W. bij deze transactie dus geen willekeurige derde *c.q.* deelnemer aan het handelsverkeer.

61 In die zin Van Schilfgaarde in zijn noot bij: HR 11 februari 2011, *NJ* 2011/305 (Belastingdienst Limburg/x- ING) m.nt. P. van Schilfgaarde, nr. 5.

62 Assink/Slagter 2013, § 51.1, p. 920.

63 Aldus Van Dale. Het lemma noemt ook nog de *fiduciaire handeling*, oftewel hetgeen men als vertrouwensman van een ander te diens behoeve doet.

64 Assink/Slagter 2013, § 51.4, p. 928.

65 Vgl. Verdam 2010, p. 95 die de norm van behoorlijke taakvervulling ziet als toepassing van de norm van redelijkheid en billijkheid.

### HOOFDSTUK 3

snormen doorgaans geformuleerd als plichten, en wordt een onderscheid gemaakt wordt tussen loyaliteitsverplichtingen (*duties of loyalty*) en zorgvuldigheidsverplichtingen (*duties of care*), waarbij tegelijkertijd wordt onderkend dat het onderscheid tussen beide niet altijd even duidelijk is.<sup>66</sup>

Allereerst de loyaliteitsverplichting. Vooreerst betekent dit dat iedere bestuurder in zijn doen en laten het vennootschappelijk belang voorop dient te stellen en niet vennootschapsvreemde, laat staan zijn eigen belangen. Het gaat hierbij om de subjectieve goede trouw van de bestuurder, oftewel de oprechte en eerlijke overtuiging van de bestuurder dat hij het vennootschappelijk belang daadwerkelijk en zorgvuldig bevordert.<sup>67</sup> E.e.a. betekent niet dat een bestuurder als privépersoon belangenverstrengeling te allen tijde en tegen elke prijs dient te voorkomen.<sup>68</sup> Zo bevat artikel 2:129/239 lid 6 BW een regeling die voorschrijft hoe de vennootschappelijke besluitvorming dient plaats te vinden in geval een bestuurder daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat strijdig is met het vennootschappelijk belang (zie hierover nader paragraaf 4.5). Waar een bestuurder evenwel in concurrentie treedt met zijn vennootschap of zich *zgn. corporate opportunities* wenst toe te eigenen, zal op de bestuurder een verzwaarde zorgplicht rusten, o.a. bestaande uit het volledig informeren van de vennootschap en het in voorkomend geval verkrijgen van expliciete toestemming van de vennootschap.<sup>69</sup> Zo overwoog de rechtbank Midden-Nederland.<sup>70</sup>

“De rechtbank stelt voorop dat als corporate opportunity kan worden aangemerkt een mogelijkheid die zich voor de vennootschap voordoet om een transactie aan te gaan of zakelijke activiteiten te ontplooiën die passen binnen het kader van haar bedrijfsvoering en waarvan kenbaar is dat de vennootschap daar een redelijk belang bij heeft of zou kunnen hebben. Uit de

66 Zie bijvoorbeeld: Davies/Worthington/Hare 2021, p. 249. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 111 hanteren in dat verband een driedeling, bestaande uit een loyaliteitsverplichting, een plicht tot het vermijden van belangenverstellingen (die uit de loyaliteitsverplichting voortvloeit) en een zorgvuldigheidsverplichting.

67 Assink/Slagter 2013, § 51.4, p. 929.

68 Vlg. Assink/Slagter 2013, § 51.6, p. 970: “*Wat dient te worden bedacht, maar in de praktijk niet altijd wordt onderkend, is dat de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang op zichzelf niet iets laakbaars of automatisch disloyaliteit van de bestuurder meebrengt [...]; een bestuurlijk tegenstrijdig belang is niet intrinsiek ‘fout’ of verwerpelijk, maar een feitelijk gegeven. Het moet daarom niet zo zijn, dat de enkele aanwezigheid van een tegenstrijdig belang al diffamerende werking heeft en dus vermeden dient te worden.*”

69 Zie ook: Gerechtshof Amsterdam 12 november 2019, *JOR* 2020/110 m.nt. U.B. Verboom, r.o. 3.7-3.8 waarin het hof oordeelde dat een partij als gevolg van de gecombineerde hoedanigheid van bestuurder en meerderheidsaandeelhouder een zorgvuldigheidsverplichting had jegens de minderheidsaandeelhouder, die maakte dat deze partij niet zonder instemming van de minderheidsaandeelhouder, althans zonder marktconforme vergoeding of andere wijze van adequate schadeloosstelling, zich een *corporate opportunity* had mogen toe-eigenen.

70 Rb. Midden-Nederland 19 februari 2014, *JOR* 2014/124 m.nt. Ph. W. Schreurs en L.A. van Driel, r.o. 4.11.

artikelen 2:8 en 2:9 BW vloeit voort dat de bestuurder van de vennootschap deze mogelijkheden ten gunste van de vennootschap dient te benutten. Indien de bestuurder een corporate opportunity aanwendt ten behoeve van zichzelf of van derden, *zonder dat de vennootschap deze opportunity heeft vrijgegeven*, dan schiet hij tekort in de uitoefening van de hem opgedragen taak. Kan de bestuurder daarvan een ernstig verwijt worden gemaakt, dan is hij jegens de vennootschap voor diens schade aansprakelijk op grond van artikel 2:9 BW. Van een ernstig verwijt is in beginsel sprake indien de bestuurder zijn eigen belang heeft laten prevaleren boven dat van de vennootschap.” [curs. JT]

De loyaliteitsverplichting betekent niet onvoorwaardelijk altruïsme. Zo oordeelde de rechtbank Utrecht dat de stelling van een curator, dat een commissaris die in verband met een eigen vordering op de vennootschap het faillissement van die vennootschap aanvraagt reeds om die reden handelt in strijd met de van hem verlangde behoorlijke taakvervulling, in zijn algemeenheid te ver voert.<sup>71</sup> In hoger beroep bleef dit oordeel van de rechtbank in stand.<sup>72</sup>

Dan de zorgvuldigheidsverplichting. Assink maakt daarbij een onderscheid tussen de begrippen zorgvuldigheidsplicht en zorgplicht.<sup>73</sup> De zorgplicht houdt in dat de bestuurders het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming actief dient te beschermen en te bevorderen. Daarnaast rust op het bestuur een zorgvuldigheidsverplichting. Deze houdt in dat de bestuurders bij de uitvoering van hun taak de gerechtvaardigde belangen van anderen dienen te ontzien. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn Cancun-beschikkingen:

“Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken (vgl. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 (ASMI), HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (VEB c.s./KLM) en HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, NJ 2007/610 (Versatel I)). Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen

71 Rb. Utrecht 31 januari 2007, *JOR* 2007/135 m.nt. H.M.L. Dings, r.o. 4.4.

72 Gerechtshof Amsterdam 19 februari 2008, *JOR* 2009/61 m.nt. B.F. Assink, r.o. 4.2-4.7. In zijn noot verwijst Assink naar een uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage 13 april 1942, *NJ* 1942/529. In deze zaak had echter de bestuurder, die tot verhaal van een privé-vordering het faillissement van de vennootschap aanvroeg, evenwel een (reële) redingsmogelijkheid gefrustreerd. Het gerechtshof overwoog: “*dat een directeur, die onder al de genoemde omstandigheden en met het aangewezen oogmerk het faillissement zijner vennootschap aanvraagt, grove en in geen enkel opzicht — ook niet wegens enig redelijk eigenbelang — te verontschuldigen wanpraestatie pleegt ten aanzien van zijn verplichting om de hem opgedragen taak behoorlijk en naar zijn beste vermogen te vervullen.*”

73 Assink 2012a, p. 285.

### HOOFDSTUK 3

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.”

De zorgvuldigheidsplicht van het bestuur gaat dus niet zover dat schade aan de belangen van anderen te allen tijde dient te worden voorkomen. Wel dient *onnodige* of *onevenredige* schade te worden voorkomen. Bij het vervullen van zijn taak dient het bestuur het evenredigheidsbeginsel toe te passen. Dit beginsel bestaat uit een drieledige test,<sup>74</sup> die ook duidelijk naar voren komt in de hierboven weergegeven overweging van de Hoge Raad uit de Cancun-beschikkingen. Allereerst dient het bestuur vast te stellen of voor de uitoefening van zijn bevoegdheid een redelijk belang bestaat. In de kern genomen komt dit neer op het antwoord op de vraag of met de betreffende bevoegdheidsuitoefening het beoogde doel kan worden bereikt en of het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming daarmee gediend is. Vervolgens dient het bestuur te toetsen of voor zijn bevoegdheidsuitoefening een – voor de betrokken belangen die door de bevoegdheidsuitoefening worden geraakt – minder bezwaarlijk alternatief bestaat (de zgn. subsidiariteitstoets), hetgeen de Hoge Raad tot uitdrukking brengt door het gebruik van het woord *onnodig*. Ten slotte dient het bestuur zich af te vragen of het door de bevoegdheidsuitoefening te behalen voordeel (zowel in absolute als relatieve zin) opweegt tegen het nadeel dat wordt toegebracht aan de andere betrokken belangen (de zgn. proportionaliteitstoets). In bovenstaande overweging van de Hoge Raad komt dit tot uitdrukking door het gebruik van het woord *onevenredig*. In wezen is het evenredigheidsbeginsel een toepassing van de redelijkheid en billijkheid zoals deze onder andere volgt uit artikel 2:8 lid 1 BW.

Voor het antwoord op de vraag of een bestuurder zijn taak behoorlijk vervuld heeft wordt in de rechtspraak het handelen van de betrokken bestuurder afgezet tegen dat van een hypothetisch persoon: de maatman-bestuurder. De maatman-bestuurder is een bestuurder die voor zijn taak berekend is, deze nauwgezet vervult, waarbij van hem een bepaalde mate van inzicht en zorgvuldigheid mag worden verwacht.<sup>75</sup> Hieruit volgt voor de bestuurder onder meer dat van hem verwacht mag worden dat hij zijn kennis en kunde onderhoudt en indien nodig vergroot (bijvoorbeeld ingeval van groei en toenemende complexiteit van de aan de vennootschap verbonden onderneming) dan wel zich ter zake laat bijstaan door deskundige adviseurs.<sup>76</sup> Het is zelfs denkbaar dat van een bestuurder kan worden

74 Zie hierover: Van Ginneken/Timmerman 2011, p. 601-607.

75 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (Staleman/Van de Ven) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3.1.

76 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4975, r.o. 3.6.1; Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 (Landis) m.nt. U.B. Verboom, r.o. 9.19.5. Zie ook: Rb. Zeeland-West-Brabant 14 januari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:461, r.o. 4.5, waarin de rechtbank expliciet overwoog dat een bestuurder zich niet met succes kan beroepen op gemis aan inzicht of bekwaamheid.

verlangd dat hij uit eigener beweging aftreedt indien de vereiste kennis en kunde ontbreekt en de betreffende bestuurder er niet in slaagt zichzelf ‘bij te spijkeren’.

De hoedanigheid waarin een bestuurder zijn taak verricht doet geen afbreuk aan de eisen die aan een bestuurder worden gesteld. Zo overwoog het Gerechtshof Amsterdam.<sup>77</sup>

“Voor zover MeesPierson Trust hiermee ingang wenst te doen vinden dat aan een “trustdirecteur” niet in volle omvang de eisen gesteld kunnen worden die in het algemeen gesteld moeten worden aan het bestuur of de bestuurder van een rechtspersoon, volgt het hof haar daarin niet. De wet opent de mogelijkheden beperkingen in de bevoegdheden van het bestuur van een kapitaalvennootschap aan te brengen, doch slechts in die vorm dat zulke beperkingen in de statuten van de rechtspersoon worden opgenomen. Voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is dat te vinden in art. 2:239 BW. In dit wettelijk stelsel, en met het oog op de belangen van degenen die erop moeten kunnen vertrouwen dat de vennootschap haar verplichtingen nakomt, is niet aanvaardbaar dat de bestuurder van een vennootschap zich jegens derden kan beroepen op een bij overeenkomst aangebrachte beperking van zijn taken of verantwoordelijkheden. Het kan een “trustdirecteur” als MeesPierson Trust derhalve niet worden toegestaan aan schuldeisers van de door haar bestuurde vennootschap tegen te werpen dat uit de overeenkomst met haar opdrachtgever voortvloeit dat haar taken minder verstrekkend zijn dan uit de wet voortvloeit.”

In diezelfde lijn overwoog de rechtbank Amsterdam enkele jaren later:<sup>78</sup>

“4.1. De rechtbank zal de stellingen en verweren van partijen allereerst beoordelen aan de hand van het bepaalde in artikel 2:9 BW.

4.1.1. Daarbij wordt vooropgesteld dat artikel 2:9 BW zich richt tot elke bestuurder van elke rechtspersoon naar Nederlands recht. Het artikel maakt geen onderscheid tussen, bijvoorbeeld, bestuurders van groepsvennootschappen en bestuurders van niet tot een groep behorende vennootschappen of tussen bestuurders van trustvennootschappen en bestuurders van andere vennootschappen. Het artikel richt zich dus ook tot ING Management.”

Deze lijn werd vervolgens in cassatie op het hiervoor genoemde arrest van het Gerechtshof Amsterdam door de Hoge Raad bevestigd.<sup>79</sup>

77 Gerechtshof Amsterdam 21 juli 2009, *JOR* 2009/314 (MeesPierson Trust/Ontvanger) m.nt. A.J. Tekstra, r.o. 3.19.

78 Rb. Amsterdam 12 januari 2011, *JOR* 2011/250 m.nt. C.D.J. Bulten.

79 HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/285 (MeesPierson Trust) m.nt. A.J. Tekstra.



### HOOFDSTUK 3

“3.6.1 [...] In cassatie is (terecht) niet bestreden dat de maatstaf van een ernstig verwijt heeft te gelden bij de beantwoording of MPT als bestuurder van de vennootschap haar taak onbehoorlijk heeft vervuld *zonder dat daarbij betekenis toekomt aan het feit dat MPT als trustdirecteur optrad.*”  
[curs. JT]

In het geval dat bij een bestuurder bijzondere expertise aanwezig is, mag van hem m.i. wel een grotere mate van zorgvuldigheid verwacht worden dan die van een maatman-bestuurder.

Of een bestuurder zijn taak zodanig onbehoorlijk heeft vervuld dat hem daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, als gevolg waarvan de bestuurder op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk is, dient steeds beoordeeld te worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren – naast de maatman-bestuurder criteria – onder meer: (i) de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, (ii) de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, (iii) de taakverdeling binnen het bestuur, (iv) de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, en (v) de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissing of gedragen.<sup>80</sup> Volgens vaste rechtspraak moet de omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, in dat verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt.<sup>81</sup>

In de Polyvesta-uitspraak achtte het gerechtshof Amsterdam contractuele beperkingen van de bestuursbevoegdheid van belang voor het antwoord op de vraag of aan een trustbestuurder (Polyvesta) een ernstig verwijt in de zin van artikel 2:9 BW kon worden gemaakt. In de zgn. *principal-party-agreement* tussen de trustbestuurder en de (uiteindelijk) enig aandeelhouder van de vennootschap Denny, was een bepaling opgenomen die luidde: “(...) *Manager will duly observe and execute resolutions of the General Meeting of Shareholders and/or the Board of Supervisory Directors (...).*” Naar aanleiding van deze bepaling overwoog het gerechtshof onder meer:<sup>82</sup>

“Polyvesta is een trustkantoor dat als statutair bestuurder van FAC en de overige vennootschappen de belangen diende te behartigen van al deze vennootschappen (waarvan Denny uiteindelijk enig aandeelhouder was). *Het hof gaat daarbij ervan uit dat Polyvesta als trustkantoor met name*

80 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (Staleman/Van de Ven) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3.1.

81 HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.4.5.

82 Gerechtshof Amsterdam 2 februari 2010, *JOR* 2010/334 m.nt. W.J.M. van Andel, r.o. 3.7.

*beheerstaken had te verrichten en geen eigen beleid diende te voeren, en dat zij zich bij de uitoefening van haar beheerstaken diende te richten naar de wensen en instructies van de (ultimate) beneficial owner: Denny.* Dit uitgangspunt was in het onderhavige geval ook in zoverre expliciet vastgelegd dat in de principal-party agreement tussen Denny als “Principal” en Polyvesta als “Manager” onder meer was bepaald dat Polyvesta “will duly observe and execute resolutions and general guidelines of the General Meeting of Shareholders.”

Dit (onvoldoende concreet bestreden) uitgangspunt is van belang bij de beantwoording van de vraag of Polyvesta als bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt als vereist voor toepassing van artikel 2:9 BW, omdat tot de bij bepaling daarvan in aanmerking te nemen omstandigheden onder meer behoren de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico’s, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.” [ *curs. JT*]

In lijn met deze uitspraak overwoog de rechtbank Amsterdam enkele jaren later in een zaak die werd uitgevochten in de epiloog van de Cancun-saga:<sup>83</sup>

“4.7 De rechtbank komt dus toe aan de vraag of Equity Trust heeft gehandeld in strijd met artikel 2:9 BW en/of met haar verplichtingen uit de managementovereenkomst. Bij die beoordeling acht de rechtbank het van belang dat Equity Trust werd benoemd als trustbestuurder, die volgens instructies van de aandeelhouders diende te handelen. De taak van Equity Trust als bestuurder was aldus, intern, beperkt en de feitelijke macht binnen de vennootschap lag bij de aandeelhouders. [...]

4.11. Bij het maken van deze verwijten verliest Cancun II uit het oog dat Equity Trust voor een voldongen feit werd gesteld en de instructie kreeg een volmacht te tekenen voor een emissiebesluit [*JT: de Eerste Verwatering*] waarbij Equity Trust vooraf niet was betrokken, en dat dit bovendien gebeurde onder de druk van mogelijke beëindiging van de lening van USD 60 miljoen waarvoor Cancun II, Frajuma en Friusa zich garant hadden gesteld. Nu de emissie een initiatief van de aandeelhouders was, bijgestaan door advocaten, zonder betrokkenheid van het bestuur van Cancun II, was het primair aan de aandeelhouders zelf om de door hen gemaakte afspraken over de tijdelijkheid van de emissie vast te leggen en voorzieningen te

83 Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, *JOR* 2018/117 m.nt. S.M. Bartman.

### HOOFDSTUK 3

treffen voor het geval Sabadell toch zou afhaken. Het voert nogal ver om dit van Equity Trust te verwachten, die als trustbestuurder de instructies van de aandeelhouders had op te volgen. Daar komt bij dat niet concreet is gemaakt welke voorwaarden hadden moeten worden gesteld en welke zekerheden hadden moeten worden bedongen, laat staan dat is toegelicht dat dat ook feitelijk had gekund èn dat daarvoor voldoende tijd zou zijn geweest tussen het moment waarop de volmacht werd gevraagd en de effectuering van de emissie, zonder dat daardoor de transactie werd vertraagd met het risico dat Sabadell de lening zou opzeggen.

4.12. De rechtbank is van oordeel dat Equity Trust te goeder trouw is afgegaan op de instructie die zij van de aandeelhouders kreeg. Zij mocht ervan uitgaan dat het panklare plan dat zij kreeg gepresenteerd, door de aandeelhouders en hun advocaten goed was doordacht in het licht van hun onderlinge verhoudingen, inclusief de ruilverhouding en het niveau waarop de emissie zou plaatsvinden (in Efesyde dan wel in Cancun II). Bij deze stand van zaken kan Equity Trust er geen verwijt van worden gemaakt dat zij niet heeft gecontroleerd of er een zakelijke ruilverhouding werd gehanteerd en dat zij geen voorwaarden heeft gesteld of zekerheden heeft bedongen. Evenmin heeft Equity Trust hier in strijd gehandeld met haar verplichtingen uit de managementovereenkomst, waarvoor geen strengere maatstaf geldt dan artikel 2:9 BW.”

In hoger beroep wordt onder meer gegriefd tegen het oordeel van de rechtbank dat bij de beoordeling van de vraag of Equity Trust heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 2:9 BW van belang is dat zij was aangesteld als trustbestuurder en diende te handelen volgens de instructies van de aandeelhouders.<sup>84</sup> In zijn uitspraak komt het gerechtshof Amsterdam – waarschijnlijk als gevolg van het intussen door de Hoge Raad gewezen MeesPierson Trust-arrest –<sup>85</sup> terug op de door haar in haar Polyvesta-uitspraak ingezette lijn en overweegt:<sup>86</sup>

“Het hof stelt voorop dat bij interne bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 (oud) BW, waarbij – zoals hier, gelet op de inhoud van de verwijten van Cancun II aan Equity Trust – de algemene gang van zaken aan de orde is, geldt dat indien het bestuur of een bestuurder door de vennootschap vanwege zijn taakvervulling een ernstig verwijt te maken valt, alle bestuurders (collectief) jegens haar aansprakelijk zijn wegens onbehoorlijk bestuur, behoudens individuele disculpatie. Of sprake is van een ernstig verwijt dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Het bestuur alsmede elke bestuurder is gehouden om zich

84 Gerechtshof Amsterdam 23 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1790, r.o. 3.8.

85 HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/285 (MeesPierson Trust) m.nt. A.J. Tekstra.

86 Gerechtshof Amsterdam 23 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1790, r.o. 3.9.

te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en om zorgvuldigheid te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken, ongeacht op wiens voordracht een bestuurder is benoemd. *De omstandigheid dat Equity Trust een trustkantoor is, maakt in beginsel niet dat aan haar taakuitoefening lichtere of andere eisen dienen te worden gesteld.*” [curs. JT]

Opvallend – zeker in het licht van de overwegingen van de rechtbank ter zake – is dat het gerechtshof hier rechtsoverweging 4.2.3 uit de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad citeert, maar het relevante slot van die overweging achterwege laat, dat luidt:<sup>87</sup>

“[...] Dat is niet anders indien de aandeelhouders nauw betrokken zijn bij de joint venture-vennootschap of indien de statuten bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap (vgl. art. 2:239 lid 4 BW en Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 91-92).”

Dit doet er m.i. evenwel niet aan af dat e.e.a. ook voor Equity Trust in de onderhavige zaak geldt. De conclusie uit het voorgaande is dan ook dat een aan het bestuur gegeven instructie niet kan worden aangevoerd als verzachtende omstandigheid bij het antwoord op de vraag of aan het bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt in de zin van artikel 2:9 BW. De instructie als zodanig laat de verplichtingen van het bestuur om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (de zorgplicht) en om zorgvuldigheid te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken (de zorgvuldigheidsplicht) onverlet. Het negeren of naast zich neerleggen van een instructie kan daarentegen weer wel een relevante omstandigheid zijn voor de beoordeling of aan het bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In die zin moeten m.i. “de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen” uit het Staleman/Van de Ven-arrest<sup>88</sup> worden begrepen.

In zijn algemeenheid geldt echter dat de persoonlijk ernstig verwijt-maatstaf een hoge drempel opwerpt voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de vennootschap en tegenover derden. Deze hoge drempel, welke zowel geldt tegenover de vennootschap als tegenover derden, wordt onder meer gerechtvaardigd door de omstandigheid dat zowel het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, als het maatschappelijk belang er mee

87 HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 (Cancun Holding II) m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 4.2.3.

88 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (Staleman/Van de Ven) m.nt. J.M.M. Maijer, r.o. 3.3.1.

### HOOFDSTUK 3

gediend is dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.<sup>89</sup>

#### (e) *Autonomiebeginsel*

Het leerstuk van de bestuursautonomie, oftewel het beginsel dat het bestuur gerechtigd is om zelfstandig en naar eigen inzicht de aan hem bij wet en statuten opgedragen taak te vervullen, is een van de meest fundamentele leerstukken van ons vennootschapsrecht. In zijn dissertatie duidt De Jongh de orgaan theorie van Von Gierke aan als de basis van waaruit dit leerstuk zich heeft ontwikkeld.<sup>90</sup> Deze ontwikkeling heeft met name plaatsgehad in de periode 1928 tot en met 1971, en loopt parallel aan de veranderende kijk op de vennootschap als gevolg van de economische ontwikkelingen in die periode.<sup>91</sup> Vóór 1928 kwam het leerstuk van de bestuursautonomie in de literatuur in het geheel niet ter sprake.<sup>92</sup> Een verklaring daarvoor zal met name gevonden kunnen worden in het feit dat de bestuurders vóór die tijd beschouwd werden als lasthebbers van de aandeelhouders. Een lastgever kon immers de grenzen van de last bepalen en de lasthebber was niet gerechtigd om iets te doen dat zijn last te buiten zou gaan.<sup>93</sup>

Als belangrijke mijlpaal in de ontwikkeling van het leerstuk van de bestuursautonomie wordt wel gezien het Forumbank-arrest.<sup>94</sup> De Jongh duidt het Forumbank-arrest zowel als het beginpunt voor het leerstuk van de bestuursautonomie alsook het eindpunt van de discussie over de gewijzigde opvatting van de bestuurstaak waarbij bestuurders niet langer worden gezien als lasthebbers van de algemene vergadering, maar als orgaan van de vennootschap dat belast is met de bedrijfsvoering. In de literatuur is dit arrest door verschillende schrijvers zeer uitvoerig besproken.<sup>95,96</sup> Zoals zowel De Jongh als Löwensteyn opmerkt, spreekt de Hoge Raad zich niet uit over de vraag in hoeverre de wettelijke bevoegdheidsverdeling tussen de algemene vergadering en het bestuur in de statuten kan worden gewijzigd.<sup>97</sup> Dit arrest zegt verder ook niets over bijvoorbeeld de reikwijdte van een ingevolge artikel 2:129/239 lid 4 BW aan een orgaan toegekend instructierecht of andere statutaire beperkingen van de bestuursbevoegdheid. Negatief geformuleerd houdt het leerstuk van de bestuursautonomie – op basis van het Forumbank-arrest – ‘slechts’ in dat *indien en voor zover* aan

89 HR 20 juni 2008, *JOR* 2008/260 (Willemsen/NOM) m.nt. Y. Borrius, r.o. 5.3; HR 5 september 2014, *JOR* 2014/296 (Hezemans Air) m.nt. M.J. Kroeze, r.o. 3.5.2.

90 De Jongh 2014, p. 227.

91 De Jongh 2014, p. 297 e.v. Zie eveneens: Honée 1989, p. 35-43.

92 Löwensteyn 1959, p. 61; Huizink 1989, p. 31; Van der Burg 1983, p. 395.

93 Vgl. artikel 1829 *jo.* 1834 Burgerlijk Wetboek 1838. Evenzo: Van der Burg 1983, p. 395.

94 HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43 (Forumbank) m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh.

95 Zie: Löwensteyn 1959, p. 69-73; De Jongh 2014, p. 320-322.

96 De Jongh 2014, p. 316.

97 Zie: De Jongh 2014, p. 321; Löwensteyn 1959, p. 73.

het bestuur op grond van de wet of statuten bevoegdheden zijn toegekend, hij gerechtigd is deze zelfstandig uit te oefenen.<sup>98</sup>

De Forumbank-leer klinkt ook door in recente beschikkingen van de Hoge Raad zoals de ABN Amro-beschikking en de ASMI-beschikking. Hierin bepaalde de Hoge Raad dat het bepalen van de strategie van een vennootschap *in beginsel* een aangelegenheid is van het bestuur en dat de algemene vergadering haar opvattingen terzake tot uitdrukking kan brengen door uitoefening van de aan haar in wet en statuten toegekende rechten.<sup>99</sup> Het bestuur dient aan de algemene vergadering verantwoording af te leggen over zijn beleid – waarover hierna – maar is *behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen*, niet verplicht om de algemene vergadering vooraf in zijn besluitvorming te betrekken of te consulteren als het gaat om handelingen waartoe het bestuur bevoegd is. In zijn meest recente beschikking in deze lijn, Boskalis/Fugro, oordeelde de Hoge Raad voorts dat aandeelhouders (en certificaathouders) ook niet met gebruikmaking van hun agenderingsrecht de vennootschap mogen dwingen om een onderwerp, dat een aangelegenheid is van het bestuur, ter stemming op te nemen in de agenda van de algemene vergadering.<sup>100</sup>

Wat is nu de ratio van het beginsel van bestuursautonomie? Hiervoor kunnen verschillende argumenten worden aangedragen. Ten eerste bevordert een autonoom bestuur efficiënt ondernemerschap en daarmee waardecreatie. Een autonoom bestuur kan sneller beslissingen nemen, heeft – zeker bij grote(re) ondernemingen – vaak een informatievoorsprong ten opzichte van andere bij de vennootschap en haar onderneming betrokkenen<sup>101</sup> en zal daardoor beter kunnen inspelen op kansen en bedreigingen voor de vennootschap en de met haar verbonden onderneming dan een bestuur dat voor iedere beslissing goedkeuring dient te krijgen van een ander vennootschappelijk orgaan. Er zou zelfs gesteld kunnen worden dat er een breder maatschappelijk belang bestaat bij bestuursautonomie, nu efficiënt ondernemerschap bevorderlijk is voor een zo efficiënt mogelijke inzet van schaarse middelen en daarmee voor de maatschappelijke

98 In gelijke zin: Overkleef 2017 p. 57.

99 HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme; HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken.

100 HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.3.6-3.3.7. Iets anders is dat de aandeelhouders diezelfde onderwerpen wel ter bespreking op de agenda van de algemene vergadering mogen plaatsen. Zie: Assink 2019, p. 40.

101 Zie hierover ook A-G Timmerman: Parket bij de Hoge Raad, 9 juli 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BM0976 (ASMI), par. 3.4.13 die stelt dat de ratio van de beleidsvrijheid van het bestuur bij het bepalen van de strategie voortvloeit uit deze informatievoorsprong en tevens belangrijk is om op lange termijn waarde te kunnen creëren. Het idee is dat beleidsvrijheid leidt tot meer innovatieve en ondernemende beleidskeuzes dan beleid waarin telkens naar overeenstemming met aandeelhouders wordt gezocht.

### HOOFDSTUK 3

welvaart in het algemeen.<sup>102</sup> Dit aspect kan ook wel worden aangeduid als de doelmatigheidsfunctie van het beginsel van de bestuursautonomie.<sup>103</sup>

Enige kanttekeningen bij de doelmatigheidsfunctie zijn evenwel op zijn plaats. Zo speelt doelmatigheid geen rol bij vennootschappen met een bestuurder-enig-aandeelhouder of in vennootschappen waarbij alle aandeelhouders tevens bestuurders zijn. Ook bij vennootschappen waarbij er geen personele unie bestaat tussen bestuur en aandeelhouders, maar waarbij er sprake is van een enig aandeelhouder of een beperkte groep van aandeelhouders is de doelmatigheidsfunctie minder relevant dan in vennootschappen met een groot aantal aandeelhouders. Ten slotte geldt dat het (relatieve) gewicht van de doelmatigheidsfunctie ook afhankelijk is van de vennootschappelijke activiteiten. Bij vennootschappen die een grote onderneming in stand houden zal doelmatigheid (o.a. als gevolg van de specialistische kennis die bij het bestuur aanwezig dient te zijn en de kennisvoorsprong met betrekking tot de vennootschap en de met haar verbonden onderneming) meer gewicht in de schaal leggen dan bij vennootschappen met geen of slechts beperkte activiteiten (zoals de (fiscale) tussenholding in een concern of een vennootschap die slechts bestemd is om intellectuele eigendomsrechten te houden). In die zin dient de doelmatigheidsfunctie van het autonomiebeginsel te worden gerelativeerd.

Ten tweede heeft het autonomiebeginsel een waarborgfunctie.<sup>104</sup> Autonomie stelt het bestuur in staat om zich bij de uitvoering van de aan hem toevertrouwde taak daadwerkelijk te kunnen richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (vgl. artikel 2:129/239 lid 5 BW).<sup>105</sup> Daarnaast wordt het bestuur in staat gesteld om bij de uitvoering van zijn taak te voldoen aan zijn zorgvuldigheidsverplichting met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken<sup>106</sup> alsmede aan alle overige verplichtingen die uit hoofde van een behoorlijke taakvervulling op het bestuur rusten. Bestuursautonomie, tezamen met de aansprakelijkheid van het bestuur ter zake van een behoorlijke taakvervulling vormt dan ook een belangrijke waarborg tegen misbruik van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid dat inherent is aan de rechtsvorm van de kapitaalvennootschap (zie paragraaf 3.2).<sup>107</sup>

De waarborgfunctie van het autonomiebeginsel zal aan belang verliezen naar mate er minder belangen op de vennootschap en de met haar verbonden onder-

---

102 De Jongh 2021, p. 697.

103 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 152 spreekt in dit verband over een doelmatigheidsbeginsel.

104 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 152; Assink 2016, p. 496.

105 Assink/Slagter 2013, § 51.7, p. 993-994.

106 HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 (Cancun Holding II) m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 4.2.2.

107 De Jongh 2021, p. 697.

neming betrokken zijn. Dat neemt niet weg dat er m.i. een absolute ondergrens bestaat: het bestuur moet te allen tijde voldoende autonoom zijn ten opzichte van de andere organen van de vennootschap – de algemene vergadering in het bijzonder – om misbruik van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid te voorkomen. De (mate van) bestuursautonomie volgt primair uit de wet en jurisprudentie. Secundair uit de statuten van de vennootschap en eventueel uit overeenkomsten (*i.e.* in de zin dat hierin de bestuursautonomie nader kan worden vormgegeven *c.q.* beperkt). De harde kern van de bestuursautonomie wordt m.i. gevormd door: (i) het *in beginsel* primaat van het bestuur met betrekking tot (het vaststellen en uitvoeren van) het beleid en de strategie van de vennootschap,<sup>108</sup> (ii) de *in beginsel* onbeperkte en onvoorwaardelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur,<sup>109</sup> en (iii) de plicht van het bestuur om een door een orgaan van de vennootschap *ex 2:129/239* lid 4 BW gegeven instructie niet op te volgen indien deze instructie in strijd is met het vennootschappelijk belang.<sup>110</sup>

(f) *Afleggen van verantwoording*

Zoals gezegd worden de vennootschap en haar vermogen aan de zorg van het bestuur toevertrouwd. Dit aan het bestuur geschonken vertrouwen is evenwel niet blind: het bestuur dient zowel binnen als buiten de vennootschap over het door hem gevoerde beleid verantwoording af te leggen. De verantwoordingsplicht is niet als een algemeen beginsel in de wet vastgelegd, maar ligt wel in diverse wetsartikelen besloten.<sup>111</sup> In zekere zin is de verantwoordingsplicht ook een sequeel van de bestuursautonomie: aan verantwoording door een bestuur dat zijn taak niet zelfstandig kan uitoefenen zal doorgaans weinig behoefte bestaan.

Aan de basis van de verantwoordingsplicht van het bestuur ligt artikel 2:10 BW. Dat artikel verplicht het bestuur om van de vermogenstoestand en activiteiten van de vennootschap een zodanige administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op een zodanige wijze te bewaren, dat de rechten en verplichtingen van de vennootschap te allen tijde kunnen worden gekend. Zonder behoorlijke administratie is het op een behoor-

108 HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178, (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme, r.o. 4.3; HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228, (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.4.1.

109 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 150. Zie tevens: Van Olfen 2019b, p. 424, die de eveneens de vertegenwoordigingsbevoegdheid als onderdeel van de bestuursautonomie ziet.

110 Zie: Terstegge 2014a, p. 268 en Terstegge 2015, p. 541.

111 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 238. Overigens bevatte het Ontwerp Jolles met artikel 29 wel een bepaling met dergelijke strekking. Het eerste lid daarvan luidde: “Het bestuur doet op de gewone, jaarlijkse algemene vergadering rekening en verantwoording, onder overlegging van een volledige staat van alle roerende en onroerende eigendommen, schulden en inschulden der vennootschap, waarbij de waarde in geld wordt uitgedrukt.”



### HOOFDSTUK 3

lijke wijze afleggen van verantwoording over het algemeen genomen niet goed mogelijk.

Primair legt het bestuur verantwoording af aan de algemene vergadering door middel van het opstellen van een jaarrekening en een bestuursverslag (vgl. artikel 2:101/210 BW).<sup>112</sup> De jaarrekening dient ingevolge artikel 2:101/210 lid 2 BW te worden ondertekend door alle bestuurders (en zo deze er zijn: alle commissarissen). Indien een handtekening ontbreekt dient daarvan de reden te worden vermeld. In deze wettelijke eis is ook het collegialiteitsbeginsel herkenbaar: door gezamenlijke ondertekening neemt het bestuur als college de verantwoordelijkheid voor de opgestelde jaarrekening.<sup>113</sup> De jaarrekening wordt vervolgens vastgesteld door de algemene vergadering (artikel 2:101/210 lid 3 BW). Binnen acht dagen na vaststelling dient de jaarrekening door de vennootschap (lees: het bestuur) te worden openbaar gemaakt (vgl. artikel 2:394 lid 1 BW). Indien de jaarrekening niet binnen twee maanden na afloop van de voor het opmaken voorgeschreven termijn overeenkomstig de wettelijke voorschriften is vastgesteld, dient het bestuur de jaarrekening onverwijld openbaar te maken, onder de vermelding dat zij nog niet is vastgesteld (vgl. artikel 2:394 lid 2 BW). Aldus legt het bestuur ook verantwoording af tegenover derden.<sup>114</sup> De importantie van de verantwoordingsplicht zoals deze voortvloeit uit deze twee artikelen komt tot uitdrukking in artikel 2:138/248 lid 2 BW. Dit artikel bepaalt dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen op grond van artikel 2:10 BW en 2:394 BW, bij faillissement van de vennootschap, het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap. In dergelijke gevallen kan het bestuur slechts aan aansprakelijkheid ontkomen indien het bestuur aannemelijk weet te maken dat andere omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.<sup>115</sup>

Daarnaast dient het bestuur op grond van het bepaalde in artikel 2:107/217 lid 2 BW aan de algemene vergadering alle verlangde inlichtingen te verschaffen,

---

112 Zie over de (collectieve) verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van het bestuur voor tussentijdse cijfers: Rb. Amsterdam 8 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7044.

113 Deze regel is terug te voeren op artikel 44b tweede lid, van het Ontwerp Nelissen dat luidde: “*De balans en de winst- en verliesrekening worden door alle bestuurders en door de commissarissen, zoo die er zijn, ondertekend.*” Zie: *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1909-1910, 217 nr. 3, p. 31. In de memorie van toelichting wordt daarover opgemerkt: “*De bepaling van het tweede lid strekt om de aansprakelijkheid van het bestuur en commissarissen vast te stellen.*” Vgl. *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1909-1910, 217 nr. 3, p. 31. Destijds werd echter in de literatuur al aangenomen dat door ondertekening niet de aansprakelijkheid maar de verantwoordelijkheid werd vastgesteld. Zie hierover nader: Hezer/De Vries 2019, p. 87.

114 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 238.

115 Zie bijvoorbeeld: HR 12 februari 2016, *JOR* 2016/223.

tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Dit recht op inlichtingen is een recht van de algemene vergadering van aandeelhouders. Daarnaast heeft iedere aandeelhouder in de algemene vergadering zelf het recht vragen te stellen die het bestuur dient te beantwoorden. Buiten vergadering bestaat dit recht in beginsel niet.<sup>116</sup> Zo overwoog de Hoge Raad:<sup>117</sup>

“Het bestuur en de RvC zijn gehouden aan de AvA, behoudens zwaarwichtige redenen, alle verlangde inlichtingen te verschaffen (art. 2:107 lid 2 BW). Iedere aandeelhouder heeft voorts ter vergadering zelfstandig het recht vragen te stellen – ongeacht of deze betrekking hebben op punten die op de agenda zijn vermeld – en de vennootschap dient die vragen te beantwoorden (art. 9 lid 1 en 2 EG-Richtlijn nr. 2007/36 van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen, PbEU 2007, L 184/17). Daarbuiten hebben aandeelhouders geen recht op het verstrekken van door hen afzonderlijk verlangde informatie. Het recht op nadere inlichtingen is een recht van de AvA als orgaan van de vennootschap, verleend met het oog op vennootschappelijke rekening en verantwoording. [...]”

Onder bijzondere omstandigheden kan het zo zijn dat het bestuur uit hoofde van zijn zorgplicht (vgl. artikel 2:8 BW) een individuele aandeelhouder uit eigen beweging dient te informeren en ook buiten de algemene vergadering om op diens vragen antwoord dient te geven<sup>118</sup>. Een dergelijk bijzonder informatie-recht *c.q.* -plicht doet zich met name voor in besloten verhoudingen, waarbij er vaak sprake is van een niet in het bestuur vertegenwoordigde minderheidsaandeelhouder en enige vorm van belangenverstrengeling.<sup>119</sup>

Ten slotte dient het bestuur verantwoording af te leggen aan de raad van commissarissen (zo deze is ingesteld althans). Dit volgt uit de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen: ingevolge artikel 2:140/250 lid 2 BW dient de raad van commissarissen toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbou-

116 In de praktijk worden in besloten verhoudingen vaak aanvullende informatierechten voor aandeelhouders opgenomen in een aandeelhoudersovereenkomst. Informatie-uitwisseling tussen beursvennootschappen en (institutionele) beleggers vindt doorgaans plaats in besloten bijeenkomsten buiten de algemene vergadering op *zgn. road shows* en *investor days*. Zie daarover nader: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 207.

117 HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.6.

118 Zie reeds: OK 17 februari 2009, *JOR* 2009/129 (Butôt/Butôt OG Holding) m.nt. G. van Solinge, r.o. 3.7. Zie voorts: Assink/Slagter 2013, § 43.1, p. 701-703; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 6, sub c en f.

119 OK 27 februari 2020, *JOR* 2020/203 m.nt. P.L. Hezer, r.o. 3.15. Zie de noot van Hezer bij dit arrest voor een nadere duiding van het informatierecht van een aandeelhouder buiten vergadering. Zie voorts: OK 29 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3158, r.o. 3.5; OK 21 december 2021, *ARO* 2022/27, r.o. 3.3; OK 11 januari 2022, *ARO* 2022/51, r.o. 4.4.

### HOOFDSTUK 3

den onderneming. Het bestuur dient de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak benodigde gegevens te verschaffen (vgl. artikel 2:141/251 lid 2 BW). Hieruit volgt zowel een brengplicht voor het bestuur als een haalrecht en -plicht voor de raad van commissarissen. Anders dan bij de algemene vergadering is daarbij evenwel niet het caveat gemaakt dat het bestuur mag weigeren informatie te verschaffen indien een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daar tegen verzet. Dit omdat – net zoals bestuurders – ook commissarissen zich bij de vervulling van hun taak hebben te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (artikel 2:140/250 lid 2 BW). De vraag of aan een individuele commissaris informatie-recht toekomt is niet onomstreden, waarbij doorgaans wordt verwezen naar de schaarse (oude) rechtspraak op dit gebied.<sup>120</sup> M.i. geldt evenwel dat – behoudens in geval van een bij een commissaris aanwezig tegenstrijdig belang – het gezien de gehoudenheid van een commissaris tot een behoorlijke taakvervulling alsook de daarmee samenhangende persoonlijke aansprakelijkheid, in de rede ligt dat ook een individuele commissaris binnen redelijke grenzen (vgl. artikel 2:8 lid 1 BW) het bestuur om nadere informatie kan verzoeken.<sup>121</sup> Daarnaast dient het bestuur de raad van commissarissen ook ten minste eenmaal per jaar schriftelijk op de hoogte te stellen van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap (vgl. artikel 2:141/251 lid 2 BW).

#### 3.4 De bestuurstaak

Deze paragraaf gaat over de bestuurstaak. Daarbij ligt de nadruk op de algemene taakopdracht van het bestuur zoals deze volgt uit artikel 2:129/239 lid 1 BW. Tot deze bestuurstaak dienen ook alle taken en bevoegdheden te worden gerekend die buiten dit artikel aan het bestuur zijn toegekend, waarover in het slot van deze paragraaf. In die zin is de term 'besturen' voor wat betreft de bestuurstaak allesomvattend.<sup>122</sup> De bestuurstaak behelst zowel inspannings-

<sup>120</sup> Vgl. Blanco Fernández 1993, p. 87.

<sup>121</sup> Zie ook: Van Olfen 2018, p. 147-149 en voorts Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 378 die van mening zijn dat een commissaris vanuit efficiencyoverwegingen eerst moet trachten via de raad van commissarissen de betreffende informatie van het bestuur te verkrijgen.

<sup>122</sup> In gelijke zin: Huizink 1989, p. 15; De Roo 2021, p. 45. Zie tevens de conclusie van A-G Keus: Parket bij de Hoge Raad, 8 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP8686 (MeesPierson Trust), par. 2.20: “*Wat de bestuurstaak zelf betreft, bepalen de art. 2:129 en 239 BW in algemene bewoordingen dat het bestuur van de vennootschap, behoudens beperkingen volgens de statuten, met het besturen van de vennootschap is belast. De bestuurstaak moet in ruime zin worden opgevat: het bestuur heeft de leiding over de dagelijkse gang van zaken en is het orgaan via hetwelk de vennootschap op doelmatige en effectieve wijze aan het rechtsverkeer kan deelnemen. Daarnaast omvat het bestuur de verantwoordelijkheid voor de beleidsvoorbereiding, beleidsvaststelling en uitvoering.*” [onderstr. JT].

verplichtingen als resultaatsverplichtingen. Zo dienen de bestuurders zich op grond van het bepaalde in artikel 2:129/239 lid 1 *jo.* lid 5 BW ervoor in te spannen om van de activiteiten van de vennootschap een bestendig succes te maken.<sup>123</sup> Daarentegen is de administratieplicht van het bestuur zoals deze volgt uit artikel 2:10 lid 1 BW een resultaatsverplichting<sup>124</sup> die – indien het vereiste resultaat niet wordt behaald – kan leiden (en in de praktijk ook regelmatig leidt) tot persoonlijke aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling (vgl. artikel 2:138/248 lid 2 BW).

(a) *De algemene taakopdracht in de parlementaire geschiedenis*

De algemene taakopdracht van het bestuur is neergelegd in artikel 2:129/239 lid 1 BW waarvan de eerste volzin luidt: “Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap.”<sup>125</sup> De oorsprong van dit artikel valt terug te voeren op het Gewijzigd Ontwerp Heemskerk uit 1925. In het Verslag van de Commissie van Voorbereiding – uitgebracht op 12 december 1919 omtrent het in 1910 ingediende Ontwerp Nelissen – stelde de Commissie aan minister Heemskerk de navolgende vraag:<sup>126</sup>

“In het ontwerp ontbreekt een bepaling, die de taak en de bevoegdheid van de bestuurders voldoende omschrijft. Men meende, dat moet worden bepaald, dat de bestuurders belast zijn met het bestuur van de zaken van de naamlooze vennootschap, met het beheer van het vermogen en met de vertegenwoordiging in en buiten rechte binnen de grenzen in de statuten getrokken en door het doel der vennootschap aangegeven.”

Het antwoord van minister Heemskerk daarop luidde als volgt:<sup>127</sup>

“In de paragraaf “Van het bestuur der naamlooze vennootschap en van het toezicht op het bestuur” dient voorop te worden gesteld wat de taak van het bestuur omvat. Daarom is de materie, geregeld in art. 49 *d*, oud, naar het begin van deze paragraaf overgebracht. Daarbij is aan den in het Verslag kenbaar gemaakten wensch, dat taak en bevoegdheid van het bestuur nader zouden worden omschreven, voldaan. Dat het bestuur gebonden is aan het doel der vennootschap, werd hiervoren reeds betoogd bij art. 36e, oud. De wet behoeft dat te deze plaatse niet te zeggen. Het komt wel voor, dat in de

123 Iets anders is dat een bestuurder zich wel contractueel kan vastleggen om bepaalde ‘*targets*’ te halen met de activiteiten van de vennootschap, zoals een minimale EBITDA in een bepaald boekjaar of het ontwikkelen van een nieuw product of nieuwe dienst binnen een bepaalde periode.

124 De Roo 2021, p. 232.

125 Als gevolg van de Wet van 24 maart 2021, *Stb.* 2021/185 is de tekst van artikel 2:129 lid 1 BW en 2:239 lid 1 BW sinds 1 mei 2021 niet langer gelijklopend.

126 *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1924-1925, 69, nr. 1, p. 29.

127 *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1924-1925, 69, nr. 1, p. 29.

### HOOFDSTUK 3

akten van oprichting van naamloze vennootschappen personen, die blijkens hun positie bestuurder zijn, met een anderen naam worden aangeduid. Artikel 47 *a* doet nu uitkomen, dat niet de naam, doch de te vervullen taak beslissend is voor de vraag of iemand bestuurder is.”

In voorgaande ontwerpen – zoals in het hierboven weergegeven citaat genoemde artikel 49 *d* van het Ontwerp Nelissen<sup>128</sup> – waren slechts bepalingen opgenomen omtrent de (externe) bevoegdheid van het bestuur alsmede specifieke taken *c.q.* verplichtingen van het bestuur.<sup>129</sup> Nu werd in het Gewijzigd Ontwerp Heemskerk de navolgende bepaling opgenomen (artikel 47a):<sup>130,131</sup>

“Behoudens beperkingen bij de akte van oprichting, is het bestuur belast met het besturen van de zaken der vennootschap, met het beheer haar vermogen, daaronder begrepen de handelingen bedoeld bij het tweede lid van artikel 1833 van het Burgerlijk Wetboek, en met hare vertegenwoordiging in en buiten rechte.”<sup>132</sup>

Tijdens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer werd door minister Donner in de memorie van antwoord naar aanleiding van het Voorlopig Verslag der Commissie van Rapporteurs, nog het navolgende over de bestuurstaak opgemerkt:<sup>133</sup>

“Bij de omschrijving van de taak van het bestuur had kunnen zijn volstaan met te zeggen, dat het bestuur belast is met “het besturen” of met “het beheeren” der vennootschap. Doch boven een dergelijke omschrijving, welke niet veel meer zou zijn dan eene tautologie, is de voorkeur gegeven aan de opsomming van wat het besturen of beheeren der vennootschap inhoudt. Die omschrijving, in haar geheel genomen, is ruim genoeg. Het

---

128 Dit artikel luidde: “*Het bestuur is, voor zooverre zijne bevoegdheid niet door de akte van oprichting beperkt is, bevoegd de handelingen te verrichten, bedoeld bij het tweede lid van artikel 1833 van het Burgerlijk Wetboek. Beperking der bevoegdheid van een bestuurder als lasthebber der naamloze vennootschap werkt tegenover derden alleen voor zooverre die bij de akte van oprichting is vastgelegd.*” Zie: *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1909-1910, 217, nr. 2, p. 9.

129 Molengraaff 1889, p. 95, gaat er echter al vanuit dat de taak van de bestuurders is het “*dagelijksch bestier, beheer van het vermogen, vertegenwoordiging tegenover derden*”.

130 Artikel 47a bepaalde: “*Als bestuurder wordt beschouwd ieder die, onder welken naam ook, is belast met eene taak, als bedoeld bij het vorige artikel.*” Zie: *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1924-1925, 69, nr. 1, p. 29.

131 *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1924-1925, 69, nr. 2, p. 45.

132 De handelingen bedoeld in het tweede lid van artikel 1833 van het Burgerlijk Wetboek betroffen: (i) het vervreemden van goederen, (ii) het bezwaren van goederen met een hypotheek, (iii) het aangaan van dadingen, en (iv) het verrichten van enige andere daad van eigendom.

133 *Handelingen der Staten-Generaal*, 1927-1928 I, Vel 233, p. 883.

“besturen van de zaken” der vennootschap, in tegenstelling met “het beheer van haar vermogen” is niets anders dan het “drijven van de zaken”, althans is dit laatste daaronder begrepen. Het “beheer” der vennootschap is hetzelfde als het besturen der vennootschap, te weten de samenvatting van de geheele taak van het bestuur in een enkel woord, terwijl het artikel beoogt eene meer gedetailleerde omschrijving te geven.”

Uiteindelijk zou deze tautologie<sup>134</sup> toch in de wet worden opgenomen.<sup>135</sup>

Bij koninklijk besluit van 25 april 1947<sup>136</sup> werd aan de Leidse hoogleraar E.M. Meijers de opdracht gegeven tot het ontwerpen van een nieuw Burgerlijk Wetboek. Het tweede boek van zijn ontwerp, bestaande uit slechts drie titels, was geheel gewijd aan de rechtspersoon. De regeling omtrent de naamloze vennootschap werd uit het Wetboek van Koophandel gehaald, en ondergebracht in titel 3. In het Ontwerp Meijers werd voor wat betreft de algemene bestuurstaak, geen wijziging beoogd met betrekking tot het geldende artikel 47 Wetboek van Koophandel. De voorgestelde tekst, die in het regeringsontwerp werd overgenomen luidde:<sup>137</sup>

“Behoudens beperkingen bij de akte van oprichting is het bestuur belast met het besturen van de zaken der vennootschap, met het bestuur van haar vermogen en met haar vertegenwoordiging in en buiten rechte.”

In de memorie van antwoord werd omtrent de tekstuele wijzigingen slechts opgemerkt dat deze in overeenstemming werd gebracht met de redactie van artikel 2.2.1.20, dat handelde over het bestuur van de vereniging.<sup>138</sup> In de (eerste) nota van wijzigingen werd echter (zonder nadere toelichting) de tekst van het regeringsontwerp gewijzigd zodat deze kwam te luiden:<sup>139</sup>

“Voor zover daaromtrent in de statuten niet anders is bepaald, is het bestuur gerechtigd om in naam van de vennootschap te handelen en in rechte op te treden.”

Indien deze tekst het tot wet zou hebben gebracht, zou daarmee de klok zijn teruggezet tot vóór het Gewijzigd Ontwerp Heemskerk. In het overleg met de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer, werd vervolgens de vraag gesteld of met de gewijzigde formulering de bevoegdheid van het bestuur niet te ruim gemeten zou zijn ten opzichte van die van de algemene vergadering en

134 De Wulf 2002, p. 124 noemt artikel 2:129/239 lid 1 BW volkomen tautologisch.

135 Zie: Wet van 12 mei 1960, *Stb.* 1960/205.

136 KB 25 april 1947, no. 20.

137 Van Zeben/Belinfante/Van Ewijk 1962, p. 623.

138 *Kamerstukken II* 1954/55, 3769, nr. 3, p. 37.

139 *Kamerstukken II* 1957/58, 3769, nr. 6, p. 38.

### HOOFDSTUK 3

of de beoogde afstemming op dit punt tussen de vereniging, stichting en naamloze vennootschap wel gewenst was.<sup>140</sup> De minister ging op deze vraag niet in, maar gaf wel aan dat de gestelde vraag aanleiding had gegeven om de formulering van dit artikel nogmaals te herzien. Daarbij was gebleken dat aan de formulering een ander bezwaar kleefde, namelijk dat er niets meer was geregeld omtrent de bestuursmacht. In samenhang met artikel 2.3.4.1 (dat een regeling bevatte omtrent alle bevoegdheden die niet bij wet of statuten aan het bestuur of anderen waren toegekend) zou de bestuursmacht (bij gebreke van een statutaire regeling) aan de algemene vergadering toekomen, hetgeen volgens de minister: “in het algemeen niet de bedoeling zal zijn”.<sup>141</sup> De gewijzigde redactie beoogde immers geen wijziging aan te brengen in de bevoegdheidssferen die het bestuur en de algemene vergadering onder het geldende recht hadden. Een nieuwe formulering werd dan ook voorgesteld en opgenomen in de tweede nota van wijzigingen.<sup>142</sup> Deze tekst – die uiteindelijk ook de eindtekst zou worden – luidde:<sup>143</sup>

“Voorzover in de statuten niet anders is bepaald, is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap en is het bevoegd in naam van de vennootschap te handelen en in rechte op te treden”.

Bij de Invoeringswet Boek 2 Nieuw Burgerlijk Wetboek<sup>144</sup> werd de tekst van artikel 47 Wetboek van Koophandel met betrekking tot de algemene bestuurs-taak in eerste instantie beperkt gewijzigd zodat zij kwam te luiden als volgt:<sup>145</sup>

“Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap en is het bevoegd in naam van de vennootschap te handelen en in rechte op te treden.”

Daarop werd slechts de navolgende toelichting gegeven:<sup>146</sup>

“In de aanhef van het artikel is duidelijker – en overeenkomstig het geldende artikel 47 Wetboek van Koophandel – tot uitdrukking gebracht dat de statuten de in het artikel aan het bestuur toegekende bevoegdheden wel kunnen beperken, doch niet aan anderen opdragen; er is hier enig verschil tussen de vennootschap en de vereniging, waarvoor artikel 2.2.1.20 geldt.”

---

140 *Kamerstukken II* 1957/58, 3769, nr. 8, p. 9.

141 *Kamerstukken II* 1957/58, 3769, nr. 8, p. 9.

142 Ook de regeling voor wat betreft de vereniging werd overeenkomstig aangepast. Vgl. *Kamerstukken II* 1957/58, 3769, nr. 8, p. 9.

143 *Kamerstukken II* 1957/58, 3769, nr. 9, p. 2.

144 Wetten van 8 april 1976, *Stb.* 1976/228 en 229.

145 *Kamerstukken II* 1972/73, 11 005, nr. 8, p. 16.

146 *Kamerstukken II* 1972/73, 11 005, 11 416, nr. 7, p. 13-14.

In de nota van wijzingen en verbeteringen werd de thans in artikel 2:129/239 lid 1 BW (eerste volzin) opgenomen tekst geïntroduceerd.<sup>147</sup> In de toelichting wordt omtrent de nieuwe tekst van artikel 2.3.5.1 slechts opgemerkt.<sup>148</sup>

“De formulering van dit artikel is, evenals die van artikel 2.2.1.20 lid 1, beperkt. Verwezen moge worden naar de toelichting in deze nota op dat artikellid.”

In de toelichting bij dat artikel wordt de achtergrond van het schrappen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid duidelijk.<sup>149</sup>

“Aangezien in verband met het toepassen van artikel 9 van de eerste richtlijn van de Europese Gemeenschappen inzake het vennootschapsrecht op de vereniging een nieuw artikel betreffende de vertegenwoordiging is opgenomen (artikel 2.2.1.20a, nieuw), wordt het onderhavige artikel beperkt tot de taak van het bestuur de vereniging te besturen [...]”

Uit de bovenstaande parlementaire geschiedenis volgt niet een limitatieve lijst van hetgeen onder het besturen van de vennootschap dient te worden verstaan.<sup>150</sup> Het woord ‘besturen’ in artikel 2:129/239 lid 1 BW is meer – zoals bij het Gewijzigd Ontwerp Heemskerk reed werd opgemerkt – een samenvattende term *c.q.* containerbegrip voor de gehele taak van het bestuur.

(b) *De bestuurstaak in de jurisprudentie*

In de rechtspraak wordt slechts in een handvol gevallen verwezen naar artikel 2:129/239 lid 1 BW en concreet aandacht besteed aan de invulling daarvan. Meest expliciet daarin is de rechtbank Limburg in een recente uitspraak. Daarin overwoog de rechtbank:<sup>151,152</sup>

147 *Kamerstukken II 1973/74*, 11 005, nr. 10, p. 4.

148 *Kamerstukken II 1973/74*, 11 005, nr. 10, p. 11.

149 *Kamerstukken II 1973/74*, 11 005, nr. 10, p. 9. Zie nader over de invloed van beperkingen van de bestuursbevoegdheid op de vertegenwoordigingsbevoegdheid zoals deze gold voor de eerste richtlijn: Bierlaagh 1975.

150 Ook elders in de parlementaire geschiedenis gaat het soms over de invulling van het begrip ‘besturen’. Zo valt te lezen in *Kamerstukken II 2001/02*, 28 179, nr. 5, p. 20: “*Het besturen houdt in beschikken over vennootschappelijke middelen alsmede de activiteiten van de vennootschap.*”, hetgeen in de context van het betreffende wetsvoorstel een begrijpelijke, doch als definitie een te beperkte invulling is van dat begrip.

151 Rb. Limburg 6 november 2019, *JOR 2020/83* m.nt. J. Roest, r.o. 4.3.

152 Zie voorts: Rb. Maastricht 20 juni 2012, *JOR 2012/281* (Wolder Beheer/X) m.nt. A.J.M. Klein Wassink, r.o. 4.8: “[...] *Het bestuur van de vennootschap heeft niet alleen de leiding bij de dagelijkse gang van zaken, het moet ook plannen maken voor de toekomst, strategie bepalen en beleid uitstippelen waarbij, over het algemeen, niet alleen de uitvoering maar ook de daaraan voorafgaande besluitvorming in zijn handen liggen.* [...]”



### HOOFDSTUK 3

“Artikel 2:239 lid 1 BW bepaalt dat het bestuur belast is met het besturen van de besloten vennootschap, behoudens eventuele beperkingen volgens de statuten. Het besturen omvat meer dan allen de dagelijkse leiding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Ook het beschikken over de vennootschappelijke middelen en het bepalen van de vennootschappelijke activiteit en strategie vallen bijvoorbeeld onder de bestuursbevoegdheid. [...]”

In andere rechtspraak – met name die gaat over de vraag of een persoon al dan niet als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:138/248 lid 7 BW kan worden aangemerkt – gaat het meer indirect over de bestuurstaak als de vraag aan de orde komt of bepaalde (rechts)handelingen aan te merken zijn als in beginsel ‘*typische bestuursaangelegenheden*’. Voorbeelden daarvan zijn het aangaan van arbeidsovereenkomsten<sup>153</sup>, het aangaan van huurovereenkomsten en betrokkenheid bij de financiële verslaglegging<sup>154</sup>, het met een zekere continuïteit in en buiten rechte vertegenwoordigen van de vennootschap, het onderhouden van gebruikelijke contacten met de bank, zich bezighouden met het personeel en het actief bemoeien met de dagelijkse gang van zaken binnen de vennootschap<sup>155</sup>. M.i. worden in dit soort zaken telkens als bestuursaangelegenheden aangemerkt handelingen die in verhouding tot de aard en omvang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming een zodanige impact hebben dat zij als essentieel kunnen worden gezien voor het bestendige succes van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

Uit (vaste) jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat tot de taak van het bestuur in beginsel ook gerekend dient te worden het bepalen van het beleid en de strategie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.<sup>156</sup> De standaard overweging van de Hoge Raad ter zake luidt als volgt.<sup>157</sup>

“3.3.6. [...] Het bepalen van het beleid en de strategie van een vennootschap en de met haar verbonden onderneming is in beginsel een aangelegenheid van het bestuur van de vennootschap. De raad van commissarissen houdt daarop toezicht. De algemene vergadering kan haar opvattingen terzake tot uitdrukking brengen door uitoefening van de haar in de wet en de statuten toegekende rechten.”

---

153 Rb. Rotterdam 27 maart 2017, ECLI:RBROT:2017:2305, r.o. 4.6.

154 Rb. Rotterdam 13 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5344, r.o. 4.6.

155 Gerechtshof Amsterdam 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2015 (Jan van Gent), r.o. 3.6.

156 Zie: HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme, r.o. 4.3; HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.4.1; HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.3.6.

157 HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.3.6.

Dat doet de vraag rijzen wat nu precies onder het ‘*beleid*’ en de ‘*strategie*’ dient te worden verstaan. Allereerst het begrip strategie. Uit de hiervoor genoemde jurisprudentie volgt geen eenduidige juridische invulling van dat begrip. We kunnen op basis van deze jurisprudentie slechts vaststellen dat in ieder geval tot de strategie behoort althans als strategische beslissingen kunnen worden aangemerkt:<sup>158</sup> (i) een besluit om het ‘*stand alone*’-scenario te verlaten en een fusie aan te gaan, dan wel anderszins een bod op de aandelen van de vennootschap uit te lokken,<sup>159</sup> (ii) de positiebepaling van een doelvennootschap in een reactie op voorstellen van een potentiële bidder,<sup>160</sup> en (iii) de uitoefening van bevoegdheden omtrent de inrichting van de (vennootschappelijke) organisatie.<sup>161,162</sup>

Een bijkomend probleem in de zoektocht naar een definitie van strategie is dat ook in de bedrijfskundige literatuur geen algemeen aanvaarde definitie van dit begrip te vinden is.<sup>163</sup> In de wetgeschiedenis is wel een enkele aanwijzing te vinden over hetgeen de wetgever onder de strategie van een vennootschap verstaat. Zo valt te lezen in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot *Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet giraal effectenverkeer en het Burgerlijk Wetboek naar aanleiding van het advies van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code van 30 mei 2007*:<sup>164</sup>

“Met strategie wordt bedoeld de visie en de keuzes die het bestuur op hoofdlijnen maakt voor een langere periode en die het uitgangspunt vormen voor de doelen en de deelbeslissingen die zij op kortere termijn neemt. Een gangbare horizon voor strategische beslissingen in het bedrijfsleven ligt tussen de vijf en tien jaar.”

In de (herziene) Nederlandse Corporate Governance Code 2008 die volgde na het advies van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code werd echter niet zozeer gekeken naar wat precies onder strategie wordt verstaan, maar meer wat zij geacht wordt te bewerkstelligen. Uit best practice-bepaling II.1.2 onder a) en b) van de Nederlandse Corporate Governance Code 2008 blijkt dat de strategie moet leiden tot het realiseren van de (operationele en financiële)

158 Zie voor een vergelijkbaar overzicht: Soerjatin 2018, p. 163.

159 HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme, r.o. 4.5.

160 OK 29 mei 2017, *JOR* 2017/261 (Elliott *c.s./AkzoNobel*) m.nt. C.D.J. Bulten, r.o. 3.10-3.11.

161 HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.3.6. In dit geval ging het om een besluit over het (al dan niet) handhaven beschermingsconstructie op het niveau van twee dochtervennootschappen. Zie voorts: HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.4.2 onder (iv).

162 M.i. in lijn met deze jurisprudentie oordeelde de Ondernemingskamer in OK 10 juli 2019, *ARO* 2019/147, r.o. 3.3 dat de keuze tussen financiering door middel van uitgifte van cum-prefs in plaats van op andere wijze, valt binnen de marges van de beleidsvrijheid die het bestuur heeft.

163 Mintzberg/Lampel *et al.* 2003, p. 2–3. Zie tevens: Holtzer 2014, p. 21-23.

164 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 014, nr. 3, p. 11.

### HOOFDSTUK 3

doelstellingen van de vennootschap (en de met haar verbonden onderneming). In de daaropvolgende Nederlandse Corporate Governance Code 2016 wordt evenwel, o.a. in best practice-bepaling 1.1.2, stevast gesproken over “de strategie ter realisatie van lange termijn waardecreatie”.

In de wet kwam tot voorkort het begrip strategie als zodanig niet voor.<sup>165</sup> Wel bepaalt artikel 2:141/251 lid 2 BW al geruime tijd dat het bestuur de raad van commissarissen ten minste eenmaal per jaar schriftelijk op de hoogte stelt van de hoofdlijnen van het strategisch beleid van de vennootschap. Uit de memorie van toelichting volgt evenwel niet wat onder ‘*strategisch beleid*’ dient te worden verstaan.<sup>166</sup> Ook uit het SER-advies inzake het functioneren en de toekomst van de structuurregeling waar deze bepaling uit voort komt wordt dat niet exact duidelijk.<sup>167</sup> Wel verwijst de SER naar de veertig aanbevelingen van de Commissie Peeters, waaruit de SER kennelijk inspiratie heeft geput. In dat rapport valt het navolgende te lezen:

“de Raad van Bestuur rapporteert schriftelijk aan de Raad van Commissarissen over de ondernemingsdoelstellingen, de strategie, de daaraan verbonden risico’s en de mechanismen tot beheersing van risico’s van financiële aard. De hoofdzaken van de rapportage behoren een vaste plaats in het jaarverslag te hebben. Te denken valt aan doelstellingen in termen van groei van de winst per aandeel, rendement op geïnvesteerd vermogen, netto winstmarge, omzet en dergelijke. *In combinatie met de doelstellingen dient te worden aangegeven welke strategie de onderneming volgt om de doelstellingen te bereiken.* Hierbij kunnen aan bod komen activiteitsgebieden, accentverschuivingen en acquisitiebeleid. Kwantificering kan als hulpmiddel dienen om doelstellingen en strategie duidelijker naar voren te brengen. Indien er kwantificeringen zijn gegeven, dienen deze te worden benut bij vergelijkingen met realisaties.” [*curs.* JT]

In deze context wordt m.i. dan ook met het strategisch beleid bedoeld zowel het vaststellen en evalueren van ondernemingsdoelstellingen als het vaststellen, uitvoeren en evalueren van de strategie om deze ondernemingsdoelstellingen te bereiken. Tot slot bepaalt artikel 2:135a lid 5 sub a BW omtrent het bezoldigingsbeleid van beursvennootschappen nog dat het bezoldigingsbeleid een toelichting dient te bevatten op de wijze waarop het bezoldigingsbeleid bijdraagt aan de bedrijfsstrategie. Ook hier bevat de memorie van toelichting niet een nadere duiding van dit begrip. Uitsluitend wordt vermeld dat met de invoering van genoemd artikel, artikel 9 bis lid 6 van de richtlijn bevordering aandeelhoudersbetrokkenheid wordt geïmplementeerd en dat de bewoording van het

---

165. Zie echter thans artikel 2:129 lid 1 BW, tweede volzin.

166. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 27.

167. SER 2001, p. 62.

onderdeel aansluit op de richtlijn.<sup>168</sup> In de Engelse versie van die richtlijn wordt het woord “business strategy” gebruikt eveneens zonder nadere toelichting.<sup>169</sup> M.i. zou een vertaling van dit begrip met “ondernemingsstrategie” meer voor de hand hebben gelegen.<sup>170</sup>

Het begrip *strategie* kan m.i. gedefinieerd worden als het plan van het bestuur met betrekking tot de wijze waarop het bestuur op de langere termijn bezien van de activiteiten van de vennootschap een succes wil maken.<sup>171</sup> Een dergelijk plan zal doorgaans ook verschillende (financieel) economische doelstellingen bevatten waarmee het beoogde succes op de korte, middellange en lange termijn kan worden gekwantificeerd. Daarmee is overigens niet gezegd dat een vennootschap die haar doelstellingen haalt per definitie succesvol is en een vennootschap die haar doelstelling niet haalt dat niet is. E.e.a. is telkens afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Onderdeel van de strategie kan ook zijn een zgn. *purpose*-verklaring waarin het bestuur aangeeft welk doelen de vennootschap met de met haar verbonden onderneming in de maatschappij nastreeft en welke waarden en beginselen daarbij voor haar leidend zijn.<sup>172</sup> Bijvoorbeeld het beginsel dat alle werknemers binnen de onderneming (maar bijvoorbeeld ook de werknemers van leveranciers in de keten waar de onderneming deel van uitmaakt) een zgn. *living wage* moeten verdienen. Ook kan gedacht worden aan waarden en beginselen die ertoe strekken om de (negatieve) invloed van de onderneming op het milieu (bijvoorbeeld door middel van *waste reduction*) te beperken. In die zin kan een *purpose*-verklaring dus beperkingen stellen aan de wijze waarop de vennootschap haar activiteiten ontplooit. Het primaat van het bestuur met betrekking tot de strategie maakt dat het bestuur in beginsel ook het bevoegde orgaan is om een *purpose*-verklaring vast te stellen.<sup>173</sup>

Beslissingen die van grote betekenis zijn voor de uitvoering van het bestuursplan of die een (belangrijke) wijziging daarvan inhouden zijn zgn. *strategische beslissingen*. In de kern genomen ging het in de hierboven aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad telkens om dergelijke *strategische beslissingen*. Zowel het primaat ten aanzien van de strategie als dergelijke strategische beslissingen rust in beginsel bij het bestuur.<sup>174</sup>

168 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 058, nr. 3, p. 47.

169 Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement.

170 Zie bijvoorbeeld: HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken, waarin dit begrip onder 3.1 sub v. kan worden aangetroffen in het feitenrelaas.

171 Timmerman 2021b, p. 41 omschrijft de strategie als: “[...] een plan van de ondernemingsleiding om het succes van de onderneming op de lange termijn te bevorderen.”

172 Timmerman 2021b, p. 44.

173 Timmerman 2020b, p. 8.

174 Dat neemt niet weg dat voor sommige strategische beslissing de medewerking van een ander orgaan van de vennootschap noodzakelijk is. Zie bijvoorbeeld: artikel 2:107a BW en artikel 2:164/274 BW. Zie daarover nader: Garcia Nelen 2020, p. 183 e.v.

### HOOFDSTUK 3

Dan de vraag wat ‘beleid’ precies betekent. In de wet komt het begrip ‘beleid’ op verschillende plaatsen voor. Zo bepaalt artikel 2:129 lid 4 BW dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen. Artikel 2:135 e.v. BW bevat nadere regels omtrent het bezoldigingsbeleid van de naamloze vennootschap en de beursvennootschap. De raad van commissarissen heeft op grond van artikel 2:140/250 lid 2 BW onder meer tot taak het houden van toezicht op het beleid van het bestuur. In artikel 2:138/248 lid 7 BW wordt verwezen naar personen die het beleid van de vennootschap mede hebben bepaald als ware zij bestuurders. Ten slotte kan de Ondernemingskamer op grond van het bepaalde in artikel 2:345 lid 1 BW een onderzoek gelasten naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon. Niet ieder beleid valt evenwel binnen het *beleid van de vennootschap* zoals bedoeld door de Hoge Raad in zijn hierboven genoemde jurisprudentie.<sup>175</sup> Zo wordt het bezoldigingsbeleid van de vennootschap op grond van artikel 2:135 lid 1 BW vastgesteld door de algemene vergadering. Voor wat betreft het dividendbeleid van de vennootschap ligt dat genuanceerder. Uitgangspunt is dat de met de activiteiten van de vennootschap behaalde winst ter beschikking staat van de algemene vergadering, waarmee het dividendbeleid ook tot haar bevoegdheid behoort (artikel 2:105/216 lid 1 BW). Het is evenwel mogelijk om statutair van dit uitgangspunt af te wijken en bijvoorbeeld die bevoegdheid op te dragen aan het bestuur.<sup>176</sup> Het beleid dat op grond van artikel 2:345 lid 1 BW door de Ondernemingskamer kan worden onderzocht omvat het beleid van het bestuur, maar bijvoorbeeld ook het beleid van andere organen van de vennootschap zoals de algemene vergadering en de raad van commissarissen. Zie bijvoorbeeld de Corus-beschikking waarin de Ondernemingskamer overwoog:<sup>177</sup>

“Met verzoeksters moet worden geoordeeld dat de Raad van Commissarissen van een vennootschap niet en in ieder geval niet zonder méér of ongemotiveerd een beleid mag voeren dat zich niet verdraagt met, althans geen rekening houdt met de concernstrategie en onder omstandigheden zal hebben te aanvaarden dat het belang van de vennootschap waarbij hij is ingesteld zal moeten worden ten achter gesteld bij het belang van het concern in zijn geheel.”

M.i. bedoelt de Hoge Raad in zijn vaste jurisprudentie met het *beleid van de vennootschap* de wijze waarop *c.q.* de (bestendige) gedragslijn waarlangs

---

175 Zie bijvoorbeeld: HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.3.6.

176 Zie nader over de vraag wie het dividendbeleid bepaalt: Bier 2012, p. 190-192.

177 OK 13 maart 2003, *JOR* 2003/85 (Corus) m.nt. F.J.P. van den Ingh, r.o. 3.5.

het bestuur de vennootschap bestuurt<sup>178</sup>, oftewel de wijze waarop het bestuur invulling geeft aan de bestuurstaak.<sup>179</sup> Tussen de begrippen *beleid* en *strategie* bestaat ook een zekere symbiose. Enerzijds maakt de wijze waarop de strategie wordt vastgesteld, uitgevoerd, gecontroleerd en (zodanig) bijgesteld, onderdeel uit van het bestuursbeleid (onder de noemer strategisch beleid). Anderzijds geeft de strategie ook richting aan het bestuursbeleid.<sup>180</sup> Illustratief voor de complexe verhouding tussen beide begrippen is het navolgende citaat uit 1985 van de Amerikaanse hoogleraar in Behavioral Finance and Economics, Colin Camerer:<sup>181</sup>

“...ask students to define ‘strategy’ and ‘policy’. Many will say that strategy is decided at top levels in a firm and policy is carried out at lower levels; and many will vehemently argue exactly the opposite! Clearly, the language is to be blamed, rather than misconception by half a class.”

(c) *Nadere wettelijke invulling van de bestuurstaak*

Recent heeft de wetgever door middel van het Wetsvoorstel wettelijke bedenktijd voor het bestuur van beursvennootschappen<sup>182</sup> de hierboven genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad voor de beursvennootschap gecodificeerd en daarmee een nadere invulling gegeven aan de wettelijke bestuurstaak. Als gevolg daarvan is artikel 2:129 lid 1 BW gewijzigd zodat dit artikel sinds 1 mei 2021 luidt als volgt (hetgeen via de band van het eveneens gewijzigde artikel 2:187 BW ook geldt voor de beursgenoteerde besloten vennootschap):<sup>183</sup>

“Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap. *Voor een vennootschap waarvan de aandelen of met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of een met een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is, is daaronder in ieder geval begrepen*

178 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 135 omschrijft bestuursbeleid als het handelen van het bestuur volgens bepaalde beginselen of een bepaalde gedragslijn waarvan de strategie een onderdeel is.

179 Evenzo: Assink 2019, p. 43.

180 Zie bijvoorbeeld: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 augustus 2015, *JOR* 2015/326 m.nt. S.C.M. van Thiel, r.o. 5.7, waarin het hof overweegt: “[...] Ook het opstellen van groeidoelstellingen valt onder het algemene beleid en de strategie en daarmee onder de verantwoordelijkheid van het bestuur. [...]”.

181 Camerer 1985, p. 2. Zie tevens over het onderscheid tussen beleid en strategie: Blanco Fernández 2012, p. 312–313.

182 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 367, nrs. 1-3.

183 Wet van 24 maart 2021, *Stb.* 2021/185 en Besluit van 20 april 2021, *Stb.* 2021/210.

### HOOFDSTUK 3

*het bepalen van het beleid en de strategie van de vennootschap.*” [curs. en onderstrp. JT]<sup>184</sup>

Omtrent de aanleiding voor het expliciteren van deze jurisprudentie van de Hoge Raad ter zake<sup>185</sup> schrijft de wetgever in de memorie van toelichting:<sup>186</sup>

“Het primaat van het bestuur ten aanzien van de strategie wordt in de wet geëxpliciteerd. Codificatie van de jurisprudentie op dit punt wordt wenselijk geacht, ook om de kenbaarheid hiervan – met name voor Angelsaksisch georiënteerde aandeelhouders – te vergroten. Het wetsvoorstel bevat allereerst de uitdrukkelijke bevestiging dat onder de taak van het bestuur van de beursvennootschap in ieder geval valt het bepalen van het beleid en de strategie. Artikel 129 lid 1 van Boek 2 BW wordt daartoe uitgebreid. Via artikel 187 is dit ook van toepassing op een BV met beursnotering. De verwachting is dat door dit sterkere primaat bij beursvennootschappen langetermijnwaardcreatie meer centraal kan komen te staan in keuzes en er meer ruimte ontstaat voor een brede stakeholderbenadering. *Voor de volledigheid wordt nog opgemerkt dat voor niet-beursgenoteerde NV’s en BV’s geen wijziging is beoogd. Overeenkomstig de geldende jurisprudentie, de wet en de statuten komt de strategie-en beleidsbepaling aan het bestuur toe en niet aan een ander orgaan, zoals de algemene vergadering (zie par 2.2, in het bijzonder over «het bestuur»). Overigens geldt in beginsel ook voor niet-beursgenoteerde vennootschappen dat het bestuur over het beleid en de strategie gaat. Er is echter van afgezien om de wijziging op alle BV’s en NV’s van toepassing te verklaren, om voldoende rekening te kunnen houden met de variëteit van vennootschappen, bijvoorbeeld pensioen-BV’s of sommige dochtervennootschappen waarbij het bestuur in voorkomende gevallen geen strategie bepaalt.*” [curs. JT]

M.i. is deze nadere precisering in de wet van de bestuurstaak voor het bestuur van beursvennootschappen niet wenselijk. Ten eerste is wetgeving niet het geschikte middel om bekendheid te geven (in het binnen-, maar voornamelijk ook in het buitenland) aan jurisprudentie van de Hoge Raad. Ten tweede volgt uit de voorgestelde wetstekst, in combinatie met de memorie van toelich-

---

184 Overigens corrigeert de schakelbepaling artikel 2:187 BW ten onrechte niet het gebruikt van de term “*met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen*” voor de toepassing van artikel 2:129 lid 1, tweede volzin BW bij de besloten vennootschap. Ingevolge artikel 2:227 lid 2 BW kent de besloten vennootschap slechts certificaten waaraan (al dan niet) bij de statuten vergaderrecht is verbonden.

185 Zie: HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme, r.o. 4.3; HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.4.1; HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.3.6.

186 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 367, nr. 3, p. 10.

ting niet heel duidelijk wat de wetgever met deze wetswijziging nu beoogt te bewerkstelligen. Zo valt te lezen:

“Voorgesteld wordt om daaraan toe te voegen dat daaronder in ieder geval wordt begrepen dat het bestuur het beleid en de strategie van de vennootschap bepaalt. Daarmee wordt beoogd de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad te codificeren, zoals reeds uiteengezet in het algemeen deel. De codificatie is vanwege het doel van het wetsvoorstel beperkt tot beursvennootschappen. Er is geen veranderd [*sic*] beoogd van de jurisprudentie ten aanzien van de bestuurstaak van niet-beursgenoteerde vennootschappen.”<sup>187</sup>

In de nieuwe tekst van artikel 2:129 lid 1 BW lijkt de wetgever door het gebruik van de woorden “*daaronder in ieder geval begrepen*” op het eerste gezicht voorbij te gaan aan een belangrijke nuancering die de Hoge Raad telkens in zijn standaard rechtsoverweging aanbrengt. In zowel de ABN Amro-beschikking, de ASMI-beschikking als de Boskalis/Fugro-beschikking<sup>188</sup> – waarin het telkens ging om beursvennootschappen – overweegt de Hoge Raad dat het bepalen van het beleid en de strategie van een vennootschap en de met haar verbonden onderneming *in beginsel* een aangelegenheid is van het bestuur van de vennootschap. De Hoge Raad laat dus ook voor de beursvennootschap nadrukkelijk de ruimte voor afwijkingen.<sup>189</sup> Deze ruimte lijkt in de memorie van toelichting van toelichting echter ook te worden onderkend als de wetgever zegt:<sup>190</sup>

“Het staat vennootschappen tot op zekere hoogte vrij om de algemene vergadering nauwer te betrekken bij het bepalen van het beleid. Artikel 129 lid 4 bepaalt immers dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen. De invloed van de algemene vergadering van naamloze vennootschappen mag zich, in tegenstelling tot de algemene vergadering van besloten vennootschappen, niet uitstrekken tot het geven van concrete instructies aan het bestuur.”

Dan is dus de vraag wat de nieuwe tweede volzin nu precies toevoegt. Dat een wijziging beoogd is volgt uit de hierboven weergegeven passage uit de memorie van toelichting waarin staat dat ervan af is gezien om de wijziging op alle BV's en NV's van toepassing te verklaren om voldoende rekening te

187 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 367, nr. 3, p. 44.

188 Vgl. HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme, r.o. 4.3; HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.4.1; HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.3.6.

189 Zie voor verdere kritiek op deze toelichting het advies van de Commissie Vennootschapsrecht van 19 juni 2019, p. 8.

190 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 367, nr. 3, p. 44.



### HOOFDSTUK 3

kunnen houden met de variëteit van vennootschappen.<sup>191</sup> In het ter consultatie aangeboden voorontwerp luidde de voorgestelde tekst van artikel 2:129 lid 1 BW immers nog:<sup>192</sup>

“Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap, daaronder begrepen het bepalen van het beleid en de strategie van de vennootschap.”

Deze oorspronkelijke tekst past m.i. beter in de vaste rechtspraak van de Hoge Raad, zij het dat het dan voor de hand zou liggen om ook artikel 2:239 lid 1 BW overeenkomstig aan te passen. Het *in beginsel* van de Hoge Raad kan dan worden geïnterpreteerd als het *behoudens beperkingen* uit de wet. Wellicht dat de wetgever alleen de (statutaire) overdracht van de bevoegdheid van het bestuur tot het vaststellen van het beleid en de strategie naar de algemene vergadering bij de beursvennootschap heeft willen verbieden.<sup>193</sup> Dat zou mogelijk gelezen kunnen worden in de navolgende passage uit de memorie van toelichting.<sup>194</sup>

“Uit reacties komt naar voren dat er behoefte bestaat om het bepalen van het beleid en de strategie van de vennootschap ook voor BV’s te codificeren, om hiermee te voorkomen dat er een onbedoeld verschil ontstaat tussen de taak van het bestuur bij BV’s en NV’s. *Tegelijk is ook gewezen op vennootschappen in concernverband, waarbij het niet passend is dat de strategie-en beleidsbepaling ook wordt gecodificeerd.* Daarom is het voorstel aangepast, zodat de bepaling dat het bepalen van het beleid en de strategie voor beursvennootschappen (NV en BV) aan het bestuur is. Omdat het gesignaleerde probleem van onduidelijkheid vooral speelt bij beursvennootschappen en om te voorkomen dat de nadere duiding te rigide blijkt voor de grote variëteit aan vennootschappen, is de codificatie beperkt tot beurs-NV’s en uitgebreid naar beurs-BV’s.” [curs. JT]

Of dit inderdaad de juiste interpretatie is, is de vraag.<sup>195</sup> Het blijft dus onduidelijk wat de reikwijdte van deze wetswijziging precies is.

191 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 367, nr. 3, p. 10. De in het citaat cursief weergegeven tekst stond niet in het voorontwerp en is toegevoegd naar aanleiding van de internetconsultatie.

192 Te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstelbedenktijd>.

193 Of het in zijn algemeenheid mogelijk is deze bevoegdheden in de statuten aan het bestuur te ontnemen en aan de algemene vergadering op te dragen is in de literatuur niet onomstreden. Zie: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 5 en voorts paragraaf 5.7.

194 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 367, nr. 3, p. 34.

195 In deze richting wijst ook *Kamerstukken I* 2020/21, 35 367, E, p. 4 waar de minister antwoordt: “Naar aanleiding van deze vragen merk ik op dat de strategie van de onderneming inderdaad ter bepaling aan het bestuur is. Dat wordt door het bijgaande wetsvoorstel nog eens verduidelijkt door de voorgestelde aanpassing van artikel 2:129 lid 1 BW. Het uitgangspunt dat het bestuur over de strategie van de onderneming gaat, betekent echter niet

(d) *Strategie, beleid en restbevoegdheid*

Assink heeft erop gewezen dat naar mate de open begrippen beleid en strategie ruimer worden uitgelegd er meer onder de bestuursbevoegdheid valt en minder onder de bevoegdheid van de algemene vergadering.<sup>196</sup> In die zin fungeren deze begrippen – en zulks geldt eveneens in algemene zin voor artikel 2:129/239 lid 1 BW –<sup>197</sup> als een soort pendant van artikel 2:107/217 lid 1 BW. Dit artikel stamt nog uit de tijd dat de algemene vergadering als hoogste macht werd gezien. Zij fungeert in wezen als ‘reddingsboei’ voor vennootschappelijke bevoegdheden die tussen wal en schip (dreigen te) vallen.<sup>198</sup> Haar oorsprong is te vinden in artikel 71 van het ontwerp van de Staatscommissie uit 1890. Het toedelen van deze restbevoegdheid aan de algemene vergadering is een rechtspolitieke keuze. Zowel in de toelichting op het ontwerp van de Staatscommissie<sup>199</sup> als in de toelichting van het daaropvolgende Ontwerp Nelissen bij artikel 45, wordt echter geen specifieke onderbouwing voor deze keuze gegeven, anders dan de constatering dat de algemene vergadering het hoogste gezag in de naamloze vennootschap is.<sup>200,201</sup> Het is dan ook maar zeer de vraag of onder de thans heersende opvatting omtrent de vennootschap en de positie van de algemene vergadering daarbinnen deze keuze nog wel houdbaar is.<sup>202</sup>

In Frankrijk heeft de wetgever – mede vanwege de moeilijke definieerbaarheid van de bestuursbevoegdheid – ervoor gekozen om de restbevoegdheid toe te kennen aan het bestuur.<sup>203</sup> Cools vermoedt dat – hoewel de parlementaire geschiedenis daarover geen uitsluitsel geeft – e.e.a. ook in België heeft mee- gespeeld bij het toedelen van de restbevoegdheid aan het bestuur.<sup>204</sup> Overigens geldt dat ook in Duitsland de restbevoegdheid aan de *Vorstand* is toegekend.<sup>205</sup>

---

*dat de aandeelhouders in de praktijk geen drukmiddel hebben om strategiewijzigingen te bewerkstelligen: zij kunnen bijvoorbeeld de beursvennootschap onder druk zetten door dreigen het bestuur of de raad van commissarissen te ontslaan.”*

196 Assink 2018b, p. 191. Zie voorts over de wisselwerking tussen bestuurstaak en restbevoegdheid, mede in historisch perspectief: De Jongh 2014, p. 316-319.

197 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 5; Assink/Slagter 2013, § 43.8, p. 777.

198 Zie hierover: Cools 2015, p. 207 e.v.

199 Belinfante 1890, p. 102-103.

200 *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1909-1910, 217, nr. 3, p. 38.

201 Zie voor kritiek op deze keuze: Cools 2015, p. 219 die terecht opmerkt dat als gevolg daarvan in elk concreet geval opnieuw de moeilijke keuze gemaakt moet worden of een bepaalde beslissing onder de bestuursbevoegdheid of onder de residuaire bevoegdheid van de algemene vergadering behoort te vallen.

202 Zie nader over de restbevoegdheid: Garcia Nelen 2020, p. 93-97.

203 Aldus Cools 2015, p. 219.

204 Cools 2015, p. 219.

205 Cools 2015, p. 215.

### HOOFDSTUK 3

M.i. zou het voor de hand liggen om ook in Nederland de restbevoegdheid aan het bestuur toe te kennen. Allereerst zoals hiervoor al is opgemerkt, is de hoogste macht gedachte op grond waarvan deze bevoegdheid ooit aan de algemene vergadering werd toegekend naar huidig recht niet langer houdbaar. Daarnaast is ook onduidelijk wat de restbevoegdheid precies inhoudt waardoor een duidelijk onderscheid tussen hetgeen daartoe behoort en hetgeen dat tot de bestuursbevoegdheid behoort, niet te maken is. Door het toekennen van de restbevoegdheid aan het bestuur wordt de vraag naar een heldere – juridisch relevante – definitie van bestuur, beleid en strategie m.i. minder dringend. In de literatuur wordt wel geschreven – als een van de weinige voorbeelden van wat de restbevoegdheid nu precies behelst – dat een besluit tot feitelijke liquidatie van de onderneming op grond van artikel 2:107/217 BW aan de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering is onderworpen.<sup>206</sup> Een dergelijke bevoegdheid kan de algemene vergadering in beginsel<sup>207</sup> echter ook op grond van artikel 2:129/239 lid 3 BW aan zichzelf toekennen. Ook dit biedt derhalve weinig steun voor het toekennen van een restbevoegdheid aan de algemene vergadering.

#### (e) *De bestuurstaak nader omschreven*

Al met al volgt uit de jurisprudentie en de wetsgeschiedenis niet een vastomlijnde taakomschrijving van het bestuur. Een zekere vaagheid omtrent de inhoud van het begrip ‘besturen’ is ook onvermijdelijk.<sup>208</sup> Zoals in de literatuur wordt opgemerkt is een volledige uitwerking van dit begrip in een wettelijke bepaling niet goed voorstelbaar.<sup>209</sup> Besturen is een open begrip dat ruimte moet bieden aan een veelheid aan (economische) activiteiten die telkens onder wisselende omstandigheden in vennootschappelijk verband worden uitgevoerd.

In beginsel zal de bestuurstaak onder meer bestaan uit het bepalen van het beleid (waaronder het financiële beleid, het risicobeleid en het acquisitiebeleid) en de strategie, de vaststelling van een *purpose* van de vennootschap en haar onderneming,<sup>210</sup> het bepalen en organiseren van de vennootschappelijke activiteiten, het houden van toezicht daarop, het beheer en de beschikking over het vennootschappelijk vermogen, de dagelijkse leiding alsook de verantwoorde-

206 Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 203. Zie echter: OK 11 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1555, r.o. 3.10 waarin de Ondernemingskamer overweegt: “[...] *Beëindiging van de activiteiten van [B], hetgeen materieel neerkomt op een liquidatie van de vennootschap, behoefde ingevolge het bepaalde in artikel 2:8 BW de instemming van de algemene vergadering van [B][...]*”.

207 Bij sommige (voornamelijk beurs-) vennootschappen komt wel de bepaling voor dat de statuten slechts op voorstel van het bestuur onder goedkeuring van de raad van commissarissen kunnen worden gewijzigd.

208 Assink/Slagter 2013, § 51.1, p. 906; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2021, nr. 189; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 231; Huizink 1989, p. 15.

209 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2021, nr. 189.

210 Vgl. Timmerman 2021b, p. 45.

lijkheid voor de algemene gang van zaken bij de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.<sup>211</sup> De bestuurstaak omvat tevens de bestuurlijke plicht tot het nemen van initiatief ter zake van het voorgaande.<sup>212</sup> Zoals Löwensteyn opmerkt bestaat de bestuurstaak uit meer dan louter uitvoering.<sup>213</sup> Het bestuur is de drijvende kracht in de vennootschap en dient dan ook als uitgangspunt invulling te geven aan de ondernemersfunctie.<sup>214</sup>

Voor de inhoud van de bestuurstaak in concrete gevallen zijn ook de statuten, de binnen de vennootschap geldende reglementen alsook de door de vennootschappelijke organen genomen besluiten en de eventueel met bestuurders gesloten overeenkomsten relevant.<sup>215</sup> Een voorbeeld van dit laatste is de trustbestuurder die zijn werkzaamheden doorgaans op basis van een overeenkomst van opdracht vervult en over het algemeen niet geacht wordt een zelfstandig beleid te voeren.<sup>216</sup> Daarnaast speelt ook het organisatorisch verband waarbinnen de vennootschap opereert een rol. Zo dient het bestuur dat aan het hoofd staat van een groep het tevens tot zijn taak te rekenen om *leiding te geven* aan en *toezicht te houden* op de vennootschappen en de met hen verbonden ondernemingen die deel uitmaken van die groep.<sup>217,218</sup>

De openheid van het begrip ‘besturen’ geeft ook flexibiliteit en maakt dat de inhoud van de bestuurstaak kan meebewegen met maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen ter zake. Een voorbeeld daarvan is de Nederlandse Corporate Governance Code die geldt voor beursvennootschappen.<sup>219</sup> Zo werd in de Nederlandse Corporate Governance Code 2008 nader invulling gegeven aan het begrip besturen door te bepalen dat dit onder meer inhoudt dat het bestuur verantwoordelijk is voor: (i) de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, (ii) de strategie met het bijbehorende risicoprofiel, (iii) de resultatenontwikkeling, (iv) de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen, (v) de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, (vi) het beheersen van de risico’s verbonden aan de ondernemingsactiviteiten, en (vii) de financiering van de vennootschap.<sup>220</sup> In de opvolgende Nederlandse

211 Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 231; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 135; Garcia Nelen 2020, p. 82.

212 Zie reeds: Van der Heijden 1931, p. 288, en voorts: Löwensteyn 1959, p. 115.

213 Löwensteyn 1959, p. 115.

214 Raaijmakers 2017a, p. 276 en 457.

215 Assink/Slagter 2013, § 51.1, p. 906.

216 Assink/Slagter 2013, § 51.1, p. 907.

217 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466 (Ogem II) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 9.2 en 9.3.

218 Anderzijds geldt voor het bestuur (en een eventuele raad van commissarissen) van dergelijke groepsvennootschappen dat zij rekening dienen te houden met het concernbeleid en niet (althans niet ongemotiveerd) een beleid mogen voeren dat zich daarmee niet verdraagt. Vgl. OK 13 maart 2003, *JOR* 2003/85 (Corus) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.5.

219 Vgl. artikel 2:391 lid 5 BW en Besluit van 29 augustus 2017, *Stb.* 2017/332.

220 Nederlandse Corporate Governance Code 2008, Principe II.1.

### HOOFDSTUK 3

Corporate Governance Code 2016 is deze algemene invulling van de bestuurs-  
taak evenwel geschrapd en is de nadruk komen te liggen op lange termijn waar-  
decreatie en bestuurstaken die daaraan bijdragen (doorgaans geformuleerd als  
verantwoordelijkheden).<sup>221</sup> In deze versie van de Code wordt het bestuur ook  
verantwoordelijk gesteld voor de cultuur binnen de vennootschap en de met  
haar verbonden onderneming.<sup>222</sup> Enerzijds kan een gezonde cultuur binnen de  
vennootschap en de met haar verbonden onderneming bijdragen aan het strate-  
gische doel en het goed functioneren van de onderneming en haar bestuur, en  
daarmee aan het bestendige succes van die onderneming.<sup>223</sup> Cremers stelt zelfs  
dat cultuur belangrijker is (doorslaggevend) dan strategie voor het succes van de  
onderneming.<sup>224</sup> Anderzijds is het begrip cultuur lastig concreet te maken en in  
regels te vatten of door middel van regelgeving en (gedrags)codes te wijzigen.  
Zoals Van de Loo en Winter schrijven: cultuur is geen verwarmingsinstallatie  
die men anders kan instellen door aan de thermostaat te draaien.<sup>225</sup> In de recht-  
spraak zijn overigens aanwijzingen te vinden dat ook bij niet-beursgenoteerde  
vennootschappen het bestuur verantwoordelijk is voor de cultuur binnen een  
vennootschap en de met haar verbonden onderneming en dat deze daarmee tot  
de bestuurstaak behoort. Zo oordeelde de rechtbank Overijssel in 2018 dat een  
bestuurder eindverantwoordelijkheid droeg voor de bedrijfscultuur en rekende  
het hem zwaar aan – de rechtbank sprak van ernstig verwijtbaar handelen – dat  
hij geen oog had gehad voor de cultuur binnen de onderneming en niet tijdig  
maatregelen had genomen om de heersende cultuur te verbeteren.<sup>226</sup>

De algemene bestuurstaak van artikel 2:129/239 lid 1 BW omvat ook de speci-  
fieke plichten, taken en bevoegdheden die dwingendrechtelijk zijn toebedeeld  
aan *het bestuur*, *de bestuurders* en in sommige gevallen *de vennootschap*,<sup>227</sup>  
waarbij het bestuur vaak de eerst aangewezen is om deze uit te (doen) voeren.  
Zo zijn de *bestuurders* verplicht om de vennootschap te doen inschrijven in

---

221 Zo dient het bestuur een visie op lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te ontwikkelen en een bijpassende strategie te formuleren (best practice-bepaling 1.1.1.). Daarnaast is het bestuur verantwoordelijk voor het identificeren en beheersen van de risico's verbonden aan de strategie en de activiteiten van de vennootschap, hetgeen onder meer betekent dat het bestuur adequate interne risicobeheersings- en controlesystemen dient te ontwerpen, implementeren en onderhouden (best practice-bepaling 1.2.2). Ook dient het bestuur alert te zijn op signalen van (vermoedens) van misstanden en onregelmatigheden binnen de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en een procedure op te stellen zodat daarvan melding kan worden gemaakt en aan deze meldingen adequaat opvolging wordt gegeven (best practice-bepaling 2.6.1).

222 Nederlandse Corporate Governance Code 2016, best practice-bepaling 2.5.1.

223 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 146.

224 Cremers 2018, p. 48.

225 Van de Loo/Winter 2016, p. 339.

226 Rb. Overijssel 18 juli 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2696, r.o. 4.7-4.8.

227 Een mogelijke uitzondering is bijvoorbeeld artikel 2:135 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat de naamloze vennootschap een bezoldigingsbeleid dient te hebben dat door de algemene vergadering wordt vastgesteld.

het handelsregister (artikel 2:69/180 lid 1 BW) en een authentiek afschrift van een akte van statutenwijziging (of de gewijzigde statuten) ten kantore van het handelsregister neer te leggen (artikel 2:126/236 BW). Het *bestuur* dient echter de raad van commissarissen (tijdig) de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens te verschaffen (artikel 2:141/251 lid 1 BW). In artikel 2:94a leden 5 en 6 BW wordt voorgeschreven dat de *vennootschap* bepaalde verklaringen (ter zake van inbreng anders dan in geld) bij het handelsregister dient te deponeren.

Een haarscherp onderscheid tussen plichten, taken en bevoegdheden valt evenwel niet altijd te maken.<sup>228</sup> Zo volgt uit de *administratieplicht* van artikel 2:10 lid 1 BW dat het bestuur ter zake een taak heeft en daarmee ook de bevoegdheid om deze taak te kunnen uitvoeren.<sup>229</sup> Ingevolge artikel 2:109/219 BW is het bestuur evenwel *bevoegd* om de algemene vergadering bijeen te roepen.<sup>230</sup> Nu artikel 2:108 lid 1/218 BW bepaalt dat er tenminste eenmaal per jaar een vergadering gehouden dient te worden volgt hieruit dat het bestuur de taak (en daarmee de plicht) heeft deze algemene vergadering tijdig bijeen te roepen.

De specifieke bestuurstaken die aan het bestuur zijn toebedeeld in boek 2 BW, kunnen grofweg worden onderverdeeld in vijf soorten taken.<sup>231</sup> Dit betreft taken die zien op:<sup>232</sup>

- (i) *vertegenwoordiging van de vennootschap*: ingevolge artikel 2:130/240 lid 1 BW vertegenwoordigt het bestuur de vennootschap voor zover uit de wet niet anders voort vloeit. Deze bevoegdheid is in beginsel ook onbeperkt en onvoorwaardelijk (artikel 2:130/240 lid 3 BW). Het is dus in de eerste plaats aan het bestuur om gestalte te geven aan de vennootschap en haar te laten deelnemen aan het maatschappelijk verkeer;
- (ii) *het afleggen van verantwoording door het bestuur*: bijvoorbeeld de administratieplicht (artikel 2:10 lid 1 BW) en het opstellen en openbaar maken van de jaarrekening en het bestuursverslag (artikel 2:101/210 BW, artikel 2:391 BW en artikel 2:394 BW). Ook dient het bestuur de raad van commissarissen ten minste een keer per jaar schriftelijk op de hoogte te stellen van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap (artikel 2:141/251 lid 2 BW);

228 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 150; Kreileman 2020, p. 217. Zie nader over deze materie ook: Huizink 1989, p. 16.

229 Assink/Slagter 2013, § 51.1, p. 902.

230 Bij de statuten kan deze bevoegdheid ook aan anderen worden toegekend. Zie daarover: Terstegge 2017.

231 Zie voor een andersoortige indeling: Garcia Nelen 2020, p. 83.

232 Zie voor een vollediger overzicht onder andere: Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 231; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 135.

### HOOFDSTUK 3

- (iii) *het functioneren van de organen van de vennootschap*: bijvoorbeeld het bijeenroepen van de algemene vergadering (artikel 2:109/219 BW), het opstellen van haar agenda (artikel 2:114/224 BW)<sup>233</sup> en het aantekening houden van de genomen besluiten (artikel 2:120/230 lid 4 BW). Ook dient het bestuur aan de raad van commissarissen tijdig alle voor diens taakuitoefening benodigde gegevens te verschaffen (artikel 2:141/251 lid 1 BW);
- (iv) *het wezen van de vennootschap*: bijvoorbeeld de plicht om de vennootschap in te schrijven in het handelsregister (artikel 2:69/180 BW), het doen verlijden van een notariële akte tot statutenwijziging en de plicht deze te deponeren bij het handelsregister (artikel 2:124/234 lid 2 BW en artikel 2:126/236 BW), het opstellen van een voorstel tot fusie of splitsing van de vennootschap (artikel 2:312 BW en artikel 2:334f BW), en (voor zover door de rechter of statuten geen ander wordt benoemd of aangewezen) het bij liquidatie van de vennootschap optreden als vereffenaar van haar vermogen (artikel 2:23 BW); en
- (v) *het vermogen van de vennootschap*: bijvoorbeeld het opvragen van het nog niet gestorte deel van het (nominale) aandelenkapitaal (artikel 2:80/191 lid 1 BW),<sup>234</sup> het inkopen van eigen aandelen door de vennootschap (artikel 2:98/207 BW),<sup>235</sup> en – uitsluitend bij de besloten vennootschap – het goedkeuren van ieder besluit tot uitkering, zonder welke goedkeuring het betreffende besluit van de algemene vergadering geen (rechts)gevolg heeft (artikel 2:216 lid 2 BW).

Ten slotte kan de bestuursbevoegdheid ook worden uitgebreid. Dit kan o.a. worden afgeleid uit 2:107/217 lid 1 BW dat bepaalt dat aan de algemene vergadering alle bevoegdheid toekomt die niet door de wet of de statuten aan het bestuur of anderen is toegekend. Dwingendrechtelijk en exclusief aan de algemene vergadering (of aan anderen) toegekende bevoegdheden kunnen noch statutair, noch bij overeenkomst aan het bestuur worden toebedeeld.<sup>236</sup> In sommige gevallen bepaalt de wet dat een orgaan zijn bevoegdheden bij besluit of in de statuten aan het bestuur kan delegeren.<sup>237</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 2:96 lid 1 BW dat voor de naamloze vennootschap bepaalt dat de bevoegdheid tot

233 Vgl. HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.3.2: “*Uit de bevoegdheid van het bestuur en de raad van commissarissen tot bijeenroeping volgt de bevoegdheid van deze organen tot vaststelling van de agenda en dus tot vaststelling van de te behandelen onderwerpen.*”

234 Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 5.

235 Voor de naamloze vennootschap geldt dat het bestuur – bij verkrijging van eigen aandelen anders dan om niet – een machtiging nodig heeft van de algemene vergadering (vgl. artikel 2:98 lid 4 BW).

236 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 5; Assink/Slagter 2013, § 51.1, p. 902; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 231; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2021 nr. 189.

237 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 151.

uitgifte van aandelen bij de statuten of bij besluit van de algemene vergadering (al dan niet op exclusieve basis en/of onder voorwaarden) voor een periode van maximaal vijf jaar aan een ander vennootschapsorgaan kan worden toegekend (waarbij tussentijdse intrekking van die toekenning niet mogelijk is).<sup>238</sup> Voor wat betreft de besloten vennootschap geldt ingevolge artikel 2:206 lid 1 BW niet de genoemde beperking van vijf jaar maar kan de bevoegdheid te allen tijde weer worden ontnomen. Onder zeer bijzondere omstandigheden kan er sprake zijn van uitbreiding van de bestuursbevoegdheid op grond van de redelijkheid en billijkheid artikel 2:8 BW.<sup>239</sup>

### 3.5 Conclusie

Dit hoofdstuk begon met de vraag waarom de vennootschap een bestuur heeft. Los van een historische verklaring op grond van de ontstaansgeschiedenis van de vennootschap bestaat er een tweeledige verklaring waarin ook de functies van het vennootschapsrecht tot uitdrukking komen. Enerzijds faciliteert het bestuur efficiënt ondernemerschap (de faciliterende functie), anderzijds vormt zij een waarborg tegen misbruik van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid (de regulerende functie).

Het bestuurderschap is naar zijn aard een vertrouwenspositie en tevens een machtspositie. Veel van de eisen die aan het bestuurderschap worden gesteld volgen uit deze bijzondere positie en laten zich vertalen in diverse algemeen voor het bestuur geldende regels en beginselen zoals: (i) het beginsel van de persoonlijke taakuitoefening, (ii) het collegialiteitsbeginsel, (iii) het ontslag *ad nutum*, (iv) de behoorlijke taakvervulling, (v) het autonomiebeginsel, en (vi) het afleggen van verantwoording.

De bestuurstaak behelst zowel inspanningsverplichtingen als resultaatsverplichtingen. In de rechtspraak van de Hoge Raad is de afgelopen jaren veel aandacht geweest voor de niet-juridische begrippen ‘strategie’ en ‘beleid’ als onderdelen van de bestuurstaak. Deze begrippen fungeren als pendant van de restbevoegdheid van de algemene vergadering in artikel 2:107/217 lid 1 BW. Dit relict van de ‘hoogste macht’-gedachte zou aan de algemene vergadering moeten worden ontnomen en – evenals in ons omringende landen – aan het bestuur moeten worden toegekend. Daarmee wordt de noodzaak van een juridische definitie van de begrippen strategie en beleid minder dringend. Uit de wetsgeschiedenis en jurisprudentie volgt niet een concrete invulling van de algemene bestuurstaak en de algemene opvatting in de literatuur is dat een dergelijk invulling ook niet goed mogelijk is. Het begrip besturen uit artikel 2:129/239 lid 1 BW

238 Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nrs. 340, 341 en 344.

239 Zie daarover nader: Garcia Nelen 2020, p. 238-239.



### HOOFDSTUK 3

is een open begrip dat ruimte moet bieden aan een veelheid aan activiteiten die telkens onder wisselende omstandigheden in vennootschappelijk verband worden uitgevoerd. Deze openheid geeft ook flexibiliteit en maakt dat de inhoud van de bestuurstaak kan meebewegen met maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen. Onder het begrip besturen vallen ook de specifieke bestuurstaken die in boek 2 BW aan het bestuur zijn toebedeeld.

## Hoofdstuk 4. Wettelijke beperking van de bestuursbevoegdheid

### 4.1 Inleiding

De bestuursbevoegdheid volgt uit de taak die in de wet en de statuten aan het bestuur is toebedacht. Zonder bevoegdheid is de behoorlijke uitvoering van de bestuurstaak immers niet goed mogelijk<sup>1</sup>. De wet bevat echter ook diverse beperkingen van de bestuursbevoegdheid. In zoverre is de tekst van artikel 2:129/239 lid 1 BW inaccuraat. Deze zou moeten luiden: “Behoudens beperkingen volgens de wet en de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap [en de met haar verbonden onderneming].”<sup>2</sup> Onderscheid dient te worden gemaakt tussen wettelijke beperkingen van de omvang van de bestuursbevoegdheid – die het onderwerp van dit hoofdstuk zijn – en beperkingen in de wijze waarop het bestuur van zijn bevoegdheid gebruik mag maken. Bij deze laatste categorie gaat het om gedragsnormen zoals deze onder meer volgen uit artikel 2:8 BW en artikel 2:129/239 lid 5 BW en buiten boek 2 BW bijvoorbeeld uit artikel 3:13 BW en artikel 6:162 BW. Wettelijke beperkingen van de bestuursbevoegdheid kunnen absoluut of relatief zijn. Een absolute beperking houdt in dat het bestuur per definitie onbevoegd is, hetgeen in een wettelijke bepaling tot uitdrukking kan komen door het gebruik van de woorden *kan niet* of *mag niet*. Een relatieve beperking van de bestuursbevoegdheid houdt in dat het bestuur als wettelijk uitgangspunt onbevoegd is, maar dat de statuten ter zake anders kunnen bepalen en/of de medewerking van een ander orgaan benodigd is. Dat een bestuur absoluut of relatief onbevoegd is brengt evenwel niet noodzakelijkerwijs steeds met zich dat het bestuur ter zake de vennootschap ook niet rechtsgeldig jegens derden kan binden. In veel gevallen laat de interne beperking van de bestuursbevoegdheid de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur onverlet.<sup>3</sup> Dit betekent dat de ver-

---

1 Assink/Slagter 2013, § 51.1, p. 902; Timmerman 2020b, p. 1.

2 Deze ontbreekt ook in de tekst maar dient daarin wel te worden gelezen. Vgl. Assink/Slagter 2013, § 51.1, p. 902-903. Anders: De Roo 2021, p. 55-58 die stelt dat het bestuur de vennootschap bestuurt en dat het de vennootschap is die op haar beurt de activiteiten onderneemt (daarbij al dan niet vertegenwoordigd door het bestuur).

3 De hoofdregel uit artikel 2:130/240 lid 3 BW luidt immers dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging die aan het bestuur of aan een bestuurder toekomt, onbeperkt en onvoorwaardelijk is, *voor zover uit de wet niet anders voortvloeit*. Het antwoord op de vraag welke

## HOOFDSTUK 4

tegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder dus verder kan reiken dan zijn bestuursbevoegdheid.<sup>4</sup>

### 4.2 Bezwarende rechtshandelingen

Ten eerste is de bestuursbevoegdheid wettelijk beperkt in die zin dat rechtshandelingen als genoemd in artikel 2:94/204 lid 1 BW slechts zonder voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering door het bestuur kunnen worden verricht indien en voor zover aan het bestuur daartoe de bevoegdheid *uitdrukkelijk* bij de statuten is verleend. Dit betreft rechtshandelingen: (a) in verband met het nemen van aandelen waarbij bijzondere verplichtingen op de vennootschap worden gelegd,<sup>5</sup> (b) rakende het verkrijgen van aandelen op andere voet dan waarop de deelneming in de *naamloze* vennootschap voor het publiek wordt opengesteld,<sup>6</sup> (c) strekkende om enigerlei voordeel te verzekeren aan een oprichter der naamloze vennootschap of aan een bij de oprichting betrokken derde, en (d) betreffende inbreng op aandelen anders dan in geld. Overigens geldt dat bij (of voorafgaand aan) de oprichting van de vennootschap uit deze rechtshandelingen voor de vennootschap slechts verplichtingen kunnen ontstaan indien zij in haar geheel in de akte van oprichting zijn opgenomen of in een geschrift dat daaraan in origineel of in authentiek afschrift wordt gehecht (en waarnaar in de akte van oprichting wordt verwezen).

Dit artikel vindt haar oorsprong in artikel 64 van het Ontwerp Kist en was het eerste artikel in § 3 van dat ontwerp met als opschrift *Waarborgen voor de integriteit van het kapitaal*. Deze gedachte ligt m.i. ook thans nog aan de wet-

---

wettelijke beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid in algemene zin allemaal mogelijk zijn laat ik hier verder buiten beschouwing. Verwezen zij naar: Gepken-Jager 2000, p. 277 e.v.; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nrs. 162-163; Assink/Slagter 2013, § 18.1, p. 354 e.v.

4 Assink/Slagter 2013, § 18.1, p. 355; Asser/Maeijer 2-III 1994, nr. 294.

5 Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 133 merken op dat er weinig voorbeelden te vinden zijn in de jurisprudentie en noemen, onder verwijzing naar Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 138, een overeenkomst tot het nemen van aandelen waarin voor de vennootschap een non-concurrentiebeding is opgenomen.

6 Deze beperking geldt slechts voor de naamloze vennootschap. Denk bijvoorbeeld aan het verkrijgen van aandelen door de oprichters tegen een lagere prijs dan waarvoor zij aan het publiek (bijvoorbeeld op de beurs) worden aangeboden. De wetgever veronderstelde dat deelnemingen in een besloten vennootschap niet voor publiek worden opengesteld waardoor een corresponderende bepaling niet werd opgenomen in artikel 2:204 lid 1 BW. Vgl. Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 133. De vraag is evenwel of met het vervallen van de verplichte blokkeringsregeling en de komst van de eerste beurs-BV (zie daarover: Bootsma/Hijink/In 't Veld 2016, p. 555-561) deze veronderstelling nog wel juist is.

## WETTELIJKE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

telijke regeling ten grondslag. Toentertijd waren deze beperkingen nog beperkt tot overeenkomsten. In de toelichting daarop valt het navolgende te lezen:<sup>7</sup>

“Van veel gewicht zijn de – thans in ons Wetboek van Koophandel geheel ontbrekende – bepalingen omtrent den inbreng van iets anders dan geld en de andere in dit artikel genoemde overeenkomsten. In het algemeen moet volledige vrijheid bestaan, ook tot het aangaan van overeenkomsten als de hier bedoelde, mits dit geschiede *met volkomen kennis van zaken* en zonder benadeeling van derden. De verplichting om dergelijke overeenkomsten in de akte van oprichting op te nemen, levert in beide opzichten een voldoende waarborg op tegen misbruik, want zij geeft de zekerheid dat niemand in de vennootschap deelneemt zonder met die wellicht onereuse overeenkomsten bekend te zijn, of althans daarmede bekend te hebben kunnen zijn, indien hij zich slechts de moeite had gegeven het stuk te lezen, waaraan hij zijne toestemming heeft gehecht ; – terwijl de verplichte openbaarmaking der akte van oprichting ook aan ieder die zich met de vennootschap in betrekking stelt, de gelegenheid geeft zich te vergewissen, of en in hoeverre het maatschappelijk kapitaal, en daardoor ook de solvabiliteit der vennootschap, geacht moet worden door die overeenkomsten geleden te hebben. [...] Men moet ook waken tegen het sluiten van overeenkomsten als de hier bedoelde niet *vóór* of *bij*, maar *na* de oprichting der vennootschap, zonder dat de bevoegdheid tot het aangaan daarvan bij de akte uitdrukkelijk aan de bestuurders is verleend. Een absoluut verbod zou verkeerd zijn: het belang der vennootschap kan b.v. medebrengen, dat omtrent het nemen van nog ongeplaatste aandelen bijzondere overeenkomsten worden gemaakt.”

In het op dit ontwerp volgende Ontwerp Nelissen werd dit artikel overgenomen (en aangevuld) in artikel 43. In de toelichting wordt de essentie van de toelichting op het Ontwerp Kist herhaald:<sup>8</sup>

“*Art. 43a.* Overeenkomsten, gelijk bij het voorgaand artikel bedoeld, kunnen ook na de totstandkoming der naamloze vennootschap haar belangrijke schade berokkenen ; vandaar dat het bestuur niet wettelijk bevoegd mag worden verklaard deze overeenkomsten te sluiten, tenzij het daartoe bij akte van oprichting de bevoegdheid verkregen heeft. Een absoluut verbod zou eene uiterste beperking zijn van de vrijheid van den handel, en zou dikwijls verkeerd werken : het belang der vennootschap kan b. v. medebrengen dat omtrent het nemen van nog ongeplaatste aandelen bijzondere overeenkomsten worden getroffen. [...]”

---

7 Belinfante 1890, p. 97-99.

8 *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1909-1910, 217, nr. 3, p. 28.

#### HOOFDSTUK 4

Met deze beperking van de bestuursbevoegdheid wordt dus beoogd de vennootschap, maar ook aandeelhouders en derden te beschermen.<sup>9</sup>

Dat deze wettelijke beperking van de bestuursbevoegdheid statutair kan worden opgeheven (lees: de bevoegdheid kan alsnog statutair aan het bestuur worden toegekend) betekent ook dat deze bevoegdheid met beperkende voorwaarden kan worden verleend. Denk daarbij aan het onderwerpen van het bestuursbesluit tot het verrichten van een dergelijke rechtshandeling aan de voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen.

Hoewel deze visie in de literatuur niet onomstreden is,<sup>10</sup> heeft deze beperking van de bestuursbevoegdheid eveneens gevolgen voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur. Deze maakt het bestuur *vertegenwoordigingsonbevoegd*, welke eveneens externe werking heeft. Artikel 9 lid 1 van de eerste EG-richtlijn<sup>11</sup> bepaalt immers:

“De vennootschap wordt ten opzichte van derden gebonden door de rechtshandelingen welke door haar organen worden verricht, [...], tenzij door genoemde handelingen de bevoegdheden worden overschreden welke aan deze organen volgens de wet toekomen of kunnen worden toegekend.”<sup>12</sup>

Assink<sup>13</sup> merkt terecht op dat de ratio om aan wettelijke beperkingen of voorwaarden externe werking toe te kennen is gelegen in het feit dat deze uit de wet voortvloeien en derhalve geacht worden bij derden bekend te zijn. Dit maakt dan ook dat de vennootschap aan de betreffende rechtshandeling niet is gebonden. Een derde zal zich dan ook niet met succes op het bepaalde in artikel 2:16 lid 2 BW kunnen beroepen nu het wettelijk uitgangspunt is dat het bestuur ter zake onbevoegd is.<sup>14</sup>

9 Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 132.

10 Zie: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 163; Gepken-Jager 2001, p. 279-284; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 138; Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, nr. 56.

11 Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 welke richtlijn inmiddels is vervangen door de Richtlijn 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017, *PbEU* 2017, L 169/16.

12 De implementatie van de eerste EG-richtlijn heeft m.i. de mogelijkheden tot het beperken van de bestuursbevoegdheid verruimd. Onder het daarvoor geldende recht werkten beperkingen van de bestuursbevoegdheid door in de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Zie: Bierlaagh 1975, p. 394. Onder de nieuwe regeling was dat lang niet altijd meer het geval. Daardoor werd de rechtszekerheid in het handelsverkeer vergroot (vgl. *Kamerstukken II* 1969/70, 10 400, nr. 3, p 4). Nu derden over het algemeen genomen niet langer verdacht hoefden te zijn op beperkingen van de bestuursbevoegdheid, verviel daarmee m.i. een belangrijk argument tegen vergaande of ongewone beperkingen van de bestuursbevoegdheid.

13 Assink/Slagter 2013, § 17.7, p. 361.

14 Anders zo lijkt het: Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 134; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 163.

### 4.3 Nemen of verkrijging van (niet-volgestorte) aandelen

De wet bevat diverse beperkingen van de bestuursbevoegdheid met betrekking tot het (aandelen)kapitaal van de vennootschap. Ook deze beperkingen van de bestuursbevoegdheid beogen de integriteit van het vennootschappelijk kapitaal te beschermen. De eerste van deze beperkingen is een absoluut verbod op het nemen van eigen aandelen. Dit verbod werd ingevoerd als (indirect) gevolg van de Tweede EG-richtlijn.<sup>15</sup> Voor de naamloze en de besloten vennootschap bestaat er een subtiel verschil in de voor ieder van hen geldende wetstekst nu artikel 2:95 lid 1 BW bepaalt dat de vennootschap geen eigen aandelen *mag* nemen, terwijl artikel 2:205 BW bepaalt dat de vennootschap geen eigen aandelen *kan* nemen. Dit tekstuele verschil zorgt ook voor een verschil in consequenties bij overtreding van het verbod. Voor wat betreft de besloten vennootschap is er sprake van absolute nietigheid (lees: een onmogelijkheid).<sup>16</sup> Bij de naamloze vennootschap is er evenwel geen sprake van absolute nietigheid,<sup>17</sup> maar regelt de wet zelf de consequenties. Artikel 2:95 lid 2 BW bepaalt dat aandelen die de vennootschap in strijd met het wettelijk verbod heeft genomen op het tijdstip van nemen overgaan op de gezamenlijke bestuurders en zijn zij hoofdelijk aansprakelijk voor de volstorting van deze aandelen (vermeerderd met de wettelijke rente).<sup>18</sup> De vraag is evenwel of voor dit verschil tussen de regelingen voor de naamloze en besloten vennootschap thans nog een voldoende rechtvaardiging bestaat. Met de invoering van de Wet omzetting aandelen aan toonder,<sup>19</sup> behoren fysieke toonderstukken tot het verleden en kunnen dergelijke stukken slechts worden uitgegeven aan het centraal instituut of een intermediair als bedoeld in artikel 1 van de Wet giraal effectenverkeer (artikel 2:82 lid 1 BW). De vennootschap zou hooguit deelgenoot kunnen worden in een verzameldepot, maar dat is toch iets anders dan het nemen van eigen aandelen.<sup>20</sup> Voor het overige kan de naamloze vennootschap slechts aandelen op naam uitgeven, waarvoor – evenals bij de besloten vennootschap – notariële tussenkomst vereist is (vgl. artikel 2:86 lid 1 BW). Daarmee wordt het

15 Tweede Richtlijn 77/91/EEG van de raad van 13 december 1976. De verbeteringen van de kapitaalbescherming bij de naamloze vennootschap was voor de minister eveneens aanleiding om de kapitaalbescherming bij de besloten vennootschap te herzien. Zie: *Kamerstukken II* 1980/81, 16 551, nr. 3, p. 1. De Tweede Richtlijn is inmiddels vervangen door de Richtlijn 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017, *PbEU* 2017, L 169/16.

16 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 178. Door de verplichte tussenkomst van een notaris bij uitgifte van aandelen zal een dergelijk geval m.i. hoogst theoretisch zijn.

17 In *Kamerstukken II* 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 28 wordt als reden daarvoor aangedragen dat nietigheid als nadeel heeft dat het geplaatste kapitaal en dus de verhaalsmogelijkheid van crediteuren in werkelijkheid kleiner is dan de vennootschap heeft doen voorkomen.

18 Het gebruik van stromannen wordt bestreden door artikel 2:95 lid 3 BW dat bepaalt dat indien een ander in eigen naam, maar voor rekening van de vennootschap aandelen neemt, hij geacht wordt deze aandelen voor eigen rekening te nemen.

19 Wet van 13 februari 2019, *Stb.* 2019/107.

20 Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 313.

#### HOOFDSTUK 4

nemen van eigen aandelen door de vennootschap een zeer theoretische aangelegenheid. M.i. zouden beide regelingen derhalve gelijkgeschakeld dienen te worden.

De tweede wettelijke beperking van de bestuursbevoegdheid ten aanzien van het aandelenkapitaal heeft betrekking op de verkrijging van eigen aandelen door de vennootschap. Allereerst volgt deze uit artikel 2:98/207 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat verkrijging door de vennootschap van niet-volgestorte aandelen in haar kapitaal nietig is. Ook deze bepaling valt terug te voeren op het Ontwerp Kist, hoewel artikel 68 van dat ontwerp slechts bepaalde dat *inkoop* van niet-volgestorte aandelen in haar kapitaal *ongeoorloofd* was. In het Ontwerp Nelissen werd dit verbod ruimer getrokken door te bepalen dat *iedere overdracht* van niet-volgestorte aandelen aan de vennootschap nietig was.<sup>21</sup> In de toelichting op dit artikel wordt de ratio uiteengezet:

“Art. 43 g. Waar de aandeelhouder aansprakelijk is voor het bedrag der op zijne aandelen nog niet verrichte stortingen, kan overdracht van niet volgestorte eigen aandelen aan de naamloze vennootschap niet worden toegelaten. Immers door dien overgang zou de vordering der vennootschap tot volstorting van die aandelen door schuldvermenging te niet gaan en het vermogen der vennootschap mitsdien eene vermindering lijden. De wetgever zal intusschen niet kunnen volstaan met *inkoop* te verbieden, gelijk het ontwerp der Staatscommissie : iedere andere overdracht moet met ongeldigheid worden getroffen, zoodat bijv. ruiling, en zelfs schenking, evenzeer als koop en verkoop verboden zullen zijn.”

Ter zake van de verkrijging door de vennootschap van niet-volgestorte aandelen in haar kapitaal is het bestuur dus dan ook absoluut onbevoegd.

Uitsluitend voor wat betreft de naamloze vennootschap volgt uit artikel 2:98 lid 4 BW een nadere beperking van de bestuursbevoegdheid met betrekking tot de inkoop van eigen aandelen.<sup>22</sup> Dit artikel bepaalt dat het bestuur slechts bevoegd is om, anders dan om niet, aandelen in het eigen kapitaal van de vennootschap te verkrijgen, indien en voor zover de algemene vergadering het bestuur daartoe heeft gemachtigd. Deze wettelijke beperking kan niet alsnog langs statutaire weg worden opgeheven. Wel kan de algemene vergadering voor langere tijd het bestuur machtigen. Daarbij kan de algemene vergadering ook voorwaarden *c.q.* grenzen stellen aan de uitoefening door het bestuur van deze bevoegdheid. De zinsnede ‘De algemene vergadering bepaalt in de machtiging hoeveel aandelen

21 *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1909-1910, 217, nr. 2, p. 5.

22 Andere beperkingen aan de inkoop van eigen aandelen zoals artikel 2:98a lid 3 BW of 2:207d lid 2 BW laat ik hier verder buiten beschouwing. Deze hebben evenwel wel gevolgen voor het bestuur.

## WETTELIJKE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

mogen worden verkregen, hoe zij mogen worden verkregen en tussen welke grenzen de prijs moet liggen', moet in dat verband niet (te) restrictief worden geïnterpreteerd. Ook kunnen de statuten de verkrijging van eigen aandelen door zowel de naamloze als de besloten vennootschap geheel uitsluiten of anderszins beperken (vgl. artikel 2:98/207 lid 4 BW).

Voor deze beperkingen van de bestuursbevoegdheid geldt dat zij externe werking hebben. Voor verkrijging van aandelen op naam in strijd met genoemde beperkingen bepaalt de wet expliciet dat zij nietig zijn. Voor wat betreft aandelen aan toonder en certificaten van aandelen die de naamloze vennootschap in weerwil van de beperkingen heeft verkregen geldt dat zij op het tijdstip van verkrijging overgaan op de gezamenlijke bestuurders (vgl. artikel 2:98a lid 2 BW). Ingevolge het bepaalde in artikel 2:98a/207 leden 1 en 2 BW geldt voorts dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de vervreemder te goeder trouw.

Artikel 2:98c BW stelt grenzen aan steunverlening door de naamloze vennootschap aan derden bij het verkrijgen van aandelen in haar kapitaal.<sup>23</sup> Enerzijds geldt ingevolge lid 1 een absoluut verbod op het stellen van zekerheid, het geven van een koersgarantie of het zich op andere wijze sterk maken of zich hoofdelijk naast of voor anderen te verbinden ter zake. Anderzijds is het binnen de in artikel 2:98c lid 2 BW gestelde grenzen aan de vennootschap toegestaan om leningen te verstrekken. Ingevolge artikel 2:98c lid 5 BW behoeft het bestuursbesluit tot verstrekken van een lening de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering waarbij tevens (bij afwezigheid van een wettelijk voorgeschreven quorum) een versterkte meerderheid geldt. De sanctie op het overtreden van het in lid 1 gegeven absolute verbod – hoewel in de literatuur niet onomstreden<sup>24</sup> – is m.i. nietigheid van de betreffende rechtshandeling.<sup>25</sup>

De sanctie op overtreding van hetgeen in artikel 2:98c lid 2 BW is bepaald met betrekking tot het verstrekken van leningen lijkt een ingewikkeldere kwestie. Wat indien er slechts oppervlakkig onderzoek gedaan is naar de kredietwaardigheid van de derde (artikel 2:98c lid 2 sub c BW), maar de algemene vergadering wel haar goedkeuring als bedoeld in artikel 2:98c lid 5 BW heeft verleend?<sup>26</sup> Of wat indien aan alle voorwaarden als bedoeld in artikel 2:98c lid 2 BW is voldaan, maar de algemene vergadering niet om goedkeuring gevraagd is (of deze niet

23 Bij gelegenheid van de flexibilisering van het BV-recht (Wet van 18 juni 2012, *Stb.* 2012/300) werd het corresponderende artikel 2:207c BW voor de besloten vennootschap afgeschaft.

24 Zie hierover: Assink/Slagter 2013, § 33.3, p. 615-616.

25 Zie: Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 246 en de daarin opgenomen literatuurverwijzingen.

26 Zie over het moment waarop goedkeuring moet worden verleend: De Roo 2021, p. 435.



#### HOOFDSTUK 4

gegeven heeft)? Complicerende factor daarbij is dat de Wijzigingsrichtlijn<sup>27</sup> – waarop artikel 2:98c BW gebaseerd is – zelf niet bepaalt wat het rechtsgevolg is van het niet naleven van de voorschriften.<sup>28</sup> In de memorie van toelichting van het op de Wijzigingsrichtlijn gebaseerde wetsvoorstel wordt slechts gesproken over interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>29</sup> Uitzondering daarop is de afwezigheid van de door de algemene vergadering *ex* artikel 2:98c lid 5 BW te verlenen goedkeuring. Hierover wordt door de minister opgemerkt dat dit een uit de wet voortvloeiende beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid is die externe werking heeft.<sup>30</sup> M.i. zou een praktische oplossing zijn dat indien niet aan een of meer van de voorwaarden als bedoeld in artikel 2:98c lid 2 BW is voldaan, maar de algemene vergadering daaraan zijn goedkeuring heeft verleend, er sprake dient te zijn van een vernietigbaar besluit *ex* artikel 2:15 lid 1 sub a BW. Waar de algemene vergadering zich echter niet heeft kunnen uitspreken *c.q.* zich negatief heeft uitgesproken door haar goedkeuring te onthouden, dan is m.i. nietigheid *ex* artikel 2:14 lid 2 BW de aangewezen sanctie waarop de vennootschap zich ingevolge artikel 2:130/240 lid 3 BW tegenover een derde kan beroepen. Ik zou menen dat ook hier een derde zich niet succesvol op artikel 2:16 lid 2 BW zou moeten kunnen beroepen, nu het gaat om een wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid en ook deze derde geacht mag worden de wet te kennen.<sup>31</sup>

Tot slot van deze paragraaf nog de beperking zoals opgenomen in artikel 2:89a lid 1 BW ter zake van het in pand nemen door de naamloze vennootschap van aandelen in haar eigen kapitaal (of certificaten daarvan).<sup>32</sup> Dit artikel bepaalt dat de vennootschap zulks slechts *kan* doen<sup>33</sup> indien: (a) de in pand te nemen aandelen zijn volgestort, (b) het nominale bedrag van de in pand te nemen aandelen en de reeds gehouden of in pand gehouden eigen aandelen en certificaten daarvan tezamen niet meer dan een tiende van het geplaatste kapitaal bedraagt, en (c) de algemene vergadering de pandovereenkomst heeft goedgekeurd. De handeling waarbij aandelen (of certificaten daarvan) in strijd met 2:89a lid 1 BW in pand worden genomen is nietig.<sup>34</sup> In boek 2 BW ontbreekt evenwel een

27 Richtlijn 2006/68/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 september 2006 tot wijziging van de Tweede Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 betreffende de oprichting van naamloze vennootschappen en de instandhouding en wijziging van hun kapitaal. De Tweede Richtlijn is inmiddels vervangen door de Richtlijn 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017, *PbEU* 2017, L 169/16.

28 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 220, nr. 3, p. 5.

29 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 220, nr. 3, p. 5.

30 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 220, nr. 3, p. 18.

31 Anders: Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 246.

32 Zie voor kritiek op deze bepaling: Assink/Slagter 2013, § 37, p. 670 en de aldaar aangehaalde literatuur.

33 In het tweede lid van dit artikel wordt een uitzondering gemaakt voor financiële ondernemingen die in Nederland het bankbedrijf mogen uitoefenen.

34 Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 432 spreken echter over ongeldig.

regeling voor het in pand nemen van eigen aandelen door de besloten vennootschap<sup>35</sup> en moet het bestuur ter zake derhalve in beginsel onbeperkt bevoegd worden geacht.

#### 4.4 Overige wettelijk voorgeschreven goedkeuringen van bestuursbesluiten

In de wet is – naast de goedkeuringen als bedoeld in artikel 2:89a lid 1 BW, artikel 2:94/204 lid 1 BW en artikel 2:98c lid 5 BW – op nog een vijftal plaatsen verplichte goedkeuring van bestuursbesluiten opgenomen.<sup>36</sup> Ten eerste is dat de regeling zoals opgenomen in artikel 2:107a BW. Dit artikel werd ingevoerd naar aanleiding van een advies van de SER om de positie van de algemene vergadering te versterken door het toekennen van een goedkeuringsrecht ten aanzien van bestuursbesluiten die ertoe zouden strekken of tot gevolg zouden hebben dat de identiteit of het karakter van de vennootschap sterk zou veranderen.<sup>37</sup> Een door de SER voorgestelde beoordelingsvrijheid voor het bestuur om te bepalen of een besluit diende te worden voorgelegd aan de algemene vergadering werd door de wetgever niet overgenomen daar dit onzekerheid zou creëren.<sup>38</sup>

Oorspronkelijk zou een vergelijkbaar artikel eveneens worden ingevoerd voor de algemene vergadering van de besloten vennootschap. Naar aanleiding van commentaar vanuit VNO-NCW werd echter besloten om dit artikel 2:217a BW te schrappen. Er zou geen reden zijn om een wettelijk goedkeuringsrecht voor te schrijven omdat aandeelhouders van besloten vennootschappen doorgaans dicht bij het bestuur van de vennootschap betrokken zijn of in praktische zin in staat zijn om af te dwingen dat het bestuur niets ingrijpends doet zonder hun instemming.<sup>39</sup> Toevoeging van een wettelijk voorgeschreven goedkeuringsrecht

35 Zie uitgebreid hierover: Hamers 1996, p. 21-26.

36 Andere wettelijke regelingen buiten boek 2 BW, zoals het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ex artikel 27 WOR laat ik buiten beschouwing. In artikel 2:94c lid 1 BW zijn ook nog rechtshandelingen genoemd die – indien verricht zonder goedkeuring van de algemene vergadering of accountantsverklaring – ten behoeve van de naamloze vennootschap kunnen worden vernietigd. Voorts bepalen artikel 2:312 lid 4 BW en artikel 2:334f lid 4 BW dat een door het bestuur opgesteld fusie- of splitsingsvoorstel dient te worden goedgekeurd door de raad van commissarissen indien aanwezig (en met uitzondering van een splitsingsvoorstel als bedoeld in artikel 2:334hh lid 1 BW). Deze artikelen laat ik hier verder ook buiten beschouwing.

37 SER 2001, p. 83-84. Zie over het moment waarop goedkeuring moet worden gevraagd: De Roo 2021, p. 436.

38 SER 2001, p. 84, en voorts: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 19.

39 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 325 menen evenwel dat uit het systeem van het vennootschapsrecht voortvloeit dat ook zonder expliciete bepaling, ingrijpende wijzigingen in identiteit of karakter aan de algemene vergadering van de besloten

#### HOOFDSTUK 4

zou leiden tot overregulering en formaliteiten in het leven roepen die inhoudelijk niets zouden toevoegen, aldus VNO-NCW.<sup>40</sup> De minister liet zich door deze argumenten overtuigen.<sup>41</sup>

Tijdens de parlementaire behandeling<sup>42</sup> werd de tekst van artikel 2:107a BW uitgebreid besproken en bediscussieerd, mede in relatie tot de bevoegdheid van het bestuur. Zo schrijft de minister in de nota naar aanleiding van het verslag:<sup>43</sup>

“Het besturen van een vennootschap is de taak van het bestuur. Het besturen houdt in het beschikken over vennootschappelijke middelen alsmede het bepalen van de activiteiten van de vennootschap. Tot de bevoegdheid van het bestuur worden niet gerekend besluiten die wezenlijk betrekking hebben op de structuur van de vennootschap of de beschikking over de met de vennootschap verbonden onderneming betreffen. In dat geval wordt in feite beschikt over de vennootschap.”

Het beëindigen van een economische activiteit of het vervreemden van een onderdeel van de onderneming kwalificeert echter weer wel als een bestuurshandeling.<sup>44,45</sup> De Raad van State had geadviseerd om artikel 2:107a lid 1 sub c BW, waaronder goedkeuring dient te worden gevraagd voor het nemen of afstoten van (substantiële) deelnemingen, aan te vullen met het verkrijgen of vervreemden van activa in het algemeen. De minister gaf daaraan echter geen gehoor

---

vennootschap dienen te worden voorgelegd. Tegen een dergelijke analogische toepassing: Assink/Slagter 2013, § 43.3, p. 719-720, waarbij wordt opgemerkt dat artikel 2:107a BW wel een rol kan spelen als denkraam voor de contextuele invulling van artikel 2:217 lid 1 BW *jo.* artikel 2:8 BW. Zie in gelijke zin: Gerechtshof Amsterdam 7 april 2021, *JOR* 2021/201 (Human Concern) m.nt. T. Salemink, r.o. 3.16.

40 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 18.

41 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 19. Zie echter de noot van Salemink bij Gerechtshof Amsterdam 7 april 2021, *JOR* 2021/201 (Human Concern) m.nt. T. Salemink, waarin hij opmerkt dat de gevreesde overregulering plaatsgemaakt heeft voor onduidelijkheid en rechtsonzekerheid.

42 Zie voor een uitgebreide behandeling van de parlementaire geschiedenis van artikel 2:107a BW de conclusie van A-G Timmerman: Parket bij de Hoge Raad, 13 juli 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA7970 (ABN Amro), par. 3.40 e.v.

43 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 20.

44 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 22.

45 Zie in dit verband ook: HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme, r.o. 4.7 waarin de Hoge Raad oordeelde dat, hoewel op zichzelf genomen de verkoop door ABN Amro van LaSalle als een majeure transactie kan worden aangemerkt (koopprijs van maximaal € 15,5 miljard), deze niet van een zodanig omvang is dat daardoor een belangrijke verandering in de identiteit of het karakter van de vennootschap of onderneming van ABN Amro zou optreden (artikel 2:107a lid 1 aanhef BW). Ook aan de andere criteria zoals opgenomen in artikel 2:107a lid 1 BW werd in dit geval niet voldaan zodat geen goedkeuringsrecht voor de algemene vergadering ontstond.

## WETTELIJKE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

omdat naar zijn inzicht dergelijke beslissingen, behoudens uitzonderingen, tot het domein van het bestuur behoren.<sup>46</sup>

“Bestuursbesluiten omtrent investeringen en desinvesteringen anders dan in de vorm van een deelneming in het kapitaal van een andere vennootschap zijn op grond van het SER-advies en in overeenstemming met het advies van de commissie vennootschapsrecht niet onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering. De bedoelde besluiten behelzen bijvoorbeeld de aan- of verkoop van een gebouw. Dat is een typisch bestuursbesluit dat de identiteit of het karakter van de vennootschap niet per definitie zodanig raak [*sic*] dat een goedkeuringsrecht voor de algemene vergadering op zijn plaats is. Een dergelijk besluit kan wel – gelet op het ermee gemoeide financiële belang – onderworpen zijn aan de goedkeuring van de raad van commissarissen (art. 2:164 en 274 BW). Houdt de aanof [*sic*] verkoop van bepaalde activa in wezen de overdracht in van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming (artikel 2:107a/217a lid 1 sub a BW), dan liggen de zaken anders. Dat besluit is naar zijn aard op voorhand zodanig ingrijpend voor de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming dat een goedkeuringsrecht voor de algemene vergadering gerechtvaardigd is.”

Echter, ook een samenstel van transacties kan onder omstandigheden leiden tot een goedkeuringsrecht voor de algemene vergadering, zoals het geleidelijk verwerven van een deelneming.<sup>47</sup> In de nota naar aanleiding van het verslag is voorts nog een passage opgenomen over het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering indien er op het niveau van een dochtermaatschappij een transactie plaatsvindt.<sup>48</sup>

“In artikel 2:107a lid 1 BW wordt onder b. en c. verwezen naar transacties die door de vennootschap of een van haar dochtermaatschappijen worden verricht. Wanneer de desbetreffende transactie door een dochtermaatschappij geschiedt, neemt het bestuur van de dochtermaatschappij een besluit tot het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking of een besluit tot het nemen of afstoten van een deelneming. Het besluit wordt door het bestuur van de dochtermaatschappij uitgevoerd. Dat bestuur heeft daarbij een eigen bevoegdheid en verantwoordelijkheid. Het bestuur van de moedermaatschappij kan een dergelijk besluit dus niet voor haar dochtermaatschappij nemen. Het bestuur van de moedermaatschappij kan zich

---

<sup>46</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, B, p. 2, advies en nader rapport.

<sup>47</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 22. In zijn antwoord naar aanleiding van Kamervragen met betrekking tot deelbesluiten, maakte de minister onderscheid tussen enerzijds deelbesluiten die een grote transactie voorbereiden en deelbesluiten die samen één grote transactie vormen. Voor de eerste soort deelbesluiten geldt geen goedkeuringsrecht. Voor een samenstel van de tweede soort deelbesluiten kan dit wel het geval zijn.

<sup>48</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 23.

#### HOOFDSTUK 4

wel uitlaten ten aanzien van een transactie die op het niveau van de dochtermaatschappij zal plaatsvinden. Het neemt dan een besluit omtrent een transactie van de dochtermaatschappij. De formulering brengt met zich in [*sic*] dat de algemene vergadering van de moedermaatschappij een goedkeuringsrecht kan hebben in verband met een besluit van het bestuur van de moeder (als aandeelhouder van de dochtermaatschappij) over een voorgenomen transactie op het niveau van de dochtermaatschappij, indien die transactie voldoende ingrijpend is in relatie tot de aandeelhouders van de moedermaatschappij. Dan hebben zowel de algemene vergadering van de dochter als de algemene vergadering van de moeder in een bijzonder geval een goedkeuringsrecht. Dat is gerechtvaardigd indien de transactie op het niveau van de dochter zeer ingrijpend is voor de aandeelhouders van de moeder. Men denke aan een tussenholding in een groep die het voornemen heeft om over te gaan tot de vervreemding van een deelneming die een kroonjuweel is voor de groep. Dat kan van zodanig belang zijn voor de aandeelhouders van de moedermaatschappij dat deze daaraan hun goedkeuring moeten kunnen hechten. Tot grote problemen behoeft dit niet te leiden.”

Kort en goed komt het erop neer dat indien het bestuur van de dochter een belangrijk besluit neemt dat op grond van artikel 2:107a BW door het bestuur van de moeder (in zijn hoedanigheid als vertegenwoordiger van de aandeelhouder in de dochter) dient te worden goedgekeurd, dit goedkeuringsbesluit op grond van artikel 2:107a BW dient te worden voorgelegd aan de aandeelhouders van moeder. De uiteindelijke tekst van artikel 2:107a BW is (ingevolge de wet herziening van de structuurregeling)<sup>49</sup> als volgt komen te luiden:

“1. Aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen de besluiten van het bestuur omtrent belangrijke veranderingen van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming, waaronder in ieder geval:

- a. overdracht van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming aan een derde;
- b. het aangaan over verbreken van duurzame samenwerking van de vennootschap of een dochtermaatschappij met een andere rechtspersoon of vennootschap dan wel als volledig aansprakelijke vennote in een commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma, indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de vennootschap;
- c. het nemen of afstoten van deelnemingen in het kapitaal van een vennootschap ter waarde van ten minste een derde van het bedrag van de activa volgens de balans met toelichting of, indien de vennootschap een geconsolideerde balans opstelt, volgens de geconsolideerde balans met

---

49 Wet van 9 juli 2004, *Stb.* 2004/370.

## WETTELIJKE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

toelichting volgens de laatst vastgestelde jaarrekening van de vennootschap, door haar of een dochtermaatschappij.

2. Het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering op een besluit als bedoeld in lid 1 tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of bestuurders niet aan.”

Daarbij zij nog opgemerkt dat de in artikel 2:107a lid 1 sub a – c BW bedoelde gevallen niet limitatief zijn. Zij werden ‘*ter bevordering van de rechtszekerheid*’ slechts opgenomen als een indicatie wanneer er ‘*in ieder geval*’ sprake zou zijn van een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming.<sup>50</sup>

Ten tweede is er het goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen met betrekking tot de bestuursbesluiten zoals opgenomen in artikel 2:164/274 lid 1 BW, welk recht uitsluitend toekomt aan de raad van commissarissen van vennootschappen op wie ingevolge artikel 2:154/264 lid 1 BW het structuurregime van toepassing is. Het structuurregime werd destijds ingevoerd, onder meer met het oogmerk om de belangen van werknemers binnen de vennootschap te beschermen.<sup>51</sup> Evenals bij een statutair voorgeschreven goedkeuring ingevolge artikel 2:129/239 lid 3 BW, geldt voor deze wettelijke goedkeuringsregelingen dat aan het ontbreken van een goedkeuring geen externe werking toekomt (zie daarover paragraaf 5.3.5).<sup>52</sup> Dit werd ter wille van de rechtszekerheid uitdrukkelijk in de wet opgenomen (vgl. artikel 2:164/274 lid 2 BW en artikel 2:107a lid 2 BW).<sup>53</sup> Ook dient nog kort aandacht te worden besteed aan artikel 2:164a/274a lid 3 BW. Dit artikel bepaalt dat de bestuursbesluiten zoals opgenomen in artikel 2:164/274 BW niet ingevolge artikel 2:129a/239a lid 3 BW door een enkele bestuurder kunnen worden genomen. Dit om te voorkomen dat invloed op dergelijke besluiten aan de niet-uitvoerende bestuurders zou kunnen worden onttrokken.<sup>54</sup>

Ten derde bepaalt artikel 2:94c lid 1 BW<sup>55</sup> dat rechtshandelingen tot het verkrijgen van goederen en vorderingen die een jaar voor de oprichting van de vennoot-

50 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 179, nr. 31, p. 4-5.

51 *Kamerstukken II* 1969/70, 10 751, nr. 6, p. 8.

52 Hoewel statutaire verankering van de besluitenlijstjes zoals opgenomen in artikel 2:164/274 lid 1 BW en artikel 2:107a lid 1 BW in de praktijk wel voor komt, is zulks niet noodzakelijk. Dergelijke goedkeuringsrechten komen van rechtswege aan de raad van commissarissen, respectievelijk de algemene vergadering toe.

53 Van Zeben/Du Pon 1977, p. 1358; *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 20.

54 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 21.

55 Bij gelegenheid van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht van 18 juni 2012, *Stb.* 2012/300, is het corresponderende artikel 2:204c BW voor de besloten vennootschap geschrapt. Artikel 2:94c lid 1 BW bevat een van de weinig beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid die uit de wet voortvloeien als bedoeld in artikel 2:130/240 lid

#### HOOFDSTUK 4

schap of nadien toebehoorden aan een oprichter,<sup>56</sup> de goedkeuring behoeven van de algemene vergadering indien deze worden verricht binnen twee jaar na de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister (deze bepaling staat ook wel bekend als de *Nachgründungsregelung*).<sup>57</sup> Daarbij dient het bestuur een beschrijving op te maken van de te verkrijgen goederen en van de door de vennootschap te leveren tegenprestatie, die door alle bestuurders dient te worden ondertekend (vgl. artikel 2:94c lid 2 BW). Deze beschrijving dient vervolgens te worden voorzien van een accountantsverklaring die op haar beurt binnen acht dagen na de betreffende rechtshandeling of goedkeuring daarvan door de algemene vergadering, dient te worden gedeponereerd bij het handelsregister (vgl. artikel 2:94c lid 6 BW). De beschrijving en accountantsverklaring dienen vanaf de oproep voor de algemene vergadering waarin zij worden behandeld ten kantore van de vennootschap ter inzage te worden neergelegd (artikel 2:94c lid 5 BW *jo.* artikel 2:102 BW). Indien de rechtshandeling wordt verricht zonder goedkeuring van de algemene vergadering of zonder verklaring, dan kan deze ten behoeve van de vennootschap worden vernietigd (artikel 2:94c lid 1 BW). Daarbij volstaat een buitengerechtigde verklaring gericht aan de wederpartij.<sup>58</sup> De verjaringstermijn voor het instellen van deze vordering is drie jaar.<sup>59</sup>

Ten vierde bepaalt het recent ingevoerde artikel 2:169 lid 3 BW<sup>60</sup> *jo.* artikel 2:187 BW voor beursvennootschappen dat materiële transacties met verbonden partijen die niet in het kader van de normale bedrijfsvoering of niet onder normale marktvoorwaarden zijn aangegaan, onderworpen zijn aan de goedkeuring van de raad van commissarissen of het bestuur indien toepassing gegeven is aan artikel 2:129a BW. Indien er geen raad van commissarissen is of geen toepassing gegeven is aan artikel 2:129a BW, dan zijn bedoelde transacties onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering. Ingevolge artikel 2:167 lid 3 BW is een transactie materieel indien: (a) informatie over de transactie voorwetenschap is als bedoeld in artikel 7 lid 1 van Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik, en (b) zij is aangegaan tussen de vennootschap en een verbonden partij,

---

1 BW. Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 162; Gepken-Jager 2000, p. 278.

56 Voor de toepassing van deze regeling is niet relevant of de rechtshandeling met de oprichter wordt verricht. Het gaat om het antwoord op de vraag of de betrokken goederen al dan niet hebben toebehoord aan de oprichter. Zie: Reumers 2020, p. 169 en voorts: Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 172.

57 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 220, nr. 3, p. 14.

58 Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 176.

59 Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 176; Reumers 2020, p. 169-170.

60 Wet van 6 november 2019, *Stb.* 2019/423 en Besluit van 25 november 2019, *Stb.* 2019/436 (inwerkingtreding 1 december 2019). Ingevoerd naar aanleiding van artikel 9 *quater* van de Richtlijn 2017/828/EU van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft.

## WETTELIJKE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

daaronder in ieder geval begrepen: (i) een of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk ten minste een tiende gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, (ii) een bestuurder van de vennootschap, of (iii) een commissaris van de vennootschap. Daarnaast wordt onder verbonden partijen ook begrepen verbonden partijen als bedoeld in de door de International Accounting Standards Board vastgestelde en door de Europese Commissie goedgekeurde standaarden (artikel 2:167 lid 2 BW). Artikel 2:169 lid 3 BW schrijft niet voor op welk moment goedkeuring voor de transactie moet worden gevraagd. Nu de regeling evenwel bedoeld is om te zorgen voor adequate waarborgen voor de bescherming van de belangen van de vennootschap en de (minderheids)aandeelhouders in geval van dergelijke transacties,<sup>61</sup> ligt het voor de hand dat in beginsel voorafgaande goedkeuring wordt gevraagd.<sup>62</sup> Voorts bepaalt artikel 2:169 lid 4 BW dat een bestuurder – en datzelfde geldt voor een commissaris of aandeelhouder – niet deelneemt aan de besluitvorming indien hij betrokken is bij de transactie met de verbonden partij. Dit artikel werd ingevoegd naar aanleiding van de consultatiereactie van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht die opmerkte dat de ‘gewone’ tegenstrijdig belang regeling van artikel 2:129 lid 6 (en 2:140 lid 5 BW) niet volstond ter implementatie van de richtlijn nu een bestuurder (of commissaris) betrokken kan zijn bij een transactie met een verbonden partij zonder daarbij een persoonlijk belang te hebben, bijvoorbeeld omdat hij een functie vervult bij de verbonden partij of een daaraan gelieerde entiteit.<sup>63</sup> In artikel 2:170 BW wordt de regeling ook van toepassing verklaard bij materiële transacties tussen een dochtermaatschappij van de vennootschap en een met de vennootschap verbonden partij. Opvallend daarbij is dat de goedkeuringsregeling van artikel 2:169 lid 3 BW niet van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Dit maakt ontduiking van de regeling mogelijk.<sup>64</sup> Hoewel de wet, noch de richtlijn waarop zij gebaseerd is, zich daarover expliciet uitlaten, zou ik menen dat het ontbreken van een goedkeuring als bedoeld in artikel 2:169 lid 3 BW, de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur met betrekking tot de materiële transactie ongemoeid laat.

Ten slotte bevat het eveneens recent ingevoerde artikel 2:114b lid 3 BW<sup>65</sup> *jo.* artikel 2:187 BW het voorschrift – ook uitsluitend voor het bestuur van beursvennootschappen – dat het met redenen omklede besluit tot het invoeren van de wettelijke

61 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 058, nr. 3, p. 14.

62 Leijten 2020, p. 236. Zie tevens: De Roo 2021, p. 444, die ook een transactie onder de opschortende voorwaarde van goedkeuring toegestaan acht. Denkelijk zou goedkeuring in een voorkomend geval ook achterwege mogen blijven op grond van artikel 2:8 lid 2 BW.

63 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 058, nr. 3, p. 18.

64 Leijten 2020, p.237. De Roo 2021, p. 445 vraagt zich af of een dergelijke ontduikingstransactie wel strookt met de plicht van het bestuur om de belangen van anderen in beginsel achter te stellen bij het belang van de vennootschap.

65 Wet van 24 maart 2021, *Stb.* 2021/185 en Besluit van 20 april 2021, *Stb.* 2021/210 (inwerkingtreding 1 mei 2021).



## HOOFDSTUK 4

bedenktijd onderworpen is aan de goedkeuring van de raad van commissarissen zo deze aanwezig is. Het doel van de wettelijke bedenktijd is om het bestuur van een beursvennootschap – in bepaalde in de wet voorgeschreven gevallen – meer tijd en rust te gunnen voor de inventarisatie en weging van de belangen van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming alsmede de belangen van haar stakeholders, e.e.a. met het oog op een zorgvuldige beleidsbepaling.<sup>66</sup> De wet bepaalt niet of goedkeuring voorafgaand aan het inroepen van de bedenktijd moet worden verkregen of dat ook goedkeuring achteraf is toegestaan.<sup>67</sup>

Ingevolge artikel 2:114b lid 2 BW kan de vennootschap deze bedenktijd inroepen<sup>68</sup> indien: (a) een of meer aandeelhouders de vennootschap verzoeken om behandeling (te agenderen) van een voorstel tot benoeming, schorsing of ontslag van bestuurders of commissarissen of een voorstel tot wijziging van statutaire bepalingen die betrekking hebben op de benoeming, schorsing of ontslag van bestuurders of commissarissen, of (b) indien een openbaar bod is aangekondigd of uitgebracht op de aandelen in het kapitaal van de vennootschap zonder dat daarover overeenstemming is bereikt met de vennootschap (*i.e.* een vijandig bod), èn het onder (a) bedoelde verzoek of het onder (b) bedoelde bod naar het oordeel van het bestuur wezenlijk in strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Met het begrip ‘*wezenlijk*’ wordt tot uitdrukking gebracht dat het moet gaan om een beoordeling van de te verwachten substantiële schending van belangen van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.<sup>69</sup>

De wettelijke bedenktijd heeft een looptijd van maximaal tweehonderdvijftig dagen (artikel 2:114b lid 5 BW) en heeft tot gevolg dat de bevoegdheid van de algemene vergadering tot: (i) benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen,<sup>70</sup> (ii) het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen, met als gevolg het onmiddellijke ontslag van de leden,<sup>71</sup> en (iii) het wijzigen van de statuten, voor zover deze statutenwijziging betrekking heeft op benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders of commissarissen, wordt opgeschort.<sup>72</sup>

### 4.5 Tegenstrijdig belang

Ingevolge artikel 2:129/239 lid 6 BW neemt een bestuurder niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming door het bestuur indien hij daarbij een direct

---

66 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 367, nr. 3, p. 1.

67 Zie ook: De Roo 2021, p. 452 die aanneemt dat beide is toegestaan.

68 Deze regeling geldt evenwel niet voor beursvennootschappen die gebruik hebben gemaakt van de wettelijke regeling van artikel 2:359b lid 1 sub a BW. Zie daarover paragraaf 5.5.

69 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 367, nr. 3, p. 39.

70 Artikelen 2:132 lid 1 BW, 2:134 lid 1 BW, 2:142 lid 1 BW en 2:144 lid 1 BW.

71 Artikel 2:161a leden 1 en 3 BW.

72 Artikel 2:114b lid 6 BW.

## WETTELIJKE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

of indirect persoonlijk belang heeft dat strijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Voorts geldt dat wanneer daardoor geen besluit genomen kan worden, het besluit genomen wordt door de raad van commissarissen of, indien deze ontbreekt, door de algemene vergadering. E.e.a. tenzij de statuten anders bepalen. Dit artikel werd ingevoerd bij gelegenheid van de Wet tot wijziging van boek 2 Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (de Wet bestuur en toezicht)<sup>73</sup> en bevat, wat je zou kunnen noemen een voorwaardelijke beperking van de bestuursbevoegdheid<sup>74</sup> van individuele bestuurders. Indien zij een tegenstrijdig belang hebben *mogen* zij niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming in het bestuur. Iets anders is dat een dergelijke bestuurder dat wel *kan*. De gedachte achter de wettelijke regeling is dat door het uitsluiten van de met een tegenstrijdig belang besmette bestuurder, door de overige bestuurders alsnog een zuivere – *van vreemde smetten vrij(e)* – belangenafweging en besluitvorming kan plaatsvinden.<sup>75</sup> Deze wettelijke regeling heeft dan ook een waarborgfunctie: zij beoogt een zuivere belangenafweging en besluitvorming te borgen. De huidige tegenstrijdig belang regeling heeft in beginsel geen externe werking: de vennootschap blijft als uitgangspunt gebonden aan rechtshandelingen die zijn verricht op basis van een bestuursbesluit waaraan een geconflieeerde bestuurder heeft deelgenomen.<sup>76</sup>

Wanneer is er dan nu sprake van een tegenstrijdig belang? In de memorie van toelichting wordt hierover onder meer het navolgende gezegd:<sup>77</sup>

“Of een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft ten opzichte van de vennootschap moet, zoals hiervoor is aangegeven, worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval. De enkele omstandigheid dat een bestuurder een eigen belang heeft, hoeft niet te leiden tot de kwalificatie van een tegenstrijdig belang. Daarvan is geen sprake zolang de belangen van de bestuurder parallel lopen met de belangen van de vennootschap. Zo leidt de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst met of het bezit van aandelen in de vennootschap niet automatisch tot een tegenstrijdig belang van de bestuurder. Dat laat onverlet dat een eigen belang, bijvoorbeeld door een wijziging van omstandigheden, een tegenstrijdig belang kan worden. Of sprake is van een tegenstrijdig belang, moet van geval tot geval worden beoordeeld. In bijvoorbeeld een overnamesituatie, waarin wordt onderhandeld over de toekomst van de vennootschap en alle daarbij betrokkenen, is

73 Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011/275.

74 Zie tevens: Assink/Verbrugh 2016, p. 55-63.

75 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 12. Zie voor kritiek op deze gedachtegang, mede vanuit sociaalpsychologisch perspectief: Assink/Slagter 2013, § 51.6, p. 989.

76 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 14; *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 7.

77 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 12.

#### HOOFDSTUK 4

alertheid van bestuurders en commissarissen op een mogelijk tegenstrijdig belang gepast, onder meer in het geval een bestuurder een vergoeding in het vooruitzicht is gesteld bij het welslagen van de overname.”

De aanwezigheid van een *eigen* of *persoonlijk* belang leidt dus niet zonder meer tot de conclusie dat er sprake is van een *tegenstrijdig* belang. Ook geldt dat het voor het aannemen van een tegenstrijdig belang niet noodzakelijk is dat er sprake is of zal zijn van daadwerkelijke benadeling van de vennootschap.<sup>78</sup> Waar het om gaat is dat het (directe of indirecte) persoonlijk belang van de betreffende bestuurder zodanig is dat hij – in de woorden van de Hoge Raad – zich niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste *integriteit* en *objectiviteit* te behartigen.<sup>79</sup> Dat persoonlijke belang van de bestuurder kan een financieel belang betreffen maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn. Ook immateriële belangen bijvoorbeeld als gevolg van de persoonlijke relatie tussen een bestuurder en een andere (rechts)persoon die door het te nemen besluit geraakt wordt<sup>80</sup> kunnen gelden als een dergelijk persoonlijk belang.<sup>81</sup> In die zin dient een ‘persoonlijk’ belang ruim te worden uitgelegd.<sup>82</sup>

Leijten wijst erop dat de Hoge Raad in het Bruil-arrest ook een conflict van plichten onder het bereik van het begrip tegenstrijdig belang heeft willen brengen.<sup>83</sup> In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat de wettelijke regeling ter zake niet alleen strekt tot bescherming van het vennootschappelijk belang wanneer er een persoonlijk belang van een bestuurder in het spel is, maar ook in het geval dat de bestuurder betrokken is bij een ander – met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend – belang en hij *als gevolg van die betrokkenheid* niet in staat moet worden geacht om het vennootschappelijk belang te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder verwacht mag worden.<sup>84</sup> Een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang – bijvoorbeeld in het geval waarbij een persoon (uitsluitend) bestuurder is van twee vennootschappen die

---

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

79 HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420 (Bruil/Kombex) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.7.

80 Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 23 waar slechts gesproken wordt over de persoonlijke relatie tussen de bestuurder en een andere persoon die bij de beoogde transactie betrokken is.

81 Zie reeds: HR 14 november 1940, *NJ* 1941 (Maas/Amazone), waar de Hoge Raad spreekt over de voldoening die een vader kan putten uit het feit dat zijn zoon een ruim salaris voor zijn werkzaamheid bedingt.

82 De Jongh 2019a, p. 359 onder verwijzing naar HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420 (Bruil/Kombex) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.4.

83 Leijten 2019, p. 432.

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

## WETTELIJKE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

met elkaar een transactie aangaan – zou dus onder het bereik van de wettelijke regeling moeten (kunnen) vallen.<sup>85</sup>

Ten slotte geldt nog dat de enkele schijn van een tegenstrijdig belang weer niet doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of de betreffende bestuurder zich van deelname aan de besluitvorming dient te onthouden.<sup>86</sup> Het moet wel steeds gaan om een concreet tegenstrijdig belang.<sup>87</sup> De vraag of een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft is dus niet zo eenvoudig te beantwoorden. Het zijn telkens de omstandigheden van het geval die (al dan niet) tot die conclusie leiden. Een uitputtende catalogus van alle gevallen van tegenstrijdig belang is dan ook niet te geven.<sup>88</sup> Goed is evenwel om steeds voor ogen te houden dat het niet gaat om de vraag of het betreffende bestuursbesluit bevorderlijk is voor bestendig succes van de vennootschap en haar activiteiten maar of de bestuurder bij het betreffende besluit een zodanig eigen belang heeft dat hij daardoor niet in staat kan worden geacht het vennootschappelijk belang met de vereiste *integriteit* en *objectiviteit* te behartigen.

Dan de (mogelijk) geconflicteerde bestuurder zelf. Wat dient hij te doen? Artikel 2:129/239 lid 6 BW zegt slechts dat hij niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming door het bestuur. In aanvulling daarop wordt in de literatuur gezegd dat – hoewel zulks naar de letter van de wet niet verboden is – in de ratio van de regeling besloten ligt dat de bestuurder zich eveneens dient te onthouden van deelname aan voorbereidingshandelingen die voorafgaan aan de fase van beraadslaging en besluitvorming.<sup>89</sup> Dit komt mij juist voor. In de parlementaire geschiedenis wordt ook nog opgemerkt dat er bij de overige bestuurders wel behoefte kan bestaan om informatie in te winnen bij de geconflicteerde bestuurder. Daartoe kan en mag de desbetreffende bestuurder voorafgaand aan de bestuursvergadering of zelfs bij de introductie van het agendapunt in de bestuursvergadering door zijn medebestuurders worden gehoord.<sup>90</sup> Daarbij dienen de overige bestuurders zich steeds te realiseren dat de aldus verkregen

---

85 Leijten 2019, p. 432 wijst nog op de enkele maanden na Bruil gewezen Versatel II-beschikking waarin de Hoge Raad – onder verwijzing naar het Bruil-arrest – overwoog dat “voor het aannemen van tegenstrijdige belangen [...] voldoende is dat de betrokken commissarissen te maken hebben met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of zij zich bij hun handelen uitsluitend laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.” Zie: HR 14 september 2007, NJ 2007/612 (Versatel II) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 4.3. In die zaak ging het om commissarissen die tevens functionarissen waren van de Versatel-groep waar de betrokken vennootschap Tele2 onderdeel van was gaan uitmaken. Zie voorts: De Jongh 2019b 47-54.

86 Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 23.

87 Assink/Slagter 2013, § 51.6, p. 965.

88 Stokkermans 2017b, p. 943.

89 Assink/Slagter 2013, § 51.6, p. 981.

90 Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 20.

#### HOOFDSTUK 4

informatie mogelijk ‘gekleurd’ is.<sup>91</sup> Het voorgaande geldt m.i. *mutatis mutandis* voor het geval waarin een geconflieeerde bestuurder – al dan niet uit praktische overwegingen – toch heeft deelgenomen aan de voorbereidingshandelingen.

Hoewel dit niet expliciet blijkt uit de wetstekst ligt het in beginsel op de weg van de betreffende bestuurder om melding te maken van een *mogelijk* tegenstrijdig belang.<sup>92</sup> Zulks volgt m.i. uit het beginsel van een behoorlijke taakvervulling en meer in het bijzonder uit de vertrouwenspositie die een bestuurder bekleedt. Melding dient in beginsel steeds te geschieden bij het bestuur.<sup>93</sup> Uitzonderingen op deze meldplicht zijn evenwel denkbaar. Zo zal m.i. niet behoeven te worden gemeld in het geval waarin de overige bestuurders al op de hoogte zijn van het tegenstrijdig belang of het betrokken belang van de bestuurder een zeer beperkte materialiteit of zeer geringe substantie heeft.<sup>94</sup> Vervolgens zal het bestuur – *minus* de mogelijk geconflieeerde bestuurder – dienen te besluiten of er inderdaad een tegenstrijdig belang bestaat als gevolg waarvan door de betreffende bestuurder niet kan worden deelgenomen aan de beraadslaging en besluitvorming. In die zin vormt de wettelijke regeling dus een uitzondering op het beginsel van de collegiale besluitvorming. Ook geldt dat indien een bestuurder zijn tegenstrijdig belang niet heeft gemeld maar een andere bestuurder daar wel van op de hoogte is, de deelname aan de beraadslaging en besluitvorming door het bestuur aan de geconflieeerde bestuurder kan worden ontzegd.<sup>95</sup>

Het besluit van het bestuur omtrent de (on)bevoegdheid van een mogelijk geconflieeerde bestuurder is – zonder nadere statutaire regeling – niet constituerend voor diens (on)bevoegdheid.<sup>96</sup> Deze volgt uit de wet (vgl. artikel 2:129/239 lid 6 BW) en zal – in geval van twijfel – *ex post* door de rechter moeten worden vastgesteld. Een statutaire regeling waarbij de beslissing omtrent de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang wordt opgedragen aan het bestuur (exclusief de besmette bestuurder), de raad van commissarissen of de algemene vergadering lijkt mij wel mogelijk.<sup>97</sup> Dit is alsdan te beschouwen als een beperking van de bestuursbevoegdheid in de zin van artikel 2:129/239 lid 1 BW. In de statuten kan eveneens het tegenstrijdig belang begrip worden ingevuld in

91 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 20.

92 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 13.

93 Assink/Verbrugh 2016, p. 61. Ook dit blijkt niet uit de wettelijke regeling maar ligt m.i. wel in de rede waar het een individuele bestuurder betreft nu het gaat om zijn deelname aan de bestuurlijke besluitvorming.

94 In die zin dat vanwege het geringe belang redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daardoor het beoordelingsvermogen van de betreffende bestuurder niet wordt vertroebeld.

95 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 7.

96 Datzelfde geldt *mutatis mutandis* voor een vergelijkbaar besluit door de algemene vergadering of de raad van commissarissen.

97 Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 21: “*Uiteraard is het toegestaan om in de statuten te bepalen dat de raad van commissarissen een goedkeuringsrecht heeft ten aanzien van de vraag of een tegenstrijdig belang bestaat.*”

## WETTELIJKE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

die zin dat nader wordt geduid welke gevallen *in ieder geval* onder het wettelijke begrip tegenstrijdig belang worden geschaard. Ook een uitbreiding van het begrip tegenstrijdig belang tot gevallen die normaal gesproken buiten de wettelijke regeling zouden vallen is m.i. statutair mogelijk. Een krappere definitie van het tegenstrijdig belangbegrip – in die zin dat bepaalde situaties op voorhand worden uitgezonderd – is m.i. evenwel niet mogelijk.<sup>98</sup>

Voor beursvennootschappen is in de Nederlandse Corporate Governance Code 2016, in Principe 2.7 en onderliggende best practice-bepalingen, een specifieke regeling opgenomen omtrent belangenverstremming. Deze regeling is breder dan de wettelijke tegenstrijdig belang regeling en richt zich op het voorkomen van belangenverstremming ongeacht of er binnen het bestuur sprake is van beraadslaging en besluitvorming.<sup>99</sup> Zo bepaalt best practice-bepaling 2.7.1 dat bestuurders (en commissarissen) alert dienen te zijn op belangenverstremming en in ieder geval: (i) niet in concurrentie met de vennootschap zullen treden, (ii) geen (substantiële) schenkingen van de vennootschap voor zichzelf, of voor hun echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de tweede graad vorderen of aannemen, (iii) ten laste van de vennootschap geen ongerechtvaardigde voordelen verschaffen aan derden, en (iv) geen zakelijke kansen die aan de vennootschap toekomen (de zgn. *corporate opportunities*) benutten voor zichzelf, of voor hun echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de tweede graad. Voorts bepaalt best practice-bepaling 2.7.3 dat een tegenstrijdig belang *kan* bestaan wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon: (i) waarin een bestuurder (of commissaris) een materieel financieel belang houdt, of (ii) waarvan een bestuurder (of commissaris) een familierechtelijke verhouding heeft met een bestuurder of commissaris van de vennootschap. Dit deel van deze bepaling dient te worden beschouwd als een (gedeeltelijke) nadere specificering van het bredere wettelijk tegenstrijdig belang begrip. Vervolgens zegt best practice-bepaling 2.7.3 dat een bestuurder een potentieel tegenstrijdig belang bij een transactie die van materiële betekenis is voor de vennootschap en/of de betreffende bestuurder onverwijld dient te melden aan de voorzitter van de raad van commissarissen en aan de overige leden van het bestuur, onder verschaffing van alle relevante informatie, inclusief de voor de situatie relevante informatie inzake zijn echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de tweede graad. Vervolgens besluit de raad van commissarissen buiten aanwezigheid van de betrokken bestuurder of er sprake is van een tegenstrijdig belang. Ik lees deze bepaling zo dat het voornamelijk gaat om de snelheid waar-

98 Evenzo: Assink/Verbrugh 2016, p. 60.

99 Kleipool/Van Olffen/Roelvink 2017, p. 131-132.

## HOOFDSTUK 4

mee door de betrokken bestuurder gemeld wordt (*i.e.* onverwijld). Ook in andere gevallen waar conform het wettelijk begrip een (potentieel) tegenstrijdig belang speelt dient een bestuurder m.i. uit hoofde van een behoorlijke taakvervulling melding te maken aan de raad van commissarissen en het bestuur.

Best practice-bepaling 2.7.2 schrijft voor dat het reglement van de raad commissarissen regels moet bevatten voor de wijze waarop omgegaan dient te worden met belangenverstrengeling, waaronder tegenstrijdig belang. Het reglement moet tevens beschrijven voor welke transacties goedkeuring van de raad van commissarissen is vereist, waaronder in gevolge best practice-bepaling 2.7.4 in ieder gevallen vallen besluiten tot het aangaan van transacties, waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders of commissarissen spelen en die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor de betreffende bestuurder (of commissaris). Deze transacties dienen telkens tegen op de markt gebruikelijke condities te worden overeengekomen en tevens te worden gepubliceerd in het bestuursverslag, met vermelding van het tegenstrijdig belang en de verklaring dat best practice-bepalingen 2.7.3 en 2.7.4 zijn nageleefd. Tot slot bevat best practice-bepaling 2.7.6 een verbod op het verstrekken door de vennootschap van persoonlijke leningen, garanties en dergelijke aan haar bestuurders (en commissarissen), tenzij in de normale uitoefening van haar bedrijf en tegen de daarvoor voor het gehele personeel geldende voorwaarden. E.e.a. na goedkeuring van commissarissen. De leningen mogen niet worden kwijtgescholden.

De hierboven weergegeven regeling geldt voor beursvennootschappen in aanvulling op de wettelijke tegenstrijdig belang regeling. Op basis van het ‘*pas toe of leg uit*’-principe, kan evenwel van de regeling uit de Code worden afgeweken.<sup>100</sup>

Indien door de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang geen bestuursbesluit kan worden genomen dient het besluit ingevolge de wettelijke regeling genomen te worden door de raad van commissarissen of – bij het ontbreken daarvan – door de algemene vergadering. Het niet *kunnen* nemen van een bestuursbesluit dient te worden begrepen als: het niet kunnen nemen van een bestuursbesluit als gevolg van een bij het *gehele bestuur aanwezige tegenstrijdig belang* (lees: het gehele bestuur dient onbevoegd te zijn).<sup>101</sup> Indien door de afwezigheid van een geconflieeerde bestuurder een patstelling in het bestuur ontstaat of niet kan worden voldaan aan bepaalde statutaire quorum-, gekwalificeerde meer-

100 Nederlandse Corporate Governance Code 2016, p. 11.

101 Zie: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 14 waarin gesproken wordt over het ontbreken van een wettelijk bevoegd orgaan. Zie voorts: *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 11, p. 24 en 42.

## WETTELIJKE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

derheids- of unanimitateisen dan betekent dat niet dat als gevolg van artikel 2:129/239 lid 6 BW het besluit kan worden genomen door de raad van commissarissen of de algemene vergadering.<sup>102</sup> Indien dit ongewenst is zullen de statuten een nadere regeling moeten bevatten.

Indien de raad van commissarissen, onderscheidenlijk de algemene vergadering, op grond van artikel 2:129/239 lid 6 BW dient te besluiten, dan geldt voor de eerstgenoemde dat zij op grond van het bepaalde in artikel 2:140/250 lid 2 BW gehouden is zich bij deze besluitvorming te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Voor de algemene vergadering geldt een dergelijk richtsnoer niet. Zij wordt voor wat betreft deze besluitvorming vennootschapsrechtelijk slechts genormeerd door het bepaalde in artikel 2:8 lid 1 BW.

Tot 1 juli 2021 kende de wet artikel 2:151/261 BW<sup>103</sup> dat luidde als volgt:

“1. Allen, commissarissen of anderen, die, zonder deel uit te maken van het bestuur der [naamloze] vennootschap, krachtens enige bepaling der statuten of krachtens besluit der algemene vergadering, voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden daden van bestuur verrichten, worden te dien aanzien, wat hun rechten en verplichtingen ten opzichte van de vennootschap en van derden betreft, aangemerkt als bestuurders.  
2. Het goedkeuren van bepaalde bestuurshandelingen of het daartoe machtigen geldt niet als het verrichten van daden van bestuur.”

In de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen werd omtrent de afschaffing van artikel 2:151/261 BW opgemerkt:<sup>104</sup>

“De regel is ontleend aan de bepalingen over het verrichten van bestuursdaden door een niet-bestuurder bij de NV (artikel 2:151 BW) en de BV (artikel 2:261 BW). De laatstgenoemde bepalingen komen bijna letterlijk overeen met de voorgangers van deze bepalingen zoals die in 1928 werden opgenomen in het Wetboek van Koophandel. Strecking van de regels was destijds met name om vast te leggen dat personen die bevoegdlijk bestuursdaden verrichtten, op dezelfde voet aansprakelijk waren als bestuurders. De vraag in welke gevallen een niet-bestuurder bevoegd is tot het verrichten van bestuurshandelingen, wordt in de bepalingen overigens niet beantwoord. *Aangenomen werd dat deze bepalingen van belang waren voor het geval van tegenstrijdig belang van de bestuurders en voor het geval van ontstentenis of belet van bestuurders. Aangezien de tegenstrijdigbelangregeling*

102 Nowak/Leijten 2012, p. 503; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 228.

103 Wet van 11 november 2020, *Stb.* 2020/507 en Besluit van 1 december 2020, *Stb.* 2020/508.

104 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 3, p. 13.



#### HOOFDSTUK 4

*voor de NV en de BV sinds 2013 niet meer uitgaat van een «vertegenwoordigingsregel» maar van een «besluitvormingsregel», zijn de bepalingen nu alleen nog van belang in het kader van ontstentenis of belet.» [curs. JT]*

Dat artikel 2:151/261 BW niet meer van belang zou zijn in het kader van de tegenstrijdig belang regeling lijkt mij evenwel onjuist.<sup>105</sup> De tekst van artikel 2:151/261 lid 1 BW was niet beperkt tot vertegenwoordigingshandelingen.<sup>106</sup> De bewoording van artikel 2:151/261 lid 2 BW wees juist op een ruime interpretatie van het eerste lid nu specifiek het goedkeuren van bepaalde bestuurshandelingen of het daartoe machtigen worden uitgezonderd van de werking van het eerste lid.<sup>107</sup> Indien artikel 2:151/261 lid 1 BW slechts op vertegenwoordigingshandelingen had gezien was een dergelijke uitzondering niet nodig geweest. M.i. had deze regeling tot gevolg dat de algemene vergadering bij het nemen van besluiten onder de tegenstrijdig belang regeling binnen het bereik van artikel 2:9 BW ter zake van behoorlijke taakvervulling werd gebracht en op grond van het bepaalde in artikel 2:129/239 lid 5 BW tevens het vennootschappelijk belang tot richtsnoer diende te nemen.<sup>108</sup> Door het afschaffen van artikel 2:151/261 BW geldt dit echter niet langer.<sup>109,110</sup>

Een volgende vraag is of de raad van commissarissen, onderscheidenlijk de algemene vergadering, alleen ja of nee mag zeggen tegen een aan haar als gevolg van artikel 2:129/239 lid 6 BW voorgelegd besluit of dat zij ook wijzigingen mogen aanbrengen. M.i. dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad geldt dat het bepalen van het beleid en de strategie van een vennootschap en de met haar verbonden onderneming in beginsel een aangelegenheid van het bestuur is.<sup>111</sup> Ook een besluit waarbij een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft geeft vorm dan wel uitvoering aan het beleid en de strategie. De tegenstrijdig belang regeling is primair een gedragsnorm en heeft als doel het beschermen van de vennootschap<sup>112</sup> tegen een door persoonlijke belangen van een bestuurder vertroebelde belangenafweging.<sup>113</sup>

---

105 Evenzo: Honée 2017, p. 118-119.

106 Zie hierover nader: Terstegge 2019, p. 796-798.

107 Zie ook: Huizink 1989, p. 36 die eveneens pleit voor een ruime toepassing van artikel 2:151/261 BW.

108 Een interessante vraag daarbij zou zijn geweest of, en zo ja in hoeverre, de besluitvorming in de algemene vergadering zelf ook onderworpen was aan de tegenstrijdig belang regeling van artikel 2:129/239 lid 6 BW.

109 Zie voor kritiek op deze wijziging: Honée 2017, p. 118-119.

110 Daarnaast was de bepaling ook van toepassing in de gevallen waarin aan anderen statutair vertegenwoordigingsbevoegdheid is toegekend (vgl. artikel 2:130/240 lid 4 BW) of in het geval van een statutaire verplaatsing van delen van de bestuursbevoegdheid naar een ander orgaan. Zie daarover paragraaf 5.7.

111 HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.3.6.

112 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 7.

113 Assink/Slagter 2013, § 51.6, p. 968.

## WETTELIJKE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

Zij is evenwel niet bedoeld om de raad van commissarissen of de algemene vergadering een middel in handen te geven om zelfstandig te kunnen besluiten tot het aanbrengen van wijzigingen in de (uitvoering van) het bestuursbeleid of de strategie. Iets anders is dat de raad van commissarissen *c.q.* de algemene vergadering het voorliggende besluit – mede vanwege hun (bestuurlijke) plicht tot behoorlijke taakvervulling – wel op inhoudelijke gronden mogen ‘afstemmen’. In die zin gaat hun rol binnen de tegenstrijdig belang regeling m.i. dus verder dan puur het bewaken van een zuivere belangenafweging. In dergelijke gevallen zal het bestuur aan het besluitende orgaan wel een gewijzigd besluit kunnen voorleggen. Het initiatief daartoe berust echter bij het bestuur.

In gevolge de laatste volzin van artikel 2:129/239 lid 6 BW kan, in geval van een tegenstrijdig belang bij alle bestuurders waarbij ofwel een raad van commissarissen ontbreekt, ofwel alle commissarissen eveneens een tegenstrijdig belang hebben (vgl. artikel 2:140/250 lid 5 BW), statutair worden bepaald dat het betreffende besluit wordt genomen door een ander dan de algemene vergadering.<sup>114</sup> Uit de wet en de parlementaire geschiedenis volgt niet aan wie de bevoegdheid tot besluiten kan worden toegekend.<sup>115</sup> Statutenmakers hebben hier ruime mogelijkheden. Het besluit kan worden opgedragen aan: (i) het bestuur, (ii) de raad van commissarissen, (iii) de algemene vergadering, of (iv) de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Ook het opdragen van een besluit aan individuele leden van organen van de vennootschap is m.i. mogelijk. Zelfs het statutair opdragen van de beslissing aan een of meer derden (al dan niet op aanwijzing van een orgaan van de vennootschap) lijkt mogelijk.<sup>116</sup> Daarbij geldt m.i. wel dat – ter bescherming van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming – deze derde over een voldoende mate van deskundigheid dient te beschikken om het besluit te kunnen nemen.

Indien een geconflieeerde bestuurder toch heeft deelgenomen aan de beraadslaging en/of besluitvorming geldt dat het betreffende bestuursbesluit voor vernietiging *ex* artikel 2:15 lid 1 sub a BW in aanmerking komt nu het genomen is in strijd met een wettelijke bepaling die de totstandkoming van besluiten regelt.<sup>117</sup> Een dergelijk besluit is dus geldig zolang niet – binnen de wettelijk termijn van artikel 2:15 lid 5 BW – door een belanghebbende een actie tot vernietiging is ingesteld. Indien een volledig geconflieerd bestuur een besluit

---

114 Zie ook: Nowak/Leijten 2012, p. 505.

115 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 230.

116 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 230 brengen de beperking aan dat deze persoon al op andere wijze (in de zin van artikel 2:8 lid 1 BW) bij de organisatie van de vennootschap is betrokken.

117 Zie voor andere scenario's aangaande het al dan niet deelnemen aan de besluitvorming door een bestuurder en de mogelijke consequenties daarvan voor het besluit: Assink/Slagter 2013, § 51.6, p. 983 e.v.; Nowak/Leijten 2012, p. 506-508.

## HOOFDSTUK 4

heeft genomen geldt evenwel dat het besluit nietig is op grond van artikel 2:14 lid 1 BW nu dit – bij gebreke van een andersluidende statutaire regeling – door het verkeerde (lees: een ter zake onbevoegd) orgaan is genomen.<sup>118</sup> Een vernietigbaar besluit kan worden bevestigd;<sup>119</sup> een nietig besluit kan evenwel niet worden bekrachtigd.<sup>120</sup>

In beginsel heeft de niet-naleving van de tegenstrijdig belang regeling geen externe werking. De vennootschap blijft als uitgangspunt gebonden aan rechtshandelingen die op basis van het vernietigde of nietige bestuursbesluit zijn verricht.<sup>121</sup> Uitzondering daarop is de nietigheid of vernietiging van een besluit met *zgn.* direct externe werking.<sup>122</sup> Binnen de grenzen van artikel 2:16 lid 2 BW kan de vernietiging of nietigheid daarvan door de vennootschap aan derden worden tegengeworpen. Daarnaast geldt dat een derde die op de hoogte is van het bestaan van een tegenstrijdig belang onder omstandigheden ook in strijd kan handelen met de goede trouw indien hij de vennootschap houdt aan een overeenkomst die op grond van een gemankeerd besluit met hem gesloten is.<sup>123</sup> Daarenboven geldt dat een derde die welbewust profiteert van de niet-naleving van de tegenstrijdig belang regeling mogelijk een onrechtmatige daad pleegt en op grond van artikel 6:162 BW gehouden kan zijn de door de vennootschap geleden schade te vergoeden.<sup>124</sup>

### 4.6 Aangifte tot faillietverklaring

Een volgende wettelijke beperking van de bestuursbevoegdheid is opgenomen in artikel 2:136/246 BW. In dit artikel staat dat het bestuur zonder opdracht van de algemene vergadering niet bevoegd is om aangifte te doen tot faillietverklaring van de vennootschap, tenzij de statuten anders bepalen.<sup>125</sup> Een eerste voorstel tot een wettelijke regeling ter zake treffen wij in artikel 105 van het Ontwerp Kist. Opvallend daaraan is dat – in tegenstelling tot de huidige regeling – dit ontwerp juist expliciet voorschreef dat het

---

118 Assink/Verbrugh 2016, p. 60.

119 Dit dient dan te geschieden door het bestuur maar dan zonder de geconflieeerde bestuurder. Zie voor kritiek op deze gang van zaken: Lennarts/Boschma 2008, p. 732.

120 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 234; Assink/Verbrugh 2016, p. 60.

121 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 14; *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 7.

122 Assink/Slagter 2013, § 51.6, p. 984. Zie nader over dergelijke besluiten ook: Van Vught 2020, p. 62-63. Nowak/Leijten 2012, p. 508 noemen als voorbeelden een besluit waarin namens de vennootschap een volmacht wordt verleend of een aanbod wordt aanvaard.

123 Vgl. HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (Bibolini) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3. Zie voor een toepassing van de Bibolini-leer in geval van een tegenstrijdig belang: Rb. Amsterdam 11 juli 2018, *JOR* 2018/298 m.nt. R.G.J. Nowak, r.o. 4.7.

124 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 14.

125 Hetgeen in de praktijk nagenoeg niet voorkomt. Zie: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 166.

## WETTELIJKE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

bestuur bevoegd was aangifte te doen tot faillietverklaring.<sup>126</sup> Een nadere toelichting op de toedeling van deze bevoegdheid ontbreekt echter.<sup>127</sup> In het daaropvolgende Ontwerp Nelissen werd evenwel voor een andere benadering gekozen en werd in artikel 50 de tekst opgenomen die materieel het thans geldend recht weergeeft.<sup>128</sup> In de toelichting daarop wordt deze tournure als volgt verklaard:<sup>129</sup>

“*Art. 50. Bij art. 105 Ontwerp Staatscommissie wordt het bestuur bevoegd verklaard aangifte te doen tot faillietverklaring der vennootschap. Zulk een voorschrift, waarvan afwijking niet is toegelaten (men zie art. 118, eerste lid), schijnt minder wenschelijk. De aangifte toch is van zóó groot gewicht voor de vennootschap, kan het gansche bestaan der zaak zóózeer beheerschen, dat de bevoegdheid om die aangifte te doen slechts aan de akte van oprichting of aan de algemeene vergadering mag worden ontleend. Ook practische redenen pleiten voor deze regeling. Indien de toestand der vennootschap van dien aard is, dat van eene aangifte tot faillietverklaring sprake kan zijn, bestaat althans de mogelijkheid, dat in de algemeene vergadering, geroepen om de uitdrukkelijke opdracht te verleenen, waarvan het artikel gewaagt, plannen tot reorganisatie, tot aanvulling der geleden verliezen, worden besproken, worden aangenomen. Het faillissement, dat naar het oordeel des bestuurs onvermijdelijk was, kan door de algemeene vergadering vaak worden afgewend. Het is dus evenzeer in het belang van crediteuren als gewenscht voor de vennootschap zelve, dat bestuurders, wien althans de akte van oprichting deze bevoegdheid niet heeft verleend, niet uit eigen hoofde tot aangifte kunnen overgaan.*”

De ratio van deze regel is dat aldus de algemene vergadering nog in de gelegenheid wordt gesteld om ‘*de boel te redden*’, hetgeen onder meer strekt tot bescherming van de crediteuren en niet in de laatste plaats – zoals de Hoge Raad recentelijk nog overwoog –<sup>130</sup> tot bescherming van de belangen van de

---

126 Dit artikel luidde: “*Het bestuur is bevoegd aangifte te doen tot faillietverklaring. Verzoek tot faillietverklaring kan, behalve door de schuldeischers, ook door ieder [sic] commissaris of bestuurder gedaan worden. Op het verzoek worden de bestuurders of medebestuurders gehoord, althans daartoe behoorlijk opgeroepen.*”

127 Een toelichting op artikel 105 is in het ontwerp zelfs geheel afwezig. Zie: Belinfante 1890, p. 115.

128 Artikel 50 luidde: “*Tenzij bij akte van oprichting anders is bepaald, is het bestuur, zonder uitdrukkelijke opdracht der algemeene vergadering, niet bevoegd aangifte te doen tot faillietverklaring der naamlooze vennootschap.*” Zie: *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1909-1910, 217, nr. 2, p. 9.

129 *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1909-1910, 217, nr. 3, p. 38.

130 HR 21 december 2018, *NJ* 2019/31 (Geocopter), r.o. 3.3.2/3.4.2.

## HOOFDSTUK 4

vennootschap en de aandeelhouders. Een dergelijke opdracht (of toestemming) kan door de algemene vergadering ook onder voorwaarden worden verleend.<sup>131</sup>

Indien de statuten zwijgen en het bestuur zonder opdracht van de algemene vergadering toch aangifte doet, vestigt dat in beginsel aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur jegens de vennootschap in de zin van artikel 2:9 lid 2 BW, wegens schending door de bestuurder van een wettelijke bepaling die de vennootschap beoogt te beschermen. Dit maakt echter niet noodzakelijkerwijs ook dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:138/248 lid 1 BW.<sup>132</sup> Een en ander laat – met het oog op de zekerheid in het rechtsverkeer – een eenmaal door de rechter uitgesproken faillissement onverlet.<sup>133</sup>

### 4.7 Aanstelling accountant

Artikel 2:393 lid 2 BW bevat een voorwaardelijke bevoegdheid.<sup>134</sup> Het bestuur is slechts bevoegd tot het verlenen van een opdracht tot onderzoek van de jaarrekening aan een accountant indien de algemene vergadering daartoe niet overgaat (of deze ontbreekt) en er tevens geen raad van commissarissen is. Hoewel dit niet letterlijk uit de wetstekst blijkt moet aangenomen worden dat indien er wel een raad van commissarissen is maar ook deze niet tot opdrachtverlening overgaat, het bestuur bevoegd wordt.<sup>135</sup> Uit de wet volgt niet duidelijk wanneer uiterlijk een accountant moet zijn benoemd, noch wanneer genoegzaam vaststaat dat de algemene vergadering, respectievelijk de raad van commissarissen niet tot benoeming is overgegaan.<sup>136</sup> Daarmee is ook onduidelijk wanneer aan de in artikel 2:393 lid 2 BW gestelde voorwaarde is voldaan en aldus de bevoegdheid voor het bestuur ontstaat. Een mogelijke oplossing om de bevoegdheid onomstotelijk vast te stellen is m.i. dat het bestuur aan het in gebreke blijvende orgaan schriftelijk verzoekt om een accountant te benoemen en daarvoor een redelijke termijn stelt waarna – indien het betreffende orgaan deze termijn ongebruikt laat – het bestuur zelf tot benoeming zal overgaan. In tussen lijkt er in de literatuur consensus te bestaan dat zelfs indien het bestuur het tot benoeming van de accountant bevoegde orgaan niet de gelegenheid

---

131 Zie de conclusie van A-G Timmerman: Parket bij de Hoge Raad, 20 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1139 (Geocopter), par. 3.5.

132 Zie de conclusie van A-G Timmerman: Parket bij de Hoge Raad, 20 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1139 (Geocopter), par. 3.5 en voorts in diezelfde zaak: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3796 r.o. 4.15.

133 Assink/Slagter 2013, § 18.1, p. 361; Anders zo lijkt het: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 166, die stellen dat indien de opdracht door de algemene vergadering niet wordt verleend daarop door de vennootschap een beroep kan worden gedaan.

134 Assink/Slagter 2013, § 137.2, p. 2654.

135 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2021, nr. 551.

136 Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 2007/08, 31 270, nr. 3, p. 27.

heeft gegeven zulks te doen, dit geen afbreuk doet aan de geldigheid van de aan een accountant verstrekte opdracht.<sup>137</sup>

#### 4.8 Restbevoegdheid

Ten slotte kan artikel 2:107/217 lid 1 BW eveneens gelden als wettelijke beperking van de bestuursbevoegdheid. Genoemd artikel bepaalt immers dat alle bevoegdheid die binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend, aan de algemene vergadering toebehoort. *A contrario* betekent dit dat aan het bestuur geen andere bevoegdheid toekomt dan welke aan hem bij wet en statuten is toegekend. Deze ‘restbevoegdheid’ kan niet statutair aan het bestuur worden toegekend<sup>138</sup>. Het is overigens de vraag in hoeverre artikel 2:107/217 lid 1 BW een reële beperking van de bestuursbevoegdheid inhoudt, gelet op de openheid van de begrippen besturen, strategie en beleid. Zie nader over de restbevoegdheid en de verhouding tot de begrippen besturen, strategie en beleid paragraaf 3.4.

#### 4.9 Conclusie

Dit hoofdstuk gaf een korte *tour d’horizon* van de verschillende wettelijke beperkingen van de bestuursbevoegdheid in boek 2 BW. In zijn algemeenheid geldt dat aan deze wettelijke beperkingen een beschermingsgedachte ten grondslag ligt: (i) bescherming van de integriteit van het vermogen van de vennootschap (zoals bij bezwarende rechtshandelingen en het nemen of verkrijgen van aandelen in het vennootschappelijk kapitaal), (ii) bescherming van specifieke belangen zoals de belangen van aandeelhouders, werknemers en crediteuren (zoals bij de structuurregeling of in geval van een wijziging van de identiteit of het karakter van de vennootschap), en/of (iii) bescherming tegen onzuivere besluitvorming (zoals bij de tegenstrijdig belang regeling of de regels omtrent transacties met verbonden partijen). E.e.a. moet overigens niet te digitaal worden opgevat: een wettelijke beperking die de integriteit van het vennootschappelijk kapitaal beschermt, beschermt daarmee bijvoorbeeld ook indirect de belangen van aandeelhouders, werknemers en crediteuren. Uitgezonderd van het voorgaande is wellicht de ‘restbevoegdheid’ van artikel 2:107/217 lid 1 BW, hoewel ook daarvan gezegd zou kunnen worden dat het in het belang is van al diegenen die bij de vennootschap betrokken zijn, dat er geen vennootschappelijke bevoegdheden ‘tussen wal en schip’ vallen.

137 Assink/Slagter 2013, § 137.2, p. 2654; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2021, nr. 551.

138 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 165.

#### HOOFDSTUK 4

De verschillende wettelijke beperkingen van de bestuursbevoegdheid betreffen zowel absolute als relatieve beperkingen, waarbij deze laatste beperkingen door middel van de statuten en/of medewerking van een ander orgaan van de vennootschap kunnen worden 'opgeheven'. Het effect van overschrijding van de bestuursbevoegdheid verschilt van geval tot geval. In sommige gevallen raakt de vennootschap gebonden en heeft overschrijding alleen interne consequenties. In andere gevallen heeft overschrijding van de bestuursbevoegdheid ook externe gevolgen voor de door het bestuur onbevoegd verrichte rechtshandelingen. In een aantal gevallen bevat de wet specifieke gevolgen voor overschrijding van de bestuursbevoegdheid.

## Hoofdstuk 5. Statutaire beperking van de bestuursbevoegdheid

### 5.1 Inleiding

Het bestuur is ingevolge artikel 2:129/239 lid 1 BW, *behoudens beperkingen volgens de statuten*, belast met het besturen van de vennootschap. De wet geeft in de artikelen 2:129/239 leden 3 en 4 BW enkele voorbeelden van dergelijke facultatieve statutaire beperkingen, te weten het goedkeuringsrecht en het instructierecht, en stelt daaraan tegelijkertijd grenzen. Daarenboven voorziet de wet in een verplichte beperking van de bestuursbevoegdheid: de statutaire doelomschrijving. Statutaire beperkingen van de bestuursbevoegdheid kunnen meerdere functies vervullen. Enerzijds kan daaraan een beschermingsgedachte ten grondslag liggen zoals bij goedkeuringsrechten. Anderzijds kunnen zij ook richting geven aan het bestuur en de vennootschappelijke activiteiten, zoals in het geval van een statutair instructierecht of de statutaire doelomschrijving. In dit hoofdstuk komen deze, en andere verschijningsvormen van statutaire beperkingen van de bestuursbevoegdheid aan bod.

### 5.2 Doelomschrijving<sup>1</sup>

#### 5.2.1 *Geschiedenis van de statutaire doelomschrijving*

Tot in het begin van de negentiende eeuw werd er in de wet nauwelijks aandacht besteed aan het statutaire doel van vennootschap.<sup>2</sup> Wel werd in artikel 36 van het Wetboek van Koophandel 1838 met betrekking tot de vennootschap gesproken over *het voorwerp harer handelsonderneming*, wat beschouwd werd als een indicatie van het (statutaire) doel.<sup>3</sup> In het Ontwerp Jolles wordt eveneens gesproken over het voorwerp harer onderneming (artikel 9 sub b Ontwerp Jolles) doch werd vermelding daarvan in de statuten van de vennootschap niet verplicht voorgeschreven. Dit betekende overigens niet dat het aan het begin van de negentiende eeuw ongebruikelijk was een doelomschrijving

---

1 Deze paragraaf is een bewerkte versie van Terstegge 2014b.

2 Groenewald 2001, p. 78-79.

3 Groenewald 2001, p. 79.



## HOOFDSTUK 5

in de statuten op te nemen. Groenewald schrijft dit verschijnsel toe aan de betrokkenheid van het notariaat bij de oprichting van vennootschappen en de koninklijke bewilliging/verklaring van geen bezwaar van het Departement van Justitie.<sup>4</sup> In het opvolgende wetsontwerp van de Staatscommissie (de Commissie Kist) wordt het echter verplicht gesteld het voorwerp van de onderneming van de vennootschap te vermelden in haar akte van oprichting (artikel 49 sub a Ontwerp Kist).

Het woord *doel* in relatie tot vennootschappen wordt voor het eerst gebruikt in artikel 36e van het op het Ontwerp Kist volgende Ontwerp Nelissen. Dit artikel luidde:

“De akte van oprichting vermeldt, op straffe van nietigheid, het doel der naamlooze vennootschap. De vennootschap is slechts bevoegd tot die handelingen, welke rechtstreeks in de omschrijving van het doel zijn vervat, of welke redelijkerwijze uit die omschrijving voortvloeien.”

De opstellers van het Ontwerp Nelissen hechtten er indertijd kennelijk bijzonder veel waarde aan dat een vennootschap een statutair doel had, getuige de opening van de toelichting op artikel 36e: “Zonder doel is eene naamlooze vennootschap niet denkbaar”. Ook bijzonder aardig is wat in die toelichting over de tweede zin van dit artikel (de beperking van de vennootschappelijke bevoegdheid) wordt opgemerkt<sup>5</sup>:

“...de voorgestelde bepaling zal vermoedelijk ertoe leiden, dat men meer zorg besteedt aan de omschrijving van het doel der vennootschap dan thans vaak het geval is.”

In de voorbereiding van het op het Ontwerp Nelissen volgende Gewijzigd Ontwerp Heemskerk leek het er even op dat weer zou worden teruggekeerd naar de oude terminologie. In het verslag van de Commissie van Voorbereiding werd gesuggereerd dat het beter zou zijn het begrip *voorwerp van de onderneming* uit het wetsontwerp van de Staatscommissie te laten terugkeren. Dit omdat aldus de Commissie van Voorbereiding, iedere vennootschap het maken van winst tot doel heeft, waardoor op grond van de voorgestelde wetstekst het arbeidsveld van de vennootschap niet in de akte van oprichting zou hoeven worden opgenomen.<sup>6</sup> De

4 Groenewald 2001, p. 79. Mendel 1971, p. 34 meent zelfs dat er onder het Wetboek van Koophandel 1838 reeds een plicht bestond tot het vermelden van *het voorwerp der handelsonderneming* in de statuten van de vennootschap nu kennisname daarvan noodzakelijk was bij de beoordeling voor het al dan niet verlenen van koninklijke bewilliging.

5 *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen, 1909-1910, 217 nr. 3, p. 20-21.

6 Aardig in dit verband is de “vernieuwing” die de wetgever in België recent op dit gebied heeft doorgevoerd met de invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen. In de memorie van toelichting (p. 16-17) valt het navolgende te lezen: “Vooraleer de belangrijkste krachtlijnen van boek 1 weer te geven, past het de aandacht te vestigen op een terminologische vernieuwing in het Nederlands. Voortaan worden de activiteiten die een rechtspersoon voert consistent aangeduid met de term “voorwerp”. Het oogmerk waarmee

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

minister deed deze opmerking echter af als een puur semantische discussie: “De ondergeteekende vindt “doel” niet slechter dan “voorwerp” (waarom niet “onderwerp”?).” Daarenboven was de minister van mening dat indien de akte van oprichting als statutaire doel zou vermelden “het behalen van winst”, er van hogerhand wel zou worden aangedrongen op nadere precisering van het statutaire doel.<sup>7</sup>

Met de inwerkingtreding van het Nader Gewijzigd Ontwerp Donner (het ontwerp dat volgde op het Gewijzigd Ontwerp Heemskerk) op 1 april 1929 heeft het verplichte statutaire doel zijn intrede in het Nederlandse vennootschapsrecht gedaan.<sup>8</sup> Thans is de verplichte statutaire doelomschrijving voor vennootschappen neergelegd in artikel 2:67/177 BW.

### 5.2.2 Omvang van het statutaire doel

Het statutaire doel bestaat in de eerste plaats uit de doorgaans in artikel 2 van de statuten opgenomen doelomschrijving. In de praktijk bevat deze een omschrijving van de belangrijkste activiteiten die de vennootschap zal gaan ontplooiën aangevuld met een lange (relatief standaard) lijst van activiteiten die de vennootschap (mogelijk) eveneens zal gaan verrichten. Typisch gaat het daarbij om handelingen zoals:

- (i) het oprichten van, het op enigerlei wijze deelnemen in, het besturen van en het toezicht houden op ondernemingen en vennootschappen;
- (ii) het financieren van ondernemingen en vennootschappen;
- (iii) het lenen, uitlenen en bijeenbrengen van gelden;
- (iv) het verstrekken van garanties;
- (v) het verbinden van de vennootschap en het bezwaren van activa van de vennootschap ten behoeve van ondernemingen en vennootschappen waarmee de vennootschap in een groep is verbonden en ten behoeve van derden; en
- (vi) het verkrijgen, beheren, exploiteren en vervreemden van registergoederen en van vermogenswaarden in het algemeen.

---

*de rechtspersoon is opgericht, met name winstuitkering voor zijn leden dan wel een ideëel oogmerk, wordt steeds aangeduid met de term “doel” of “doeleinden”. Waar het Wetboek van vennootschappen en de v&s-wet spreken over statutair doel, gebruikt dit wetboek de term “voorwerp”. Het oude “oogmerk” wordt voortaan “doel” of “doeleinden”. Dit lijkt zeer sterk op het in de Nederlandse literatuur (doch niet in de wet) gemaakte onderscheid tussen het statutaire doel van de vennootschap (het voorwerp) en het eigenlijke doel van de vennootschap (doel of doeleinden).*

<sup>7</sup> Zie hieromtrent eveneens: Löwensteyn 1959, p. 134.

<sup>8</sup> Zie artikel 36c Wetboek van Koophandel 1928.

## HOOFDSTUK 5

Het opnemen van de belangrijkste werkzaamheden in de doelomschrijving van de vennootschap was een verplichting onder § 5 van de Departementale Richtlijnen 1986. Voor het overige mocht de doelomschrijving algemeen zijn. Bij de herziening van het preventief toezicht kwam § 5 van de Departementale Richtlijnen 1986 evenwel te vervallen. De wetgever vond het kennelijk niet nodig om een nadere (wettelijke) regeling te treffen.<sup>9</sup> Een en ander betekent dat de oprichters/aandeelhouders zeer vrij zijn in het bepalen van de doelomschrijving.<sup>10,11</sup> Deze kan zeer krap zijn: *het doel van de vennootschap is het houden van de aandelen in de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid X*; of zeer ruim: *het doel van de vennootschap is het behalen van winst*. Er zijn slechts een paar grenzen. Een eerste ondergrens is dat de doelomschrijving een zekere (economische) activiteit binnen de vennootschap mogelijk moet maken. Het lijkt evenwel onwaarschijnlijk dat deze ondergrens in de praktijk ooit een probleem zal vormen.

Een tweede ondergrens is dat het doel van de vennootschap niet in strijd mag zijn met de wet, de goede zeden of de openbare orde. Gelet op artikel 21 lid 2 Wet op het notarisambt<sup>12</sup> zou ook deze grens in de praktijk niet tot problemen moeten leiden. Zie bijvoorbeeld de statutaire doelomschrijvingen van de vereniging Martijn en de stichting Hells Angels Northcoast Harlingen, welke beide rechtspersonen op voet van artikel 2:20 lid 1 BW werden ontbonden omdat hun (feitelijke) werkzaamheden in strijd waren met de openbare orde.<sup>13,14</sup>

De statutaire doelomschrijving is niet alles bepalend voor het antwoord op de vraag wat het statutaire doel van de vennootschap precies behelst. Andere statutaire bepalingen kunnen de statutaire doelomschrijving verder uitbreiden of beperken. Zij kunnen voor bepaalde handelingen van de vennootschap (die niet uitdrukkelijk in

---

9 Groenewald 2001, p. 5.

10 Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 57.

11 Uitzondering op deze regel is de naamloze vennootschap die een beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal is. Ingevolge artikel 2:76a lid 1 BW mag haar doelomschrijving slechts behelzen het zodanig beleggen van haar vermogen dat de risico's daarvan worden gespreid teneinde haar aandeelhouders in de opbrengst te doen delen. Ook voor andere soorten rechtspersonen bevat de wet specifieke bepalingen omtrent de inhoud van de doelomschrijving: zie artikel 2:53 leden 1 en 2 BW voor wat betreft de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, en in zekere zin meer indirect artikel 3:305a lid 1 BW voor wat betreft de 'claim' stichting en vereniging.

12 Dit artikel luidt: *“De notaris is verplicht zijn dienst te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft.”*

13 Kenbaar uit: HR 18 april 2014, *JOR* 2014/227 m.nt. C.D.J. Bulten, r.o. 3.1 en de conclusie van A-G Timmerman: Parket bij de Hoge Raad, 26 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI1124 (OM/Hells Angels), par. 1.1. De statutaire doelomschrijvingen van beide rechtspersonen *sec* waren m.i. niet in strijd met de wet, de goede zeden en de openbare orde.

14 Zie voorts over het statutaire doel in strijd met de openbare orde: Schild 2012, p. 289-290.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

de statutaire doelomschrijving zijn opgenomen of daaruit voortvloeien) voorafgaande goedkeuring van een van de vennootschappelijke organen eisen (waaruit volgt dat deze handelingen tot het statutaire doel van de vennootschap mogen worden gerekend),<sup>15</sup> of bepaalde handelingen uitdrukkelijk verbieden (waardoor deze handelingen buiten het statutaire doel van de vennootschap komen te vallen).<sup>16</sup>

Tevens dienen tot het statutaire doel te worden gerekend de zogenaamde *secundaire handelingen*, oftewel die handelingen die naar hun aard of gebruik voortvloeien uit de statutaire doelomschrijving hoewel zij daar niet letterlijk in zijn opgenomen.<sup>17</sup> Een aardig voorbeeld daarvan is te vinden in een beschikking van de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure. In deze beschikking merkte de Ondernemingskamer op dat de stelling van een der partijen dat het voeren van de betreffende procedure door de vennootschap in kwestie niet tot haar statutaire doel behoorde, niet vol te houden was nu het optreden tegen onrechtmatig gedrag (waardoor het nastreven van dat doel werd gehinderd) reeds in het algemeen tot dat doel moest worden begrepen.<sup>18</sup>

Het hiervoor beschreven statutaire doel (of beter: het doel zoals dit blijkt uit de statuten) geeft een zekere grens aan waarbinnen zij die namens de vennootschap in het maatschappelijk verkeer optreden (lees: de vennootschap vertegenwoordigen) dienen te opereren.<sup>19</sup> Ik zeg met opzet een 'zekere grens', aangezien de Hoge Raad in verschillende arresten bepaald heeft dat bij het beantwoorden van de vraag of door een bepaalde rechtshandeling het doel van de rechtspersoon is overschreden, alle omstandigheden in aanmerking genomen dienen te worden en dat de statutaire doelomschrijving alleen daarvoor niet beslissend is.<sup>20</sup> Als omstandigheden noemt de Hoge Raad onder meer het antwoord op de vraag of het belang van de vennootschap met de betrokken rechtshandeling werd gediend (waarbij in het bijzonder gekeken wordt naar de gevolgen van de rechtshandeling voor de continuïteit van de onderneming van de vennootschap)<sup>21</sup> en de omstandigheid dat de vennootschap zich in een concernverhouding bevindt.<sup>22</sup> Het vennootschappelijk belang kan handelingen (indien dit belang ten minste met de betreffende handeling gediend is) dus onder de secundaire handelingen brengen.<sup>23</sup>

15 Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 78.1.

16 Assink/Slagter 2013, § 10, p. 178.

17 Assink/Slagter 2013, § 10, p. 178.

18 OK 21 juli 2011, *ARO* 2011/115 (Dyna Music), r.o. 3.8.

19 In die zin is het dus niet een norm die zich alleen richt tot de bestuurders en commissarissen van de vennootschap, maar ook tot gevolmachtigden en andere vertegenwoordigers.

20 Zie: HR 7 februari 1992, *NJ* 1992/438 (Astro) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3; HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993/98 (Nagtegaal/Westland/Utrecht Hypotheekbank) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.2; HR 20 september 1996, *NJ* 1997/149 (Playland), r.o. 3.4.

21 HR 20 september 1996, *NJ* 1997/149 (Playland), r.o. 3.4.

22 HR 7 februari 1992, *NJ* 1992/438 (Astro) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3.

23 Assink/Slagter 2013, § 10, p. 181.

## HOOFDSTUK 5

### 5.2.3 *Functie van het statutaire doel*

De primair (beoogde) functie van het statutaire doel is de beperking van de rechtsbevoegdheid van de vennootschap en daarmee in de eerste plaats de bevoegdheid van het bestuur,<sup>24</sup> opdat het vennootschappelijk vermogen slechts wordt aangewend voor het doel waarvoor dat vermogen bijeen is gebracht. Kortom: een normatieve functie waarvan beschermende werking dient uit te gaan. In de praktijk komt van deze beschermende werking evenwel weinig terecht.

Zoals al vele malen in de literatuur is opgemerkt<sup>25</sup> worden doorgaans doelomschrijvingen in de statuten van (commercieel opererende) vennootschappen zeer breed geformuleerd. Vaak sluit een dergelijke – op zichzelf al ruim geformuleerde – doelomschrijving dan ook nog af met de sacrale formule “en al hetgeen met vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin van het woord.”, dan wel een variant daarop. Met een zo brede omschrijving is dan ook van een daadwerkelijke beperking van de rechtsbevoegdheid van de vennootschap (en daarmee van enige beschermende werking) nauwelijks sprake.

Voorts geldt dat als gevolg van de implementatie van de Eerste EG-richtlijn in boek 2 BW<sup>26</sup> er slechts beperkte externe werking uitgaat van een statutaire doelomschrijving. Op grond van artikel 2:7 BW kan een door een rechtspersoon verrichte rechtshandeling in strijd met zijn doel<sup>27</sup> slechts vernietigd worden indien de wederpartij wist of zonder eigen onderzoek had moeten weten dat er sprake was van doeloverschrijding (Groenewald spreekt in zijn dissertatie van de “extra-gemitigeerde ultra vires-regel”).<sup>28</sup> Deze lat ligt hoog en in de praktijk wordt een dergelijke vordering – uitsluitend in te stellen door de vennootschap of haar curator in faillissement – slechts zeer zelden gehonoreerd.<sup>29,30</sup> Zoals Assink terecht constateert, leidt artikel 2:7 BW een “*sluimerend bestaan*”.<sup>31</sup>

24 Van der Heijden/Van der Grinten 1976, p. 398.

25 Zie bijvoorbeeld: Löwensteyn 1959, p. 137; Portengen 2006, p. 61 voetnoot 95; Assink/Slagter 2013, § 10, p. 178; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 78.

26 Wet van 29 april 1971, *Stb.* 1971/286.

27 Over het algemeen wordt op basis van de wetsgeschiedenis aangenomen dat hier uitsluitend bedoeld wordt het statutaire doel. Zie: Mendel 1989, p. 20-21.

28 Groenewald 2001, p. 122 e.v.

29 Zie: Gerechtshof 's-Gravenhage 27 juni 1968, *NJ* 1978/43 (Nieuw Eykenduynen); Gerechtshof Amsterdam 22 maart 1984, *NJ* 1985/219 (Nesolas); Gerechtshof Amsterdam 27 november 1986, *NJ* 1987/801 (Credit Lyonnais); Rb. Rotterdam 24 februari 2000, *JOR* 2000/76 (Diepvries Goedereede/Plugge); en enigszins kwestieus, Rb. Utrecht 1 december 2010, *JOR* 2011/69 (Stichting Vitras) m.nt. J.M. Blanco Fernández.

30 Zie eveneens de door Groenewald 2015, p. 996 aangehaalde Engelse uitspraak, waarbij een aantal (maar niet alle) door Vestia met Credit Suisse aangekane derivaten wegens doeloverschrijding (naar Nederlands recht), nietig werd bevonden (naar Engels recht). Zie: Queen's Bench Division (Commercial Court) 3 October 2014, *Credit Suisse International v Stichting Vestia Groep*, [2014] EWHC 3103 (COMM).

31 Assink/Slagter 2013, § 10, p. 183.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

Dan rest nog de interne werking van een statutaire doelomschrijving. Die speelt zich voornamelijk af op het gebied van de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen.<sup>32</sup> Handelen of besluiten door deze functionarissen in strijd met het doel maakt dat zij in beginsel hun taak niet behoorlijk hebben vervuld in de zin van artikel 2:9 BW.<sup>33</sup> Dit kan resulteren in aansprakelijkheid jegens de vennootschap. Ook hier geldt dat de gangbare praktijk van een zeer ruime doelformulering in de statuten maakt dat van aansprakelijkheid op grond van doeloverschrijding niet snel sprake zal zijn.

Het voorgaande leidt dan ook tot de conclusie dat de beschermende werking die van het vennootschappelijke doel uit zou moeten gaan (en van enige substantiële beperking van de bestuursbevoegdheid) in de praktijk (zeker voor commercieel opererende vennootschappen) zo goed als non-existent is. Daarnaast biedt het (vennootschaps)recht voldoende alternatieve middelen om de vennootschap (en andere rechtspersonen) tegen ongewenst handelen te beschermen. Zo kunnen aandeelhouders in de interne verhoudingen bijvoorbeeld specifieke bestuursbesluiten statutair aan hun voorafgaande goedkeuring onderwerpen en het bestuur op grond van een statutaire bepalingen instructies geven. Daarnaast biedt ook de regel dat het bestuur zich bij de vervulling van haar taak dient te richten naar het belang van de vennootschap de nodige beschermende werking.

Voor wat betreft een alternatief voor de externe werking (doch uitsluitend in geval van misbruik) valt te denken aan de vordering op grond van onrechtmatige daad<sup>34</sup> of de Bibolini-leer.<sup>35</sup> In het Bibolini-arrest<sup>36</sup> oordeelde de Hoge Raad dat een derde die met een vennootschap een overeenkomst aangaat terwijl hij bekend is met een bevoegdheidsbeperking van het bestuur ter zake, in strijd handelt met de goede trouw indien hij de vennootschap aan de overeenkomst houdt. De bekendheid van de derde met de bevoegdheidsbeperking is op zichzelf daarvoor echter onvoldoende. Bijkomende omstandigheden zijn ver-

---

32 Denkbaar is evenwel dat de algemene vergadering op grond van artikel 2:129/239 lid 4 BW aan het bestuur instructies geeft die strijdig zijn met de statutaire doelomschrijving. Een dergelijke instructie zal steeds nietig zijn. Zie: Terstegge 2014a, p. 263-264.

33 HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.4.5. Zie voor een recenter voorbeeld: Rb. Overijssel 17 maart 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1152, r.o. 4.11 e.v.

34 Zie de noot van Leijten onder nrs. 9 en 10 bij: Gerechtshof Amsterdam 12 augustus 2008, *JOR* 2008/264 m.nt. A.F.J.A. Leijten, in welke zaak de afdwingbaarheid van een rechtshandeling door de wederpartij van de vennootschap naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht, nu de betreffende overeenkomst zeer nadelig was voor de vennootschap en de bestuurder die de overeenkomst namens de vennootschap ondertekende gehuwd was met de wederpartij. In die zaak ging het weliswaar om de (oude) tegenstrijdig belang regeling, maar de redenering gaat m.i. ook op met betrekking tot het leerstuk van doeloverschrijding.

35 Zie: Groenewald 2004, p. 26.

36 HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (Bibolini) m.nt. J.M.M. Maeijer.

## HOOFDSTUK 5

eist zoals de betrokkenheid van de derde bij de totstandkoming van het besluit van de aandeelhoudersvergadering waarbij de bevoegdheidsbeperking aan het bestuur werd opgelegd. Zie nader over deze bijkomende omstandigheden paragrafen 5.3.5 en 6.5.2.

### 5.2.4 *Afschaffen verplichte doelomschrijving?*

Kort en goed: we zouden zonder een (verplichte) statutaire doelomschrijving kunnen; maar waarom doen we dat dan niet? Een antwoord zou kunnen zijn dat ingevolge artikel 3 sub b van de (geconsolideerde) Europese Richtlijn aangaande bepaalde aspecten van vennootschapsrecht het opnemen van een doelomschrijving in de statuten (in ieder geval voor de naamloze vennootschap) verplicht is.<sup>37</sup> Een zeer korte *tour de l'Europe* leert dat zowel de Franse, Belgische als Duitse wetgeving, voorziet in een verplichte statutaire doelomschrijving voor de naamloze vennootschap.<sup>38</sup>

In Engeland (en Wales) heeft men – reeds ruim vóór Brexit – evenwel voor een andere benadering gekozen. Daar is bij de hervorming van de Companies Act in 2006 de verplichte statutaire doelomschrijving afgeschaft. De Europese Richtlijn schrijft slechts voor dat *indien* de vennootschap een doel heeft, dit uit de statuten moet blijken, doch niet dat iedere vennootschap een doel dient te hebben, zo is aldaar de redenering.<sup>39</sup> Gezien de beperkte praktische betekenis van de statutaire doelomschrijving valt voor een dergelijke pragmatische benadering veel te zeggen. Voor afschaffing van de verplichte doelomschrijving bij naamloze en besloten vennootschappen hebben al verschillende schrijvers gepleit; ik noem Timmerman,<sup>40</sup> Van Solinge<sup>41</sup> en uiteraard ook Groenewald.<sup>42</sup> Ik sluit mij graag aan bij dit pleidooi: in artikel 2:66/177 lid 1 BW zou het woord ‘doel’ moeten worden geschrapt.<sup>43</sup>

### 5.2.5 *Facultatief (en verplicht) statutair doel?*

De hierboven bepleite afschaffing van de verplichte statutaire doelomschrijving voor naamloze en besloten vennootschappen betekent geenszins dat het

---

37 Richtlijn 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017, *PbEU* 2017, L 169/16.

38 Zie achtereenvolgens: artikel L210-2 Code de Commerce; artikel 2:5 § 1 jo. 2:8 § 2, 12<sup>o</sup>, Wetboek van Vennootschappen en verenigingen; en § 23(1)l Aktien Gesetz.

39 Davies/Worthington/Hare 2021, p. 184, voetnoot 107.

40 Timmerman 2000, p. 141-143.

41 Van Solinge 2002, p. 121-123.

42 Groenewald 2001, p. 199-201; Groenewald 2004, p. 26.

43 Groenewald 2015, p. 997, pleit er evenwel voor om eerst de externe werking van artikel 2:7 BW af te schaffen en om vervolgens te bezien of het statutaire doel niet beter facultatief kan worden gemaakt. Zie daarover paragraaf 5.2.5.

statutaire doel als zodanig volledig uit boek 2 BW dient te verdwijnen. Ten eerste geldt dat dit boek meer rechtspersonen kent dan alleen de naamloze en de besloten vennootschap. Om maar van voren te beginnen. In het geval van de vereniging geldt m.i. dat een verplichte statutaire doelomschrijving eveneens niet noodzakelijk is. Het doel van een vereniging kan evengoed in een besluit van de algemene ledenvergadering worden vastgesteld. Deze vergadering kan vervolgens de naleving daarvan door het bestuur monitoren en zo nodig corrigerend optreden. Artikel 2:27 lid 4 sub b BW zou dus ook kunnen worden geschrapt. Voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij (beide een species van de vereniging) alsook de beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal (een species van de naamloze vennootschap) liggen de zaken evenwel anders. Bij deze rechtspersonen schrijft de wet de specifieke inhoud van de doelomschrijving dwingend voor waardoor deze een wezenskenmerk van de betreffende rechtsvorm is. Voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij geldt daarenboven dat een besluit van de ledenvergadering ter zake van het doel niet afdoende zou zijn nu op grond van dit doel voor deze rechtspersonen een geheel eigen wettelijk regime geldt. De objectieve kenbaarheid van het doel voor derden (en daarmee de toepasselijkheid van de wettelijke regeling) kan m.i. uitsluitend met een statutair vastgelegd doel worden geborgd. Voor wat betreft de beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal geldt dat deze zonder een verplichte statutaire doelomschrijving zou verworden tot een gewone naamloze vennootschap. Ook voor de stichting geldt dat een statutaire doelomschrijving noodzakelijk is nu enige vorm van verplicht (direct) toezicht op het bestuur door leden, aandeelhouders of anderen in de regel ontbreekt.<sup>44</sup> De doelomschrijving functioneert hier (mede) als een weerslag van de abstracte bedoeling van diegenen die (vaak anoniem) aan de stichting haar vermogen verschaffen. Deze abstracte bedoeling vormt ook de basis voor de rechterlijke toetsing van bestuurlijk handelen op grond van artikel 2:9 BW en voor de toets *ex* artikel 2:18 lid 6 BW (de vermogensklem in geval van omzetting van de stichting in een andere rechtsvorm).

Ten tweede geldt dat het steeds mogelijk moet blijven, ook voor commerciële vennootschappen, om vrijwillig een doelomschrijving in de statuten op te nemen. Aan een vrijwillig opgenomen statutair doel zal immers – zo is mijn verwachting (om het Ontwerp Nelissen te parafraseren) – door haar opstellers meer zorg besteed worden dan thans het geval is. Alsdan zal het statutaire doel ook daadwerkelijk een normatieve functie kunnen vervullen.<sup>45</sup>

44 Uitzondering hierop geldt voor stichtingen in bijzondere sectoren zoals de zorg en de pensioenvoorziening. Zie artikel 6.1 lid 1 onderdeel a Uitvoeringsbesluit WTZi en artikel 103 van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen (Wet van 10 juli 2013, *Stb.* 2013/302).

45 Opvallend is overigens dat bij vennootschappen die in algemene zin tot doel hebben het behartigen van een publiek belang, dit publieke belang vaak in de statutaire doelomschrijving ontbreekt. Nijland 2013, p. 60-61 vermoedt dat in het kader van de marktwerking men sterker de nadruk wil leggen op een bedrijfsmatige uitvoering van de publieke taakdoel-



Een eventuele uitbreiding van deze functie is ook denkbaar. Zo zouden bijvoorbeeld in de doelomschrijving waarden of belangen kunnen worden vastgelegd die de vennootschap bij de uitoefening van haar activiteiten wenst na te streven *c.q.* te behartigen.<sup>46</sup> Daarmee kan een vennootschap in het maatschappelijk verkeer een bepaald profiel aannemen en zich daarmee voor werknemers, kapitaalverschaffers, afnemers en andere *stakeholders* onderscheiden ten opzichte van anderen. Een dergelijke gedachtegang ligt aan de recent ter consultatie aangeboden ‘Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVm)’<sup>47</sup> ten grondslag. In dit voorstel krijgt een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid de mogelijkheid om – indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, waaronder de verplichting om met haar werkzaamheden een in de statuten omschreven doel van maatschappelijk belang na te streven of te bevorderen<sup>48</sup> – in haar handelsnaam de toevoeging ‘*besloten vennootschap met maatschappelijk doel*’, te gebruiken, waardoor – aldus het Consultatiedocument – de met de vennootschap verbonden maatschappelijke onderneming beter voor het voetlicht wordt gebracht bij opdrachtgevers, financiers, afnemers en andere betrokkenen of belanghebbenden.<sup>49</sup> Zie in dit verband ook paragraaf 2.3 omtrent de recent opgelaaide discussie met betrekking tot het statutair verankeren door de vennootschap van haar bestaansgronden of uiteindelijke doelen (*i.e.* haar *purpose* of *raison d’être*).<sup>50</sup>

Een dergelijk statutair *commitment* is evenwel niet vrijblijvend en werkt door in de verschillende open normen van het vennootschapsrecht zoals onder meer de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW en de behoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW.<sup>51</sup> De zorgvuldig opgestelde statutaire doelomschrijving kan daarenboven ook worden beschouwd als een *nadere* statutaire invulling van het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.<sup>52</sup> Voor wat betreft de normatieve werking zal het bestuur dan ook gehouden zijn zich bij de uitvoering van zijn taken te richten naar dat belang

---

stelling en daarbij een verwijzing naar de publieke taak als te beperkend wordt ervaren. Zie eveneens over het opnemen van algemene belangen in de statuten van de vennootschap: Assink 2015a, p. 112-113.

46 Timmerman 2015, p. 94; Groenewald 2015, p. 997; Timmerman 2016a, p. 11.

47 Het Consultatiedocument is te raadplegen op: <https://www.internetconsultatie.nl/bvm>.

48 Overigens zonder dat die doelomschrijving de mogelijkheid tot het doen van uitkeringen van winst of reserves volledig uitsluit. Zie het Consultatiedocument, p. 6.

49 Consultatiedocument, p. 6.

50 Een dergelijk *purpose* of *raison d’être* kan in de statuten worden opgenomen. Timmerman 2021b, p. 45 is daar evenwel geen voorstander van omdat dan het risico bestaat dat de *purpose* te statisch wordt.

51 Zie in dit kader met betrekking tot het tot uitdrukking brengen van een maatschappelijke taak in de statutaire doelomschrijving: De Jongh/Schild/Timmerman 2010, p. 238. Zie voorts: De Jongh 2020, p. 440.

52 Daarbij geldt echter wel de beperking dat in deze doelomschrijving geen belangen mogen worden weggeschreven. Zie: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 4-5.

(i.e. de realisatie van de in de statuten opgenomen doelen met in acht name van de mogelijk daarin eveneens geformuleerde waarden en belangen) en zal derhalve intern onbevoegd moeten worden geacht om handelingen in strijd met het statutaire doel te verrichten. Net zoals bij overtreding van andere statutaire bepalingen die de bevoegdheid van het bestuur raken, zou ook een handeling in strijd met het statutaire doel (in brede zin) m.i. in beginsel slechts interne consequenties moeten hebben (i.e. een onbehoorlijke taakvervulling opleveren).<sup>53</sup> Het beperkte succes van het huidige artikel 2:7 BW in de praktijk, maar ook vanwege de (weliswaar eveneens beperkte) rechtsonzekerheid voor derden die uit dat artikel voortvloeit, pleiten voor een dergelijke benadering. Dit artikel zou wat mij betreft dan ook eveneens uit de wet moeten worden geschrapt.<sup>54</sup> In die gevallen waarbij er sprake is van een derde te kwader trouw zou de Bibolini-leer<sup>55</sup> (zie hiervoor paragraaf 5.2.3) of de vordering uit onrechtmatige daad de normschending moeten kunnen redresseren.

### 5.3 Goedkeuringsrechten

#### 5.3.1 *Geschiedenis van de statutaire goedkeuringsrechten*

Lange tijd is het statutaire goedkeuringsrecht het exclusieve terrein geweest van de rechtswetenschap en praktijk. Zowel Visser als Van der Heijden spreekt in 1929 al over de mogelijkheid om in de statuten op te nemen dat voor bepaalde handelingen van het bestuur voorafgaande goedkeuring nodig is van de algemene vergadering of de raad van commissarissen.<sup>56</sup> Dorhout Mees<sup>57</sup> besteedt zelfs uitgebreid aandacht aan deze beperking van de bestuurdersmacht. In zijn dissertatie maakt hij een onderscheid tussen twee hoofdgroepen die aan goedkeuring kunnen worden onderworpen: (i) beschikking over het vermogen van de vennootschap, en (ii) belangrijke bedrijfshandelingen. Van elk van beide groepen is een lijst met voorbeelden opgenomen, die in grote lijnen ook nog in hedendaagse statuten kunnen worden aangetroffen. Het ontbreken van de goedkeuring zou volgens Dorhout Mees tot gevolg moeten hebben dat de vennootschap niet jegens een derde gebonden zou raken. Een uitspraak van het gerechtshof Leeuwarden, waarbij aan het ontbreken van de statutair voorgeschreven goedkeuring voor het verstrekken van een hypotheek slechts interne

53 HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.4.5.

54 In gelijke zin: Timmerman 2000, p. 142-143 en voorts Meppelink 2021, p. 297-298. Anders: Groenewald 2001, p. 197, die uitsluitend voor de naamloze en besloten vennootschap de externe werking wil afschaffen.

55 HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (Bibolini) m.nt. J.M.M. Maeijer.

56 Kist/Visser 1929, p. 224, Van der Heijden 1929, p. 261.

57 Dorhout Mees 1933, p. 178-183.

## HOOFDSTUK 5

werking werd toegekend (de vennootschap raakte alsnog gebonden)<sup>58</sup>, noemt Dorhout Mees verbijsterend.<sup>59</sup> Een door Meijers gesuggereerde oplossing waarbij in de statuten werd bepaald dat zonder goedkeuring het bestuur de bevoegdheid zou missen om de vennootschap jegens derden te binden, werd door het Departement afgekeurd.<sup>60</sup> Dit probleem kon volgens Dorhout Mees worden opgelost door te bepalen dat voor bepaalde gevallen naast het bestuur ook steeds een lid van de raad van toezicht diende mee te tekenen (*i.e.* een oplossing in de vertegenwoordigingssfeer). Deze oplossing werkte alleen niet in het geval men bepaalde handelingen aan de goedkeuring van een derde (zoals een openbaar lichaam) wenste te onderwerpen. Om externe werking te verkrijgen diende een dergelijke bepaling als een beperking van het doel van de vennootschap te worden geformuleerd.<sup>61</sup>

Een eerste opmaat naar een wettelijke regeling kan worden gevonden in de Departementale Richtlijnen 1969. In § 26 werd opgenomen dat door het Departement statutaire regelingen zouden worden toegestaan op basis waarvan bepaalde besluiten zouden zijn onderworpen aan de goedkeuring van enig vennootschapsorgaan. Het onderwerpen van bestuursbesluiten aan goedkeuring van derden werd echter expliciet verboden. In de Departementale Richtlijnen 1972 § 28 werd vervolgens verduidelijkt dat de aard van de besluiten duidelijk uit de statuten diende te blijken en dat deze niet – buiten de statuten om – door enig orgaan van de vennootschap of een derde, kon worden bepaald. Wel toegestaan werd dat indien de statuten bepaalden dat goedkeuring noodzakelijk was voor handelingen waarmee een bepaald bedrag gemoeid was, de vaststelling van dat bedrag aan een orgaan werd opgedragen. In de Departementale Richtlijnen 1976 § 32, ging het Departement een stap verder. Toegestaan werd dat de statuten aan een orgaan de bevoegdheid verleende om de aard van de aan goedkeuring onderworpen bestuursbesluiten vast te stellen, mits deze bestuursbesluiten duidelijk zouden worden omschreven.<sup>62</sup>

Bij gelegenheid van de afschaffing van het preventief toezicht<sup>63</sup> werd de regeling omtrent de goedkeuring van bestuursbesluiten opgenomen in artikel 2:129/239 lid 3 BW en kwam te luiden als volgt:

---

58 Kenbaar uit HR 7 maart 1930, *NJ* 1930, p. 1049 m.nt. E.M. Meijers. In cassatie kwam de uitleg van de statuten als zodanig niet aan bod.

59 Dorhout Mees 1933, p. 180.

60 Dorhout Mees 1933, p. 181.

61 Dorhout Mees 1933, p. 183.

62 De Departementale Richtlijnen 1986 bevatte met betrekking tot het goedkeuringsrecht geen wijzigingen ten opzichte van de Departementale Richtlijnen 1976.

63 Wet van 22 juni 2000, *Stb.* 2000/283.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

“Besluiten van het bestuur kunnen bij of krachtens de statuten slechts onderworpen worden aan de goedkeuring van een [ander]<sup>64</sup> orgaan van de vennootschap.”

Dit artikel werd blijkens de memorie van toelichting opgenomen omdat het met het wegvallen van de richtlijnen (zonder vervangende regeling) mogelijk zou worden om de bestuurlijke autonomie (te) sterk aan te tasten door (mogelijk vrijwel alle) bestuursbesluiten aan de goedkeuring van een ander orgaan of zelfs aan de goedkeuring van derden te onderwerpen.<sup>65</sup>

### 5.3.2 Aan wie kan een statutair goedkeuringsrecht worden toegekend?

Artikel 2:129/239 lid 3 BW schenkt wat dit onderwerp betreft klare wijn. Besluiten kunnen slechts onderworpen worden aan de goedkeuring van andere organen van de vennootschap zoals limitatief opgesomd in artikel 2:78a/189a BW: de algemene vergadering, de vergadering van houders van aandelen van een bijzonder soort *c.q.* een bepaalde soort of aanduiding, de raad van commissarissen en de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen.<sup>66</sup> Evenals bij het (statutair) instructierecht geldt derhalve dat aan de vergadering van houders van stemrechtloze aandelen *wel*, en aan de gezamenlijke vergadergerechtigde certificaathouders en de niet-uitvoerende bestuurders,<sup>67</sup> *niet* een statutair goedkeuringsrecht kan worden toegekend. Anders dan bij het (actieve) instructierecht is (mede gelet op het bepaalde in artikel 2:164/274 lid 1 BW) de toekenning van het (passieve) goedkeuringsrecht aan de raad van commissarissen onomstreden (zie paragraaf 5.4.3). Overigens geldt dat indien aan de raad van commissarissen statutair een goedkeuringsrecht is toegekend, maar dit orgaan wegens ontstentenis of belet niet in staat is om goedkeuring te verlenen, de algemene vergadering (behoudens een andersluidende statutaire regeling) niet de plaats van de raad van commissarissen

64 De tekst van artikel 2:129 lid 3 BW wijkt af van de tekst van artikel 2:239 lid 3 BW in die zin dat in het eerstgenoemde artikel het woord *ander* ontbreekt. M.i. betreft dit een kennelijke schrijffout van de wetgever in het oorspronkelijke wetsvoorstel, waarmee geen inhoudelijk verschil is beoogd. Zie: *Kamerstukken II 1998/99*, 26 277, nrs. 1-2, p. 4 en 7.

65 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 277, nr. 3, p. 11.

66 Zie voor een zaak waarbij de Ondernemingskamer bij wijze van voorziening na gebleken wanbeleid (tijdelijk) het statutaire goedkeuringsrecht met betrekking tot een groot aantal bestuursbesluiten overdroeg van de algemene vergadering naar de raad van commissarissen: OK 27 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4419.

67 Evenzo: Kreileman 2020 p. 262-263, die ook nog wijst op de structuurregeling waarin artikel 2:164a/274a lid 4 BW voorschrijft dat de bestuursbesluiten die op grond van artikel 2:164/274 lid 1 BW aan de goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen, in geval van een monistisch bestuur de goedkeuring van de meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders behoeven. Overigens lijkt het mij ook mogelijk om een dergelijke regeling – los van de structuurregeling – bij een monistisch bestuur in een bestuursreglement op te nemen.

## HOOFDSTUK 5

rissen zal kunnen innemen als goedkeurend orgaan.<sup>68</sup> Het toekennen van een goedkeuringsrecht aan een orgaan van de vennootschap brengt met zich dat indien het bestuur om goedkeuring vraagt, het betreffende orgaan verplicht is daarover binnen een redelijke termijn een besluit te nemen (vgl. artikel 2:8 lid 1 BW) en het bestuur daarvan – in het geval van een weigering van haar goedkeuring of een goedkeuring onder voorwaarden gemotiveerd – in kennis te stellen.<sup>69</sup>

In de uitoefening van het goedkeuringsrecht als beperking van de bestuursbevoegdheid bestaat er tussen de organen van de vennootschap een normatief verschil. Waar de raad van commissarissen en de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen in de uitoefening van hun goedkeuringsrecht het vennootschappelijk belang voorop dienen te stellen, geldt dit richtsnoer voor de algemene vergadering en de vergadering van houders van aandelen van een bijzonder soort *c.q.* een bepaalde soort of aanduiding niet.<sup>70</sup> Deze laatstgenoemde organen weten zich in hun gedrag wel gebonden door de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 lid 1 BW).

### 5.3.3 *Hoe kan een bestuursbesluit aan goedkeuring worden onderworpen?*

Bestuursbesluiten kunnen ingevolge de wet op twee manieren aan de goedkeuring van een orgaan worden onderworpen: (i) bij de statuten, of (ii) krachtens de statuten.<sup>71</sup> De eerste methode is het eenvoudigst: in de statuten wordt een (limitatieve) lijst met onderwerpen/besluiten opgenomen waarvoor goedkeuring dient te worden gevraagd. De nadelen van deze methode zijn evident. Indien een onderwerp of besluit niet op de lijst staat behoeft geen goedkeuring te worden gevraagd en kan zulks (voor de toekomst) alleen worden bewerkstelligd door het wijzigen van de statuten. In de praktijk wordt de eerste methode doorgaans dan ook gecombineerd met de tweede methode: een statutaire bepaling waarin is bepaald dat een orgaan van de vennootschap bij besluit vaststelt welke onderwerpen/besluiten aan zijn voorafgaande goedkeuring zijn onderworpen.<sup>72</sup>

Voor wat betreft de besluitvorming van een orgaan ter zake van de aan haar goedkeuring te onderwerpen bestuursbesluiten geldt het normale wettelijke en

---

68 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4734, r.o. 4.8. Indien de volledige raad van commissarissen echter een tegenstrijdig belang heeft geldt – behoudens een afwijkende statutaire regeling – dat de algemene vergadering op grond van artikel 2:140/250 lid 5 BW wel het bevoegde orgaan wordt om het goedkeuringsbesluit te nemen. Zie tevens: Klein Wassink 2021, p. 123 en De Roo 2021, p. 432.

69 De Roo 2021, p. 429.

70 Anders: Kemp 2015, p. 315 e.v. die stelt dat het vennootschappelijk belang ook de algemene vergadering tot richtsnoer dient te zijn.

71 Zie eveneens: Schoonbrood 2002, p. 103-106.

72 Bosse 2002, p. 37.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

statutaire regime. Met betrekking tot de besluitvorming van de algemene vergadering bevat de wet een uitgebreide regeling. Voor de raad van commissarissen (of de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen) is zulks evenwel niet het geval.<sup>73</sup> Vanaf welk moment geldt nu een besluit van een orgaan als beperking van de bestuursbevoegdheid? Hierbij zijn twee varianten denkbaar: (i) op het moment dat het besluit het bestuur heeft bereikt (vgl. 3:37 lid 3 BW),<sup>74</sup> of (ii) op het moment dat het besluit door het daartoe bevoegde orgaan genomen is.

De eerste variant roept de nodige vervolgvragen op: is het noodzakelijk dat – om haar werking te hebben – alle bestuurders van het betreffende besluit op de hoogte zijn, is een meerderheid van de bestuurders voldoende of is er sprake van een werkende beperking indien slechts één bestuurder kennis heeft van het genomen besluit? En wat heeft te gelden indien er sprake is van een beslissingsbevoegde bestuurder als bedoeld in artikel 2:129a/239a lid 3 BW? Dergelijke ingewikkelde vragen kunnen voorkomen indien, zoals in de tweede variant, wordt aangenomen dat de beperking onmiddellijk werkt op het moment dat het besluit door het betreffende orgaan is genomen. Daarbij geldt wel dat een bestuurder, die niet op de hoogte is van het besluit en zonder de benodigde goedkeuring handelt, zijn taak weliswaar in strikte zin onbehoorlijk vervult (vgl. artikel 2:9 lid 1 BW), doch van deze onbehoorlijke taakvervulling geen (persoonlijk) ernstig verwijt zal kunnen worden, tenzij uiteraard de onbekendheid met het besluit aan de bestuurder kan worden toegerekend.

Uit artikel 2:8 lid 1 BW volgt m.i. dat een orgaan van de vennootschap – ondanks een aanwezige statutaire bevoegdheid daartoe – niet rauwelijks mag besluiten om een bepaald onderwerp aan haar goedkeuring te onderwerpen (bijvoorbeeld met het oog om besluitvorming door het bestuur te frustreren; al komt in dat geval ook artikel 3:13 BW in beeld). Voor wat betreft besluitvorming door de algemene vergadering bieden de artikel 2:117 lid 5/227 lid 7 BW en artikel 2:128/238 lid 2 BW<sup>75</sup> enige bescherming aan het bestuur door te bepalen dat de bestuurders bij de besluitvorming van de algemene vergadering steeds een raadgevende stem hebben. Bij besluitvorming door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde (bijzondere) soort of aanduiding,<sup>76</sup> of bij besluitvorming door de raad van commissarissen geldt echter geen (wet-

---

73 Dumoulin 1999, p. 257.

74 Ik bedoel dit niet als vereiste voor de rechtsgeldige totstandkoming van het besluit, zoals in HR 10 maart 1995, *NJ* 1995/595 (Janssen Pers) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3.1 wel werd betoogd (en door de Hoge Raad niet als juist werd aanvaard).

75 Hoewel de regeling van artikel 2:128 BW daarin niet expliciet voorziet dienen bestuurders (en commissarissen) bij besluitvorming buiten vergadering toch te worden geraadpleegd. Zie: HR 10 maart 1995, *NJ* 1995/595 (Janssen Pers) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.5.1. en voorts: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 84.

76 Boschma/Kuijers-Tollenaar 2013a, p. 104.

## HOOFDSTUK 5

telijk voorgeschreven) raadgevende stem. Analoge toepassing van de regelingen omtrent de raadgevende stem lijkt mij, in ieder geval voor wat betreft de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde (bijzondere) soort of aanduiding, voor de hand te liggen.<sup>77</sup> Dit is evenwel geen geldend<sup>78</sup> doch m.i. wel wenselijk recht. In een nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer merkte de minister over de raadgevende stem in een dergelijke vergadering het navolgende op:<sup>79</sup>

“Bij een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding is geen sprake van een algemene vergadering, noch van besluitvorming in de zin van artikel 238. Het gaat immers om een besluit van een ander orgaan dan de algemene vergadering. Aan een dergelijk orgaan kunnen bij de statuten bevoegdheden worden toegekend. Het geven van advies door het bestuur in het belang van de vennootschap ligt bij nader inzien bij dergelijke statutaire bevoegdheden minder voor de hand dan bij de wettelijke (en statutaire) bevoegdheden van de algemene vergadering. Ik ben het dus met de leden van de VVD-fractie eens dat de raadgevende stem in vergaderingen van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding niet geldt. In dat opzicht komt er geen verandering in de situatie zoals die al geldt onder het huidige bv-recht.”

Een dergelijke argumentatie overtuigt mij niet. Niet valt in te zien waarom voor een besluit dat onderworpen is aan een statutair voorafgaande goedkeuring in het geval van de algemene vergadering *wel*, en in het geval van de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding (met betrekking tot eenzelfde besluit) *geen* gelegenheid tot het geven van een raadgevende stem hoeft te worden geboden.<sup>80</sup> Zulks geldt m.i. *mutatis mutandis* voor alle bevoegdheden van de algemene vergadering die statutair naar de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding kunnen worden overgeheveld.<sup>81</sup> Voor de raad van commissarissen, die zich overigens gelijk het

77 Evenzo: Stokkermans 2013a, p. 258-259.

78 Zie: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 90 onder e. en f., en voorts Boschma/Kuijers-Tollenaar 2013b, p. 260. Zie uitgebreid over de raadgevende stem van bestuurders en commissarissen de conclusie van A-G Assink: Parket bij de Hoge Raad, 17 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:111, par. 4.19 e.v. In par. 4.23 constateert Assink ook (met verwijzingen naar literatuur) dat de raadgevende stem niet geldt in een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.

79 *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, E, p. 22.

80 Evenzo: Boschma/Kuijers-Tollenaar 2013a, p. 104.

81 E.e.a. leidt m.i. tot merkwaardige situaties. Zo geldt bijvoorbeeld bij een benoeming van een bestuurder door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde (bijzondere) soort of aanduiding op grond van een statutaire regeling als bedoeld in artikel 2:242 lid 1 BW wel onverkort het adviesrecht van de ondernemingsraad op grond van artikel 30 WOR. Waarom zou het bestuur (en ook overigens de commissarissen) niet in een dergelijke situatie ook een raadgevende stem moeten kunnen uitbrengen?

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

bestuur (en in tegenstelling tot de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding) dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, geldt dat deze op grond van het bepaalde in artikel 2:8 lid 1 BW gehouden zou kunnen zijn om het bestuur voorafgaand aan de besluitvorming om raad te vragen.

Hoewel de wetstekst eenvoudig oogt, en het uitgangspunt steeds lijkt dat het goedkeurende orgaan steeds ook de besluiten vaststelt die aan haar goedkeuring zijn onderworpen, biedt deze bepaling ruimte voor de nodige variatie. Zo lijkt mogelijk een bepaling op grond waarvan de algemene vergadering vaststelt welke onderwerpen aan de goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen, maar ook *vice versa*.<sup>82</sup> Cumulatie van goedkeuringsvereisten (*i.e.* een besluit dient door twee organen te worden goedgekeurd; bijvoorbeeld door de vergadering van de houders van aandelen A en de vergadering van de houders van aandelen B of door de algemene vergadering en de raad van commissarissen) is ook mogelijk.<sup>83</sup> Tot slot kan nog gedacht worden aan de variant waarbij verschillende onderwerpen/besluiten aan de goedkeuring van verschillende organen zijn onderworpen. Hoewel strikt juridisch-technisch gezien mogelijk, lijkt mij goedkeuring van dezelfde besluiten door het ene of het andere orgaan minder wenselijk nu dit kan leiden tot *forum-shopping* door het bestuur.

Zonder statutaire voorziening bestaat er (als hoofdregel) geen plicht van het bestuur om besluiten ter goedkeuring aan een ander orgaan van de vennootschap voor te leggen.<sup>84</sup> Een tweetal uitzonderingen – gebaseerd op artikel 2:8 lid 1 BW –<sup>85</sup> is hier denkbaar: (i) het besluit tot materiële liquidatie van de (onderneming van) de vennootschap,<sup>86</sup> dan wel (voor de besloten vennootschap)<sup>87</sup> een andere ingrijpende wijziging van de identiteit of het karakter van de vennootschap of haar onderneming,<sup>88</sup> en (ii) indien het bestuur bij een orgaan een concrete toezegging of, bijvoorbeeld op basis van een bestendige gedragslijn,<sup>89</sup> daartoe gerechtvaardigde verwachtingen heeft gewekt.<sup>90</sup>

82 Schoonbrood 2002, p. 105; Van Solinge/Nowak 2002, p. 437; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 156.

83 Westbroek 1972, p. 77; Klein Wassink 2021, p. 123.

84 Zie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4734, r.o. 4.8.

85 Garcia Nelen 2020, p. 238–242.

86 Assink/Slagter 2013, § 43.3, p. 711, die aanneemt dat dit besluit niet tot de bestuursbevoegdheid behoort. Zie tevens: OK 11 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1555.

87 Voor de naamloze vennootschap geldt artikel 2:107a BW.

88 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 23.

89 Welk argument door het Gerechtshof Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4501, r.o. 3.7 echter niet werd gehonoreerd.

90 Zie nader over het wekken van verwachtingen door (het bestuur van) een rechtspersoon: HR 18 november 2005, *NJ* 2006/173 (Unilever) m.nt. J.M.M. Maeijer en voorts: Assink/Slagter 2013, § 51.4, p. 933.



## HOOFDSTUK 5

### 5.3.4 Welke bestuursbesluiten kunnen aan goedkeuring worden onderworpen?

Artikel 2:129/239 lid 3 BW als zodanig stelt geen beperkingen aan de onderwerpen/besluiten van het bestuur die aan de (voorafgaande) goedkeuring van een orgaan van de vennootschap kunnen worden onderworpen. Wel geldt als algemene regel dat niet alle bestuurshandelingen en -besluiten – in de zin van allemaal tegelijk – aan goedkeuring mogen worden onderworpen.<sup>91</sup> In de Departementale Richtlijnen 1969 § 26 was al opgenomen dat de statuten de bestuursbevoegdheid niet aan het bestuur mochten ontnemen.<sup>92</sup> Volgens Van Solinge/Nowak volgt dit laatste overigens ook uit artikel 2:129/239 lid 1 BW, nu dit artikel slechts spreekt over beperkingen.<sup>93</sup> Waar precies de grens van het toelaatbare ligt volgt niet uit de jurisprudentie en literatuur. Schoonbrood schrijft dat indien alle bestuursbesluiten aan goedkeuring worden onderworpen, er strijd is met de bestuursautonomie.<sup>94</sup> Ook een culminatie van goedkeuringsrechten mag er niet toe leiden dat dit resulteert in een *de facto* ontneming van de bestuursbevoegdheid.<sup>95</sup> Westbroek merkt op (in verband met de Departementale Richtlijnen 1972) dat indien een orgaan van de vennootschap het bedrag mag vaststellen, op grond waarvan bestuursbesluiten (waar tenminste dat bedrag mee gemoeid is) aan zijn goedkeuring zijn onderworpen, dat orgaan de grens niet zodanig laag mag stellen dat het bestuur niet meer behoorlijk kan functioneren.<sup>96</sup> Waar de grens ligt is telkens afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>97</sup> Daarbij is ook de aard van de aan het besluit ten grondslag liggende bevoegdheid van het bestuur van belang. Zie hierover nader paragraaf 7.3.

Als het gaat om grensbedragen waarbij goedkeuring wordt vereist zal een en ander voornamelijk afhankelijk zijn van de financiering van de vennootschap en de aard en de omvang van de aan de vennootschap verbonden onderneming. Voor de ene vennootschap zal een grensbedrag van € 5.000,- redelijk zijn, terwijl voor een andere vennootschap een grens van € 5.000.000,- nog als niet-werkbaar zal hebben te gelden. Het strategisch primaat van het bestuur (zie

---

91 Zie: OK 28 juni 2011, *ARO* 2011/107 (Waterspreng) r.o. 3.5. en voorts *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 11 en Klein Wassink 2021, p. 126.

92 Deze bepaling keerde in alle daaropvolgende richtlijnen steeds terug. Zie daarover nader paragraaf 7.2.

93 Van Solinge/Nowak 2002, p. 437. Evenzo: Schoonbrood 2002, p. 103.

94 Schoonbrood 2002, p. 104.

95 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 156.

96 Westbroek 1972, p. 77.

97 Assink/Slagter 2013, § 51.7, p. 1000; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 155; Bosse 2002, p. 37. Zie: OK 20 december 2018, *RO* 2019/15 i.h.b. r.o. 4.7, voor een geval waarin een vennootschapsorgaan door middel van besluiten, alle bestuursbesluiten aan haar voorafgaande goedkeuring probeerde te onderwerpen, hetgeen door de Ondernemingskamer als een van de gronden voor wanbeleid werd aangemerkt.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

paragraaf 3.4) staat er evenwel niet aan in de weg dat vaststelling (of wijziging) van de strategie aan de goedkeuring van een ander orgaan van de vennootschap wordt onderworpen. In de kern gaat het er evenwel steeds om dat er een voldoende slagvaardig bestuur overblijft.

In de praktijk heeft de vraag of een statutaire goedkeuringsclausule een te vergaande beperking van de bestuursbevoegdheid inhoudt nog niet tot significante problemen geleid nu bij mijn weten rechtspraak op dit terrein (nagenoeg) geheel ontbreekt.<sup>98</sup> Een en ander zal vermoedelijk kunnen worden verklaard door het algemene notariële toezicht bij de totstandkoming van statuten alsook het gebruik in de praktijk van standaardlijstjes met goed te keuren besluiten.

Tot slot van deze paragraaf nog een enkele opmerking over de Wet Homologatie Onderhands Akkoord welke per 1 januari 2021 is ingevoerd.<sup>99</sup> Deze wet maakt het voor een vennootschap mogelijk om, indien zij in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan, aan haar schuldeisers en aandeelhouders (of een aantal van hen) een akkoord aan te bieden dat voorziet in de wijziging van hun rechten en welk akkoord ook door de rechtbank kan worden gehomologeerd (vgl. artikel 370 lid 1 Fw). Op grond van artikel 370 lid 5 Fw geldt dat het aanbieden van een dergelijk akkoord niet aan een statutaire (of contractuele)

---

98 Zie echter: OK 28 juni 2011, ARO 2011/107 (Waterspreng) r.o. 3.5 “*Vaststaat dat bij het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van Waterspreng van 12 mei 2011 het bestuur van de vennootschap de facto, [...], vleugellam is gemaakt doordat vanaf die datum – kennelijk op de voet van artikel 16 lid 7 van de statuten – alle bestuursbesluiten aan de goedkeuring van de prioriteit [...] zijn onderworpen. Voor zover zulks al niet (rechtstreeks) in strijd moet worden geacht met (de ratio van) de genoemde statutaire bepaling en het te dezen toepasselijke vennootschapsrecht, komt het de Ondernemingskamer voorshands voor dat dit besluit jegens [A], gelet op de uitgangspunten van dier samenwerking met TVS binnen Waterspreng (welke, naar moet worden aangenomen, mede in artikel 16 lid 6 van de statuten tot uitdrukking komen), niet verenigbaar is met de eisen van redelijkheid en billijkheid die op de voet van artikel 2:8 BW het gedrag van betrokkenen jegens elkaar en jegens de vennootschap mede dienen te bepalen.*” Zie voorts de uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Aruba, Curacao, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustasius en Saba, kenbaar uit HR 6 juli 2018, NJ 2019/394, m.nt. G. van Solinge, r.o. 4.2.6, waarin het hof overweegt: “*Aldus heeft de RvC het dagelijks bestuur van de vennootschap overgenomen en is hij op de stoel van het bestuur gaan zitten. Dit geldt te meer nu de RvC, zo blijkt uit het verslag, op 11 juli 2011 heeft besloten dat het bestuur voor een periode van 6 maanden voor alle transacties van boven NAf 50 goedkeuring diende te verkrijgen van de RvC. Niet alleen is een dergelijk besluit in strijd met de statuten (krachtens het bepaalde in art. 13 lid 6 aanhef en onder i van de statuten is de grens waarboven goedkeuring van de RvC is vereist gesteld op NAf 1 miljoen), ook overschrijdt het besluit de toezichthoudende en adviserende taak van de RvC en wordt het bestuur aldus zijn zelfstandige bestuursbevoegdheid ontnomen. Dat een dringende noodzaak bestond voor een zodanig ingrijpende maatregel en dat door de RvC niet op andere wijze kon worden gereageerd, is niet gebleken.*”

99 Wet van 7 oktober 2020, Stb. 2020/414, KB van 26 oktober 2020, Stb. 2020/415.

## HOOFDSTUK 5

goedkeuring kan worden onderworpen.<sup>100</sup> Daarenboven geldt dat bij de uitvoering van een dergelijk akkoord (dat door de rechtbank gehomologeerd is), eventuele statutaire bepalingen of tussen de vennootschap en haar aandeelhouders (of aandeelhouders onderling) overeengekomen regelingen ten aanzien van de besluitvorming in de algemene vergadering (of vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding) niet van toepassing zijn. Voor zover voor de uitvoering van het akkoord besluitvorming door de algemene vergadering of de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding noodzakelijk is, treedt het door de rechtbank gehomologeerde akkoord daarvoor in de plaats. Eventuele statutaire (of contractuele) beperkingen aan de bestuursbevoegdheid, waaronder statutaire goedkeuringsrechten, worden aldus (tijdelijk) buiten werking gesteld.

### 5.3.5 *Gevolgen ontbreken statutair voorgeschreven goedkeuring*

Het uitgangspunt is dat het ontbreken van een statutair voorgeschreven goedkeuring slechts interne werking heeft en derhalve aan derden niet kan worden tegengeworpen (vgl. artikel 2:130/240 lid 3 BW).<sup>101</sup> Door het bestuur verrichte vertegenwoordigingshandelingen blijven gewoon geldig. Het bestuursbesluit waarvoor voorafgaande goedkeuring statutair is voorgeschreven is nietig ingevolge artikel 2:14 lid 1 BW.<sup>102</sup> De bestuurder die gehandeld heeft zal in beginsel zijn taak onbehoorlijk hebben vervuld en jegens de vennootschap schadeplichtig zijn op grond van het bepaalde in artikel 2:9 BW.<sup>103</sup> Een bestuurder

100 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 37-38.

101 Zie tevens artikel 9 lid 2 Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968: “*De grenzen welke door de statuten of door een beslissing van de bevoegde organen aan de bevoegdheden van de organen van de vennootschap worden gesteld, kunnen nooit aan derden worden tegengeworpen, zelfs niet indien zij bekend zijn gemaakt.*” Met de Richtlijn 2003/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2003, werd artikel 1 van de Eerste Richtlijn gewijzigd zodat daarin naast de naamloze vennootschap ook de besloten vennootschap werd opgenomen. Inmiddels is de Eerste Richtlijn vervangen door de Richtlijn 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017, *PbEU* 2017, L 169/16 waarin het hiervoor weergegeven artikel is opgenomen als artikel 9 lid 2.

102 Zie hierover uitgebreid: Parket bij de Hoge Raad, 17 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:111 par. 4.10 e.v. Blijkens de parlementaire geschiedenis zoals geciteerd door A-G Assink wordt de keuze voor nietigheid in plaats van vernietigbaarheid op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a BW, gerechtvaardigd doordat aldus het orgaan met goedkeuringsrechten niet tot procederen gedwongen wordt indien het besluitende orgaan zou verzuimen zijn plichten na te komen.

103 Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 30 september 2015, *JOR* 2016/182 m.nt. J. van Bekkum, r.o. 6.1.1. Ook niet-naleving van een reglement dat een nadere uitwerking bevat van een statutaire goedkeuringsregeling kan een onbehoorlijke taakvervulling opleveren. Zie: Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 (Landis) m.nt. U.B. Verboom, r.o. 9.14.9-9.14.11. Zie echter voor een geval waarin een door het bestuur uitgevoerde transactie, zonder dat daarvoor in de algemene vergadering een unaniem goedkeuringsbesluit genomen was, door de Ondernemingskamer – gelet op de omstandigheden van het geval – onvoldoende ernstig werd bevonden om deze als wanbeleid te bestempelen: OK 12 april 2016, *ARO* 2016/118, r.o. 4.3-4.8. In dergelijke gevallen brengen de redelijkheid en billijkheid

kan evenwel aan aansprakelijkheid ontsnappen indien het orgaan dat voorafgaande goedkeuring had moeten verlenen het bestuursbesluit bekrachtigt *ex* artikel 2:14 lid 2 BW. In een arrest van het gerechtshof Arnhem van 16 april 2002 werd tevens impliciete goedkeuring achteraf voor een bestuursbesluit aangenomen omdat de algemene vergadering (dat tevens het statutair bevoegde orgaan tot goedkeuring was) met algemene stemmen goedkeuring had verleend aan de jaarrekening waaruit van (de financiële gevolgen van) het betreffende bestuursbesluit bleek en de andere aandeelhouder zich daarbij had laten bijstaan door een ter zake deskundig adviseur.<sup>104</sup>

Onder omstandigheden zal enerzijds bestuurlijk handelen zonder statutair voorgeschreven voorafgaande goedkeuring geen onbehoorlijke taakvervulling opleveren, terwijl anderzijds bestuurlijk ‘stil zitten’ in afwachting van goedkeuring weer wel een onbehoorlijke vervulling van de bestuurstaak zal zijn. Daarbij zal het steeds gaan om gevallen waarbij het vennootschappelijk belang directe actie vordert.<sup>105</sup> Denk daarbij aan het handelen ter voorkoming of beperking van schade, het voeren van verweer in kort geding of het (doen) leggen van conservatoir of executoriaal beslag. In dergelijke gevallen zal op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid *ex* artikel 2:8 lid 2 BW, de betreffende statutaire goedkeuringsbepaling niet van toepassing zijn (een uitdrukkelijke statutaire bepaling die in deze mogelijkheid voorziet is derhalve niet noodzakelijk).<sup>106,107</sup> Een mooi voorbeeld van de toepassing van de beper-

---

mee dat het bestuur de beslissing tot doorbreking en de dringende omstandigheden die dat rechtvaardigen, aan de algemene vergadering van aandeelhouders, althans ook aan de tegenstemmende aandeelhouders, meedeelt, bij voorkeur voor, dan wel onmiddellijk na het nemen van de beslissing, aldus de Ondernemingskamer in r.o. 4.3 (waarin zij r.o. 3.10 uit haar beschikking van 23 september 2013 citeert).

104 Gerechtshof Arnhem 16 april 2002, *JOR* 2002/110, r.o. 4.4. In cassatie houdt dit arrest stand (vgl. HR 20 februari 2004, *JOR* 2004/93 m.nt. F.J.P. van den Ingh), al uit A-G Timmerman de nodige kritiek op de wijze waarop het cassatieberoep was ingestoken. Zie bijvoorbeeld: Parket bij de Hoge Raad, 20 februari 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO4151 (Hartog Holding/Hartog), par. 2.10.

105 Zie: OK 11 oktober 2016, *ARO* 2017/69 r.o. 4.10 voor een geval waarbij de niet-naleving van een statutaire goedkeuringsregeling onder de gegeven omstandigheden onvoldoende zwaar werd bevonden om als wanbeleid te worden aangemerkt.

106 Zie bijvoorbeeld: OK 23 september 2013, *JOR* 2014/93 m.nt. P.D. Olden, r.o. 3.10, waarin de Ondernemingskamer overwoog: “*De Ondernemingskamer stelt voorop dat niet kan worden uitgesloten dat zich zodanig dringende omstandigheden kunnen voordoen dat doorbreking van het vereiste van unanimiteit is gerechtvaardigd. De redelijkheid en billijkheid die de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie betrokken zijn jegens elkaar in acht hebben te nemen brengen echter mee, dat het bestuur in een dergelijk geval de beslissing tot doorbreking en de dringende omstandigheden die dat rechtvaardigen aan de algemene vergadering van aandeelhouders, althans aan – ook de tegenstemmende – aandeelhouders, meedeelt, bij voorkeur voor, althans onmiddellijk na het nemen van de beslissing.*”

107 Een aardige ‘omweg’ werd door het bestuur gevonden in: OK 5 oktober 2005, *JOR* 2005/296 (Smit Transformatoren) m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.6. In deze zaak omzeilde het bestuur een statutaire bepaling op grond waarvan voor het voeren van rechtsgedingen toestemming

kende werking redelijkheid en billijkheid in dat kader (evenwel met betrekking tot de wettelijk voorgeschreven goedkeuring van de algemene vergadering *ex* artikel 2:107a BW) is de Fortis-uitspraak van de rechtbank Amsterdam, waarin de onmiddellijk dreigende ondergang van de Fortis-groep en de statutaire oproepingstermijn voor een algemene vergadering van vijftien dagen maakte dat het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering buiten toepassing bleef.<sup>108</sup> In de praktijk zal het evenwel nuttig kunnen zijn (al is het maar voor de gemoedstrust van de betrokken bestuurders) om alsnog achteraf goedkeuring van het daartoe bevoegde orgaan te verkrijgen.

Ondanks de hoofdregel dat aan het ontbreken van een statutair voorgeschreven goedkeuring slechts interne werking toekomt, kan in sommige gevallen de afwezigheid van een dergelijke goedkeuring voor derden wel rechtens relevant zijn. Zo bepaalde de Hoge Raad in het Bibolini-arrest dat een derde, die van het bestaan van een bevoegdheidsbeperking op de hoogte was, onder omstandigheden in strijd handelt met de goede trouw, indien hij de vennootschap aan de met hem gesloten overeenkomst houdt.<sup>109</sup> Als enige voorbeeld van een omstandigheid noemt de Hoge Raad in het betreffende arrest dat de derde (bijvoorbeeld als aandeelhouder) betrokken was bij de totstandkoming van het besluit waarbij de bevoegdheidsbeperking aan het bestuur werd opgelegd. Kroeze noemt als andere voorbeelden nog samenspanning, uitlokking en kennelijk bijzondere nadeligheid van de betreffende rechtshandeling voor de rechtspersoon.<sup>110</sup> Zie voorts het Wijsmuller-arrest<sup>111</sup> van de Hoge Raad waarin hij het (ingewikkeld geformuleerde) oordeel van de rechtbank in stand liet dat een besluit tot ontslag van commissarissen van een dochtervennootschap, waarbij het bestuur van de moedervennootschap het stemrecht op de aandelen in de dochtervennootschap uitoefende zonder de statutair (*i.e.* ingevolge de statuten van de moederven-

---

nodig was van de raad van commissarissen, door op voet van artikel 2:346 aanhef en onder c BW (oud) bij overeenkomst aan de ondernemingsraad de bevoegdheid te verlenen tot het entameren van een enquêteprocedure.

108 Rb. Amsterdam 18 mei 2011, *JOR* 2011/320 m.nt. B.P.M van Ravels, r.o. 4.3.4.3-4.3.4.4.

109 HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (Bibolini) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3.

110 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2021, nr. 341. Zie nader over deze bijkomende omstandigheden paragraaf 6.5.2.

111 HR 15 juli 1968, *NJ* 1969/101 (Wijsmuller) m.nt. G.J. Scholten: “*dat de Rb. immers kennelijk heeft aangenomen als bedoeling van de regeling van de uitoefening van het stemrecht, dat binnen het grotere geheel van de ‘Wijsmullergroep’, zoals de Rb. deze heeft beschreven, van welke groep zowel de ‘holding-company’ Wijsmuller Nederland NV als enige dochtermaatschappijen, waaronder NV Bureau Wijsmuller, deel uitmaken, en waarin een kleine kring van familieleden — naast J.F. Wijsmuller zijn drie broers en een schoonzuster — tezamen in verschillende opzichten de belangen in handen heeft en/of functies bekleedt, de eis van voorafgaande goedkeuring door de vergadering van houders van prioriteitsaandelen in de moedermaatschappij voorwaarde is voor de bevoegdheid van de Raad van Bestuur om op de aandelen die de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij bezit stemrecht uit te oefenen, en daarmee van de rechtsgeldigheid van het ingevolge deze uitoefening van stemrecht tot stand gekomen besluit.*”.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

nootschap) voorgeschreven goedkeuring van de vergadering van prioriteitsaandeelhouders van de moedervenootschap, niet rechtsgeldig was.

### 5.3.6 *Goedkeuring in de Nederlandse Corporate Governance Code*

Tot besluit van deze paragraaf nog een enkele opmerking over de Nederlandse Corporate Governance Code. Ingevolge best practice-bepaling II.1.2 van de Nederlandse Corporate Governance Code 2008 diende het bestuur van een Nederlandse beursvennootschap aan de raad van commissarissen ter goedkeuring voor te leggen: (i) de operationele en financiële doelstellingen van de vennootschap, (ii) de strategie die moet leiden tot het realiseren van de doelstellingen, (iii) de randvoorwaarden die bij de strategie worden gehanteerd, bijvoorbeeld ten aanzien van de financiële ratio's, en (iv) de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen. In de nieuwe Nederlandse Corporate Governance Code 2016 is dit goedkeuringsrecht evenwel komen te vervallen en is in best practice-bepaling 1.1.2 de verplichting opgenomen voor het bestuur om de raad van commissarissen tijdig te betrekken bij het formuleren van de strategie ter realisatie van lange termijn waardecreatie en om over die strategie (en de toelichting daarop) verantwoording af te leggen aan de raad van commissarissen.<sup>112</sup> In de nieuwe code zijn evenwel ook op andere plaatsen goedkeuringsrechten voor de raad van commissarissen te vinden, zoals de benoeming of het ontslag van de leidinggevende interne auditor (best practice-bepaling 1.3.1), het werkplan voor de interne audit functie (best practice-bepaling 1.3.3), de benoeming of het ontslag van de secretaris van de vennootschap (best practice-bepaling 2.3.10), de aanvaarding van een commissariaat door een bestuurder (best practice-bepaling 2.4.2), (materiële) transacties waarbij een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft (best practice-bepaling 2.7.2/2.7.4), (materiële) transacties tussen de vennootschap en een aandeelhouder met ten minste tien procent van de aandelen (best practice-bepaling 2.7.5), het verstrekken van leningen door de vennootschap aan bestuurders (best practice-bepaling 2.7.6). Het ontbreken van de goedkeuring van de raad van commissarissen die op grond van de Code is vereist leidt niet tot een vernietigbaar besluit, tenzij de betreffende goedkeuringsrechten in de statuten zijn verankerd. Wel mogelijk is m.i. dat indien de vennootschap verklaard heeft de Code toe te passen, en niet van de betreffende best practice bepaling af te wijken, dat een bestuursbesluit zonder voorgeschreven goedkeuring van de raad van commissarissen, vatbaar is voor vernietiging op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b BW wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die o.a. bestuurders en commissarissen op grond van artikel 2:8 lid 1 BW jegens elkaar in acht hebben te nemen.<sup>113</sup>

112 Zie nader over het verschil tussen de Codes: Strikwerda 2018, p. 72 e.v.

113 Indien sprake is van een op de Nederlandse Corporate Governance Code gebaseerd reglement zou ook vernietiging van het bestuursbesluit *ex* artikel 2:15 lid sub c BW mogelijk zijn.

## 5.4 Instructierecht<sup>114</sup>

### 5.4.1 *Geschiedenis van het instructierecht*

Evenals bij het goedkeuringsrecht was ook het instructierecht lange tijd een domein dat voorbehouden was aan rechtswetenschap en -praktijk.<sup>115</sup> Pas in 1969, bij gelegenheid van de vervanging van de Departementale Opvattingen 1955 door de Departementale Richtlijnen 1969 werd een eerste basis gelegd voor het huidige wettelijke instructierecht. In de Departementale Richtlijnen 1969 was in § 26, naast andere richtlijnen met betrekking tot de beperking van de bestuursbevoegdheid, de richtlijn opgenomen dat zou worden toegelaten een bepaling in de statuten inhoudende dat het bestuur in concrete in de statuten omschreven gevallen, zich moest gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan mits deze instructie geen beperkingen in het kader van het normaal bedrijfsbeheer bevatte.<sup>116</sup> Eerder, ergens in de periode tussen 1955 en 1962, werden dergelijke statutaire bepalingen door het Departement al goedgekeurd.<sup>117</sup> Zo werd bijvoorbeeld bij diverse vennootschappen – die door verschillende notarissen werden opgericht in november 1969 – de navolgende bepaling toegestaan:

“Aan de directie is de dagelijkse leiding van de zaken der vennootschap opgedragen. Indien er meerdere directeuren zijn worden de werkzaamheden door hen in onderling overleg verdeeld. De directeuren zijn verplicht zich te gedragen naar een eventuele instructie van de algemene vergadering van aandeelhouders. *Deze instructie zal geen verdere beperkingen, als bedoeld in artikel 47 van het Wetboek van Koophandel, inhouden dan in deze akte zijn vervat.*”<sup>118</sup> [curs. JT]

Onder een dergelijke statutaire bepaling waren m.i. concrete instructies door de algemene vergadering aan het bestuur van de vennootschap toegestaan.<sup>119</sup> De

---

114 Deze paragraaf is een herziene versie van Terstegge 2014a.

115 Zie bijvoorbeeld: Roes 1930; De Jongh 2014, p. 244 merkt op dat in de 19<sup>de</sup> eeuw een instructierecht van de algemene vergadering algemeen werd aanvaard.

116 Buining 1970, p. 90-91.

117 Van der Heijden/Van der Grinten 1955, p. 415 stelt dat de algemene vergadering of de commissarissen het bestuur niet kunnen opdragen een bepaalde handeling te stellen of na te laten. In Van der Heijden/Van der Grinten 1962, p. 443 wordt echter gemeld dat dergelijke clausules toch door het Departement worden toegelaten. Van der Grinten achtte dergelijke bepalingen echter nietig wegens strijd met de wet.

118 Artikel 11 lid 1 van de statuten van Koeltechnisch Bureau S. Smith-Holland N.V. te Vlaardingen, opgericht bij notariële akte van 13 november 1969 door notaris mr. S. Klein te Rotterdam. De verklaring van geen bezwaar werd afgegeven door A. Caron, ambtenaar bij het Departement van Justitie. Gepubliceerd in het Bijvoegsel van de Nederlandse Staatscourant van vrijdag 2 januari 1970/1 onder nummer 25.

119 Zie tevens: Treurniet 1972, p. 15; Buining 1970, p. 90-91.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

laatste gecursiveerde zin van de statutaire bepaling was een niet in de Departementale Opvattingen 1955 opgenomen eis die het Departement stelde aan statutaire bepalingen op basis waarvan regels konden worden gesteld omtrent de bestuurstaak. Van der Grinten beoordeelde deze bepaling als niet erg duidelijk en wilde deze aldus verstaan dat een dergelijke regeling de macht van het bestuur onverlet zou laten en de wettelijke en statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder niet zou aantasten.<sup>120</sup>

Later werd deze praktijk beperkt in die zin dat een statutair instructierecht door het Departement uitsluitend nog werd toegestaan bij vennootschappen in een concern (niet zijnde de holding).<sup>121</sup> Aan deze Departementale praktijk kleefde echter twee bezwaren. Zo kon een concernvennootschap op ieder moment buiten het concern worden geplaatst en was ook het verschil in behandeling tussen een rechtspersoon en een natuurlijk persoon als enig aandeelhouder niet goed te rechtvaardigen.<sup>122</sup>

Bij gelegenheid van de herziening van de Departementale Richtlijnen 1969 werd de oude regeling aangaande de beperking van de bestuursbevoegdheid opgenomen in § 28 van de Departementale Richtlijnen 1972 en werd de regeling met betrekking tot het statutaire instructierecht nader gespecificeerd. Opgenomen werd dat het Departement geen bezwaar zou maken tegen een statutaire bepaling die met zich bracht dat het bestuur zich diende te gedragen naar de aanwijzingen van een vennootschapsorgaan betreffende de algemene lijnen van het financiële, sociale, economische en personeelsbeleid.<sup>123</sup> Deze passage werd bij de herziening van de Departementale Richtlijnen 1972 ongewijzigd overgenomen in § 32 van de Departementale Richtlijnen 1976 en vervolgens, behoudens enkele ondergeschikte tekstuele wijzigingen, overgenomen in § 9 Departementale Richtlijnen 1986.<sup>124</sup>

In de literatuur worstelde men evenwel met de vraag wat precies diende te worden verstaan onder de algemene lijnen van het beleid. “Mag de instructie inhouden dat bepaalde goederen niet meer mogen worden gefabriceerd, dat werknemers boven een bepaalde leeftijd niet meer in dienst mogen worden genomen,

---

120 Van der Heijden/Van der Grinten 1962, p. 420. Treurniet 1972, p. 15 schrijft dat het Departement eiste dat in een statutaire bepaling omtrent het instructierecht tot uitdrukking werd gebracht dat een dergelijke clause geen externe werking zou hebben.

121 Westbroek 1972, p. 77.

122 Westbroek 1972, p. 77.

123 Een statutaire bepaling met een dergelijke inhoud, waarbij het bestuur aanwijzingen ter zake van de raad van commissarissen diende op te volgen, werd door het Departement al in 1960 toegestaan. Zie: Van der Grinten 1960, 31.

124 Buijn 1986, p. 197.



## HOOFDSTUK 5

dat de pensioenen welvaartsvast moeten worden gemaakt enz.?” , zo vroeg bijvoorbeeld Treurniet zich af.<sup>125</sup>

Bij de herziening van het preventief toezicht op de oprichting en wijziging van statuten van naamloze en besloten vennootschappen in 2001,<sup>126</sup> werden de Departementale Richtlijnen 1986 in zijn geheel afgeschaft. Om te voorkomen dat als gevolg van het afschaffen van de Richtlijnen het mogelijk zou worden de bestuurlijke autonomie door middel van een statutair instructierecht in (te) vergaande mate te beperken,<sup>127</sup> werd de regeling van § 9 Departementale Richtlijnen 1986 met betrekking tot het instructierecht overgenomen in een nieuw lid 4 van artikel 2:129/239 BW, waarvan de tekst luidde als volgt:

“De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen.”

Het instructierecht kreeg daarmee haar wettelijke basis. In de literatuur bleef men worstelen met de vraag of (met name in concernverband) concrete dan wel slechts algemene instructies waren toegestaan.<sup>128</sup> In de praktijk heeft het onderscheid tussen concrete en algemene instructies evenwel nooit tot onoverkoombare problemen geleid getuige de beperkte jurisprudentie op dit gebied.<sup>129</sup> De schaarse jurisprudentie die wel voorhanden is ziet veelal op concernsituaties waarbij de nadruk meer wordt gelegd op de inhoudelijke beoordeling van de vraag of het bestuur de betreffende aanwijzing van de concernleiding had moeten opvolgen dan op de vraag of er sprake was van een concrete of algemene instructie.<sup>130</sup> In dergelijke gevallen komt het dan in de kern steeds neer op de vraag of er een instructierecht bestond en hoe de autonomie van het bestuur<sup>131</sup> en/of het (vennootschappelijk) belang van de dochtervennootschap<sup>132</sup> zich verhoudt tot de (gegeven) instructie, het belang van het gehele concern daarbij<sup>133</sup>

125 Treurniet 1972, p. 15. Zie eveneens Van der Burg 1983, p. 396.

126 Wet van 22 juni 2000, *Stb.* 2000/283.

127 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277 nr. 3, p. 11.

128 Zie hierover: Gepken-Jager 2001.

129 Vlg. Kroeze/Timmerman/Wezeman 2022, p. 260.

130 Zie bijvoorbeeld: Vzng. Rb. 's-Gravenhage 7 augustus 2002, *JOR* 2002/173 (Babcock) m.nt. F.J.P. van den Ingh. Dit wordt ook met zoveel woorden door de wetgever in de MvT erkend. Zie: *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 90.

131 HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43 (Forumbank) m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh, en Rb. Leeuwarden 12 november 1987, *NJ* 1988/699 (Interpolacel).

132 Vzng. Rb. 's-Gravenhage 7 augustus 2002, *JOR* 2002/173 (Babcock) m.nt. F.J.P. van den Ingh.

133 Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, *KG* 1988/37 (Amstelland).

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

en de op artikel 2:9 BW gestoelde concernleidingsplicht<sup>134</sup> van het bestuur van de moedervenootschap.<sup>135</sup>

Een verklaring voor deze geringe hoeveelheid jurisprudentie werd al lang geleden gegeven door Slagter:<sup>136</sup> instructies aan het bestuur van een vennootschap worden in de praktijk vaak vriendelijk verpakt als verzoek, advies of aanbeveling. Aan dergelijke instructies ligt geen formeel besluit van de algemene vergadering (of een ander bevoegd orgaan) ten grondslag, doch slechts een telefoontje, WhatsApp bericht, e-mail van of gesprek bij de koffieautomaat met de *pater familias* of een functionaris *hoger in de boom* van het concern. Een aldus gegeven instructie wordt zelden door haar ontvanger genegeerd.<sup>137</sup> De juridische werkelijkheid en praktijk van het geven, ontvangen en opvolgen van instructies lopen hier sterk uiteen.<sup>138</sup>

Bij de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht,<sup>139</sup> werd op advies van de Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht, uiteindelijk het onderscheid tussen algemene en concrete instructies voor de besloten vennootschap uit de wet geschrapt.<sup>140</sup> Artikel 2:239 lid 4 BW werd gewijzigd, zodat dit is komen te luiden als volgt:<sup>141</sup>

“De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.”

In het vervolg van deze paragraaf zal het met name gaan over het concrete instructierecht bij de besloten vennootschap. Het algemene instructierecht bij

---

134 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/446 (Ogem II) m.nt. J.M.M. Maeijer en HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 (Sobi/Hurks) m.nt. S.M. Bartman. Zie hieromtrent uitgebreid: Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2020, p. 62-64.

135 Zie ook omtrent de spanning die inherent is aan het geven van instructies binnen een concern: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 159.

136 Slagter 1991, p. 194-195. Zie tevens: Roelvink 1990, p. 46.

137 Zie: OK 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302, r.o. 3.60-3.65 voor een mooi voorbeeld van de werking van instructiemacht in de praktijk.

138 In het Belgisch recht kent men geen instructierecht voor de algemene vergadering, doch wordt de figuur van de feitelijke instructiemacht eveneens onderkend. Cools 2015, p. 616 meent dat een formeel instructierecht de positie van de algemene vergadering in België maar weinig zou verstrekken omdat in België – in tegenstelling tot het Nederlandse recht – strikt(er) wordt vastgehouden aan het *ad nutum* ontslag van de bestuurder.

139 Wet van 18 juni 2012, *Stb.* 2012/300.

140 Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-Recht, Rapport van de expertgroep ingesteld door de minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, 6 mei 2004, p. 34-35.

141 Voor de naamloze vennootschap geldt nog immer het artikel 2:129 lid 4 BW zoals dit in 2001 werd vastgesteld. Zie voorts paragraaf 5.4.8.

## HOOFDSTUK 5

de naamloze vennootschap van artikel 2:129 lid 4 BW komt slechts zijdelings aan bod.

### 5.4.2 *Wat is een instructie?*

Allereerst een opmerking over de gebruikte terminologie. Artikel 2:239 lid 4 BW spreekt over “*de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap*”, niet over de in de literatuur veel gebruikte term “*instructie*”.<sup>142</sup> Zit er wellicht een verschil tussen beide? Hoewel een *aanwijzing* mogelijk iets vrijblijvender klinkt (meer richting een suggestie) dan een *instructie* (meer richting een (dienst)bevel), bestaat er in basis tussen beide termen m.i. geen wezenlijk onderscheid.<sup>143</sup> In het vervolg van deze paragraaf zal ik dan ook beide termen door elkaar gebruiken.

Een instructie heeft als doel om de ontvanger daarvan een door de instructiegever wenselijk geacht gedrag te laten vertonen. Dit gedrag kan zowel feitelijke handelingen als rechtshandelingen betreffen. Denk aan het aanbrengen van een technische wijziging in het productieproces van de onderneming, het tekenen van een overeenkomst of het nemen van een specifiek (bestuurs)besluit. Onder gedrag versta ik ook het nalaten van dergelijke handelingen.<sup>144</sup> Bijvoorbeeld een verbod op het betalen van een factuur of een verbod tot het opzeggen van een overeenkomst. Een instructie kan een eenmalige concrete gedraging inhouden of een reeks gespecificeerde gedragingen. Ook kan een instructie bestaan uit algemene voorschriften over hoe de ontvanger zich in (mogelijke) toekomstige gevallen dient te gedragen. De instructie heeft dan meer het karakter van een richtlijn. Afhankelijk van de gedetailleerdheid van de instructie is er voor de ontvanger in meer of mindere mate ruimte voor eigen inbreng in de uitvoering daarvan. Een instructie heeft een dwingend *c.q.* prescriptief karakter en impliceert ook een bepaalde gezags- of machtsverhouding tussen de instructiegever en de ontvanger.

### 5.4.3 *Instructiemacht*

Onderscheid moet gemaakt worden tussen een *instructierecht* en *instructiemacht*. Het *instructierecht* is de bevoegdheid om aan het bestuur instructies te geven die op grond van de wet en de statuten (vgl. artikel 2:129/239 lid 4 BW) aan een orgaan van de vennootschap kan worden toegekend. Van *instructiemacht* is sprake indien een (rechts)persoon of vennootschappelijk orgaan – zonder wettelijke of statutaire bevoegdheid die met dat doel is toegekend – het feitelijk in zijn macht heeft om aan het bestuur instructies te geven. Hiervoor is

---

142 Zie bijvoorbeeld: Assink/Slagter 2013, § 51.7, p. 995.

143 Evenzo: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 153.

144 De Roo 2021, p. 454.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

een afhankelijkheidsrelatie<sup>145</sup> vereist die door de instructiegever en ontvanger ook als zodanig wordt gepercipieerd. Zo is de vraag of instructiemacht van de algemene vergadering – op grond van zijn schorsings- en ontslagbevoegdheid *ex* artikel 2:134/244 lid 1 BW – effectief bestaat onder meer afhankelijk van het antwoord op de vraag of de betreffende bestuurders bang zijn voor een mogelijk verlies van hun positie en in hoeverre de vennootschap en de met haar verbonden onderneming voor haar succes – in de ogen van de algemene vergadering – afhankelijk is van de betreffende bestuurder (bijvoorbeeld vanwege zijn unieke expertise, relatienetwerk etc.).<sup>146</sup>

In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt het bestaan van instructiemacht uitdrukkelijk erkend. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn Ogem II-beschikking:<sup>147</sup>

“Voorts ligt aan het oordeel van de OK kennelijk de gedachte ten grondslag dat de raad van bestuur van Ogem Holding, waarvan de leden tevens de raad van bestuur van Ogem BV vormden, de directie van Omega richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te voeren beleid kon geven, waaraan die directie zich moeilijk kon onttrekken, nu de raad van bestuur van Ogem Holding het in zijn macht had om in te grijpen in die zin dat hij de mogelijkheid bezat de directie van Omega, zo zij zich niet bereid toonde de gevraagde inlichtingen te verstrekken en zich bleef onttrekken aan het toezicht en de leiding van de concerntop, te doen schorsen, dan wel te doen ontslaan en vervangen door een directie die zich wel zou voegen naar de haar door of vanwege de concernleiding te verstrekken richtlijnen en aanwijzingen.

Dit brengt mede dat de in het middel aangevoerde klachten, voor zover deze erop neerkomen dat de OK ten onrechte ervan zou zijn uitgegaan dat de raad van bestuur van Ogem Holding bevoegd was de directie van Omega instructies te verstrekken en deze directie verplicht was zich aan het toezicht en de leiding van Ogem Holding te onderwerpen, feitelijke grondslag missen.”

Deze lijn trekt de Hoge Raad door in zijn SOBI/Hurks uitspraak, waarin hij – onder verwijzing naar de Ogem II-beschikking – overweegt:<sup>148</sup>

---

145 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 158.

146 Daar komt nog bij dat het daadwerkelijk vervangen van een bestuurder in de praktijk ook nog de nodige voeten in de aarde kan hebben. Zie over sancties bij de uitoefening van instructiemacht: Bulten 2017, p. 72.

147 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466 (Ogem II) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 9.3.

148 HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 (SOBI/Hurks *c.s.*) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 5.3.8.4.

## HOOFDSTUK 5

“Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat, tenzij de statuten van de dochtermaatschappij daaromtrent enige andersluidende regeling bevatten, het bestuur van een moedermaatschappij niet de bevoegdheid heeft bindende instructies te geven aan het bestuur van een dochtermaatschappij. Dat neemt evenwel niet weg dat een moedermaatschappij, indien zij – zoals destijds bij de Bouwgroep ten opzichte van HBA het geval was – houdster is van alle aandelen in een dochtermaatschappij, het feitelijk in haar macht heeft de naleving van door haar aan het bestuur van die dochtermaatschappij gegeven richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te volgen beleid af te dwingen, in het uiterste geval door bestuurders die zich niet naar die richtlijnen en aanwijzingen willen voegen, te ontslaan en te vervangen door bestuurders die daartoe wel bereid zouden zijn (HR 10 januari 1990, nr. 21, NJ 1990, 466). Bij zijn oordeel dat de Bouwgroep de hiervoor in 5.3.8.1 opgesomde maatregelen had moeten nemen is het Hof kennelijk ervan uitgegaan dat de Bouwgroep ten opzichte van HBA over de hiervoor bedoelde feitelijke macht beschikte. Voorzover het onderdeel erop neerkomt dat het Hof ten onrechte zou hebben geoordeeld dat het bestuur van de Bouwgroep de bevoegdheid had het bestuur van HBA instructies te verstrekken en dat dit bestuur verplicht was die instructies op te volgen, mist het derhalve feitelijke grondslag en kan het om die reden niet tot cassatie leiden. Ook voor het overige treft het onderdeel geen doel. Noch de onder normale omstandigheden bestaande mate van zelfstandigheid van HBA waarop het onderdeel doelt, noch het ontbreken van de hiervoor in 5.3.8.2 onder a), b) en c) vermelde omstandigheden staat in de weg aan het oordeel dat op de Bouwgroep de door het Hof in zijn bestreden beslissingen bedoelde rechtsplicht rustte. [...]”

In beide gevallen werd door de Hoge Raad een rechtsplicht aangenomen voor het bestuur van de moedermaatschappij om als (enig) aandeelhouder van de dochtermaatschappij gebruik te maken van haar (op haar schorsings- en ontslagbevoegdheid gebaseerde) instructiemacht om het bestuur van de dochtermaatschappij tot bepaalde acties te dwingen dan wel te vervangen door een meer coöperatief bestuur. Aldus had de moedermaatschappij het ontstaan van schade voor de crediteuren van de dochtermaatschappij kunnen en moeten voorkomen.<sup>149</sup> Daartegenover staat dat het bestuur van een vennootschap die een instructie ontvangt op basis van instructiemacht niet verplicht is deze op te volgen.<sup>150</sup>

---

149 Zie voor een geval waarbij een bestuurder werd ontslagen door de concernleiding omdat hij weigerde instructies te volgen en daardoor schade veroorzaakte voor zowel de vennootschap als het concern als geheel: Gerechtshof Arnhem 9 oktober 1974, *NJ* 1976/42 (Makelaarskantoor Van E.). Het hof oordeelde dat niet van een kennelijk onredelijk ontslag kon worden gesproken.

150 Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, r.o. 4.3. Zie over een mogelijke uitzondering paragraaf 5.4.12.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

Instructiemacht beperkt zich niet tot concernverhoudingen. Ook een ‘gewone’ meerderheidsaandeelhouder of een houder van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding die ingevolge een statutaire regeling een ‘eigen’ bestuurder mag benoemen, heeft het in zijn macht om bestuurders te schorsen of te ontslaan. Daarnaast kan een wederzijdse en als zodanig gepercipieerde afhankelijkheidsrelatie aanwezig zijn op andere gronden dan een statutaire schorsings- en ontslagbevoegdheid. Dit hoeven ook niet steeds omstandigheden te zijn die een bestuurder persoonlijk betreffen. Zo kan een bestuurder zich gehouden voelen om instructies te aanvaarden van een (rechts)persoon waarvan de vennootschap en de met haar verbonden onderneming in financieel of operationeel opzicht afhankelijk is. Voor wat betreft persoonlijke omstandigheden zou gedacht kunnen worden aan familiebanden of andere vormen van sociale relaties. Instructiemacht heeft dus niet noodzakelijk een statutaire basis en is niet voorbehouden aan organen van de vennootschap.<sup>151</sup> In tegenstelling tot instructies op basis van een statutaire bevoegdheid *ex* artikel 2:129/239 lid 4 BW, kan een instructie op basis van instructiemacht zich ook richten tot individuele bestuurders (zie hierover paragraaf 5.4.6). Niettegenstaande de afhankelijkheidsrelatie waarop instructiemacht gebaseerd is, geldt evenwel op grond van artikel 2:129/239 lid 5 BW, dat een bestuur(der) ook een instructie op basis van instructiemacht telkens dient te toetsen aan het vennootschappelijk belang.<sup>152</sup>

In sommige gevallen kan een (rechts)persoon met instructiemacht gehouden zijn om daarvan gebruik te maken.<sup>153</sup> Dat geldt, zoals bleek uit bovengenoemde jurisprudentie van de Hoge Raad, voor een moedermaatschappij die had moeten ingrijpen bij haar dochter.<sup>154</sup> Dat geldt eveneens voor de raad van commissarissen die op grond van artikel 2:147/257 lid 1 BW in beginsel de bevoegdheid heeft om bestuurders te allen tijde te schorsen en op die basis beschikt over instructiemacht. Zo overwoog de Ondernemingskamer in een van haar ZED+ beschikkingen<sup>155</sup>:

“De raad van commissarissen heeft nagelaten bij te sturen of in te grijpen, althans geen kenbare poging daartoe ondernomen, terwijl hij op basis van de wet en statuten wel in die positie was – hij was immers bevoegd iedere bestuurder te allen tijde te schorsen – en er gezien de gang van zaken binnen ZED+ zoals hiervoor beschreven voldoende aanleiding bestond om toezichthoudend dan wel adviserend op te treden.”

---

151 Evenzo: De Roo 2021, p. 455.

152 Mendel/Oostwouder 2017, p. 14-15.

153 Bartman 2017, p. 19.

154 Instructiemacht op zichzelf is echter onvoldoende voor het ontstaan van een dergelijke rechts- *c.q.* zorgplicht. Zie hierover nader: Kemp 2015, p. 286 e.v. en Assink/Slagter 2013, § 115.3, p. 2261 e.v.

155 OK 8 december 2017, *ARO* 2018/58, r.o. 4.20.

## HOOFDSTUK 5

Hoewel de Ondernemingskamer spreekt over toezichhoudend of adviserend optreden, mag m.i. uit de expliciete verwijzing naar de schorsingsbevoegdheid worden afgeleid dat de Ondernemingskamer meende dat de raad van commissarissen in dit geval van zijn instructiemacht gebruik had moeten maken. In zijn algemeenheid geldt evenwel, gelet op zijn toezichhoudende en adviserende taak, dat de raad van commissarissen bij het aanwenden van zijn instructiemacht terughoudendheid past.<sup>156</sup> Het is m.i. een *ultimum remedium* dat slechts ingezet dient te worden indien dringende adviezen aan het bestuur niet het gewenste effect hebben gesorteerd en schade dreigt voor de vennootschap of de met haar verbonden onderneming dan wel aan andere op de vennootschap betrokken belangen. Een plicht tot ingrijpen kan m.i. slechts worden aangenomen voor zover de (rechts)persoon met instructiemacht in een vennootschapsrechtelijke verhouding staat tot het bestuur.

Aan de andere kant loopt een (rechts)persoon die gebruik maakt van zijn instructiemacht het risico te worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:138/248 lid 7 BW, 2:207 lid 3 BW en/of 2:216 lid 4 BW. Zo overwoog het Gerechtshof 's-Hertogenbosch:<sup>157</sup>

“[...] Het (mede)bepalen van beleid “als ware hij bestuurder” kan onder meer geschieden doordat de formele bestuurders dit gedogen, *door het geven van opdrachten aan de formele bestuurders die de opdrachten opvolgen* en in de meer vergaande vorm dat de feitelijk bestuurder op zodanige wijze het beleid bepaalt dat de formele bestuurders feitelijk terzijde worden gesteld. [...]” [*curs.* JT]

In tegenstelling tot de hiervoor besproken ingrijpplicht is een vennootschapsrechtelijke verhouding tot het bestuur voor de feitelijk beleidsbepaler niet vereist. Als feitelijk beleidsbepaler kan de instructiegever op basis van de hierboven genoemde wetsartikelen in voorkomende gevallen aansprakelijk zijn voor bij de vennootschap ontstane tekorten.

### 5.4.4 De juridische figuur van de instructie

Hoe dient de figuur van de statutaire instructie *ex* artikel 2:129/239 lid 4 BW juridisch te worden geduid? De wetgever gaat bij het instructierecht uit van een getrapte besluitvorming.<sup>158</sup> Allereerst is er het besluit van het instructiege-rechtigde orgaan tot het geven van de instructie aan het bestuur (het *instructiebesluit*). Dit instructiebesluit dient tot stand te komen met inachtneming van

<sup>156</sup> Zie nader over het ingrijpen door de raad van commissarissen: Olaerts 2020, p. 173 e.v.

<sup>157</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 september 2003, *JOR* 2004/5, r.o. 4.4.5.

<sup>158</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 E, p. 18.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

de voor het betreffende orgaan geldende besluitvormingsvoorschriften<sup>159</sup> en is een besluit in de zin van artikel 2:14/15 BW.<sup>160</sup> Vervolgens dient het bestuur zelfstandig te bezien of de gegeven instructie verenigbaar is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en te besluiten om al dan niet aan de instructie gevolg te geven (het *uitvoeringsbesluit*). Deze toets is niet expliciet opgenomen in artikel 2:129 lid 4 BW, maar dient daar wel in te worden gelezen (zie paragraaf 5.4.6). Ook dit uitvoeringsbesluit is een op zichzelf staand besluit waarbij de wettelijke en statutaire vormvoorschriften in acht dienen te worden genomen.<sup>161</sup> Daarbij teken ik aan dat een uitvoeringsbesluit niet digitaal dient te worden beschouwd. Het bestuur zal tevens kunnen beslissen om een gegeven instructie gedeeltelijk uit te voeren. Het in acht nemen van wettelijke (of statutaire) voorschriften betekent onder meer dat de advies- en instemmingsrechten van de ondernemingsraad<sup>162</sup> en statutaire goedkeuringsrechten van de raad van commissarissen<sup>163</sup> dienen te worden gerespecteerd en de SER-Fusiegedragsregels 2015 dienen te worden gevolgd.

De getrapte besluitvorming staat eraan in de weg dat het instructiegerechtigde orgaan als gevolg van het geven van (concrete) instructies (zelfs indien het

---

159 Dit kan in geval van een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding nog tot de nodige complicaties leiden. Zie: Boschma/Kuijers-Tollenaar 2013a, p. 106-108; de reactie daarop: Stokkermans 2013a; en het naschrift: Boschma/Kuijers-Tollenaar 2013b; alsmede de reactie: Willemars 2013 op Stokkermans 2013a; en het naschrift: Stokkermans 2013b.

160 Evenzo: De Roo 2021, p. 456. Indien het instructiebesluit nietig is of vernietigd wordt, zal het bestuur geen uitvoeringsbesluiten hoeven te nemen.

161 Anders: De Roo 2021, p. 454, voetnoot 121 die zich afvraagt of een wilsverklaring strekkende tot een voornemen tot nalaten kan gelden als besluit en voorts geen rechtsgrond ziet die mijn opvatting kan dragen. De Roo en ik zijn het met elkaar eens dat het instructiebesluit van bijvoorbeeld de algemene vergadering een besluit is in de zin van artikel 2:14/15 BW (De Roo 2021, p. 456). Dat instructiebesluit richt zich tot het orgaan bestuur. Zoals uit de parlementaire geschiedenis blijkt (*Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 90) mag het bestuur de instructie van een orgaan niet slaafs navolgen, maar dient het een zelfstandige (collegiale) belangenafweging te maken. Deze belangenafweging resulteert m.i. in een besluit om de instructie (al dan niet gedeeltelijk) op te volgen of om dat niet te doen (en al dan niet met het instruerend orgaan in overleg te treden en alternatieven aan te dragen). Het rechtsgevolg is dan dat de individuele bestuurders gebonden worden aan de wil van het orgaan bestuur (zie: Verdam 2013, p. 507-508; en voorts: Van Vught 2020, p. 34) en als gevolg daarvan al dan niet uitvoering moeten geven aan het instructiebesluit. Anders dan Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2021, nr. 292 zie ik wel degelijk een rechtens te respecteren belang voor de (leden van de) algemene vergadering tot ongedaanmaking van het uitvoeringsbesluit. M.i. maakt dit dat het bestuur gedwongen wordt om opnieuw een belangenafweging te maken en te besluiten met betrekking tot het oorspronkelijke instructiebesluit. Zie voorts: *Kamerstukken I 2011/12*, 31 058 E, p. 18, waar in de context van artikel 2:239 lid 4 BW gesproken wordt over “*bestuursbesluiten na instructie*”.

162 Vgl. artikelen 25 en 27 WOR. Zie nader over het instructierecht en de WOR: Van Mierlo 2013, p. 189 e.v.

163 Vgl. artikel 2:164/274 BW. Zie voorts over het instructierecht en de structuurregeling: De Roo 2021, p. 462-463.



een reeks van instructies betreft) zonder meer wordt aangemerkt als feitelijke bestuurder in de zin van artikel 2:138/248 lid 7 BW. Het is immers het bestuur van de vennootschap dat besluit of het aan de gegeven instructie gevolg geeft, en daarmee ook de verantwoordelijkheid voor de gevolgen van de uitvoering van de instructie op zich neemt.<sup>164</sup> Daarbij kan de vraag gesteld worden in hoeverre het bestuur daadwerkelijk zelfstandig dit besluit kan nemen indien het instructie gevende orgaan behept is met instructiemacht.<sup>165</sup> In de memorie van toelichting bij de Wet civielrechtelijk bestuursverbod komt bovenstaande problematiek kort aan de orde en wordt opgemerkt dat een enig aandeelhouder die het bestuur ontslaat en benoemt en actief gebruik maakt van zijn instructierecht sneller als feitelijk beleidsbepaler zal worden aangemerkt dan een minderheidsaandeelhouder die zich niet actief inlaat met het beleid van het bestuur.<sup>166</sup> M.i. zal voor de beantwoording van de vraag of een orgaan als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt niet gekeken moeten worden naar de wijze waarop dit orgaan van zijn *instructierecht* gebruik heeft gemaakt,<sup>167</sup> maar naar in hoeverre het betreffende orgaan het bestuur in staat heeft gesteld om met betrekking tot de gegeven instructies zelfstandig een uitvoeringsbesluit te nemen.<sup>168</sup> Alleen in die gevallen waarin het instructie gevende orgaan zijn *instructiemacht* heeft aangewend en daarmee het bestuur zijn beslissingsvrijheid heeft ontnomen, zal hij m.i. aangemerkt moeten worden als feitelijk beleidsbepaler.<sup>169</sup> Daarbij realiseer ik mij dat de feitelijke vaststelling daarvan in de praktijk niet eenvoudig zal zijn.

#### 5.4.5 *Wie mag instructies geven?*

De wetstekst geeft duidelijk aan, aan wie de statutaire bevoegdheid kan worden toebedeeld om het bestuur aanwijzingen te geven. Dit zijn de organen van de vennootschap opgesomd in artikel 2:78a/189a BW oftewel: de algemene

164 Van Nuland 2021a, p. 76.

165 Zie over daarover paragraaf 5.4.3.

166 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 30.

167 Zie ook: *Kamerstukken II* 1980/81, 16 530, nrs. 3-4, p. 18 waarin wordt opgemerkt dat een commissaris die binnen de grenzen van zijn wettelijke en statutaire bevoegdheden gehandeld heeft niet als feitelijk beleidsbepalers kan worden aangemerkt.

168 Evenzo: Olaerts 2012, p. 48.

169 Evenzo: Frielink 2018, p. 485 en p. 495. Een interessant geval is de uitspraak Rb. Amsterdam 16 mei 2007, *JOR* 2007/200, waarin een bestuurder slechts de jaarrekening ondertekende en als bestuurder stond ingeschreven in het handelsregister maar voor het overige niet bestuurde in de zin van artikel 2:239 (oud) BW. De rechtbank overwoog daarbij dat nu de bestuurder “*intern fungeerde als een persoon die instructies van derden heeft op te volgen bij de uitvoering van zijn taken, en mogelijk verdergaan dan krachtens artikel 2:239 BW lid 4 [JT: oud] toelaatbaar is, kan aan hem op gronden van redelijkheid en billijkheid de aan een werknemer toekomende bescherming bij ontslag niet worden onthouden, zodat een uitzondering dient te worden gemaakt op voormeld beginsel bij ontslag van een statutair bestuurder.*” (r.o. 4.6).

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

vergadering, de vergadering van houders van aandelen van een bijzonder soort *c.q.* een bepaalde soort of aanduiding, het bestuur, de raad van commissarissen en de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen. Daarbij is evident dat een statutair instructierecht niet kan worden toegekend aan het bestuur zelf, niet in de laatste plaats omdat artikel 2:239 lid 4 BW ook spreekt over een *ander* orgaan van de vennootschap.<sup>170</sup>

### 5.4.5.1 Algemene vergadering en vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding

In de praktijk wordt het instructierecht doorgaans toegekend aan de algemene vergadering. De (standaard) statutaire bepaling luidt: “Het bestuur dient zich te gedragen naar de aanwijzingen van de algemene vergadering. Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.” Het is evenwel ook mogelijk om instructierecht toe te kennen aan de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Hoewel mogelijk wat tegenintuïtief geldt dat ook voor de vergadering van houders van stemrechtloze aandelen. Op deze wijze kan aan houders van stemrechtloze aandelen (alsnog) buiten de algemene vergadering om, een aanzienlijke invloed op de gang van zaken bij de vennootschap (en de daarmee verbonden onderneming) worden gegeven.<sup>171</sup>

In verband met het toekennen van het instructierecht aan een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, is tijdens de behandeling van het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht door de leden van de CDA-fractie tot tweemaal toe aangedrongen op een analoge toepassing van artikel 2:242 BW, eerste lid, tweede [JT: thans derde] volzin.<sup>172</sup> Dit omdat het toekennen van een statutair recht tot het geven van (concrete) instruc-

170 Terstegge 2014a, p. 261. Zie voorts: Van Nuland 2021a, p. 72 die nog opmerkt dat het instructierecht ook niet aan individuele bestuurders kan worden toegekend nu zij geen orgaan zijn als bedoeld in artikel 2:78a/189a BW.

171 Hier schuilt ook een belangrijk verschil tussen de mogelijkheden van een houder van stemrechtloze aandelen en een vergadergerechtigde certificaathouder. De gezamenlijke vergadergerechtigde certificaathouders vormen samen geen orgaan van de vennootschap nu artikel 2:189a BW hen niet noemt zodat aan hen niet (direct) statutair het instructierecht kan worden toebedeeld. Zulks geldt eveneens ingevolge artikel 2:78a BW voor houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten. Zie echter voor met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen die zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of een vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is, artikel 2:118a lid 1 BW. Een aldus gevolmachtigde certificaathouder zou (in theorie althans) een aan de algemene vergadering toegekend instructierecht kunnen uitoefenen.

172 Zie: *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, B, p. 16 en *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, D, p. 12.

## HOOFDSTUK 5

ties ingrijpende gevolgen kan hebben voor de zeggenschapsverhoudingen binnen de vennootschap (waaronder een machtsgreep door de meerderheidsaandeelhouder). Artikel 2:242 BW eerste lid, derde volzin, verklaart artikel 2:228 lid 4 BW, derde volzin van overeenkomstige toepassing in geval van wijziging van een statutaire regeling tot benoeming van bestuurders zodat een dergelijk besluit tot statutenwijzigingen genomen dient te worden met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is. De minister achtte echter een volstreekte meerderheid voor het wijzigen van een statutair instructierecht afdoende nu dit geen inperking van de bevoegdheden van de algemene vergadering of aantasting van rechten van (minderheids) aandeelhouders zou behelzen.<sup>173</sup> Tevens zouden de minderheidsaandeelhouders volgens de minister bescherming vinden in de regel dat het bestuur bij het nemen van een besluit tot het al dan niet uitvoeren van een instructie, zich dient te richten naar het belang van de vennootschap. Daarenboven zouden de minderheidsaandeelhouders, aldus de minister, de mogelijkheid hebben om de gevolgen van een besluit van een meerderheidsaandeelhouder tot toekenning, wijziging of intrekking van een statutair instructierecht, te mitigeren met behulp van het enquêterecht, het uittredingsrecht of de vordering tot vernietiging van het genomen besluit.<sup>174</sup> Zie voor wat betreft de bescherming van een instructierecht toegekend aan aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding nog artikel 2:231 lid 4 BW.<sup>175,176</sup>

### 5.4.5.2 Gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen

Aan het nut van het toekennen van een instructierecht aan de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen, kan worden getwijfeld, alhoewel ik niet, zoals Van den Ingh,<sup>177</sup> zo ver zou willen gaan om dit orgaan als instructiegerechtigde in zijn geheel te diskwalificeren. In de praktijk mag de gemeenschappelijke vergadering dan nauwelijks voorkomen, voor wat betreft de samenstelling is dit orgaan m.i. vergelijkbaar met een monistisch bestuur. Anders dan het monistisch bestuur mag de gemeenschappelijke vergadering evenwel niet besturen.<sup>178</sup> Door toekenning van het instructierecht aan de gemeenschappelijke vergadering zou een meerderheid

173 *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, E, p. 18.

174 *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, C, p. 26.

175 Uitgebreid over dit artikel: Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 342, alsook specifiek met betrekking tot het instructierecht: Van Veen 2009, p. 472, en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 16, p. 1-2.

176 Het corresponderende artikel voor de naamloze vennootschap (artikel 2:121 BW), kent niet een vergelijkbare bepaling. Ter bescherming van de rechten van houders van aandelen van een bijzondere soort zal steeds een expliciete statutaire bepaling noodzakelijk zijn.

177 Van den Ingh 2002, p. 25.

178 Zie: Van Schilfgaarde 1991, p. 12.

van bestuurders en commissarissen echter (alsnog) invloed op het beleid van het bestuur kunnen uitoefenen. Ik zie daartegen geen principieel bezwaar.

#### 5.4.5.3 Raad van commissarissen

Hoewel volgens de letter van de wet toegestaan (vgl. artikel 2:78a/189a BW *jo.* artikel 2:129/239 lid 4 BW) is het antwoord op de vraag of aan de raad van commissarissen statutair het instructierecht kan worden toegekend in de literatuur niet onomstreden. Van Solinge en Nieuwe Weme (in hun vorige bewerking van de Asser)<sup>179</sup> en Van den Ingh<sup>180</sup> zijn van mening dat de functiescheiding tussen bestuur en raad van commissarissen zich verzet tegen het toekennen van een instructierecht. Portengen in zijn preadvies,<sup>181</sup> en ook Lennarts<sup>182</sup> nemen een gematigdere positie in. Zij menen dat een recht tot het geven van concrete instructies niet past bij de toezichhoudende en adviserende rol van de raad van commissarissen, maar achtten het geven van aanwijzing omtrent de algemene lijnen van het te voeren beleid wel toegestaan.

Met Van Schilfgaarde,<sup>183</sup> Rensen,<sup>184</sup> Dortmund,<sup>185</sup> Bulten<sup>186</sup>, De Roo<sup>187</sup> en thans ook Van Solinge en Nieuwe Weme,<sup>188</sup> ben ik van mening dat een statutair instructierecht zich goed kan verdragen met de aan de raad van commissarissen opgedragen taak. Zo past het m.i. in geval van een dreigende deconfiture van, of misstanden binnen de vennootschap, dat de raad van de commissarissen het bestuur instrueert om bepaalde acties te ondernemen. Aan de andere kant zal een instructie van de raad van commissarissen tot het initiëren van bepaalde commerciële activiteiten, zelfs indien daarbij het vennootschappelijk belang niet in het geding is, buiten zijn bevoegdheid vallen.<sup>189</sup> De wettelijke taakop-

179 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 43.

180 Van den Ingh 2002, p. 25-26.

181 Portengen 2006, p. 60.

182 Lennarts 2005, p. 21.

183 Verslag van de discussie, in: *'Concernverhouding'* Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69, Deventer: Kluwer 2002, p. 130.

184 Rensen 2013, p. 461, voetnoot 22.

185 Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 275.

186 Bulten 2017, p. 78-83.

187 De Roo 2021, p. 459-460, die opmerkt dat het instructierecht verenigbaar is met de toezichtstaak van de raad van commissarissen, doch niet met de adviestaak.

188 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 154.

189 Van der Burg 1983, p. 396, maakt evenwel gewag van een destijds in het kader van het preventief toezicht door het Departement van Justitie goedgekeurde bepaling in de statuten van het Deventer IJssportcentrum N.V. die luidde: *"De Commissarissen hebben het recht administratieve en bedrijfseconomische voorschriften aan de directie te geven en bindende aanwijzingen te geven voor de exploitatie."* Daarbij merkt hij op dat anno 1983 voor een dergelijke statutaire bepaling geen verklaring van geen bezwaar meer zou worden afgegeven. Zie voorts: Francissen/Jansen 1975, p. 34 voor meer voorbeelden van (structuur)

## HOOFDSTUK 5

dracht van artikel 2:140/250 BW begrenst en kleurt m.i. het statutaire instructierecht van de raad van commissarissen.

Overigens werd in de praktijk – al vóór de afschaffing van de Departementale Richtlijnen<sup>190</sup> – wel statutair een instructierecht aan de raad van commissarissen toegekend. Zo trof ik in de statuten van NEM B.V.,<sup>191</sup> zoals gewijzigd bij notariële akte van 23 juni 1999 de navolgende bepaling:

“15.2 De directie is verplicht zich bij haar bestuur te gedragen naar door de raad van commissarissen op te stellen aanwijzingen betreffende de algemene lijnen van het te volgen financiële, sociale en economische beleid en van het personeelsbeleid.”

Op deze akte werd op 16 juni 1999 een ministeriële verklaring van geen bezwaar verleend.

### 5.4.5.4 Niet-uitvoerend bestuurders?

In tegenstelling tot de raad van commissarissen kan aan de vergadering van niet-uitvoerend bestuurders geen instructierecht worden toebedeeld.<sup>192</sup> Zij is immers geen orgaan van de vennootschap in de zin van artikel 2:78a/189a BW. Daar staat tegenover dat de niet-uitvoerend bestuurders in tegenstelling tot commissarissen, wel direct deelnemen aan de besluitvorming binnen het bestuur en door hun stem en/of aantal grote invloed kunnen hebben op het beleid en de gang van zaken binnen de vennootschap.<sup>193</sup> Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen de niet-uitvoerend bestuurders wel instructiemacht hebben (vgl. artikel 2:132/244 lid 1 BW en artikel 2:164a/274a lid 2 BW).<sup>194</sup>

### 5.4.5.5 Instructierecht voor meerdere organen?

Tot slot van deze paragraaf nog de vraag of een instructierecht kan worden toegekend aan meerdere organen tegelijk. Wolf is van mening dat, hoewel het op grond van de wetstekst voor de hand lijkt te liggen dat de wetgever slechts één ander orgaan op het oog heeft gehad, toekenning aan meerdere organen mogelijk moet zijn omdat ook bij tegenstrijdige instructies het bestuur zich tel-

---

vennootschappen waarbij in de statuten aan de raad van commissarissen instructierecht was toegekend.

190 Wet van 22 juni 2000, *Stb.* 2000/283.

191 De vennootschap waarvan de positie van bestuurder Wittke centraal stond in: Vznr. Rb. 's-Gravenhage 7 augustus 2002, *JOR* 2002/173 (Babcock) m.nt. F.J.P. van den Ingh.

192 Kreileman 2020, p. 272-273.

193 Dumoulin 2005, p. 270.

194 Kreileman 2020, p. 273.

kens dient af te vragen of de gegeven instructies in het belang zijn van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.<sup>195</sup> Hoewel ik het bezwaar van conflicterende of elkaar ecarterende instructies onderken, zou ook m.i. het toekennen van een (algemeen) instructierecht aan meerdere organen mogelijk moeten zijn. Ook is een minder vergaande variant denkbaar waarbij aan verschillende organen specifieke instructierechten op bepaalde onderwerpen worden toegekend, waarbij evenwel het risico op afbakeningsproblemen bestaat. Zoals Wolf terecht opmerkt zal het belang van e.e.a. voor de praktijk beperkt zijn.<sup>196</sup> Desalniettemin trof ik in de statuten van NEM B.V. – die op 4 maart 2002 werden gewijzigd, vermoedelijk in het kader van het conflict tussen aandeelhouder Babcock Borsig Power GmbH en de bestuurder van NEM B.V. Wittke dat uiteindelijk werd beslecht door de voorzieningenrechter te 's-Gravenhage –<sup>197</sup> zowel een instructierecht aan voor de raad van commissarissen als een (bij gelegenheid van die wijziging toegevoegd) instructierecht voor de algemene vergadering. De relevante bepalingen luidde als volgt:

“15.2 De directie is verplicht zich bij haar bestuur te gedragen naar door de raad van commissarissen op te stellen aanwijzingen betreffende de algemene lijnen van het te volgen financiële, sociale en economische beleid en van het personeelsbeleid.

[...]

15.4 Onverminderd het overigens in deze statuten bepaalde is de directie verplicht zich bij haar bestuur te gedragen naar door de algemene vergadering op te stellen aanwijzingen betreffende de algemene lijnen van het te volgen financiële, sociale en economische beleid en van het personeelsbeleid.

#### 5.4.6 *Aan wie wordt een instructie gegeven?*

Hier kan ik kort over zijn. Instructies op basis van artikel 2:129/239 lid 4 BW worden gegeven aan het bestuur als orgaan. Niet, zoals Boschma en Kuijers-Tollenaar terecht opmerken, aan individuele bestuurders.<sup>198</sup> Voor instructies gegeven op basis van instructiemacht kan dit anders zijn. Zie daarover paragraaf 5.4.3.

---

195 Wolf 2013, p. 179-180.

196 Wolf 2013, p. 180.

197 Vzng. Rb. 's-Gravenhage 7 augustus 2002, *JOR* 2002/173 (Babcock) m.nt. F.J.P. van den Ingh.

198 Boschma/Kuijers-Tollenaar 2013a, p. 103.

## HOOFDSTUK 5

### 5.4.7 Welke instructies mogen worden gegeven?

Het antwoord op de vraag welke instructies mogen worden gegeven hangt allereerst af van wat daarover in de statuten is opgenomen. Normaal gesproken zal dit een standaard bepaling zijn waarin materieel de wetstekst wordt weergegeven met aanwijzing van de algemene vergadering als instructiegerechtigd orgaan (zie paragraaf 5.4.5.1). Statutair maatwerk is echter ook mogelijk. Zo kan het instructierecht in de statuten beperkt worden tot specifieke beleidsterreinen (bijvoorbeeld het financieel beleid of het personeelsbeleid) maar ook tot specifieke (rechts)handelingen.<sup>199</sup> In de praktijk, worden deze mogelijkheden over het algemeen niet gebruikt. In de volgende (sub)paragraaf zal ik dan ook uitgaan van een algemeen (conform de wetstekst) geformuleerde statutaire bepaling.

#### 5.4.7.1 Reikwijdte algemeen instructierecht

Wat is nu de reikwijdte van een algemeen instructierecht? Voor het antwoord op deze vraag is allereerst de Forumbank-leer van belang.<sup>200</sup> Deze houdt in dat een orgaan van de vennootschap – waaronder de algemene vergadering – de bij wet en statuten getrokken grenzen van zijn bevoegdheid niet mag overschrijden. Hoe lopen nu deze grenzen indien de statuten een bepaling bevatten op grond waarvan het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van de algemene vergadering? Uit de wettelijke (en statutaire) bepaling zelf volgt niet direct een beperking van de instructies die kunnen worden gegeven. Een beperking volgt ook niet uit de algemene en alles omvattende (zie paragraaf 3.4) taakopdracht van het bestuur. Een instructierecht *ex* artikel 2:239 lid 4 BW is juist bij uitstek een statutaire beperking van de bestuursbevoegdheid in de zin van artikel 2:239 lid 1 BW.

M.i. geldt dat de algemene vergadering in beginsel instructies kan verstrekken met betrekking tot alle aspecten van de bestuurstaak<sup>201</sup>. Zo zal de algemene vergadering instructies mogen geven omtrent de wijze waarop het bestuur invulling geeft aan zijn administratieplicht (artikel 2:10 lid 1 BW) of instructies mogen geven die betrekking hebben op de strategie van de vennootschap. Voor wat betreft dit laatste kan het zowel gaan om instructies omtrent de uitvoering van de door het bestuur vastgestelde strategie als een instructie die de strategie als zodanig bevat. Een dergelijke benadering past ook goed in de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad nu hij overweegt dat het bepalen van het beleid en de strategie van een vennootschap en de met haar verbonden onderneming *in beginsel* een aangelegenheid van het bestuur is.<sup>202</sup> Een statutair instructierecht vormt een uitzondering op dit beginsel. Er zijn echter wel de nodige grenzen.

---

199 In gelijke zin: Van Nuland 2021a, p. 75.

200 HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43 (Forumbank) m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh.

201 Evenzo: Van Nuland 2021a, p. 56.

202 Vlg. HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.3.6.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

### (i) *Statutaire bepalingen die bevoegdheden aan het bestuur toekennen*

Indien in de statuten aan het bestuur een bevoegdheid is toegekend die het zonder een dergelijke bepaling niet zou hebben gehad, dan geldt dat de algemene vergadering ter zake geen instructierecht toekomt. Daarbij gaat het om de navolgende bevoegdheden:

- (a) het nemen van een besluit tot het inwerkingtreden van een statutaire verplichting of eisen als bedoeld in artikel 2:192 lid 1 onder a, b of c BW alsook het verlenen van een besluit tot ontheffing van een dergelijke statutaire verplichting of eis (artikel 2:192 lid 2 BW);
- (b) het verlenen van goedkeuring voor de overgang van stemrecht aan een vruchtgebruiker (artikel 2:197 lid 3 BW);
- (c) het verlenen van goedkeuring voor de overgang van stemrecht aan een pandhouder (artikel 2:198 lid 3 BW);
- (d) het verrichten van rechtshandelingen als bedoeld in artikel 2:204 lid 1 onder a, b en c BW (artikel 2:204 lid 2 BW);
- (e) de bevoegdheid tot het uitgeven van aandelen (artikel 2:206 lid 1 BW);
- (f) de bevoegdheid tot het verlenen van rechten tot het nemen van aandelen (artikel 2:206 lid 2 BW);
- (g) de bevoegdheid tot het bepalen welk deel van het resultaat van het boekjaar wordt gereserveerd of hoe het verlies wordt verwerkt (artikel 2:210 lid 7 BW);
- (h) de bevoegdheid tot bestemming van de winst en tot vaststelling van uitkeringen (artikel 2:216 lid 1 BW);
- (i) het verbinden of ontnemen van vergaderrecht aan certificaten van aandelen (artikel 2:227 lid 2 BW); en
- (j) de bevoegdheid om aangifte te doen tot faillietverklaring van de vennootschap (artikel 2:246 BW).

Voor al deze bevoegdheden geldt dat zij (met uitzondering van de bevoegdheid tot het doen van aangifte tot faillietverklaring) ook statutair aan de algemene vergadering hadden kunnen worden toebedeeld. Nu daarvan is afgezien komt de algemene vergadering voor wat betreft deze bevoegdheden – conform de Forumbank-regel – m.i. geen instructierecht toe.

### (ii) *Wettelijke bepalingen die bevoegdheden aan het bestuur toekennen*

Wat geldt nu indien de wet aan het bestuur een bevoegdheid toekent? Mag de algemene vergadering – conform een strikte uitleg van de Forumbank-regel



## HOOFDSTUK 5

– met betrekking tot de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid dan geen instructies geven? Het antwoord op deze vraag ligt m.i. genuanceerd.<sup>203</sup> In het navolgende zal ik een aantal wettelijke bevoegdheden van het bestuur onder de loep nemen.

### (a) *Vertegenwoordigingsbevoegdheid*

Artikel 2:240 lid 1 BW bepaalt dat het bestuur bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen. Veel instructies aan het bestuur zullen in essentie een voorschrift bevatten omtrent de wijze waarop het bestuur geacht wordt gebruik te maken van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid, zoals de instructie tot het aangaan van een bepaalde overeenkomst of het stellen van zekerheden in het kader van een (concern)financiering. Algemeen wordt aangenomen dat dergelijke instructies zijn toegelaten. Indien dat niet het geval zou zijn, dan zou van een effectief instructierecht immers nauwelijks sprake kunnen zijn.

Een bijzondere vorm vertegenwoordiging betreft het indienen van een verzoek door de vennootschap tot het instellen van een onderzoek naar haar eigen beleid en gang van zaken (vgl. 2:346 lid 1 sub d BW).<sup>204</sup> Tegen een instructie aan het bestuur tot het entameren van een dergelijke enquêteprocedure, bijvoorbeeld door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding – zelfs als zij zelf daartoe niet gerechtigd zijn omdat zij de drempel van artikel 2:346 lid 1 sub b of c BW niet zouden halen – bestaat m.i. geen bezwaar. Net als bij iedere andere instructie zal het bestuur gehouden zijn deze te toetsen aan het vennootschappelijk belang. Datzelfde geldt voor een dergelijke instructie vanuit de raad van commissarissen alhoewel dit orgaan, op grond van het bepaalde in artikel 2:346 lid 2 BW, ook zelfstandig bevoegd is een dergelijk verzoek in te dienen.

Een instructie door de algemene vergadering tot het intrekken van een door het bestuur op grond van artikel 2:346 lid 1 sub d BW geëntameerde enquêteprocedure lijkt mij in theorie toelaatbaar, alhoewel het niet waarschijnlijk is dat het bestuur daaraan gevolg zal geven. Het bestuur had zich immers reeds bij het initiëren van deze rechtsgang (op grond van artikel 2:129/239 lid 5 BW) de vraag moeten stellen of e.e.a. verenigbaar is met het belang van de vennootschap en

203 Anders: Van Nuland 2021a, p. 74, die (kennelijk) meent dat instructies betrekking kunnen hebben op alle (dwingendrechtelijk) aan het bestuur toegekende bevoegdheden omdat het instructierecht anders een lege huls zou worden. Zoals uit het navolgende zal blijken dient e.e.a. per individuele bevoegdheid te worden bekeken, waarbij er m.i. een voldoende reëel instructierecht resteert.

204 Vgl. OK 5 november 2020, *JOR* 2021/88 m.nt. N. Kreileman, r.o. 3.4. Hoewel het uitgangspunt is dat de vennootschap rechtsgeldig vertegenwoordigd moet worden, kan daarop volgens de Ondernemingskamer een uitzondering worden aanvaard indien een beroep op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van het bestuur of de bestuurder(s) zou leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van een juiste werking van het enquêterecht (vgl. OK 5 november 2020, *JOR* 2021/88 m.nt. N. Kreileman, r.o. 3.6).

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

de met haar verbonden onderneming. Het lijkt mij niet waarschijnlijk dat deze belangenafweging na een instructie anders uitvalt. Een instructie tot intrekking *c.q.* een procedure daaromtrent bij de gewone rechter, verhindert m.i. ook niet dat de Ondernemingskamer het enquêteverzoek in volle omvang (inclusief een eventueel verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen) in behandeling neemt, nu een instructie de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur ongemoeid laat.<sup>205</sup> Overigens geldt dat een instructie aan het bestuur tot het intrekken van een door de raad van commissarissen ingediend enquêteverzoek niet mogelijk is nu het bestuur daartoe de bevoegdheid mist.<sup>206</sup>

Tot slot van dit onderdeel nog enige aandacht voor de Wet Homologatie Onderhands Akkoord welke per 1 januari 2021 is ingevoerd (zie eveneens paragraaf 5.3.4).<sup>207</sup> Gelet op het bepaalde in artikel 370 lid 5 Fw zullen instructies inhoudende een verbod op het aanbieden van een onderhands akkoord of welke zien op de uitvoering daarvan, niet zijn toegestaan.<sup>208</sup> Maar geldt dit nu ook voor de instructie aan het bestuur tot het aanbieden van een dergelijk akkoord en de eventuele modaliteiten daarvan? M.i. moet – indien de vennootschap in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij insolvent zal raken – een dergelijke instructie mogelijk zijn nu het bestuur ook die instructie dient te toetsen aan het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, en uitvoering daarvan dient te weigeren indien de twee strijdig blijken. Daarenboven geldt dat artikel 371 lid 1 Fw o.a. voor aandeelhouders de mogelijkheid biedt om bij de rechtbank een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die namens de vennootschap – en zo mogelijk tegen de zin van het bestuur – een akkoord aanbiedt. Procedureel lijkt een statutaire instructie minder belastend. Overigens bepaalt deze herstructureringsdeskundige zelf welk akkoord ter homologatie wordt voorgelegd.<sup>209</sup>

### (b) *Afleggen van verantwoording door het bestuur*

Het bestuur legt op verschillende manieren verantwoording af over het door hem gevoerde beleid. De basis daarvan is de administratieplicht als bedoeld in artikel 2:10 lid 1 BW. Instructies aan het bestuur omtrent de wijze waarop de administratie gevoerd dient te worden zijn m.i. geoorloofd, zolang zij niet strij-

205 Boschma 2014, p. 25. Zie voorts de overweging van de Ondernemingskamer zoals weergegeven in de conclusie van A-G Assink, Parket bij de Hoge Raad, 10 december 2021, ECLI:N-L:PHR:2021:1167, par. 3.6, waarin de Ondernemingskamer het beroep op een statutaire beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid alsmede een contractuele regelingen ter zake naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar beoordeelde, nu de bestuurder die zich namens de vennootschap daarop beriep zelf betrokken was bij de handelingen die aan het verzoek tot het gelasten van een enquête ten grondslag waren gelegd.

206 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 887, nr. 6, p. 18.

207 Wet van 7 oktober 2020, *Stb.* 2020/414, KB van 26 oktober 2020, *Stb.* 2020/415.

208 Moulen Janssen 2020, p. 313.

209 Moulen Janssen 2020, p. 255.

## HOOFDSTUK 5

dig zijn met toepasselijke wet- en regelgeving. Dergelijke instructies kunnen onder meer bijdragen aan een doelmatig concernbeleid dat het bestuur van een topholding in het kader van zijn concernleidingsplicht dient te voeren.<sup>210</sup> Denk daarbij aan de instructie tot het gebruik van bepaalde boekhoudsoftware of *Enterprise Resource Planning*-software of zelfs de instructie tot het uitbesteden van de volledige administratie aan een centrale afdeling binnen het concern.

Een belangrijk instrument in het afleggen van verantwoording door het bestuur is de jaarrekening. Deze dient jaarlijks binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar (behoudens verlenging van deze termijn) door het bestuur te worden opgemaakt (artikel 2:101/210 lid 1 BW). Met betrekking tot deze opmaakplicht overwoog de rechtbank Utrecht:<sup>211</sup>

“4.2. Op grond van het bepaalde in artikel 2:210 lid 1 BW in verband met artikel 2:239 BW berust de bevoegdheid tot het opmaken van de jaarrekening – waaronder conform het bepaalde in artikel 2:361 lid 1 BW tevens moet worden begrepen de balans – bij het bestuur van de vennootschap.

4.3. Dit leidt ertoe dat het aan het bestuur van de vennootschap is om een balans te doen opstellen en dat zolang het bestuur van de vennootschap binnen de grenzen van zijn door de wet en de statuten aangegeven taken en bevoegdheden blijft, het bestuur – overeenkomstig vaste jurisprudentie (HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43; Forumbank) – geen instructie van enig ander orgaan binnen de vennootschap behoeft te aanvaarden.”

Hoewel annotator Van den Ingh kritisch was op deze uitspraak (hij achtte deze uitleg van de rechtbank veel te absoluut) was deze in lijn met de kort daarvoor door het parlement aangenomen wet in verband met de herziening van het preventief toezicht bij de oprichting en wijzigingen van statuten van naamloze en besloten vennootschappen.<sup>212</sup> Bij deze wetswijziging werden artikel 2:210 leden 4 en 6 BW (destijds leden 4 en 5) ingevoerd die bepalen dat: (i) besluiten waarbij de jaarrekening wordt vastgesteld in de statuten niet aan de goedkeuring van een orgaan van de vennootschap of van derden kunnen worden onderworpen, en (ii) de statuten geen bepalingen mogen bevatten die toelaten dat bindende voorstellen voor de jaarrekening of enige post daarvan worden gegeven.<sup>213</sup> In de memorie van toelichting wordt omtrent deze bepalingen het navolgende gezegd:<sup>214</sup>

---

210 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466 (Ogem II) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 9.2-9.3. De discussie over een op artikel 2:10 BW en de concernleidingsplicht gebaseerde groepsadministratieplicht staat nog in de kinderschoenen. Zie daarover: Harmsen 2019, p. 260-276.

211 Rb. Utrecht 15 maart 2000, *JOR* 2000/233 m.nt. F.J.P. van den Ingh.

212 Wet van 22 juni 2000, *Stb.* 2000/283.

213 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nrs. 1-2, p. 7.

214 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 9.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

“Het opmaken van de jaarrekening behoort tot de taken van het bestuur van de vennootschap. Het bestuur neemt een besluit over de inhoud van de stukken en tekent deze. Vervolgens wordt de jaarrekening vastgesteld door de aandeelhoudersvergadering, tenzij het een structuurvennootschap betreft. Op grond van de wet kunnen besluiten van een vennootschapsorgaan worden onderworpen aan goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan of van derden. Van deze regel wordt in het voorgestelde lid 4 afgeweken waar het het opmaken of vaststellen van de jaarrekening betreft. Anders zou afbreuk worden gedaan aan een belangrijke bevoegdheid van onderscheidenlijk het bestuur en de algemene vergadering. [...]”

Op basis van de wetsgeschiedenis dient dan ook de conclusie te zijn dat het bestuur met betrekking tot het opmaken van de jaarrekening autonoom is en dat de algemene vergadering, noch enig ander orgaan van de vennootschap op grond van een statutaire bepaling *ex* artikel 2:239 lid 4 BW instructies mag geven.<sup>215</sup> E.e.a. geldt m.i. eveneens omtrent de inhoud van het bestuursverslag (artikel 2:391 BW).

Hoe verhoudt deze autonome bevoegdheid van het bestuur zich nu tot de bevoegdheid van de algemene vergadering tot vaststelling van de jaarrekening (vgl. artikel 2:210 lid 3 BW)? Beckman en Timmerman menen dat het vaststellend orgaan niet zelf wijzigingen in de jaarrekening mag aanbrengen, doch aan het bestuur daartoe wel opdracht kan geven.<sup>216</sup> Dit is evenwel geen instructie als bedoeld in artikel 2:239 lid 4 BW die het bestuur in beginsel gehouden is op te volgen. Enerzijds kan de algemene vergadering naleving van een dergelijke opdracht op basis van zijn instructiemacht trachten af te dwingen, bijvoorbeeld door het (dreigen met het) onthouden van decharge of het schorsen of ontslaan van bestuurders. Indien de jaarrekening of het bestuursverslag niet voldoen aan de bij of krachtens de wet gestelde regels, dan bestaat ook de mogelijkheid tot het entameren van een jaarrekeningprocedure *ex* artikel 2:447 BW e.v.<sup>217</sup> Anderzijds kan het bestuur of een individuele bestuurder die zich niet met de wensen van de algemene vergadering kan verenigen besluiten om de verlangde wijzigingen door te voeren doch tegelijkertijd – onder opgaaf van redenen die tevens in de jaarrekening dienen te worden vermeld – weigeren de jaarrekening te ondertekenen (vgl. artikel 2:210 lid 2 BW). In het uiterste geval kan een bestuurder aftreden. Voor wat betreft de openbaarmaking van de jaarrekening conform artikel 2:394 BW geldt m.i. dat algemene vergadering wel een instructierecht kan hebben, dat echter beperkt is tot het geven van de instructie aan het bestuur tot naleving van zijn wettelijke plicht.

215 Saleminck/Nieuwe Weme 2020, p. 298.

216 Beckman/Timmerman 2002, p. 229.

217 Een dergelijke procedure kan ook gestart worden met betrekking tot een jaarrekening die nog niet is vastgesteld. Vgl. artikel 2:449 lid 2 BW.

## HOOFDSTUK 5

Een volgende bepaling op basis waarvan het bestuur verantwoording dient af te leggen is artikel 2:251 lid 2 BW. Op grond van dit artikel moet het bestuur de raad van commissarissen ten minste eenmaal per jaar schriftelijk op de hoogte te stellen van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap. De algemene vergadering zal m.i. niet mogen treden in de relatie tussen het bestuur en de raad van commissarissen en dus geen instructies mogen geven omtrent de inhoud en de wijze waarop door het bestuur aan de raad van commissarissen wordt gerapporteerd. Mogelijke uitzondering is een instructie van de algemene vergadering tot naleving van deze wettelijke verplichtingen door het bestuur. In dat soort gevallen ligt het evenwel meer op de weg van de raad van commissarissen om ter zake sturend op te treden.

### (c) *Functioneren van de organen van de vennootschap*

Artikel 2:219 BW dat bepaalt dat het bestuur bevoegd is om de algemene vergadering bijeen te roepen. Mogen de aandeelhouders nu – door middel van een besluit buiten vergadering – het bestuur instrueren om een algemene vergadering bijeen te roepen? Tegen een dergelijke instructie zou kunnen worden ingebracht dat artikel 2:219 BW al de mogelijkheid biedt om statutair deze bevoegdheid aan anderen op te dragen en dat de artikelen 2:220 BW tot en met 2:223 BW al voorzien in een aparte procedure voor het geval door aandeelhouders bijeenroeping van de algemene vergadering wordt verlangd. Anderzijds zou gezegd kunnen worden dat juist omdat de wet deze mogelijkheden biedt en daarbij een zeer lage drempel hanteert, tegen instructies ter zake geen bezwaar hoeft te bestaan (vermits de instructie tevens een nauwkeurige opgave van de te behandelen onderwerpen bevat). M.i. dient een faciliterend vennootschapsrecht dergelijke instructies toe te staan.

Voor wat betreft het (tijdig) verstrekken aan de raad van commissarissen van de voor diens taakuitoefening benodigde gegevens (vgl. artikel 2:251 lid 1 BW) geldt m.i. wederom dat de algemene vergadering niet in de relatie tussen het bestuur en de raad van commissarissen dient te treden. Een instructie ter zake van het naleven van deze wettelijke plicht zal echter wel zijn toegestaan.

### (d) *Het wezen van de vennootschap*

De wet bevat op diverse plekken een verplichting voor het bestuur om bepaalde documenten of informatie te deponeren bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel en/of ten kantore van de vennootschap. Denk daarbij aan een authentiek afschrift van de akte van oprichting (artikel 2:180 lid 1 BW), een besluit tot omzetting van de vennootschap (artikel 2:182 lid 2 BW), het aandeelhoudersregister (artikel 2:194 BW) alsook de opgemaakte jaarrekening en het jaarverslag (artikel 2:212 BW). Voor wat betreft deze wettelijke verplichtingen zal m.i. slechts de instructie tot naleving daarvan zijn toegestaan.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

Artikel 2:312 lid 1 BW en artikel 2:334f lid 1 BW bepalen dat bij een fusie of splitsing van de vennootschap het fusie- of splitsingsvoorstel wordt opgesteld door het bestuur. Dit fusie- of splitsingsvoorstel dient ingevolge artikel 2:312 lid 4 BW en artikel 2:334f lid 4 BW te worden goedgekeurd door de raad van commissarissen indien deze is ingesteld (met uitzondering in geval van een splitsing als bedoeld in artikel 2:334hh lid 1 BW).<sup>218</sup> Mag de algemene vergadering nu met betrekking tot het opstellen van een dergelijk voorstel, dat telkens de start vormt voor een fusie of splitsing van de vennootschap, instructies geven? Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel regeling van de fusie van naamloze en besloten vennootschappen lijkt te volgen dat zulks niet het geval is. Daarin valt te lezen:<sup>219</sup>

“Overeenkomstig artikel 5 van de richtlijn wordt de bevoegdheid tot het doen van een voorstel tot fusie uitsluitend toegekend aan het bestuur.”

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel regeling van de splitsing van rechtspersonen werd voor wat betreft het opstellen van een splitsingsvoorstel aangesloten bij de regeling van artikel 2:312 BW.<sup>220</sup> Artikel 2:317 lid 1 BW en artikel 2:334m lid 1 BW beperken de bevoegdheid van de algemene vergadering verder door expliciet te bepalen dat het besluit tot fusie of splitsing niet mag afwijken van het door het bestuur opgestelde voorstel. De algemene vergadering kan slechts besluiten om wel of niet in te stemmen met fusie of splitsing van de vennootschap (vgl. artikel 2:330 lid 1 BW artikel 2:2:334m lid 1 BW). Aan bezwaren van aandeelhouders kan door de relevante besturen slechts tegemoet worden gekomen door het doen van een gewijzigd voorstel, waarbij de gehele procedure ter zake opnieuw dient te worden doorlopen.<sup>221</sup> Nu de wet de relevante bevoegdheden zo expliciet heeft toebedeeld, lijkt voor instructies van de algemene vergadering, bijvoorbeeld tot het opstellen van een fusie- of splitsingsvoorstel dan wel de inhoud daarvan, geen plaats. Autonomie van het bestuur ter zake wordt m.i. gerechtvaardigd door zijn waarborgfunctie in verband met de bescherming van andere op de vennootschap betrokken belangen, zoals die van werknemers en crediteuren, die door een fusie of splitsing van de vennootschap worden geraakt. E.e.a. neemt niet weg dat een door de algemene vergadering gewenste fusie of splitsing wel op basis van instructiemacht zal kunnen worden afgedwongen.

### (e) *Het vermogen van de vennootschap*

De wet kent aan het bestuur de nodige specifieke bevoegdheden toe aangaande het vermogen van de vennootschap. Het gaat daarbij om: (i) het opvragen van

218 Zie nader over deze goedkeuring: De Roo 2021, p. 452-453.

219 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 453, nr. 3, p. 6.

220 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 9.

221 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 453, nr. 3, p. 11 en voorts *Kamerstukken II* 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 15.

## HOOFDSTUK 5

het nog niet gestorte deel van het (nominale) aandelenkapitaal (artikel 2:191 lid 1 BW), (ii) storting op aandelen in een andere geldeenheden (artikel 2:191a lid 2 BW), (iii) het inkopen van eigen aandelen (en certificaten daarvan) door de vennootschap (artikel 2:207 lid 1 BW), (iv) het goedkeuren van een besluit tot kapitaalvermindering (artikel 2:208 lid 6 BW), (v) het goedkeuren van een besluit tot uitkering van de algemene vergadering (artikel 2:216 lid 2 BW). Deze bevoegdheden stellen het bestuur (deels) in staat om de integriteit van het vennootschappelijk vermogen te waarborgen. De bevoegdheden zoals bedoeld in artikel 2:208 lid 6 BW en artikel 2:216 lid 2 BW hebben rechtstreeks betrekking op een besluit van de algemene vergadering met betrekking tot de uitkering van het vennootschappelijk vermogen aan aandeelhouders. Zonder de goedkeuring van het bestuur heeft het betreffende besluit van de algemene vergadering echter geen (rechts)gevolgen. Gelet op de waarborgfunctie van de bestuursautonomie past het niet dat de algemene vergadering ter zake van de uitoefening van deze goedkeuringsbevoegdheden aan het bestuur instructies kan geven.<sup>222</sup> Datzelfde geldt m.i. voor het besluit tot inkoop van aandelen ex artikel 2:207 lid 1 BW dat uiteindelijk ook een (slot)uitkering aan aandeelhouders betreft.<sup>223</sup>

De waarborgfunctie van de bestuursautonomie doet zich minder gevoelen bij de bevoegdheid tot het opvragen van het nog niet gestorte deel van het (nominale) aandelenkapitaal en het aanvaarden van storting in een andere geldeenheden. Zo kan tegen een instructie tot het opvragen van nog niet gestort kapitaal (artikel 2:191 lid 1 BW) in beginsel weinig bezwaar bestaan. Daarenboven zal een instructie inhoudende een verbod om niet gestort kapitaal op te vragen – indien de vennootschap behoefte heeft aan deze middelen – afstuiten op de vennootschappelijk belangtoets van artikel 2:239 lid 4 BW. Ook tegen een instructie tot het accepteren van een storting in een vreemde geldeenheden kan m.i. weinig bezwaar bestaan mits deze geldeenheden courant en beperkt volatiel is. Een instructie tot het aanvaarden van een storting in Venezolaanse *bolívar fuerte* zal onder het huidige economische gesternte de vennootschappelijk belangtoets niet doorstaan.

### (f) *Andere wettelijke en statutaire grenzen*

Ten slotte wordt (de uitoefening van) een algemeen instructierecht nog beperkt door andere wettelijke en statutaire grenzen. Voor wat betreft de statutaire grenzen kan gedacht worden aan de doelomschrijving van de vennootschap

---

222 Anders: Van Nuland 2021a, p. 74-75, die echter meent dat een instructie aan het bestuur tot het verlenen van goedkeuring terwijl de vennootschap na uitkering niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden conform artikel 3:40 BW ongeoorloofd en daarom nietig is.

223 Vgl. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 64, waar wordt opgemerkt dat het bestuur zelf beslist over de verkrijging van eigen aandelen.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

en aan specifieke statutaire gebods- of verbodsbepalingen zoals een verbod op het verwerven van registergoederen. Ook zal de algemene vergadering bij het geven van een instructie zich dienen te realiseren dat deze de bevoegdheden van andere organen, zoals een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen of de prioriteit met betrekking tot bepaalde bestuursbesluiten ongemoeid laat. Een instructie kan m.i. wel (mede) inhouden dat het bestuur de raad van commissarissen om goedkeuring dient te vragen. Een instructie mag evenwel geen betrekking hebben op de wijze waarop het bestuur de vennootschappelijk belangtoets met betrekking tot een andere instructie dient uit te voeren.<sup>224</sup>

Voorts gelden met betrekking tot het instructierecht nog wettelijke grenzen. Zo zal een instructie niet in strijd mogen zijn met de goede zeden of openbare orde (artikel 3:40 lid 1 BW) of anderszins in strijd mogen zijn met dwingend recht.<sup>225</sup> Ook zal de algemene vergadering zijn bevoegdheid tot het geven van een instructie niet mogen misbruiken (artikel 3:13 lid 1 BW). Instructies zullen geen verbod mogen inhouden tot de nakoming van een wettelijke verplichting door het bestuur. Een instructie tot nakoming van een wettelijke verplichting is daarentegen wel toegestaan. Tot slot zal de algemene vergadering zich in de uitoefening van het instructierecht gebonden weten aan de normen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 lid 1 BW. Dit kan onder meer inhouden dat de algemene vergadering het bestuur niet mag ‘bombarderen’ met instructies, het bestuur voldoende tijd moet gunnen om een gegeven instructie te beoordelen<sup>226</sup> of een eenmaal gegeven instructies niet telkens mag wijzigen.

### 5.4.7.2 Statuten bevatten oude wetstekst

In de praktijk zullen veel statuten met een instructierecht nog de bepaling bevatten die min of meer een letterlijke weergave is van de laatste volzin van § 9 Departementale Richtlijnen 1986; de bepaling dat het bestuur zich moet gedragen naar de aanwijzing van een vennootschapsorgaan betreffende de algemene lijnen van het te voeren financiële, sociale, economische en personeelsbeleid. De vraag is of met een dergelijke bepaling in de statuten en zonder statutenwijziging thans ook concrete instructies, zowel binnen als buiten deze terreinen, zullen zijn toegestaan.

Op grond van artikel V.1 lid 1 van de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht<sup>227</sup> en artikel 71 van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wet-

---

224 Vgl. Kroeze/Timmerman/Wezeman 2022, p. 258.

225 Slagter 1988, p. 92.

226 Zie hierover nader: De Roo 2021, p. 469-470.

227 Wet van 18 juni 2012, *Stb.* 2012/300. Zie voor een uitgebreide behandeling van het overgangsrecht: Schoonbrood 2012.



## HOOFDSTUK 5

boek<sup>228</sup> (het laatst genoemde artikel bepaalt dat een beding<sup>229</sup> dat naar een vóór de inwerkingtreding van de wet geldend wetsartikel verwijst, of de zakelijke inhoud daarvan weergeeft, geacht wordt een verwijzing naar of een weergave van de wet in te houden, tenzij dit niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding), zou betoogd kunnen worden dat het antwoord op bovenstaande vraag bevestigend dient te luiden. Dit nu een dergelijke bepaling de (vóór 1 oktober 2012) maximaal toegestane instructiebevoegdheid beoogde toe te kennen aan het betreffende orgaan. Naar mate de statutaire bepaling echter een engere omschrijving van de beleidsterreinen omvat, zal dit m.i. anders liggen en zal, om een concreet (algemeen) instructierecht mogelijk te maken, de betreffende statutaire bepaling moeten worden gewijzigd.

### 5.4.8 *De vennootschappelijk belangtoets*

Artikel 2:239 lid 4 BW is imperatief geformuleerd. Het bestuur is als uitgangspunt gehouden een van een daartoe bevoegd orgaan afkomstige instructie op te volgen. Het bestuur mag uitvoering van de instructie volgens genoemd artikel slechts weigeren indien deze in strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur dient de gegeven instructie dus te toetsen aan het vennootschappelijk belang.<sup>230</sup> Hoewel deze toets niet uitdrukkelijk in artikel 2:129 lid 4 BW is opgenomen, dient deze daar wel in te worden gelezen.<sup>231</sup> In de kern genomen behelst de toets van artikel 2:239 lid 4 BW een belangenafweging. Dit volgt uit de memorie van toelichting bij dit artikel:<sup>232</sup>

“Het bestuur mag [...] de instructies van een ander orgaan niet slaafs navolgen, maar dient een zelfstandige belangenafweging uit te voeren.”

Wanneer is een instructie nu strijdig met het vennootschappelijk belang? M.i. valt deze vraag in zijn algemeenheid niet te beantwoorden want – zoals de Hoge Raad in zijn Cancun-beschikkingen zegt<sup>233</sup> – de inhoud van het vennootschappelijk belang is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zo heeft Verdam laten zien dat de instructie tot materiële liquidatie van een op zichzelf

228 Wet van 28 november 1991, *Stb.* 1991/601.

229 Blijkens de parlementaire geschiedenis wordt onder beding uitdrukkelijk verstaan een bepaling in de statuten. Zie: *Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, nr. 8, p. 18.

230 Vgl. Van Nuland 2021a, p. 70-71 die terecht opmerkt dat op grond van artikel 2:239 lid 4 BW geen bindende instructies aan het bestuur kunnen worden gegeven aangezien het bestuur een zelfstandige belangenafweging dient te maken.

231 De Jongh 2007, p. 35; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 231. Anders: Van der Korst 2019, p. 442 die dit niet logisch vindt indien het niet om concrete instructies gaat maar om aanwijzingen die de algemene lijnen van het te voeren beleid betreffen.

232 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 90.

233 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, r.o. 4.2.1.

goedlopende onderneming niet noodzakelijkerwijs afstuit op de vennootschappelijk belangtoets indien dit dienstig is aan het belang van het concern waarvan die vennootschap onderdeel is.<sup>234</sup> Ook een instructie die (mogelijk en zelfs blijvende) schade aan de vennootschap of de met haar verbonden onderneming tot gevolg heeft kan onder omstandigheden – met name in concernverband – de vennootschappelijk belangtoets doorstaan.<sup>235</sup> Bijvoorbeeld indien aan de vennootschap een schadevergoeding of andere vorm van compensatie wordt geboden.<sup>236</sup> Ook een eventuele ten behoeve van de betrokken concernvennootschap afgegeven 403-verklaring<sup>237</sup> zal daarbij een relevante omstandigheid zijn.

In zijn Cancun-beschikkingen zegt de Hoge Raad dat indien aan de vennootschap een onderneming verbonden is, het vennootschappelijk belang in de regel vooral bepaald wordt door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming.<sup>238</sup> Over de vraag wat bevorderlijk is voor het bestendige succes van een onderneming kan verschillend worden gedacht. Dergelijke verschillen van inzicht kunnen voortkomen uit verschillen van inzicht over toekomstige marktontwikkelingen en de daarmee samenhangende kansen en bedreigingen voor de vennootschap en haar onderneming. De visie van het bestuur omtrent hetgeen bevorderlijk is voor het bestendige succes zal zijn weerslag vinden in de door het bestuur vastgestelde strategie (zie paragraaf 3.4).

De vraag die zich dan vervolgens aandient is of het bestuur – met een beroep op het vennootschappelijk belang – mag weigeren instructies uit te voeren die naar het oordeel van het bestuur niet passen binnen de door het bestuur uitgezette strategie. Tegen een bevestigend antwoord pleit ten eerste de dwingende formulering van artikel 2:239 lid 4 BW. Ten tweede zou een dergelijke interpretatie af kunnen doen aan de effectiviteit van het instructierecht: een instructie die strijdig is met de door het bestuur vastgestelde strategie zal immers slechts dan door het bestuur worden opgevolgd indien ook het bestuur de uitvoering daarvan ‘een goed idee’ vindt. Het bestuur zal in elk geval een weigering steeds goed

234 Zie: Verdam 2019a, p. 405 e.v. en Verdam 2019b, p. 556. Zie in gelijke zin: Mendel/Oostwouder 2017, p. 15-16.

235 Zie in dit verband ook OK 13 maart 2003, *JOR* 2003/85 (Corus) m.nt. F.J.P. van den Ingh, r.o. 3.5, waarin de Ondernemingskamer onder meer overwoog dat de raad van commissaris (en zulks geldt *mutatis mutandis* voor het bestuur) onder omstandigheden zal hebben te aanvaarden dat het belang van de vennootschap zal moeten worden ten achter gesteld bij het belang van het concern in zijn geheel. Daarbij overwoog de Ondernemingskamer voorts dat het anderzijds weer niet zo is dat het de concernleiding steeds vrij staat, althans niet zonder méér of ongemotiveerd, om de belangen van de concernvennootschap ten achter te stellen bij het concernbelang.

236 Waarbij het overigens ook weer niet in zijn algemeenheid zo is dat een instructie die schade tot gevolg heeft uitsluitend de toets der kritiek kan doorstaan indien die schade (al dan niet volledig) wordt gecompenseerd.

237 Vgl. artikel 2:403 lid 1 sub f BW.

238 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, r.o. 4.2.1.

## HOOFDSTUK 5

moeten motiveren en de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 lid 1 BW kan daarbij met zich brengen dat het bestuur gehouden is om met het instruerend orgaan in overleg te treden<sup>239</sup> en om voor het bestuur passende alternatieven aan te dragen waarmee het door het instruerende orgaan beoogde doel op een voor het bestuur aanvaardbare wijze eveneens kan worden bereikt. In deze benadering verwordt het wettelijk instructierecht dan wel meer tot een manier voor het instruerend orgaan om het bestuur tot formele besluitvorming en verantwoording en overleg te dwingen, dan dat het een machtsmiddel is waarmee feitelijk invloed op het beleid en de strategie kan worden uitgevoerd. De vraag is of dat erg is. Met name bij vennootschappen waarvan de aandeelhouders meer op afstand staan en qua kennis en kunde een achterstand hebben op het bestuur, zou ik een dergelijke invulling van het instructierecht verdedigbaar vinden. Bij vennootschappen met een nauwere aandeelhoudersbetrokkenheid zoals concern- en joint venture-vennootschappen is e.e.a. minder goed verdedigbaar, alhoewel ik ook daar deze invulling van het instructierecht niet categorisch zou willen uitsluiten.<sup>240</sup> De specifieke omstandigheden van het geval zullen daarin telkens bepalend zijn. Ten slotte is nog van belang dat indien het bestuur besluit tot uitvoering van de instructie, het daarmee verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid aanvaardt voor de daaruit voortvloeiende (rechts)handelingen en andere gevolgen. In beginsel blijft (zie paragraaf 5.4.4) het instruerend orgaan – waar het de instructie en haar consequenties betreft – buiten schot. Ook dat rechtvaardigt m.i. dat aan het bestuur in het kader van de vennootschappelijk belangtoets – als uitgangspunt – enige ruimte moet worden gegund.<sup>241</sup>

Indien het bestuur de betreffende instructie in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming acht, dient het bestuur nog een volgende toets aan de dag te leggen,<sup>242</sup> zo volgt uit de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad:<sup>243</sup>

“Elke bestuurder is gehouden om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming *en om zorgvuldigheid te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken, [...]. Dat is niet anders [...]* indien de statuten bepalen dat

239 Zie nader over de overlegplicht: De Roo 2021, p. 464-467.

240 Zo overweegt de Ondernemingskamer in OK 13 maart 2003, *JOR* 2003/85 (Corus) m.nt. F.J.P. van den Ingh, r.o. 3.5 dat de raad van commissarissen (en zulks geldt *mutatis mutandis* voor het bestuur) van een concernvennootschap: “[...] *niet en in ieder geval niet zonder méér of ongemotiveerd een beleid mag voeren dat zich niet verdraagt met, althans geen rekening houdt met de concernstrategie [...]*”. De ruimte is dus beperkt, maar niet volledig afwezig. Zie tevens: Olaerts 2015, p. 58, die terecht opmerkt dat als de aandeelhouders zich niet kunnen vinden in de afweging van het vennootschappelijk belang door het bestuur, zij zelf maar de bestuursfunctie op zich moeten nemen.

241 In gelijke zin: Van Nuland 2021b, p. 330.

242 Evenzo: Assink/Verbrugh 2016, p. 75.

243 HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (Cancun) m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 4.2.3.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

*het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap (vgl. art. 2:239 lid 4 BW en Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 91-92).” [curs. JT]*

Deze te betrachten zorgvuldigheid houdt in dat bij het dienen van het vennootschappelijk belang de bestuurder ervoor dienen te waken dat de belangen van al degenen die bij de vennootschap of de met haar verbonden zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad,<sup>244</sup> hetgeen (zoals in paragraaf 3.3 uiteengezet) neerkomt op het toepassen van het evenredigheidsbeginsel. Dit betekent dat het bestuur dient na te gaan of: (i) door de uitvoering van de instructie het met de instructie beoogde doel kan worden bereikt, (ii) er een alternatief is voor de instructie dat minder bezwaarlijk is voor de betrokken belangen die door de uitvoering van de instructie worden geraakt, en (iii) het met de uitvoering van de instructie te behalen voordeel (zowel in absolute als relatieve zin) opweegt tegen het aan de betrokken belangen toegebrachte nadeel. Hoewel zulks niet rechtstreeks uit de tekst van artikel 2:129/239 lid 4 BW blijkt dient het bestuur de uitvoering van de instructie dus ook te weigeren indien de instructie de vennootschappelijk belangtoets wel, maar deze zorgvuldigheidstoets niet doorstaat.<sup>245</sup>

Het bestuur mag bij het uitvoeren van deze beide toetsen – behoudens uitzonderlijke omstandigheden – niet volstaan met de enkele weigering om de instructie uit te voeren, maar dient daarbij te onderbouwen waarom de uitvoering van de betreffende instructie strijdig is met het vennootschappelijk belang en/of schending van de zorgvuldigheidsplicht oplevert. In die zin rust de ‘bewijslast’ telkens bij het bestuur. Daarbij volgt m.i. – zoals hierboven reeds opgemerkt – tevens uit de op grond van artikel 2:8 lid 1 BW jegens het instruerend orgaan in acht te nemen redelijkheid en billijkheid dat het bestuur in voorkomende gevallen gehouden kan zijn om met het instruerend orgaan in overleg te treden en alternatieven aan te dragen waarmee het door het instruerende orgaan met de instructie beoogde doel kan worden bereikt en die in de ogen van het bestuur wel verenigbaar zijn met het vennootschappelijk belang en de zorgvuldigheidsplicht.

### 5.4.9 *Afdwingbaarheid van instructies*

Indien het bestuur van een orgaan een rechtsgeldige instructie ontvangt zal het dienen te besluiten of het aan deze instructie gevolg geeft. Grof gezegd bestaan er daarbij drie mogelijkheden: (i) het bestuur besluit de instructie uit te voeren,

<sup>244</sup> HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (Cancun) m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 4.2.2.

<sup>245</sup> Zie: Timmerman 2021c, p. 193 die constateert dat deze op artikel 2:8 BW gebaseerde zorgvuldigheid niet de inhoud van het vennootschappelijk belang als zodanig raakt. Zie voorts: De Brauw 2017, p. 107.

(ii) het bestuur besluit de instructie niet uit te voeren, of (iii) het bestuur doet een van de instructie afwijkend tegenvoorstel aan het instruerend orgaan. Een dergelijk tegenvoorstel kan inhouden dat het bestuur slechts gedeeltelijk uitvoering wil geven aan de instructie, aan de uitvoering van de instructie voorwaarden verbindt en/of alternatieven aandraagt waarmee het met de instructie beoogde doel op andere wijze (geheel of gedeeltelijk) kan worden bereikt. In de gevallen (ii) en (iii) is dan vervolgens het instruerend orgaan weer aan zet. Dit orgaan kan dan: (a) zich bij de weigering neerleggen, (b) het door het bestuur voorgestelde alternatief aanvaarden, (c) een tegenvoorstel doen *c.q.* het gesprek aangaan met het bestuur, of (d) trachten uitvoering van de initieel gegeven instructie af te dwingen. In deze paragraaf wordt bij deze laatste mogelijkheid stilgestaan. Ik neem daarbij steeds tot uitgangspunt dat de algemene vergadering het instruerend orgaan is.

(a) *Ontslag van de bestuurder*

Een eerste – en de doorgaans meest gebruikelijke – manier om de uitvoering van een instructie af te dwingen is dreigen met ontslag van het weigerachtige bestuur. Op deze wijze kunnen zowel instructies gegeven op basis van een statutaire bevoegdheid *ex* artikel 2:129/239 lid 4 BW, als instructies gegeven op basis van de uit deze (schorsings- en) ontslagbevoegdheid voortvloeiende instructiemacht, worden afgedwongen. Zoals in paragraaf 5.4.3 al werd opgemerkt is de effectiviteit van de dreiging met ontslag onder meer afhankelijk van de gevoeligheid van het bestuur daarvoor en de mate waarin de algemene vergadering het betreffende bestuur als ‘onmisbaar’ percipieert. Daarenboven geldt dat – indien het bestuur inderdaad ongevoelig blijkt voor ontslag of anticiperend op een komend ontslag de eer aan zichzelf houdt<sup>246</sup> – de uitvoering van het dreigement nog niet noodzakelijkerwijs met zich brengt dat het opvolgende bestuur wel de instructie zal uitvoeren. Zoals Van Nuland opmerkt zal een goed onderbouwde weigering tot de uitvoering van een instructie wegens strijdigheid met het vennootschappelijk belang een duidelijke waarschuwing vormen aan het nieuwe bestuur.<sup>247</sup> Daarmee is de uitvoering van de instructie – behoudens in uitzonderlijke gevallen zoals die waarin de meerderheidsaandeelhouder zichzelf tot bestuurder benoemt en dus zelf op de bok gaat zitten – allerminst zeker. Ook moeten de interne en externe gevolgen van het ontslag van een bestuurder of het bestuur niet worden onderschat. Zeker in die gevallen waarbij het bestuur ook het “gezicht naar buiten” van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming is, zal e.e.a. minst genomen tot vragen leiden van stakeholders zoals werknemers, afnemers, leveranciers en financiers. Denk daarbij ook aan formaliteiten die moeten worden gevolgd, zoals

246 Zoals Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 augustus 2015, *JOR* 2015/326 m.nt. S.C.M. van Thiel, r.o. 5.7 overwoog: “[...] *Indien het bestuur de wensen van de aandeelhouders niet in het belang van de vennootschap acht, dan dient het in het uiterste geval af te treden.* [...]”.

247 Van Nuland 2021a, p. 76.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

het adviesrecht van een eventueel ingestelde ondernemingsraad *ex* artikel 30 WOR ter zake van de benoeming en het ontslag van bestuurders. In die zin beschouw ik het daadwerkelijk ontslaan van een bestuur om de naleving van een instructie te bewerkstelligen dan ook als een paardenmiddel.

Met zijn ontslag verliest een bestuurder zijn vennootschapsrechtelijke positie en komt er in beginsel eveneens een einde aan zijn arbeidsrechtelijke relatie met de vennootschap.<sup>248</sup> Het besluit van de algemene vergadering tot ontslag van een bestuurder kan ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd. Zo overweegt de Hoge Raad in het Sjardin/Sjartec-arrest dat getoetst moet kunnen worden of de op het ontslag van de bestuurder gerichte en aan de bestuurder kenbaar gemaakte wil van de vennootschap zich overeenkomstig de daarvoor ingevolge de wet en statuten geldende regels heeft gevormd, e.e.a. ook met in achtneming van de eisen van goede trouw (thans artikel 2:8 lid 1 BW).<sup>249</sup> Tevens overwoog de Hoge Raad in dit arrest dat bij de vennootschapsrechtelijke beoordeling van het ontslagbesluit de arbeidsrechtelijke gronden waarop het ontslag gegeven is niet in aanmerking mogen worden genomen.<sup>250</sup> De gronden waarop een vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit kan worden aangetast zijn dan ook beperkt. Een dergelijk ontslagbesluit zal naar zijn aard en materiële inhoud ook niet snel voor vernietiging vatbaar zijn wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid (artikel 2:15 lid 1 sub b BW *jo.* artikel 2:8 lid 1 BW). Zo overwoog de rechtbank Utrecht.<sup>251</sup>

“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 vooorgewende argumenten is genomen.”

Een marginale toetsing van het ontslagbesluit aan de redelijkheid en billijkheid is het uitgangspunt.<sup>252</sup> E.e.a. maakt dan ook dat een vennootschapsrechtelijk

248 HR 15 april 2005, *NJ* 2005/483 (Bartelink/Ciris), r.o. 3.5.3.

249 HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985/375 (Sjardin/Sjartec) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.2.

250 Vlg. Assink/Slagter 2013, § 43.6, p. 751.

251 Rb. Utrecht 4 april 2012, *JOR* 2012/211 m.nt. L.G. Verburg, r.o. 5.19.

252 Zie voor wat betreft de marginale toetsing van een ontslagbesluit aan artikel 2:8 BW: Rb. Leeuwarden 5 oktober 2011, *ECLI:NL:RBLEE:2011:BT7052*, r.o. 4.5 en 4.9; Rb. Utrecht 22 februari 1996, *JAR* 1996/64 (Nyqvist/VSN) r.o. 4.7 en 4.9.

## HOOFDSTUK 5

ontslag wegens het niet opvolgen van een instructie slechts in uitzonderlijke gevallen op grond van de redelijkheid en billijkheid zal kunnen worden vernietigd. Het zal daarbij m.i. dan moeten gaan om instructies die een evidente en onmiskenbare schending van het vennootschappelijk belang en/of de door het bestuur te betrachten zorgvuldigheidsplicht met zich brengen.<sup>253</sup>

Anderzijds geldt in arbeidsrechtelijke zin dat de weigering van een bestuurder om instructies van de algemene vergadering op te volgen een redelijke grond kan zijn voor ontslag. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn Mast Holding-arrest:<sup>254</sup>

“De weigering van een bestuurder van een vennootschap om een door de algemene vergadering van aandeelhouders gewenst beleid uit te voeren kan een redelijke grond voor ontslag zijn. Of die weigering in concreto een redelijke grond oplevert, hangt af van de omstandigheden van de aard van het door de algemene vergadering gewenste beleid en van de overige omstandigheden.”

In dit geval had de betreffende bestuurder het overigens wel erg bont gemaakt. Na onderzoek had een organisatieadviseur geconcludeerd dat de onvoldoende beheersing van het bestuur had geleid tot een belangrijke aantasting van het financiële weerstandsvermogen van de vennootschap en dat een concernstrategie ontbrak. Het bestuur had dus zijn belangrijkste taken: het bepalen van een strategie en het beschermen van het vennootschappelijk vermogen verwaarloosd en weigerde vervolgens om conform instructie de adviezen van de organisatieadviseur te implementeren.<sup>255</sup>

Staat het vennootschapsrechtelijk ontslag van de bestuurder vast,<sup>256</sup> dan is het antwoord op de vraag of de bestuurder terecht de uitvoering van de instructie weigerde bij de arbeidsrechtelijke beoordeling van het ontslag nog slechts van belang voor het bepalen van de hoogte van een eventueel door de vennootschap te betalen ontslagvergoeding.<sup>257</sup> Ingevolge artikel 2:134/244 lid 3 BW kan de rechter immers geen veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tus-

---

253 Zie ook: Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, p. 200 die slechts spreekt over een schending van het vennootschappelijk belang.

254 HR 4 december 1992, *NJ* 1993/271 (Mast Holding) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3.

255 Zie voor een ander geval waarin een bestuurder zichzelf binnen concernverband een te autonome positie aanmat: Gerechtshof Arnhem 9 oktober 1974, *NJ* 1976/42 (Makelaarskantoor Van E.).

256 Bij vernietiging van het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit wordt in beginsel ook de arbeidsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap hersteld. Zie: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 269.

257 Vgl. Van der Korst 2010, p. 274-275. Zie voorts: Assink/Slagter 2013, § 43.6, p. 754 e.v.; Verburg 2003, p. 22, en voorts: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2018, *JOR* 2019/153 m.nt. J.H. Bennaars.

sen de ontslagen bestuurder en de vennootschap uitspreken.<sup>258</sup> E.e.a. betekent overigens niet dat een bestuurder die met de algemene vergadering in conflict raakt over de uitvoering van een instructie maar lijdzaam zijn ontslag hoeft af te wachten. Zo verzette bestuurder Wittke zich met succes tegen een dreigend ontslag wegens zijn weigering om een instructie tot garantstelling van de door hem bestuurde vennootschap NEM op te volgen. Door de garantstelling – zoals door de enig aandeelhouder verlangd – zou de continuïteit van NEM voorzienbaar in gevaar zijn gekomen.<sup>259</sup> De voorzieningenrechter verbood – op straffe van een dwangsom van € 1.000.000,- voor iedere overtreding – de vennootschap om een besluit te nemen tot schorsing of ontslag van Wittke als bestuurder en de enig aandeelhouder om in de algemene vergadering een stem uit te brengen ten gunste van een dergelijk voorstel, e.e.a. gedurende een periode van 3 maanden. De voorzieningenrechter overwoog daartoe:

“4.3 Voorts moet worden geoordeeld dat de bezwaren van Wittke tegen de onder 4.2. bedoelde garantstelling gerechtvaardigd voorkomen. Niet weersproken is dat het eigen vermogen van NEM in juni 2002 \$ 63 miljoen bedroeg en NEM binnen het Babcock-concern reeds € 44,1 miljoen aan leningen heeft uitstaan, zonder dat daaraan adequate zekerheden tot terugbetaling zijn verbonden. Voorts is niet weersproken dat zowel Babcock Borsig A.G. als Babcock GmbH verkeren in een toestand die is te vergelij-

258 Zie echter: VrzngR Rb. Amsterdam 16 mei 2007, *JOR* 2007/200: “4.5 In het algemeen heeft te gelden dat een besluit tot ontslag van een statutair bestuurder tevens beëindiging van de dienstbetrekking van die bestuurder tot gevolg heeft, tenzij een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat of partijen anders zijn overeengekomen (HR 15 april 2005, *JAR* 2005, 153 en HR 3 februari 2006, *JAR* 2006, 66). In uitzonderlijke gevallen kan er dus reden zijn een scheiding aan te brengen tussen de vennootschapsrechtelijke en de arbeidsrechtelijke rechtsverhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon. Een dergelijk uitzonderlijk geval kan zich naar het oordeel van de voorzieningenrechter onder meer ook voordoen indien het statutair bestuurderschap beperkt is tot enkele formele verantwoordelijkheden, zoals het ondertekenen van de jaarrekening, terwijl de betreffende bestuurder overigens geen (of nauwelijks) wezenlijke taken als bestuurder verricht en nagenoeg zijn volledige dagtaak opgaat aan werkzaamheden die hij uit hoofde van zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst reeds verrichtte, terwijl de vennootschap zelf in haar handelen ten opzichte van de bestuurder/werknemer het onderscheid maakt tussen werkzaamheden die behoren tot de taak van de statutair bestuurder en werkzaamheden die niet tot die taak behoren. 4.6. De voorzieningenrechter is van oordeel dat in het onderhavige geval sprake is van een uitzonderlijk geval zoals hiervoor omschreven. [...] Onder deze omstandigheden, waar vaststaat dat Duijves slechts naar buiten toe met de verantwoordelijkheid van een bestuurder werd bekleed, maar intern fungeerde als een persoon die instructies van derden heeft op te volgen bij de uitvoering van zijn taken, en mogelijk verdergaand dan krachtens artikel 2:239 BW lid 4 toelaatbaar is, kan aan hem op gronden van redelijkheid en billijkheid de aan een werknemer toekomende bescherming bij ontslag niet worden onthouden, zodat een uitzondering dient te worden gemaakt op voormeld beginsel bij ontslag van een statutair bestuurder.” [onderstr. JT].

259 Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 7 augustus 2002, *JOR* 2002/173 (Babcock) m.nt. F.J.P. van den Ingh.



## HOOFDSTUK 5

ken met surséance van betaling hier te lande en BBCC (op dit moment) een negatief eigen vermogen heeft. Deze omstandigheden rechtvaardigen het oordeel van Wittke dat tegenover de garantstelling onvoldoende voordelen staan, de kans op uitoefening van de garantstelling niet ondenkbeeldig is en de continuïteit van NEM derhalve in het geding komt. [...]

4.4. Het voorgaande rechtvaardigt de gevolgtrekking dat het ontslag van Wittke niet in de rede ligt, [...]"

Overigens blijkt uit het handelsregister dat Andreas Wittke na zijn succesvolle verzet nog tot 1 september 2006 als bestuurder van de vennootschap is aangebleven.

### (b) *Enquêteprocedure*

Geschillen tussen het bestuur en aandeelhouders met betrekking tot het beleid en de strategie van een vennootschap en de met haar verbonden onderneming worden met enige regelmaat voorgelegd aan de Ondernemingskamer. Aandeelhouders die alleen of gezamenlijk de drempels van artikel 2:346 lid 1 sub b of c BW halen zijn bevoegd om de Ondernemingskamer te verzoeken een onderzoek te gelasten naar (een deel van) het beleid en de gang van zaken van de vennootschap in een bepaald tijdvak (vgl. artikel 2:345 lid 1 BW). Sinds 1 januari 2013 heeft ook de vennootschap (in beginsel vertegenwoordigd door het bestuur) ook zelf deze bevoegdheid (vgl. artikel 2:346 lid 1 sub d BW).<sup>260</sup> De doeleinden van een enquête, zo volgt uit de OGEM-beschikking,<sup>261</sup> zijn: (i) de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, (ii) de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid, en (iii) een preventieve werking die zou kunnen uitgaan van de mogelijkheid om een enquête in te stellen. De enquêteprocedure is evenwel niet bedoeld voor de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard noch voor het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond van dergelijke geschillen.<sup>262</sup> Dergelijke geschillen behoren tot het domein van de gewone burgerlijke rechter.

De enquêteprocedure als zodanig is evenwel minder geschikt voor het direct afdwingen van instructies. Weliswaar zou de weigering van het bestuur om een instructie van de algemene vergadering op te volgen een gegronde reden kunnen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen (vgl. artikel 2:350 lid 1 BW), maar binnen de enquêteprocedure zelf is er weinig tot geen

260 Wet van 18 juni 2012, *Stb.* 2012/274.

261 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466 (Ogem II) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 4.1.

262 HR 18 november 2005, *NJ* 2006/173 (Unilever) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 4.2; HR 26 juni 2009, *NJ* 2011/210 (KPNQwest/VEB *c.s.*) m.nt. W.J.M. van Veen, r.o. 3.2.3.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

ruimte om het bestuur tot opvolging van een instructie te dwingen. Allereerst treft de Ondernemingskamer verhoudingsgewijs een gering aantal onmiddellijke voorzieningen (vgl. artikel 2:349a lid 2 BW) die de besluitvorming binnen de vennootschap aangaan. Als zij dat doet, betreft het doorgaans voorzieningen tot schorsing van een genomen besluit of een verbod op besluitvorming.<sup>263</sup> Een voorziening waarbij het bestuur wordt opgedragen een besluit tot opvolging van een instructie te nemen, verdraagt zich over het algemeen ook niet met het karakter van een onmiddellijke voorziening als een tijdelijke ordemaatregel.<sup>264</sup>

De Ondernemingskamer kan ook bij wijze van onmiddellijke voorziening besluiten om het zittende bestuur te schorsen en/of een tijdelijk bestuurder te benoemen (al dan niet met doorslaggevende stem of met een zelfstandige bevoegdheid).<sup>265</sup> Deze door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder heeft dezelfde bevoegdheden als een door de algemene vergadering benoemde bestuurder, doch uit het Fuldauer-arrest blijkt dat een dergelijke bestuurder terughoudend van deze bevoegdheden gebruik dient te maken – in die zin dat hij in beginsel niet meer doet dan past bij de hem als tijdelijke bestuurder opgedragen taak en in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is voor een behoorlijk bestuur van de vennootschap.<sup>266</sup> Omtrent de taakvervulling door de OK-bestuurder overwoog de Ondernemingskamer in de Slotervaart-beschikking:<sup>267</sup>

“De Ondernemingskamer stelt het volgende voorop. Aan een door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder komen alle bevoegdheden toe die de wet en de statuten aan een bestuurder toekennen. In zoverre behoeft mr. Insinger geen toestemming van de Ondernemingskamer voor een besluit tot ontbinding van de koopovereenkomst, zoals door Van Waveren c.s. verzocht. Een andersluidende stelling is overigens ook door geen van partijen ingenomen.

De Ondernemingskamer bestuurt ook niet zelf: de door haar benoemde bestuurder verricht zijn of haar taak in beginsel zelfstandig. *Dat betekent dat de Ondernemingskamer – mogelijk uitzonderingen daargelaten – ook geen concrete instructie tot het verrichten van bepaalde bestuurshandelingen geeft. Voor zover met de hier verzochte onmiddellijke voorzieningen de Ondernemingskamer wordt gevraagd een concrete opdracht aan mr. Insinger te geven ten aanzien van (het al of niet ontbinden van) de koopovereenkomst, zijn zij niet toewijsbaar.* Het verzoek van Van Waveren c.s. tot het geven van een opdracht tot, of het toestaan van de ontbinding moet reeds gelet op dit een en ander worden afgewezen.” [curs. JT]

---

263 Faber 2020, p. 92.

264 Faber 2020, p. 70 en 82.

265 Dahmen 2014, p. 67.

266 HR 19 februari 2010, *JOR* 2010/92 (Fuldauerstichting) m.nt. E. Schmieman, r.o. 3.6.1.

267 OK 11 december 2013, *JOR* 2014/36 (Slotervaart) m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.1.

## HOOFDSTUK 5

Een verzoek aan de Ondernemingskamer om bij wijze van onmiddellijke voorziening de OK-bestuurder concrete instructies te geven zal dan ook – behoudens uitzonderlijke omstandigheden – door de Ondernemingskamer worden afgewezen. Een van de algemene vergadering afkomstige instructie zal door de OK-bestuurder conform artikel 2:129/239 lid 4 BW zelfstandig aan het vennootschappelijk belang worden getoetst. Of deze de instructie zal opvolgen is dan ook niet zeker.

Waar de enquêteprocedure als zodanig weinig effectief is voor het afdwingen van instructies, kan het wel een probaat middel zijn *tegen* het afdwingen van instructies. Daarbij gaat het zowel om instructies gegeven op basis van een statutair *instructierecht* als om instructies gegeven op basis van *instructiemacht*. Daartoe kan het bestuur (namens de vennootschap) de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:346 lid 1 sub d BW verzoeken om een enquête te gelasten en tevens onmiddellijke voorzieningen te treffen. Dergelijke onmiddellijke voorzieningen kunnen betreffen:

- (i) een verbod op besluitvorming omtrent benoeming, schorsing en ontslag van het bestuur van de vennootschap;
- (ii) schorsing van een genomen instructiebesluit of een verbod om een instructiebesluit te nemen;
- (iii) de tijdelijke afwijking van een statutaire bepaling houdende een *instructierecht* (bijvoorbeeld volledige schorsing van die statutaire bepaling, of het bepalen dat de algemene vergadering slechts van haar *instructierecht* gebruik kan maken na goedkeuring van een tijdelijk door de Ondernemingskamer aangestelde commissaris); of
- (iv) de schorsing van het stemrecht op de aandelen in het geplaatste kapitaal van de vennootschap of een (tijdelijke) overdracht van die aandelen ten titel van beheer.

De Ondernemingskamer zal evenwel niet lichtvaardig onmiddellijke voorzieningen treffen om het afdwingen van een instructie te verhinderen. De voor de vennootschap en andere belanghebbenden (mogelijk) negatieve gevolgen van een (dreigend) ontslag van het bestuur en/of de uitvoering van de door de algemene vergadering gegeven instructie dienen het treffen van onmiddellijke voorzieningen te rechtvaardigen. Uitsluitend een verschil van inzicht tussen het bestuur en de algemene vergadering over het te voeren beleid en de strategie als zodanig is daartoe onvoldoende.<sup>268</sup> Zo overwoog de Ondernemingskamer in de Broekman Group-beschikking:<sup>269</sup>

---

268 Zie bijvoorbeeld: OK 4 april 2018, *JOR* 2018/179 m.nt. F. Eikelboom, r.o. 3.8-3.9.

269 OK 16 februari 2021, *ARO* 2021/45. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat in de statuten van Broekman Group B.V. geen *instructierecht* voor de algemene vergadering was opgenomen.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

“3.5 De Ondernemingskamer stelt voorop dat indien, zoals hier, nog geen onderzoek is gelast, zij slechts onmiddellijke voorzieningen kan treffen indien naar haar voorlopig oordeel gegronde redenen bestaan te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de vennootschap en er zwaarwegende redenen zijn die maken dat de toestand van de vennootschap het treffen van die onmiddellijke voorzieningen vereist. Verder geldt als uitgangspunt bij de beoordeling dat het bestuur van BMG weliswaar verantwoordelijk is voor het beleid en het bepalen van de strategie van BMG maar dat daartegenover staat dat indien de aandeelhoudersvergadering van BMG zich daarmee niet kan verenigen, zij op grond van de wet (art. 2:244 BW) en de statuten (art. 14 lid 4) te allen tijde bevoegd is de bestuurders van BMG te ontslaan, tenzij dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 2:8 lid 2 BW).

[...]

3.8 De Ondernemingskamer stelt verder vast dat uit de hiervoor onder de feiten weergegeven gang van zaken volgt dat Geuther, zoals hij in zijn brief op 27 januari 2021 (zie 2.49) ook schrijft, als gevolg van het achterblijven van de operationele resultaten van BMG, het blijven vasthouden aan de wens van het bestuur de BBT divisie te verkopen en de weigering om tot een aanpassing van de SHA te komen, uiteindelijk het vertrouwen in het bestuur van BMG en de door haar voorgestane strategie heeft verloren. [...]. Dat laat echter onverlet dat op dit moment bij Geuther geen vertrouwen meer bestaat in het beleid en de strategische keuzes van het bestuur van BMG. *Onder die omstandigheden staat het hem als middellijk meerderheidsaandeelhouder in beginsel vrij om te besluiten de bestuurders te ontslaan.* [...]. Dat met het ontslag van Riemen en Günther de belangen van BMG op onaanvaardbare wijze zullen worden geschaad is niet gebleken. Geuco *c.s.* hebben ter gelegenheid van de zitting van 9 februari 2021 meegedeeld en beknopt toegelicht dat een drietal ervaren en goed gekwalificeerde personen bereid is gevonden een benoeming tot bestuurder van BMG te aanvaarden. Op voorhand zijn er geen aanwijzingen dat een nieuw samengesteld bestuur niet in staat zou zijn om, in overleg met ABN [JT: ABN Amro Bank N.V.], tot een voor BMG passend beleid en een passende strategie te komen. Onder deze omstandigheden is het niet onaanvaardbaar indien Geuther gebruik maakt van de aan hem als middellijk meerderheidsaandeelhouder krachtens de wet en de statuten toekomende bevoegdheid om de bestuurders van BMG te ontslaan.”<sup>270</sup> [*curs.* JT]

---

270 Overigens blijkt uit het handelsregister dat de bestuurders Riemen en Günther op 18 februari 2021, twee dagen na de beschikking van de Ondernemingskamer, daadwerkelijk door Geuther zijn ontslagen.

(c) *Kort geding of bodemprocedure*

Een derde mogelijkheid om een instructie af te dwingen is via de ‘gewone’ burgerlijke rechter. Dit kan zowel bij de voorzieningenrechter in kort geding als door middel van een bodemprocedure.<sup>271</sup> Gezien de standaard doorlooptijd van een bodemprocedure zal dit voor het afdwingen van instructies m.i. voornamelijk een theoretische mogelijkheid zijn. In essentie gaat het in een dergelijke procedure om het afdwingen van besluitvorming door het bestuur. Van Vught noemt als mogelijkheden daartoe onder meer het stemgebod en het besluitgebod.<sup>272</sup> Een stemgebod richt zich tot individuele bestuurders om in de bestuursvergadering op een bepaalde wijze te stemmen. Dit zal aan de orde kunnen zijn indien het bestuur formeel nog geen besluit genomen heeft maar een meerderheid van de bestuurders heeft aangegeven tegen de uitvoering van een instructie te zullen stemmen. Een besluitgebod daarentegen is een bevel aan de vennootschap – en daarmee aan het bestuur – om een bepaald besluit tot stand te brengen.<sup>273</sup> Daarbij kan de rechter in een bodemprocedure tevens constateren dat een negatief uitvoeringsbesluit van het bestuur nietig is of het betreffende besluit vernietigen.<sup>274</sup> De voorzieningenrechter kan dat niet maar deze kan wel een bevel geven aan het bestuur tot het nemen van een besluit met intrekking van het eerdere besluit.<sup>275</sup> Zowel het stemgebod als het besluitgebod vinden hun materiële grondslag in de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.<sup>276</sup> Bij zijn oordeel omtrent het stemgebod of het besluitgebod dient de rechter zich derhalve een beeld te vormen omtrent de inhoud van het vennootschappelijk belang – hetgeen op zichzelf genomen al geen eenvoudige zaak is gezien de onduidelijkheid waarmee dit begrip omgeven is –<sup>277</sup> en vervolgens zich af te vragen of het bestuur tegen die achtergrond in redelijkheid tot zijn (voorgenomen) besluit heeft kunnen komen. Daarbij past de rechter – zoals de Hoge Raad in zijn arrest VEB/KLM overwoog – terughoudendheid:<sup>278</sup> aan het bestuur zal een ruime mate van beoordelingsvrijheid moeten worden gegund.<sup>279</sup> Genoemde onduidelijkheid omtrent het begrip ‘vennootschappelijk belang’ en de ‘marginale’ toetsing<sup>280</sup> maken dan ook dat het doorgaans niet eenvoudig zal zijn om op deze wijze via de rechter instructies af te dwingen.

271 Voor een bodemprocedure met verweer tussen de 36 en 40 weken. Zie het door de rechtspraak in oktober 2019 gepubliceerde *Eindrapport doorlooptijden in beweging*, te raadplegen via: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/eindrapport-doorlooptijden-in-beweging.pdf>.

272 Van Vught 2020, p. 153.

273 Van Vught 2020, p. 153.

274 Klein Wassink 2012, p. 100.

275 Van Vught 2020, p. 153.

276 Van Vught 2020, p. 153-154.

277 Zie hierover paragraaf 2.4.

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

279 HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/461 (VEB/KLM) m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.2.3.

280 Zie: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2021, nr. 308

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

Huizink merkt overigens nog op dat niet geheel duidelijk is wat nu precies de vennootschapsrechtelijke consequenties zijn van een negatief uitvoeringsbesluit indien de betreffende instructie objectief bezien niet strijdig is met het vennootschappelijk belang.<sup>281</sup> Is er alsdan sprake van een besluit in strijd met de wet en de statuten en dus van een nietig besluit (vgl. artikel 2:14 lid 1 BW), of van een besluit in strijd met de redelijkheid en billijkheid en dus van een vernietigbaar besluit (vgl. artikel 2:15 lid 1 sub b BW)?<sup>282</sup> Een strikte lezing van – met name artikel 2:239 lid 4 BW tweede volzin –<sup>283</sup> zou tot de conclusie kunnen leiden dat er sprake is van nietigheid, nu deze een in beginsel rechtsplicht voor het bestuur tot opvolging van de instructie voorschrijft. Een besluit tot het niet opvolgen van een instructie welke verenigbaar is met het vennootschappelijk belang zal dan hebben te gelden als strijdig met de wet. Een dergelijke conclusie lijkt mij evenwel niet wenselijk nu over de vraag wat het vennootschappelijk belang precies inhoudt verschillend kan worden gedacht. Over de vraag of een bepaald besluit nietig is dient zo weinig mogelijk discussie te bestaan.<sup>284</sup> Vernietigbaarheid wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid ligt hier m.i. voor de hand.

### (d) *Conclusie*

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat hoewel een statutair instructierecht als bedoeld in artikel 2:129/239 lid 4 BW op het eerste gezicht een forse inbreuk kan maken op de bestuurlijke beleidsvrijheid, het daadwerkelijk in rechte afdwingen van een instructie nog geen eenvoudige zaak is. De enquêteprocedure is daarvoor naar zijn aard niet geschikt en de onduidelijkheid omtrent het begrip vennootschappelijk belang alsmede de marginale toetsing maken ook de weg via de ‘gewone’ burgerlijke rechter lastig begaanbaar. Wat resteert is (de dreiging met) ontslag van het weigerachtige bestuur. Daarbij is het evenwel onzeker of een opvolgend bestuur wel genegen zal zijn om de in het geding zijnde instructie uit te voeren.

281 Huizink 2015, p. 44-45.

282 Ook vraagt hij zich t.a.p. af of er bij instructies van de aandeelhouders überhaupt sprake is van besluitvorming in de zin van artikel 2:14-16 BW, waarbij hij – overigens terecht – constateert dat in de praktijk aan veel instructies niet een formeel besluit van de algemene vergadering ten grondslag ligt (al dan niet in- of buiten vergadering). M.i. zijn dergelijke informele instructies evenwel geen instructies in de zin van artikel 2:129/239 lid 4 BW.

283 Deze luidt: “*Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.*”

284 Vgl. Timmerman 2005, p. 51 die schrijft: “*Het doel van een bepaalde wettelijke regel kan meebrengen dat het niet aangewezen is overtreding ervan met nietigheid te sanctioneren. Zoals bij zoveel andere onderwerpen in het vennootschapsrecht het geval is, is er geen vanzelfsprekende, geen dogmatische noodzaak van nietigheid en vernietiging bij overtreding van bepaalde wettelijke of statutaire regels.*”

## HOOFDSTUK 5

### 5.4.10 *Instructierecht en tegenstrijdig belang*

Zoals in paragraaf 5.4.2 uiteengezet bestaat de juridische figuur van de instructie uit twee besluiten. Het instructiebesluit van het instruerend orgaan en het uitvoeringsbesluit van het bestuur. In gevolge artikel 2:129/239 lid 6 BW geldt echter dat een bestuurder niet deel mag nemen aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft, dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is doorslaggevend het antwoord op de vraag of de bestuurder door de aanwezigheid van een persoonlijk belang, niet in staat mocht worden geacht om het vennootschappelijk belang te bewaken zoals van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht<sup>285</sup> (zie nader over tegenstrijdig belang paragraaf 4.5).

Voorts geldt op grond van artikel 2:129/239 lid 6 BW dat wanneer door de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang geen bestuursbesluit kan worden genomen, het besluit genomen dient te worden door de raad van commissarissen of, bij het ontbreken daarvan, door de algemene vergadering (e.e.a. voor zover de statuten niet anders bepalen). In geval van een instructie van de algemene vergadering waarbij het volledige bestuur een tegenstrijdig belang heeft kan het derhalve zo zijn dat het besluit over het al dan niet opvolgen van de instructie, eveneens bij de algemene vergadering komt te liggen. Dit kan problematisch zijn omdat de aandeelhouders bij hun besluitvorming – in tegenstelling tot het bestuur – zich niet hoeven te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, maar binnen de grenzen van artikel 2:8 lid 1 BW hun eigen belang mogen nastreven.<sup>286</sup> Assink wees al eerder op dit problematische aspect van de huidige tegenstrijdig belang regeling.<sup>287</sup> Toegegeven: e.e.a. doet nogal theoretisch aan. Anderzijds zijn voorbeelden ook weer niet zo heel moeilijk te bedenken. Bijvoorbeeld het scenario – een variant van het Maas/Amazone-arrest<sup>288</sup> waarbij de enig statutair bestuurder van een vennootschap wordt geïnstrueerd om zijn zoon te ontslaan.

### 5.4.11 *Reflexwerking artikel 2:129 lid 4 BW?*

Tot 1 oktober 2012 was de tekst van artikel 2:239 lid 4 BW gelijk aan die van artikel 2:129 lid 4 BW. Heeft de wijziging van artikel 2:239 lid 4 BW nu

---

285 Zie: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 221 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

286 Zie: OK 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302, r.o. 4.36 waarin de Ondernemingskamer overwoog dat in bijzondere omstandigheden de meerderheidsaandeelhouder het belang van de vennootschap dient te laten prevaleren boven zijn eigen belangen.

287 Zie: Assink 2009, p. 72-74, alsmede Assink 2008, p. 738-739 waarin hij laat zien dat het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor de aandeelhouders geen adequate oplossing biedt voor dit probleem. Zie voorts: Assink/Slagter 2013, § 51.6, p. 978-979.

288 HR 14 november 1940, *NJ* 1941/321 (Maas/Amazone).

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

gevolgen voor de toepassing van artikel 2:129 lid 4 BW ofwel: is er wellicht sprake van enige reflexwerking zodat concrete instructies nu ook bij de naamloze vennootschap zullen zijn toegestaan? Tijdens de parlementaire behandeling antwoordde de minister op een vraag van de CDA-fractie<sup>289</sup> dat tegen interpretatie van het NV-recht door de rechter, met gebruikmaking van de corresponderende bepalingen uit het BV-recht, in beginsel geen bezwaar bestaat.<sup>290</sup> Daarbij gaf de minister er uit oogpunt van de rechtszekerheid wel de voorkeur aan om bij de al aangekondigde herziening van het NV-recht<sup>291</sup> dergelijke verschillen door middel van wetswijziging op te lossen.

Beckers en Raaijmakers zien in de tekst van artikel 2:129 lid 4 BW weinig ruimte voor analoge toepassing van artikel 2:239 lid 4 BW bij naamloze vennootschappen.<sup>292</sup> Reflexwerking dient, aldus deze auteurs, met het oog op de rechtszekerheid slechts in uitzonderingsgevallen te worden toegestaan. De Jongh wil op basis van de jurisprudentie en parlementaire geschiedenis reflexwerking voor besloten en concern-NV's eventueel wel aanvaarden.<sup>293</sup> Voor beursvennootschappen acht hij dit niet gewenst nu bij dit type vennootschap het aandeelhoudersbelang en het vennootschappelijk belang verder uit elkaar liggen en er sprake is van een sterkere scheiding tussen de kapitaal verschaffende en de leidinggevende functie dan bij besloten of concernverhoudingen.<sup>294</sup> Van Solinge en Nieuwe Weme<sup>295</sup> en ook (zij het iets voorzichtiger) Assink mede omwille van de rechtszekerheid,<sup>296</sup> zien geen reden om (volledige) reflexwerking aan artikel 2:239 lid 4 BW te onthouden, althans artikel 2:129 lid 4 BW ruim uit te leggen.

Ook m.i. bestaat tegen reflexwerking van artikel 2:239 lid 4 BW geen principieel bezwaar.<sup>297</sup> Het primaat van het bestuur met betrekking tot de strategie van de vennootschap tezamen met de vennootschappelijk belangtoets, die ook nu al zonder nadere tekstuele toevoeging aan artikel 2:129 lid 4 BW voor de

---

289 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 058, nr. 5, p. 3.

290 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 3.

291 Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 2007/08, 29 752, nr. 5, p. 7, en *Kamerstukken II* 2011/12 32 426, nr. 24, p. 12.

292 Beckers/Raaijmakers 2014, p. 297.

293 De Jongh 2014, p. 438.

294 De Jongh 2014, p. 438. Zie ook: De Jong 2012, p. 96, die zich afvraagt of we voor beursvennootschappen wel moeten willen dat een activistische aandeelhouder *de facto* op de stoel van het bestuur gaat zitten. Bij beurs-BV's is een concreet instructierecht echter mogelijk. Zie daarover: Terstegge 2020, p. 311.

295 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 154.

296 Assink/Slagter 2013, § 51.7, p. 999.

297 Of beter nog: aanpassing van artikel 2:129 lid 4 BW conform artikel 2:239 lid 4 BW bij een herziening van het NV-recht.



## HOOFDSTUK 5

NV geldt,<sup>298</sup> bieden m.i. voldoende ruimte aan het bestuur om de vennootschap tegen ‘schadelijke’ instructies te beschermen.

In 2012 poneerden Bartman en De Groot een interessante stelling.<sup>299</sup> Zij suggereerden dat met het toekennen van expliciete strategische bevoegdheden aan de algemene vergadering van de naamloze vennootschap in artikel 2:135 lid 5 BW en artikel 2:107a BW, de wetgever mogelijk getracht heeft de reikwijdte van de bevoegdheden van de algemene vergadering te fixeren. Waar de algemene vergadering een wettelijk goedkeuringsrecht heeft komt haar een beperkter instructierecht toe, zo begrijp ik de redenering. In het wetsvoorstel tot *Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het invoeren van een bedenktijd door het bestuur van een naamloze vennootschap* lijkt deze rede- neertrant van Bartman en De Groot door te klinken. Zo valt in de memorie van toelichting te lezen:<sup>300</sup>

“In de verhouding tussen het bestuur en de algemene vergadering met betrekking tot het bepalen van het beleid geldt het volgende: bestuurs- besluiten inzake belangrijke wijziging van de identiteit of het karakter van de vennootschap dienen aan de algemene vergadering ter goedkeuring te worden voorgelegd. De algemene vergadering beslist daarnaast over voor- genomen besluiten tot omzetting, fusie of splitsing. Aandeelhouders hebben recht op informatie van het bestuur over het beleid en hebben het recht om onderwerpen aan te dragen voor de agenda van de algemene vergadering. Die onderwerpen kunnen ook het beleid van de vennootschap betreffen. Deze kunnen dan op de algemene vergadering worden besproken. *Het staat vennootschappen tot op zekere hoogte vrij om de algemene vergadering nauwer te betrekken bij het bepalen van het beleid.* Artikel 129 lid 4 bepaalt immers dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedra- gen naar de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap die de alge- mene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen. De invloed van de algemene vergadering van naamloze vennootschappen mag zich, in tegenstelling tot de algemene vergadering van besloten vennootschappen, niet uitstrekken tot het geven van concrete instructies aan het bestuur.” [curs. JT]

Het bovenstaande zou echter ook kunnen worden opgevat als ‘slechts’ een weer- gave van het geldende recht, waarbij er sinds de invoering van de flex-BV nu eenmaal een tekstueel verschil bestaat tussen artikel 2:129 lid 4 BW en artikel 2:239 lid 4 BW.<sup>301</sup> Het is evenwel afwachten wat de minister bij de herzie-

---

298 De Jongh 2007, p. 35.

299 Bartman/De Groot 2012, p. 260.

300 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 367, nr. 3, p. 44.

301 Zie hierover nader: Terstegge 2020, p. 311.

ning van het NV-recht zal doen. Voor de praktijk zal een aanpassing van artikel 2:129 lid 4 BW (of het gebrek daaraan) m.i. weinig verschil maken. Zowel bij de naamloze als bij de besloten vennootschap zal de informele instructie op basis van instructiemacht de boventoon blijven voeren. Dit betekent niet dat de formele instructie zoals bedoeld in artikel 2:129/239 lid 4 BW geheel een dode letter zal zijn en blijven. Met name in conflicten tussen het bestuur en het instruerende orgaan zal de formele instructie een zekere rol kunnen gaan vervullen. In dergelijke situaties zal dat steeds een bijrol zijn in de aanloop naar een enquête- of ontslagprocedure.<sup>302</sup>

#### 5.4.12 *Buitenstatutair instructierecht?*

Tot slot van deze paragraaf nog de vraag of aan de algemene vergadering – bij afwezigheid van een statutaire regeling – een instructierecht kan toekomen. Een dergelijke uitbreiding van de bevoegdheid van de algemene vergadering en de daarmee corresponderende beperking van de bestuursbevoegdheid zou dan zijn gebaseerd op de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 BW). Over wat de redelijkheid en billijkheid vermag bij het toedelen van bevoegdheden overwoog A-G Timmerman in zijn conclusie bij de ABN Amro-beschikking het navolgende:<sup>303</sup>

“Nu de vraag of de redelijkheid en billijkheid kunnen bewerkstelligen dat een orgaan een bevoegdheid toekomt die het op grond van de wet of statuten niet heeft. Het gaat hier om een vorm van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zoals opgemerkt, heeft deze aanvullende werking in het vennootschapsrecht doorgaans de functie om het uitoefenen van een aan een bepaald orgaan in de wet of statuten toegekende bevoegdheid te normeren. *Het op grond van de redelijkheid en billijkheid toekennen van een nieuwe bevoegdheid aan een bepaald orgaan gaat veel verder dan het inkleuren van een in wet of statuten toegekende bevoegdheid. Ik wil niet categorisch uitsluiten dat aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat voor een bepaald orgaan een hem niet door de wet of statuten toegekende bevoegdheid mag worden aangenomen. Het moet dan mijns inziens wel evident zijn dat in de omstandigheden van het geval een dergelijke bevoegdheid aan het betrokken orgaan dient toe te komen.* Er dient hierover tussen de rechtsgenoten redelijkerwijs geen verschil van inzicht mogelijk te zijn. Ik denk bijvoorbeeld aan een besluit van het bestuur van een B.V. tot materiële liquidatie (door bijvoorbeeld verkoop van alle activa). De bevoegdheidsverlening dient ook te passen in het stelsel van de wet.

302 Zie bijvoorbeeld: OK 23 oktober 2020, ARO 2020/186.

303 Parket bij de Hoge Raad, 13 juli 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA7970 (ABN Amro), par. 3.49.

## HOOFDSTUK 5

Een andere opvatting verdraagt zich niet met het beginsel van het wettelijke systeem dat in het belang van de rechtszekerheid en een goede organisatie van de rechtspersoon aan de hand van de wet en de statuten kan worden bepaald welke bevoegdheden een orgaan toekomt. Het zou leiden tot rechtsonzekerheid die juist op het punt van de bevoegdheidsverdeling moeilijk geaccepteerd kan worden. Dit geldt zeker voor vennootschappen met vele deelnemers, zoals beursvennootschappen. De bevoegdheidsverdeling in de vennootschap dient in die gevallen steeds helder te zijn. Daarop kan alleen in heel bijzondere gevallen op grond van de redelijkheid en billijkheid een uitzondering worden gemaakt. De wettelijke en statutaire bevoegdheidsverdeling moet voor de organen van de vennootschap een soort ‘spoorboekje’ zijn. *Een consequentie van deze benadering is dat als gevolg van de terughoudendheid die in acht genomen moet worden bij het aannemen van niet in de wet of statuten toegekende bevoegdheden het zich heel wel kan voordoen dat het bestuur zich niet overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid jegens de aandeelhouders heeft gedragen of zijn taak ex art. 2:9 BW onbehoorlijk heeft vervuld, maar er niettemin geen verplicht goedkeuringsrecht voor de aandeelhoudersvergadering kan worden aangenomen. Zoals gezegd, dient hier met name het belang van rechtzekerheid [sic] mee te wegen, in bijzonder wanneer het gaat om een vennootschap met veel deelnemers.*” [curs. JT]

Voor het aannemen van een buitenstatutaire bevoegdheid geldt dus een zeer hoge drempel<sup>304</sup>. De Hoge Raad heeft zich voor zover ik heb kunnen nagaan tweemaal uitgelaten over het instructierecht. Allereerst overwoog hij in zijn Sobi/Hurks II-beschikking:<sup>305</sup>

*“Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat, tenzij de statuten van de dochtermaatschappij daaromtrent enige andersluidende regeling bevatten, het bestuur van een moedermaatschappij niet de bevoegdheid heeft bindende instructies te geven aan het bestuur van een dochtermaatschappij. Dat neemt evenwel niet weg dat een moedermaatschappij, indien zij — zoals destijds bij de Bouwgroep ten opzichte van HBA het geval was — houdster is van alle aandelen in een dochtermaatschappij, het feitelijk in haar macht heeft de naleving van door haar aan het bestuur van die dochtermaatschappij gegeven richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te volgen beleid af te dwingen, in het uiterste geval door bestuurders die zich niet naar die richtlijnen en aanwijzingen willen voegen, te ontslaan en te vervangen door bestuurders die daartoe wel bereid zouden zijn (HR 10 januari 1990, nr. 21, NJ 1990, 466).”* [curs. JT]

304 Evenzo: Garcia Nelen 2020, p. 241.

305 HR 21 december 2001, JOR 2002/38 (Sobi/Hurks) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 5.3.8.3.

Vervolgens overwoog hij in dezelfde lijn in een van zijn Cancun-beschikkingen:<sup>306</sup>

“De door het onderdeel gehuldigde opvatting dat het bestuur van een vennootschap verplicht is, ook bij afwezigheid van een daartoe strekkende statutaire bepaling als bedoeld in art. 2:239 lid 4 BW, de instructies van de algemene vergadering of van een of meer bepaalde aandeelhouders op te volgen, is onjuist. Uit hetgeen hiervoor in 4.2.1 - 4.2.3 is overwogen, volgt immers dat het bestuur van een vennootschap bij de vervulling van zijn taak een eigen verantwoordelijkheid heeft om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming. Dat is niet anders indien de aandeelhouders op grond van de machtsverhoudingen binnen de vennootschap feitelijke instructiemacht hebben.”

Op basis van deze jurisprudentie moet de conclusie zijn dat bij gebreke van een statutaire bepaling, aan de algemene vergadering in beginsel geen instructierecht toekomt:<sup>307</sup> Maar zoals Timmerman opmerkt: “De redelijkheid en billijkheid vermag onder omstandigheden in het Nederlandse ondernemingsrecht ‘alles’.”<sup>308</sup> Een buitenstatutair instructierecht op basis van de redelijkheid en billijkheid zou ik dan ook – zo hier behoefte aan zou bestaan naast de instructiemacht van de algemene vergadering – niet volledig willen uitsluiten. Ik denk dan met name aan die gevallen waarin het bestuur zijn taak niet behoorlijk vervult of anderszins tekortschiet in het nakomen van wettelijke en statutaire verplichtingen en de instructie een corrigerend of remediërend karakter heeft.

## 5.5 De (optionele) passiviteitsregel<sup>309</sup>

Een bijzondere vorm van statutaire beperking van de bestuursbevoegdheid volgt uit artikel 2:359b lid sub a en b BW.<sup>310</sup> Dit artikel, dat ingevolge artikel 2:359a lid 1 BW, slechts geldt voor beursvennootschappen, werd ingevoerd naar aanleiding van de dertiende EG-richtlijn<sup>311,312</sup> en luidt voor zover hier relevant als volgt:

306 HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (Cancun) m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 4.3.

307 Evenzo: De Roo 2021, p. 472.

308 Timmerman 2016c, p. 6.

309 Ook wel neutraliteitsregel genoemd. Zie: Van Ginneken 2008, p. 1067.

310 Al vóór de invoering van dit artikel was (vergelijkbare) statutaire bescherming (in ieder geval waar het de beperking van de bestuursbevoegdheid betreft) mogelijk. Zie: Van Ginneken 2010, p. 81.

311 Dertiende Richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod (i.h.b. artikel 9).

312 Wet van 24 mei 2007, *Stb.* 2007/202. Deze wet trad in werking op 28 oktober 2007, KB van 16 oktober 2007, *Stb.* 2007/390.

## HOOFDSTUK 5

“1. De statuten van de vennootschap kunnen bepalen dat een openbare mededeling betreffende de aankondiging van een openbaar bod, als bedoeld in artikel 5:70 of 5:74 van de Wet op het financieel toezicht, op aandelen uitgegeven door de vennootschap, tot gevolg heeft dat:

- a. de vennootschap, totdat openbaarmaking van het resultaat van de gestanddoening van het bod heeft plaatsgevonden of het bod is vervallen, geen handelingen verricht die het slagen van het bod kunnen frustreren, tenzij voorafgaand aan de handeling goedkeuring wordt verleend door de algemene vergadering of de handeling het zoeken naar een alternatief bod betreft; [...];
- b. besluiten van de vennootschap die voor de in de aanhef bedoelde openbare mededeling zijn genomen en die nog niet geheel zijn uitgevoerd, de goedkeuring van de algemene vergadering behoeven indien het besluit niet behoort tot de normale uitoefening van de onderneming en de uitvoering het slagen van het bod kan frustreren; [...]
- c. [...]

Het doel van deze regeling is onder meer om te bewerkstelligen dat het bestuur na aankondiging van een openbaar bod (tijdelijk) zodanig in zijn bevoegdheid wordt beperkt dat het bestuur geen acties kan ondernemen (zonder voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering) die een openbaar bod zouden kunnen frustreren.<sup>313</sup> Of een bestuurshandeling daadwerkelijk leidt tot frustratie is niet relevant;<sup>314</sup> de enkele mogelijkheid is voldoende om onder het bereik van artikel 2:359b lid 1 sub a BW te vallen. Het zoeken naar een alternatief bod (de zgn. ‘*White Knight*’), is wel toegestaan. Als voorbeelden van (potentieel) frustrerende handelingen worden in de literatuur wel genoemd: uitgifte van aandelen, het creëren van een ‘*Poison Pill*’, het verkopen van de ‘*Crown Jewels*’, het aangaan van een joint venture of fusie, het uitkeren van een superdividend, het inkopen van eigen aandelen, het doen van een tegenbod op de aandelen van de bieder (een zgn. ‘*pac-man bid*’), het (massa)ontslag van personeel of topmanagers en het doen toenemen van de waarde van de vennootschap zodanig dat de overnameprijs daardoor niet meer financieerbaar zal zijn.<sup>315</sup> Voor wat betreft artikel 2:359b lid 1 sub b BW geldt dat niet (geheel) uitgevoerde besluiten die niet tot de normale bedrijfsuitoefening horen en het bod zouden kunnen frustreren, ook aan voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen (cumulatieve eisen).<sup>316</sup>

Op zichzelf genomen biedt de regeling (zeker waar het de beperking van de bestuursbevoegdheid betreft) weinig nieuws. Ook vóór de invoering van deze

---

313 Van Olffen 2008, p. 599.

314 Van Ginneken 2010, p. 81.

315 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 583; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 648; Van Solingen/Nieuwe Weme 2000, p. 98.

316 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 419, nr. 3, p. 39.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

regeling kon een vennootschap er al voor kiezen om zichzelf niet te beschermen<sup>317</sup> en was m.i. zelfs een statutaire regeling conform artikel 2:359b lid sub a en b BW al mogelijk. Overigens is ook onder de regeling van artikel 2:359b BW statutair maatwerk mogelijk en gaat het niet om een alles-of-niets-regeling.<sup>318</sup>

Van Ginneken merkt terecht op dat deze regeling op gespannen voet staat met het in het Nederlandse vennootschapsrecht geldende belangenpluralisme.<sup>319</sup> Een dergelijke statutaire regeling zou er (in theorie) immers toe kunnen leiden dat het bestuur niet in staat is om zonder goedkeuring van de algemene vergadering beschermingsmaatregelen te treffen indien het bestuur het gedane openbaar bod niet in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming acht. Het bestuur dient zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming; voor de algemene vergadering geldt dit evenwel niet.<sup>320</sup> In extreme gevallen zou de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 lid 2 BW) een statutaire regeling *ex* artikel 2:359b lid 1 sub a en b BW kunnen ecarteren.

In artikel 2:359b lid 4 BW is de zogenoemde reciprociteitsregel neergelegd. Deze regeling brengt met zich dat indien een ‘beschermde’ vennootschap een (vijandig) openbaar bod uitbrengt op een ‘onbeschermde’ vennootschap, het bestuur van de onbeschermde vennootschap kan besluiten dat ingevolge artikel 2:359b leden 1 en 2 BW getroffen statutaire regelingen niet gelden. Een dergelijk besluit behoeft de goedkeuring van de algemene vergadering, welke goedkeuring op voorhand kan worden verkregen maar niet ouder mag zijn dan 18 maanden op het moment dat het bod is aangekondigd.

Artikel 2:359b lid 6 BW bepaalt dat de Ondernemingskamer kennisneemt van alle rechtsvorderingen betreffende de toepassing van (onder meer) artikel 2:359b lid 1 sub a en b BW die worden ingediend door aandeelhouders, houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen, bestuurders en commissarissen. Hoewel dit onderwerp tijdens de parlementaire behandeling niet expliciet aan de orde is geweest is een dergelijke procedure een dagvaardingsprocedure.<sup>321</sup> Willems is daarmee bepaald ongelukkig gezien de dynamiek van openbare biedingsprocedures en de ‘natuurlijke’ neiging van rolprocedures tot langdurigheid.<sup>322</sup>

---

317 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 578.

318 Van Olffen 2008, p. 601-602.

319 Van Ginneken 2008, p. 1090.

320 Anders: Kemp 2015, p. 315 e.v. Zie omtrent de rol van het bestuur, mede in het licht van de regeling van artikel 2:359b BW tevens: HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme, r.o. 4.6.

321 Josephus Jitta 2006, p. 233; Willems 2008, p. 1000.

322 Willems 2008, p. 1001.

## HOOFDSTUK 5

Een interessante kwestie is of een statutaire regeling *ex* artikel 2:359b lid 1 sub a en b BW in de statuten van een beursvennootschap ook de bestuurders van al haar dochtermaatschappijen bindt. Het antwoord op deze vraag is relevant omdat bijvoorbeeld de echte ‘*Crown Jewels*’ van een concern (de al dan niet automatische verkoop waarvan (de zgn. ‘*Poison pill*’) een openbaar bod wel haast zeker zal frustreren) zich immers (in juridische zin) zelden op het niveau van de beursvennootschap zullen bevinden.

Uitgangspunt is evenwel dat de statuten slechts bindend zijn voor de organen van de vennootschap (en haar individuele leden).<sup>323</sup> De besturen van dochtermaatschappijen vallen daar niet onder.<sup>324</sup> Op het bestuur van de beursvennootschap rust echter, m.i. mede op grond van artikel 2:8 lid 1 BW, de (zorg)verplichting om geen medewerking te verlenen aan handelingen die een openbaar bod zouden kunnen frustreren *c.q.* een inspanningsverplichting om te voorkomen dat dergelijke handeling op een lager niveau binnen het concern plaatsvinden.<sup>325</sup> Opvallend is dat, anders dan bij de goedkeuringsrechten zoals geregeld in de artikelen 2:107a BW en 2:164/274 BW, een bepaling die aan het ontbreken van goedkeuring externe werking ontzegt, niet is opgenomen. Van Olffen meent dat externe werking moet worden aangenomen tegenover een derde die wist of had kunnen weten dat voor een bepaalde handeling goedkeuring had moeten worden verleend.<sup>326</sup> M.i. past dit evenwel minder goed in het systeem van de wet en de Eerste EG-richtlijn, op basis waarvan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur onbeperkt en onvoorwaardelijk is. Eventuele grove misstanden zouden m.i. evenwel door middel van de Bibolini-leer<sup>327</sup> kunnen worden bestreden.

In de praktijk heeft – voor zover ik heb kunnen nagaan – tot op heden geen enkele vennootschap een regeling conform artikel 2:359b BW in haar statuten opgenomen.<sup>328</sup> In die zin zijn deze bepalingen dan ook een ‘dode’ letter. Een van de verklaringen daarvoor zal gevonden kunnen worden in het feit dat de statuten van beursvennootschappen doorgaans bepalen dat voorstellen tot wijziging van de statuten slechts kunnen worden gedaan door het bestuur (of de raad

---

323 Assink/Slagter 2013, § 8, p. 167; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 46.

324 Zulks geldt overigens voor alle beperkingen van de bestuursbevoegdheid in de statuten van een vennootschap die aan het hoofd staat van een groep.

325 Van Olffen 2008, p. 608.

326 Van Olffen 2008, p. 608.

327 HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (Bibolini) m.nt. J.M.M. Maeijer. Zie daarover nader paragrafen 5.2.3, 5.3.5 en 6.5.2.

328 Van Ginneken 2010, p. 82; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 578; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 644; Timmermans 2018, p. 45.

van commissarissen).<sup>329</sup> Het zal dan ook niet te verwachten zijn dat een dergelijke beperking van de bestuursbevoegdheid spoedig zijn intrede zal doen.<sup>330</sup>

## 5.6 Overige statutaire beperkingen

Artikel 2:129/239 lid 1 BW bepaalt dat *behoudens beperkingen volgens de statuten* het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap. Anders dan de indruk die wellicht bij lezing van de wet zou kunnen ontstaan, zijn de uitdrukkelijk in de wet opgenomen beperkingen van de bestuursbevoegdheid niet limitatief. Voorts zijn zij slechts beperkt beperkend: de statuten kunnen bestuursbesluiten slechts onderwerpen aan de goedkeuring van een orgaan van de vennootschap en slechts aan een orgaan van de vennootschap kan een statutair instructierecht worden toebedeeld (vgl. artikel 2:129/239 leden 3 en 4 BW).<sup>331</sup> Buiten deze beperkingen (aan de beperkingen) is het evenwel mogelijk om allerhande geboden en verboden in de statuten van een vennootschap op te nemen<sup>332</sup> of bijvoorbeeld een initiatiefrecht voor een ander orgaan.<sup>333</sup> Een enkel verbod wordt zelfs (zij het wat impliciet) in de wet genoemd: artikel 2:335 lid 2 BW,<sup>334</sup> aanhef en onder sub c bepaalt dat de geschillenregeling eveneens van toepassing is op naamloze vennootschappen waarvan de statuten *inter alia* niet toelaten dat met medewerking van de vennootschap (lees: het bestuur) certificaten aan toonder worden uitgegeven. Ook zou nog gedacht kunnen worden aan een verbod conform artikel 2:291 lid 2 BW, eerste volzin waarin is bepaald dat het bestuur van een stichting niet bevoegd is tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij de stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt.

Een interessante vraag daarbij is hoe dergelijke geboden en verboden juridisch gekwalificeerd dienen te worden. M.i. zal – afhankelijk van de wijze waarop

329 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 644; Van Olfen 2008, p. 602.

330 Een amendement (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 419, nr. 12) dat bij de invoering van de wet het bestuur van de vennootschap zou verplichten om de introductie van dergelijke statutaire bepalingen in te voeren, heeft het tijdens de parlementaire behandeling niet gehaald. Zie: Van Olfen 2008, p. 602.

331 Zoals al in paragraaf 5.2.3 werd opgemerkt wordt de wettelijk verplichte statutaire doelomschrijving (artikel 2:66/177 lid 1 BW), in de praktijk doorgaans zo ruim geformuleerd dat hiervan nauwelijks enige beperkende werking uitgaat.

332 Zie reeds: Löwensteyn 1959, p. 192 e.v., over het absolute (statutaire) verbod. Als bezwaar tegen het absolute verbod voert Löwensteyn aan dat het bestuur een dergelijke handeling dan nimmer kan verrichten, zelfs niet met toestemming van de algemene vergadering.

333 Zie nader over het initiatiefrecht: De Roo 2021, p. 476-479.

334 Waarover recentelijk: Rb. Noord-Holland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10334, r.o. 4.2.



## HOOFDSTUK 5

de betreffende statutaire bepaling geformuleerd is – betoogd kunnen worden dat het gebod of verbod behoort tot het vennootschappelijke doel.<sup>335</sup> Anders dan bij de statutaire beperkingen aan de bestuursbevoegdheid zoals besproken in de paragrafen 5.3 tot en met 5.5, zou aan de overtreding van een dergelijke bepaling onder omstandigheden op grond van artikel 2:7 BW (enige vorm van) externe werking toe kunnen komen (zie paragraaf 5.2).

In de praktijk, zo is mijn indruk, wordt van de mogelijkheid tot het opnemen van statutaire beperkingen, anders dan goedkeuringsrechten en het instructierecht (en uiteraard de wettelijk verplichte doelomschrijving), nagenoeg geen gebruik gemaakt.<sup>336</sup> In de rechtspraak met betrekking tot naamloze en besloten vennootschappen spelen dergelijke bepalingen (voor zover ik heb kunnen nagaan) geen rol van betekenis.

### 5.7 Statutaire verplaatsing van bestuursbevoegdheden

Een interessante vraag die recent in de literatuur aandacht heeft gekregen is of op grond van het bepaalde in artikel 2:129/239 lid 1 BW bevoegdheden van het bestuur kunnen worden verplaatst naar andere organen. Meer specifiek ging het daarbij – tegen de achtergrond van de Boskalis/Fugro-beschikking<sup>337</sup> – om de vraag of de bevoegdheid tot het bepalen van de strategie statutair kan worden overgedragen van het bestuur naar de algemene vergadering. Alsdan wordt – zoals Assink dat zegt – het bestuur minder de ‘*bedenker*’ en meer de ‘*toepasser*’ van de strategie.<sup>338</sup> De opvattingen in de literatuur lijken langs ‘institutionele’ grenzen te lopen.<sup>339</sup> Assink, Timmerman en Garcia Nelen (‘Rotterdam/Groningen’ oftewel: de ‘Roden’)<sup>340</sup> menen dat het kan. Van Solinge, Nieuwe Weme, Van Olffen en Bulten (‘Nijmegen’ oftewel: de ‘Witten’)<sup>341</sup> menen dat het niet kan (waarbij Van Solinge en Nieuwe Weme evenwel ruimte laten voor afwijking in besloten verhoudingen).

De parlementaire geschiedenis is niet zonder meer met de ‘Roden’. Zo valt in de memorie van antwoord van de Invoeringswet Boek 2 nieuw B.W. te lezen:<sup>342</sup>

---

335 In gelijke zin: Van Solinge 1984, p. 264.

336 Zie ook: Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 231.

337 HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten.

338 Assink 2018b, p. 193.

339 Evenzo: Garcia Nelen 2020, p. 226.

340 Assink 2018b, p. 192-193; Timmerman 2018, p. 79; Assink 2019, p. 48-55; Garcia Nelen 2020, p. 226.

341 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 5; Van Olffen 2019a, p. 77-78; Bulten 2019, p. 397.

342 *Kamerstukken II* 1972/73, 11 005, nr. 7, p. 13-14.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

“Artikel 2.3.5.1 (artikel 2.3.A.5.1). In de aanhef van het artikel is duidelijker – en overeenkomstig het geldende artikel 47 Wetboek van Koophandel – tot uitdrukking gebracht dat de statuten de in het artikel aan het bestuur toegekende bevoegdheden wel kunnen beperken, doch niet aan anderen opdragen; er is hier enig verschil tussen de vennootschap en de vereniging, waarvoor artikel 2.2.1.20 geldt.”

Deze reactie van de minister moet m.i. echter worden gerelativeerd en geplaatst in het licht van het daaraan voorafgaande Gewijzigd Ontwerp van Wet (*Vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*) en de daarna daarover gevoerde discussie. In dit ontwerp luidde de tekst van de voorganger van artikel 2:129/239 lid 1 BW als volgt:<sup>343</sup>

“Voor zover daaromtrent in de statuten niet anders is bepaald, is het bestuur gerechtigd om in naam van de vennootschap te handelen en in rechte op te treden.”

Daarover werd door de Commissie van Justitie de navolgende vraag gesteld:<sup>344</sup>

“Wordt in de gewijzigde formulering van artikel 2.3.5.1 de bevoegdheid van het bestuur niet te ruim gemeten ten opzichte van die van de algemene vergadering? Is de beoogde overeenstemming in regeling op dit punt voor N.V., vereniging en stichting wel gewenst?”

De minister antwoordde daarop als volgt:<sup>345</sup>

“De Minister deelde mee, dat de gestelde vraag ertoe geleid had de bepaling nogmaals te bezien. Daarbij was gebleken, dat – wat er moge zijn van het punt, dat in de vraag wordt behandeld – de bepaling in haar huidige redactie een ander bezwaar heeft: zij bepaalt zich tot het regelen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, maar zegt niets meer over de bestuursmacht. *Als er in de statuten niets daaromtrent geregeld wordt, zou men in verband met artikel 2.3.4.1 tot de conclusie kunnen komen, dat de bestuursmacht toekomt aan de algemene vergadering, hetgeen in het algemeen niet de bedoeling zal zijn.* In verband hiermede verdient het aanbeveling de bepaling aldus te lezen: “Voor zover in de statuten niet anders is bepaald, is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap en is het bevoegd in naam van de vennootschap te handelen en in rechte op te treden.” De gewijzigde redactie, die aansluit bij het geldende recht, beoogt geen verandering te brengen in de bevoegdheidssferen, welke bestuur en algemene vergadering

343 *Kamerstukken II 1957/58, 3769, nr. 7, p. 23.*

344 *Kamerstukken II 1957/58, 3769, nr. 8, p. 9.*

345 *Kamerstukken II 1957/58, 3769, nr. 8, p. 9.*

## HOOFDSTUK 5

volgens het huidige recht hebben (zie de Tweede Nota van Wijziging punt 24). Dezelfde redenen leiden ertoe, in artikel 2.2.1.20, waar hetzelfde punt bij de vereniging wordt geregeld, een soortgelijke wijziging aan te brengen (zie de Tweede Nota van Wijziging punt 13).<sup>346</sup> [curs. JT]

Dit sluit m.i. niet zonder meer uit dat bepaalde delen van de bestuursmacht – zoals het bepalen van de strategie – statutair aan de algemene vergadering worden opgedragen. Assink<sup>347</sup> noemt een drietal argumenten op grond waarvan hij zulks mogelijk acht: (i) het systeem van de wet, waarin de strategie niet dwingendrechtelijk aan het bestuur is toebedeeld, (ii) de tekst van artikel 2:129/239 lid 1 BW, waarin niet nader gespecificeerde beperkingen van de bestuursbevoegdheid zijn toegelaten, en (iii) het belang van een faciliterend ondernemingsrecht, waarbij tegemoet kan worden gekomen aan gerechtvaardigde in de praktijk levende behoeften.

Voor wat betreft (i) geldt inderdaad – wellicht sinds 1 mei 2021 met uitzondering van de beursvennootschap<sup>348</sup> (zie daarover paragraaf 3.4) dat de strategie niet dwingend aan het bestuur is opgedragen. Toegegeven, artikel 2:141/252 lid 2 BW bepaalt dat het bestuur de raad van commissarissen ten minste een keer per jaar schriftelijk op de hoogte stelt van de hoofdlijnen van o.a. het strategisch beleid. Daaruit volgt echter niet noodzakelijk dat het bestuur de strategie zelf dient te bepalen. Ook in de vaste rechtspraak van de Hoge Raad is een haakje te vinden nu hij steevast overweegt dat het bepalen van het beleid en de strategie van een vennootschap en de met haar verbonden onderneming *in beginsel* een aangelegenheid van het bestuur van de vennootschap is.<sup>349</sup>

Het argument zoals weergegeven onder (ii) is m.i. lastiger. Beperken van bevoegdheden betekent niet noodzakelijkerwijs dat deze kunnen worden overdragen. Dit wordt ook expliciet genoemd in de parlementaire geschiedenis zoals hierboven weergegeven. Maar wat nu indien statutair wordt vastgelegd dat het bestuur niet bevoegd is de strategie vast te stellen? Een dergelijke bepaling past m.i. binnen artikel 2:129/239 lid 1 BW. Op grond van het huidige artikel 2:107/217 lid 1 BW zou deze bevoegdheid alsdan bij de algemene vergadering terecht komen. Daarenboven geldt – zoals Assink ook aangeeft – dat op grond van artikel 2:129/239 leden 3 en 4 BW ook nu al een verregaande bemoeienis van de algemene vergadering met de strategie mogelijk is.

---

346 Artikel 2.3.4.1 luidde destijds: “*Aan de algemene vergadering van aandeelhouders behoort, binnen de door de wet en de akte van oprichting gestelde grenzen, alle bevoegdheid, die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend.*”

347 Assink 2019, p. 49-51.

348 Wet van 24 maart 2021, *Stb.* 2021/185 en Besluit van 20 april 2021, *Stb.* 2021/210.

349 HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme; HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken; HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten.

## STATUTAIRE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

Het argument onder (iii) spreekt mij het meest aan. Wetstechnische- of systeemargumenten zoals (i) en (ii) hebben een beperkte waarde *c.q.* geldigheid (*i.e.* zij kunnen met een parlementaire pennenstreek worden geëcarteerd). Ik denk in dergelijke gevallen vaak aan de uitspraak van Timmerman: “Recht heeft voor mij iets van een willenschap. Recht is immers dat wat we met zijn allen willen dat recht is. Ik ken in het recht maar weinig dwingende uitkomsten. Het recht is doorgaans buigzaam.”<sup>350</sup> In de praktijk, zeker bij joint venture-vennootschappen, concernvennootschappen en andere meer besloten verhoudingen, wordt de strategie feitelijk vaak bepaald door de aandeelhouders. Een dergelijke in de praktijk levende behoefte zou m.i. door het vennootschapsrecht moeten kunnen worden gefaciliteerd (en in zoverre ben ik dus ‘Rood’).

Er zijn wel grenzen aan de statutaire verplaatsing van bestuursbevoegdheden. Zo zullen ten eerste bevoegdheden die in de wet expliciet aan het bestuur worden gegeven, niet statutair kunnen worden overgeheveld, zoals de bevoegdheid om te beslissen over de verkrijging van eigen aandelen door de vennootschap *ex* artikel 2:207 lid 1 BW of de bevoegdheid tot het bijeenroepen van de algemene vergadering *ex* artikel 2:109/219 BW.<sup>351</sup> Daarnaast geldt voor het open begrip ‘besturen’ uit artikel 2:129/239 lid 1 BW dat in ieder geval niet de gehele bestuurstaak aan het bestuur kan worden ontnomen. Het bestuur dient voldoende bevoegdheid over te houden zodat het bestuur zinvol invulling kan geven aan de waarborgfunctie (zie daarover paragraaf 3.2). Daarvoor is een dwingendrechtelijk bestuurlijk primaat over de strategie evenwel niet noodzakelijk.

### 5.8 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik mogelijke statutaire beperkingen van de bestuursbevoegdheid besproken. Deze mogelijkheden worden in de praktijk zeer selectief benut. Statutaire beperkingen van de bestuursbevoegdheid kunnen meerdere functies vervullen. Er kan een beschermende werking van uitgaan, maar ook kunnen zij richting geven aan het bestuur en de vennootschappelijke activiteiten. Van de wettelijke verplichte doelomschrijving gaat, gezien de doorgaans ruime formulering in de statuten, geen reële beperkende werking uit. Statutaire verankering van de passiviteitsregel in het geval van een openbaar overname bod, of andere beperkingen van de bestuursbevoegdheid (niet zijnde het statutaire goedkeurings- of instructierecht) komen in de praktijk niet (of nauwelijks) voor. Hoewel het statutaire instructierecht in potentie een forse inbreuk

---

350 Timmerman 2016b, p. 325.

351 Voor wat betreft deze laatste bevoegdheid geldt evenwel dat de wet het expliciet mogelijk maakt om deze statutair *ook* aan anderen (dus naast het bestuur) te verlenen. Zie daarover nader: Terstegge 2017, p. 231-234.

## HOOFDSTUK 5

mogelijk maakt op de bestuurlijke beleidsvrijheid, is het in rechte afdwingen van instructies niet bepaald eenvoudig. Statutaire goedkeuringsrechten lijken daarentegen uitstekend te functioneren als beperking van de bestuursbevoegdheid. Over het algemeen genomen heeft een overtreding van een statutaire beperking van de bestuursbevoegdheid slechts interne werking. Uitzondering daarop is de externe werking bij doeloverschrijding zoals opgenomen in artikel 2:7 BW. Voor een dergelijke separatistische positie ten opzichte van de andere beperkingen van de bestuursbevoegdheid bestaat m.i. geen objectieve rechtvaardiging. Deze dient dan ook te worden afgeschaft. Statutaire verplaatsing van bestuursbevoegdheden – in het bijzonder voor wat betreft de strategie – zou mogelijk moeten zijn. Doorslaggevend daarvoor zijn niet zozeer wets-technische- of systeemargumenten maar de in de praktijk levende behoefte die door het vennootschapsrecht dient te worden gefaciliteerd. Niet voor statutaire verplaatsing vatbaar zijn bestuursbevoegdheden die in de wet expliciet aan het bestuur worden opgedragen. Ten slotte dient het bestuur voldoende bevoegdheden over te houden om zinvol invulling te kunnen geven aan zijn waarborgfunctie.

## Hoofdstuk 6. Contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid

### 6.1 Inleiding

“Afspraken over het bestuur van de vennootschap, contracteren met bestuurders. Het komt vaak voor, voorziet duidelijk in een behoefte en is met vragen omgeven.”<sup>1</sup>

Het hierboven weergegeven citaat van Van Olfen geeft kernachtig weer waar het in dit hoofdstuk om gaat: vragen omtrent de contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid. Dat contractuele beperkingen van de bestuursbevoegdheid in de praktijk voorkomen is een gegeven.<sup>2</sup> De vraag is echter wat binnen de kaders van de wet de aan de contractspartijen ter beschikking staande mogelijkheden zijn. Allereerst stel ik in paragraaf 6.2 de vraag of contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid naar Nederlands recht mogelijk is. Enerzijds dient een in de praktijk levende behoefte zoals Van Olfen die signaleert zoveel mogelijk door het recht te worden gefaciliteerd. Anderzijds kunnen de in het handelsverkeer gewenste rechtszekerheid of de beschermenswaardigheid van de belangen van anderen, aan het tegemoetkomen aan een zodanige behoefte in de weg staan. Zoals uit die paragraaf zal blijken past hierop een genuanceerd antwoord. Vervolgens komt de vraag aan de orde wie bij een dergelijke overeenkomst partij kunnen, mogen of zelfs moeten zijn. Kan het orgaan bestuur als zodanig contracteren en is het noodzakelijk dat alle aandeelhouders contractspartij zijn? Paragraaf 6.3 gaat in op deze en andere vragen. In de daaropvolgende paragraaf 6.4 kijk ik naar de materiële kant van de zaak oftewel de vraag welke beperkingen overeengekomen kunnen worden. Zoals in die paragraaf uiteen zal worden gezet zijn de mogelijkheden daartoe m.i. zeer ruim. Tot slot van het hoofdstuk behandel ik de gevolgen van de niet-nakoming van contractuele beperkingen van de bestuursbevoegdheid. Daarbij maak ik onder andere een vergelijking tussen het geval waarin een statutaire beperking van de bestuursbevoegdheid wordt overtreden en het geval waarin een gelijklopende contractuele beperking niet wordt nagekomen. Overigens beperk ik mij in dit

---

1 Van Olfen 2019b, p. 428.

2 Van Olfen 2019b, p. 428.

## HOOFDSTUK 6

hoofdstuk tot contracten tussen bestuur(ders) en zij die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de vennootschap zijn betrokken.

### 6.2 Is contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid mogelijk?

De eerste vraag die in dit hoofdstuk gesteld dient te worden is of contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid rechtens mogelijk is. Daarover is in de literatuur het nodige geschreven. Maeijer beantwoordt deze vraag ontkenkend:<sup>3</sup>

“Beperkingen van de bestuursbevoegdheid kunnen, indien zij niet dwingendrechtelijk in de wet zijn neergelegd, alleen op de hierboven aangegeven wijze in de statuten worden verankerd, en niet in een overeenkomst met de bestuurder(s).”

Zo ook Van Solinge in krachtige(re) bewoording:<sup>4</sup>

“Echter beperkingen van de bestuursbevoegdheid ten gunste van een ander orgaan kunnen slechts in de statuten worden aangebracht. Het bestuur en zijn leden zijn onderworpen aan het wettelijk stelsel. Zij mogen geen bestuursbevoegdheden aan anderen afstaan. Een overeenkomst waarbij een bestuurder van de dochter zich onderwerpt aan de directieven van de moeder, is een rechtens ontoelaatbare afstand van bevoegdheid en verantwoordelijkheid.”

Een vergelijkbare positie (in de becommentariëring van § 9 Departementale Richtlijnen 1986) neemt Schulting in:<sup>5</sup>

“Voor de goede orde merken wij op, dat onzes inziens beperkingen van de bestuursbevoegdheid alleen geoorloofd zijn volgens de statuten. Ook al worden die bevoegdheidsbeperkingen niet meer letterlijk in de statuten vermeld, dan behoort toch voor aandeelhouders duidelijk te zijn, dat bevoegdheidsbeperkingen gesteld kunnen worden. Indien de statuten de mogelijkheid van bevoegdheidsbeperkingen niet voorzien, achten wij bevoegdheidsbeperkingen, neergelegd in bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst met een bestuurder, zoals wel voorkomt, nietig. De bestuurder is niet van zijn verantwoordelijkheid ontheven, indien hij zich bevoegdheidsbe-

---

3 Asser/Maeijer 2-III, nr. 300. Deze tekst komt eveneens terug in Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 415.

4 Van Solinge 1984, p. 260.

5 Westbroek/Schulting, paragraaf 9, aantekening 4.

## CONTRACTUELE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

perkingen heeft laten welgevallen, waarvan betrokkenen geen vermoeden behoeften te hebben; dit houdt in, dat zodanige bevoegheidsbeperkingen [*sic*] ook niet kunnen worden gesteld.”

Recenter werd dit standpunt ook ingenomen door de Nijmeegse school. Zo schrijven o.a. Bulten en De Jong e.a.:<sup>6</sup>

“Beperkingen van de bestuursbevoegdheid, waaronder zowel het statutaire goedkeurings- als het instructierecht vallen, kunnen alleen op de hierboven aangewezen wijze in de statuten worden verankerd. Het is niet toegestaan om vergelijkbare beperkingen in een overeenkomst met de bestuurder(s) te regelen.”

Van Solinge en Nieuwe Weme lieten zich eerder in gelijke bewoordingen uit.<sup>7</sup> Intussen lijken Van Solinge en Nieuwe Weme thans minder absoluut in hun standpunt. Zo valt in hun recente bewerking van de Asser te lezen:<sup>8</sup>

“Beperkingen van de bestuursbevoegdheid kunnen, indien zij niet dwingendrechtelijk in de wet zijn neergelegd, alleen in de statuten worden verankerd. [...] Dit betekent dat beperkingen van de bestuursbevoegdheid in beginsel niet kunnen worden vastgelegd in een overeenkomst met een bestuurder, maar ook dat kan in concernverhoudingen anders liggen.”

De Kluiver en Meinema, Nowak en Van Veen nemen een ruimhartigere positie in. Eerstgenoemden achten het denkbaar dat de gezamenlijke bestuurders zich contractueel verbinden om instructies van de algemene vergadering op te volgen.<sup>9</sup> Nowak meent dat een contractuele goedkeuringseis en instructiebevoegdheid mogelijk zijn.<sup>10</sup> Van Veen schrijft dat het voor bestuurders mogelijk is om binnen zekere marges afspraken te maken over de wijze waarop zij bepaalde bevoegdheden zullen uitoefenen.<sup>11</sup> Daarbij moet volgens hem wel de nodige terughoudendheid worden betracht omdat het bestuur zijn taak met de nodige objectiviteit zal moeten kunnen blijven vervullen.<sup>12</sup> Feit is dat er in de praktijk aan dergelijke contractuele regelingen behoefte bestaat. Zo wordt bijvoorbeeld in een uitspraak van de rechtbank Amsterdam een bepaling uit de arbeidsovereenkomst van een bestuurder geciteerd die een instructierecht bevat.<sup>13</sup> Maar staat nu – zoals een aantal van de hiervoor geciteerde auteurs

6 Bulten/De Jong/Breukink/Jettinghoff 2017, p.41.

7 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 415.

8 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 155.

9 De Kluiver/Meinema 2002, p. 654.

10 Nowak 2014, p. 347-348.

11 Van Veen 2016, p. 27-29.

12 Van Veen 2016, p. 28.

13 Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, *JOR* 2018/117 m.nt. S.M. Bartman, r.o. 2.12.



## HOOFDSTUK 6

meent – het dwingendrechtelijk karakter van het vennootschapsrecht aan een dergelijke contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid in de weg?

Het uitgangspunt is dat de wet een dwingendrechtelijke regeling bevat omtrent de verdeling van de bevoegdheden tussen de organen van de vennootschap. Afwijking van deze bevoegdheidsverdeling is slechts mogelijk indien en voor zover de wet zulks toestaat.<sup>14</sup> Zoals Timmerman opmerkt is dit onderdeel van het recht in beton gegoten en dient de rechter zo min mogelijk te pas te komen aan vragen over de verdeling van deze bevoegdheden.<sup>15</sup> Duidelijkheid en zekerheid daaromtrent vormen een waarborg voor een goed (onderling) functioneren van de vennootschappelijke organen. Voor wat betreft de bestuursbevoegdheid bepaalt artikel 2:129/239 lid 1 BW dat het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap *behoudens beperkingen volgens de statuten*. Hieruit volgt dat de op grond van dit artikel aan het bestuur toekomende bevoegdheid uitsluitend door middel van de statuten kan worden beperkt. Het is derhalve niet mogelijk om bij overeenkomst de in de wet of statuten aan het bestuur toebedeelde bevoegdheden te ontnemen of met privaatieve werking aan andere organen over te dragen. Een contractuele bepaling met een dergelijke strekking zal nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.

Betekent e.e.a. nu ook dat het niet mogelijk is om te contracteren met betrekking tot de wijze waarop het bestuur van zijn bevoegdheden gebruik zal maken (of zich daarvan juist zal onthouden)? In tegenstelling tot statutaire beperkingen aan de bestuursbevoegdheid – die tegen de zin van het bestuur door de algemene vergadering kunnen worden opgelegd door middel van een besluit tot statutenwijziging –<sup>16</sup> kunnen contractuele beperkingen aan de bestuursbevoegdheid in beginsel slechts op vrijwillige basis<sup>17</sup> met en door de bestuurders worden overeengekomen. De vennootschapsrechtelijke bevoegdheid als zodanig en daarmee ook de bijbehorende verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid omtrent de uitoefening daarvan blijven bij het bestuur berusten.<sup>18</sup>

14 Vgl. artikel 2:25 BW: “*Van de bepalingen van dit boek kan slechts worden afgeweken, voor zover dat uit de wet blijkt.*”

15 Timmerman 2012, p. 519-520.

16 Bij een dergelijk besluit tot statutenwijziging hebben de bestuurders wel een raadgevende stem. Vgl. artikel 2:117 lid 4/227 lid 7 BW. Het besluit als zodanig dient in overeenstemming te zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid (vgl. artikel 2:8 lid 1 BW).

17 Zie voor een uitzondering op dit beginsel paragraaf 6.3.

18 Vgl. Gerechtshof Amsterdam 21 juli 2009, *JOR* 2009/314 (MeesPierson Trust/Ontvanger) m.nt. A.J. Tekstra, r.o. 3.19: “[...] *De wet opent de mogelijkheden beperkingen in de bevoegdheden van het bestuur van een kapitaalvennootschap aan te brengen, doch slechts in die vorm dat zulke beperkingen in de statuten van de rechtspersoon worden opgenomen. Voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is dat te vinden in art. 2:239 BW. In dit wettelijk stelsel, en met het oog op de belangen van degenen die erop moeten kunnen vertrouwen dat de vennootschap haar verplichtingen nakomt, is niet aanvaardbaar dat de bestuurder van een vennootschap zich jegens derden kan beroepen op een bij over-*

## CONTRACTUELE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

Dat aandeelhouders rechtsgeldig kunnen contracteren over de uitoefening van de ingevolge de wet en de statuten aan hen toekomende vennootschapsrechtelijke bevoegdheden – hun stemrecht in de algemene vergadering in het bijzonder – is sinds lange tijd onomstreden.<sup>19</sup> Zo bepaalde de Hoge Raad in het Wennex-arrest dat het een aandeelhouder vrijstaat om contractuele afspraken te maken over de uitoefening van zijn stemrecht, mits dit niet ontaardt in misbruik van recht en de overeenkomst als zodanig niet leidt tot maatschappelijk onbetamelijke gevolgen.<sup>20</sup> Voorts overwoog de Hoge Raad in het Aurora-arrest dat deze contractsvrijheid niet alleen bestaat met betrekking tot de uitoefening van stemrecht, maar ook voor de rechten die het een aandeelhouder mogelijk maken om stemming over enig besluit te verkrijgen.<sup>21</sup> In het enkele maanden eerder gewezen Distilleerderij Melchers-arrest had de Hoge Raad nog overwogen dat het voor de rechtsgeldigheid van de gemaakte (stem)afspraken ook geen verschil maakt voor welke duur de aandeelhouder zich had verbonden.<sup>22</sup> In alle drie de genoemde arresten overweegt de Hoge Raad echter nadrukkelijk dat het aan een aandeelhouder verleende stemrecht niet een recht is dat aan hem in het belang van anderen is toevertrouwd, maar een eigen recht dat aan de aandeelhouder is gegeven om zijn belang in de vennootschap te dienen, waarbij het hem in beginsel vrijstaat om dat recht naar eigen goeddunken uit te oefenen.<sup>23</sup> Dit is een principieel verschil met de positie van bestuurders – en ook overigens commissarissen – die zich bij het aanwenden van hun bevoegdheden niet mogen laten leiden door hun persoonlijke belangen maar zich primair dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (vgl. artikel 2:129/239 lid 5 BW).<sup>24</sup> Daarbij – zo volgt uit de Cancun-beschikkingen<sup>25</sup> – dienen de bestuurders tevens zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. De vraag is of dit verschil in positie ook maakt

---

*eenkomst aangebrachte beperking van zijn taken of verantwoordelijkheden. Het kan een "trustdirecteur" als MeesPierson Trust derhalve niet worden toegestaan aan schuldeisers van de door haar bestuurde vennootschap tegen te werpen dat uit de overeenkomst met haar opdrachtgever voortvloeit dat haar taken minder verstrekkend zijn dan uit de wet voortvloeit."*

19 Zie hierover: Blanco Fernández 2005, p. 515-516.

20 HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/465 (Wennex).

21 HR 19 februari 1960, *NJ* 1960/473 (Aurora) m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh.

22 HR 13 november 1959, *NJ* 1960/472 (Distilleerderij Melchers).

23 Zie: Gerechtshof Amsterdam 3 november 2020, *JOR* 2021/170 m.nt. R.A. Wolf, r.o. 3.5-3.6, voor een geval waarin het hof de contractuele afspraak geldig achtte dat het stemrecht door een aandeelhouder voor een bepaalde tijd niet zou worden uitgeoefend.

24 Sterker, indien een bestuurder een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het vennootschappelijk belang, dient de betreffende bestuurder zich te onthouden van een bepaalde bevoegdheidsuitoefening, te weten deelname aan de beraadslaging en besluitvorming ter zake (vgl. artikel 2:129/239 lid 6 BW). Zie omtrent de invulling van het tegenstrijdig belang-begrip: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 221.

25 Zie bijvoorbeeld: HR 4 april 2012, *JOR* 2014/290 (Cancun) m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 4.2.2.

## HOOFDSTUK 6

dat de bestuurders over de uitoefening van hun bevoegdheden niet kunnen contracteren.

In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn aanwijzingen te vinden die erop duiden dat voor dergelijke overeenkomsten ruimte bestaat. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn Hartog/Ulrici-arrest<sup>26</sup> dat:

“[...] een moreelen regel, dat bij overeenkomsten, die commissarissen eener N.V. in privé aangaan, onder de verplichtingen, die zij op zich nemen tegenover hetgeen zij op het gebied van het vermogensrecht van de wederpartij bedingen, nimmer mag zijn eenige verplichting om iets te verrichten in hun hoedanigheid van commissarissen; dat deze regel in zijn algemeenheid te ver gaat;”

Bij dit oordeel nam de Hoge Raad uitdrukkelijk de aard van de aangepane verplichting alsmede het doel van de desbetreffende overeenkomst in aanmerking. Zo overwoog hij:

“dat toch met name verplichtingen als waarom het hier gaat, – tot bijeen roepen van een algemeene vergadering van aandeelhouders en tot verlenen van medewerking tot overschrijven van aandelen – zonder bedenking mogen worden opgenomen onder de contractueele verplichtingen van commissarissen, indien – gelijk hier – de overeenkomst strekt om moeilijkheden tusschen commissarissen eenerzijds en den directeur anderszijds, in dier voege op te lossen, dat commissarissen zich uit de N.V. terug trekken en de directeur hun belangen daarin en die van de achter hen staande groep van aandeelhouders overneemt;”

In de HVA/Westertoren-beschikking<sup>27</sup> was sprake van een overeenkomst waarbij onder meer: (i) commissarissen zich verbonden om voor wat betreft de benoeming van twee commissarissen te stemmen conform het advies van een (toetredende) aandeelhouder, en (ii) bestuurders en commissarissen zich verbonden om geen medewerking te verlenen aan een kapitaalverhoging indien daar bij de (toetredende) aandeelhouder bezwaar tegen mocht bestaan.<sup>28</sup>

26 HR 30 maart 1928, *NJ* 1928, p. 829-833, (Hartogh *c.s.*/Ulrici) m.nt. E.M. Meijers.

27 HR 19 maart 1975, *NJ* 1976/267 (HVA/Westertoren) m.nt. B. Wachter.

28 Het betreffende artikelen, kenbaar uit Gerechtshof Amsterdam 15 november 1973, *NJ* 1975/8 (Westertoren/HVA) m.nt. B. Wachter, luidde:

“2. Teneinde te bereiken, dat de raad van commissarissen van de VHVAM naar behoren is samengesteld, verbindt het college van commissarissen van de VHVAM zich zijn college aan te vullen met twee leden, die zullen worden benoemd overeenkomstig het advies van Socfin. Socfin heeft te allen tijde recht op benoeming van een vierde van het totaal te benoemen aantal commissarissen met een minimum van twee overeenkomstig haar advies.

## CONTRACTUELE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

Omtrent deze verplichtingen oordeelde de Hoge Raad dat zij niet in strijd waren met een aantal – specifiek genoemde – artikelen van het destijds geldende Wetboek van Koophandel.

Blanco Fernández ziet in beide arresten een erkenning van de principiële goorloofdheid van overeenkomsten waarbij bestuurders zich binden met betrekking tot de uitoefening van hun bevoegdheden.<sup>29</sup> Van Vught leidt uit het Hartog/Ulrici-arrest echter af dat dergelijke overeenkomsten in beginsel *ongeoorloofd* zijn, tenzij het vennootschappelijk belang de betreffende overeenkomst vergt en de afspraken omtrent bevoegdheden daar onderdeel van zijn.<sup>30</sup> Voor wat betreft de HVA/Westertoren-beschikking wijst Van Vught nog op de beperkte toetsing door de Hoge Raad van de betreffende contractuele verplichtingen aan de destijds geldende structuurregeling, die een dergelijke afspraak niet expliciet verbodt.<sup>31</sup> Daarnaast merkt hij op dat de Hoge Raad in dit specifieke geval de overeenkomst mogelijk toelaatbaar achtte nu de commissarissen op grond van de betreffende bepaling de vrijheid behielden om medewerking aan een benoeming te weigeren indien zij gegronde bezwaren zouden hebben tegen de voorgedragen kandidaat. Een met dat van Van Vught vergelijkbaar standpunt nemen Van Solinge en Nieuwe Weme in.<sup>32</sup> Zij stellen dat het bestuur of een individuele bestuurder<sup>33</sup> in beginsel niet omtrent de uitoefening van zijn bevoegdheden kan

---

*Bij benoeming van nieuwe commissarissen, zullen deze in kennis gesteld worden met de door het college van commissarissen aanvaarde verplichting als hiervoren omschreven en deze zullen zich bereid moeten verklaren aan het nakomen hiervan mede te werken.*

*Bij de benoeming van commissarissen zal ter bevordering van de goede samenwerking binnen het college over de voordracht van commissarissen voorafgaand overleg gepleegd worden over de te benoemen personen en zullen geen personen worden benoemd ten aanzien van wie een der contractspartijen gemotiveerd aantoot, dat tegen de voorgestelde persoon voor haar gegronde bezwaren bestaan.*

3. *De VHVAM en haar directie en commissarissen verplichten zich niet mede te werken aan verhoging van het geplaatste en volgestorte kapitaal indien daartegen bij Socfin bezwaar mocht bestaan.”*

29 Blanco Fernández 2017, p. 233.

30 Van Vught 2021a, p. 78. In gelijke zin: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 122; Assink/Slagter 2013, § 52.2, p. 1191. Zie voorts in deze zelfde strikte lijn met betrekking tot de (on)toelaatbaarheid van een stemovereenkomst tussen bestuurders onderling: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 april 2004, *JOR* 2004/225 m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 4.6.2: “*In het geval dat het zou gaan om een stemovereenkomst tussen bestuurders, [...], dan geldt het volgende. In de jurisprudentie wordt op het uitgangspunt dat een dergelijke stemovereenkomst in beginsel ongeoorloofd is onder meer een uitzondering gemaakt in het geval dat de bestuurder zich slechts in het belang van – in dit geval – de stichting bindt voor een concrete en overzienbare situatie, zodat hij bij de binding toch enigermate kan toekomen aan een eigen oordeelvorming.*”

31 Zie hierover tevens Van der Grinten 1976, p. 370 die opmerkt dat een dergelijke contractuele regeling zich niet verdroeg met de zin en strekking van de structuurregeling.

32 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 221, sub e.

33 Over de vraag wie contractspartij dient te zijn kom ik te spreken in paragraaf 6.3.

## HOOFDSTUK 6

contracteren. Dergelijke verplichtingen zouden zich moeilijk verdragen met het uitgangspunt dat het bestuur handelt in het belang van de vennootschap, autonoom is en leiding geeft aan de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Evenwel menen zij dat uitzonderingen op deze regel denkbaar zijn; vooral in concernverhoudingen.

Ik zou deze zaak echter anders willen benaderen. Zoals ik hierboven al kort aanstipte kunnen beperkingen aan de bestuursbevoegdheid – geheel tegen de zin van het bestuur in – langs statutaire weg door de algemene vergadering worden opgelegd. Waarom zou een vrijwillig door het bestuur overeengekomen beperking dan ontoelaatbaar zijn? In de hierboven genoemde arresten Hartog/Ulrici<sup>34</sup> en HVA/Westertoren<sup>35</sup> heeft de Hoge Raad in ieder geval niet tot de principiële ongeoorloofde van contractuele beperkingen aan de bestuursbevoegdheid geconcludeerd. Ook laten contractuele beperkingen aan de bestuursbevoegdheid de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur onverlet (vgl. artikel 2:130/240 lid 3 BW) zodat vanuit het oogpunt van de in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid daartegen geen bezwaar kan bestaan.<sup>36</sup> Duidelijkheid omtrent bevoegdheidsverdeling is in dat kader van belang. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn ABN Amro-beschikking:

“[...] In het bijzonder de in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid verzet zich ertegen dat bij het ontbreken van een wettelijke of statutaire regeling de algemene vergadering van aandeelhouders zodanig verstrekkende bevoegdheden zouden toekomen enkel op grond van regels van ongeschreven recht, die afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval toepassing zouden moeten vinden. Zo moeten derden erop kunnen vertrouwen dat door het bestuur van de vennootschap in overeenstemming met de wettelijke en statutaire voorschriften verrichte rechtshandelingen in beginsel onaantastbaar zijn en dat, voorzover zij wel aantastbaar zijn, de mogelijkheid daartoe alleen bestaat op rechtsgronden die uit de wet of de statuten voor derden bekend hadden kunnen zijn. Ook de slagvaardigheid waarmee het bestuur moet kunnen handelen bij het bepalen en uitvoeren van de strategie van de aan de vennootschap verbonden onderneming pleit daarvoor.”

De crux zit hem echter hierin dat de Ondernemingskamer een bevoegdheid van de algemene vergadering had aangenomen op grond van ongeschreven recht. Dit kan tot rechtsonzekerheid leiden nu gediscussieerd kan worden over de vraag onder welke omstandigheden op grond van het ongeschreven recht additionele bevoegdheden aan de algemene vergadering dienen toe te komen. Een derge-

---

34 HR 30 maart 1928, *NJ* 1928, p. 829-833, (Hartogh *c.s.*/Ulrici) m.nt. E.M. Meijers.

35 HR 19 maart 1975, *NJ* 1976/267 (HVA/Westertoren) m.nt. B. Wachter.

36 HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme, r.o. 4.4.

lijke (mogelijkheid tot) discussie kan voor een bestuur tot onzekerheid leiden over zijn positie en daarmee ten kostte gaan van zijn slagvaardigheid, hetgeen in zijn algemeenheid ook niet bevorderlijk is voor efficiënt ondernemerschap.<sup>37</sup> Zoals Timmerman schrijft:<sup>38</sup> “Vragen van bevoegdheidsverdeling moeten zo min mogelijk tot controverses in rechte aanleiding geven. Deze vragen moeten door de bij de vennootschap betrokkenen beantwoord kunnen worden, alsof een simpel spoorboekje wordt geraadpleegd.” Een overeenkomst inhoudende beperkingen aan de bestuursbevoegdheid kan aan deze voorwaarden voldoen. Daarbij is van belang – en dat is voor mij ook de kern van deze problematiek – wie allemaal binnen de vennootschappelijke orde partij kunnen of moeten zijn bij een dergelijk contract. Over deze vraag gaat paragraaf 6.3.

Aan het slot van deze paragraaf nog de vraag of het vennootschappelijk belang wellicht verhindert dat het bestuur over de uitoefening van zijn bevoegdheden contracteert. Iedere bestuurder is immers wettelijk verplicht zich bij de vervulling van zijn taak primair te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Indien een bestuurder over zijn bevoegdheden contracteert en zich daarmee verplicht tot een bepaalde (toekomstige) gedragslijn, kan er op een zeker moment spanning ontstaan tussen zijn vennootschapsrechtelijke plicht enerzijds en zijn contractuele verplichtingen anderzijds.<sup>39</sup> In de literatuur worden daarom bij een overeenkomst tot beperking van de bestuursbevoegdheid wel de eisen gesteld dat: (i) het aangaan van een dergelijke overeenkomst in het belang van de vennootschap moet zijn, en (ii) de nakoming daarvan niet in strijd mag komen met het vennootschappelijk belang.<sup>40</sup> Deze eisen – en dan in het bijzonder de tweede eis<sup>41</sup> – leiden er volgens diverse auteurs toe dat omtrent de bestuursbevoegdheden slechts gecontracteerd kan worden voor zover dit concrete en op het moment van contracteren voor de bestuurders overzienbare situaties betreft.<sup>42</sup> Een alternatief dat ook wel genoemd wordt is het opnemen van een *zgn. fiduciary out*, oftewel een clause in de betreffende overeenkomst waarin expliciet is bepaald dat de bestuurders niet tot nakoming gehouden zijn (of daartoe gedwongen kunnen

37 Zie in die zin ook: Gerechtshof Amsterdam 7 april 2021, *JOR* 2021/201 (Human Concern) m.nt. T. Salemink, r.o. 3.16.

38 Timmerman 2012, p. 519-520.

39 Blanco Fernández 2017, p. 237.

40 Timmerman 1994, p. 399. Zie in dit verband ook Assink 2015b, p. 38-39 die een vergelijkbaar onderscheid hanteert.

41 De eerste eis, zoals Timmerman 1994, p. 399 terecht opmerkt, zal doorgaans niet zo problematisch zijn nu de bestuurders (of hun adviseurs) doorgaans wel in staat zullen zijn om een argumentatie op te bouwen die plausibel maakt dat het vennootschappelijk belang met het aangaan van de betreffende overeenkomst wordt gediend.

42 Van Vught 2021a, p. 83-84; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 217; Asser/Maeijer 2-III 1994, nr. 306; Timmerman 1994, p. 399.

## HOOFDSTUK 6

worden) indien zij daarmee in strijd zouden handelen met het vennootschappelijk belang.<sup>43</sup> De vraag is evenwel of een dergelijke bepaling noodzakelijk is.

Binnen de vennootschappelijke orde geldt immers artikel 2:8 lid 1 BW op grond waarvan zij die daarvan deel uitmaken – te weten de vennootschap en al diegenen die krachtens de wet en de statuten bij haar organisatie zijn betrokken – zich jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Dit brengt met zich dat – bijvoorbeeld aandeelhouders – niet van bestuurders mogen verlangen dat zij een contractuele verplichting jegens hen nakomen indien dat in strijd zou zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en daarmee met hun vennootschapsrechtelijke plicht.<sup>44</sup> Een vordering tot nakoming van de contractuele verplichting zal m.i. in een dergelijk geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW.<sup>45</sup> In die zin kleurt artikel 2:8 lid 1 BW de norm van artikel 6:248 lid 2 BW.<sup>46</sup> Een iets andere benadering volgde overigens het gerechtshof Amsterdam in haar Kekk-Delfino-arrest. In dat arrest oordeelde het hof dat artikel 2:8 lid 2 BW aan een nakomingsvordering met betrekking tot een contractuele verplichting in de weg stond.<sup>47</sup> Dit omdat toepassing van een artikel van een aandeelhoudersovereenkomst – inhoudende dat een bestuurder slechts ontslagen kon worden met unanimiteit van stemmen – gelet op het belang van de vennootschap, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. M.i. had het hof hier mede naar artikel 6:248 lid 2 BW dienen te verwijzen nu artikel 2:8 lid 2 BW slechts spreekt over een krachtens wet, gewoonte, statuten, reglement of besluit geldende regel. De overeenkomst wordt in dat rijtje niet genoemd.

### 6.3 Wie moet contractspartij zijn?

Wie kan of moet partij zijn bij een overeenkomst inhoudende een of meer beperkingen van de bestuursbevoegdheid? M.i. zijn hier verschillende opties

---

43 Timmerman 1994, p. 400.

44 Asser/Maeijer 2-III 1994, nr. 289. Maeijer noemt als alternatieve benadering nog dat het naleven van een vennootschapsrechtelijke verplichting een rechtvaardigingsgrond kan opleveren in de zin van artikel 6:75 BW (*i.e.* een beroep op overmacht) voor de wanprestatie ten aanzien van de contractuele verplichting.

45 Van Veen 2016, p. 23; Asser/Maeijer 2-III 1994, nr. 289.

46 Zie voorts: HR 16 februari 2007, *JOR* 2007/112 (Gebr. Tuin Beheer/Houthoff Buruma) m.nt. W.J.M. van Veen en T.H.M. van Wechem, r.o. 3.10 waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk de instructie geeft aan de rechter naar wie de zaak wordt verwezen dat de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 lid 1 BW dient te worden betrokken bij de beoordeling van een niet-vennootschappelijke rechtsverhouding tussen de adressaten van dat artikel.

47 Gerechtshof Amsterdam 13 januari 2015, *JOR* 2015/69 (Kekk/Delfino) m.nt. R.G.J. Nowak, r.o. 3.6-3.7.

## CONTRACTUELE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

denkbaar. Voor wat betreft de partij die verplichtingen op zich neemt kan worden gedacht aan het bestuur, individuele bestuurders en/of de vennootschap. Voor wat betreft de partij ten gunste van wie de verplichting wordt overeengekomen kan gedacht worden aan organen van de vennootschap (zoals de algemene vergadering), hun individuele leden (zoals aandeelhouders) en wederom de vennootschap. Ik loop een aantal van de verschillende mogelijkheden hierna langs.

Allereerst de vraag of het *orgaan* bestuur kan contracteren. Betoogd zou kunnen worden dat het orgaan bestuur een rechtssubject is nu het bestuur ingevolge boek 2 BW rechten en verplichtingen heeft. In de literatuur wordt het bestuur evenwel niet als zodanig erkend. Assink schrijft dat het bestuur als orgaan niet zelf rechtssubject is maar, in organieke zin, deel uitmaakt van het rechtssubject de rechtspersoon.<sup>48</sup> Op dezelfde lijn zit Blanco Fernández, die schrijft dat het bestuur als zodanig niet aan het rechtsverkeer deelneemt maar deelname van de rechtspersoon aan het rechtsverkeer mogelijk maakt.<sup>49</sup> Kroeze schrijft dat een orgaan van een rechtspersoon in de regel niet in rechte kan worden betrokken.<sup>50</sup> Ook Van der Korst<sup>51</sup> richt zich op de processuele kant van de zaak, mede naar aanleiding van twee kort geding uitspraken. In één van deze zaken werd door de raad van commissarissen zelfstandig geprocedeerd tegen de vennootschap en haar (directe en indirecte) aandeelhouders waarmee de raad van commissarissen een overeenkomst had gesloten.<sup>52</sup> Van der Korst vraagt zich onder meer af wie bevoegd is tot vertegenwoordiging van de raad van commissarissen<sup>53</sup> en wijst erop dat een proceskostenveroordeling tegen de raad van commissarissen niet kan worden uitgevoerd bij gebrek aan een afgescheiden vermogen.<sup>54</sup> Al met al moet de conclusie zijn dat het orgaan bestuur als zodanig niet kan contracteren.<sup>55</sup> E.e.a. geldt m.i. *mutatis mutandis* voor de andere organen van de vennootschap.

---

48 Assink/Slagter 2013, § 8, p. 166.

49 Blanco Fernández 2016, p. 26. Zie tevens: Blanco Fernández 2017, p. 236.

50 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2021, nr. 186.

51 Van der Korst 2012, p. 279 e.v.

52 Vznr. Rb. Amsterdam 11 maart 2011, *JOR* 2011/141 m.nt. L.G. Verburg. In deze zaak maakte de voorzieningenrechter korte metten met het beroep door de aandeelhouder Merck op de niet-ontvankelijkheid van de raad van commissarissen van Organon. Waar de raad van commissarissen eerst door Merck als partij bij een overeenkomst is erkend gaat het niet aan om vervolgens in rechte te stellen dat de raad van commissarissen geen overeenkomsten kan aangaan, aldus de voorzieningenrechter (r.o 4.3).

53 De door annotator Verburg voorgestelde oplossing via het algemene leerstuk van de vertegenwoordiging *ex* artikel 3:78/79 BW biedt m.i. geen soelaas. Deze artikelen geven immers geen antwoord op de vraag *wie* (in geval er meerdere commissarissen zijn) bevoegd is om de raad van commissarissen te vertegenwoordigen.

54 Anders: Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2020, p. 75-76, die van mening lijken te zijn dat een bestuur, als orgaan van de vennootschap, wel tot contracteren in staat is.

55 Evenzo: Buijn 2002, p. 480.



## HOOFDSTUK 6

Vervolgens is de vraag of individuele bestuurders zich kunnen en vooral mogen binden voor wat betreft de uitoefening van hun bevoegdheden. M.i. dient deze vraag bevestigend beantwoord te worden, mits enkele vennootschapsrechtelijke beginselen worden gerespecteerd. Zoals ik aan het slot van paragraaf 6.2 al betoogde staat de dwingendrechtelijke gerichtheid op het vennootschappelijk belang bij de bestuurlijke taakuitvoering, niet in de weg aan contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid binnen de vennootschappelijke orde. De vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 lid 1 BW kleurt hier de contractuele redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW waardoor een vordering tot nakoming van een contractuele verplichting die strijdig zou zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Een vordering tot nakoming van een contractuele verplichting die zou leiden tot een onbehoorlijke taakvervulling is m.i. datzelfde lot beschoren.

Een individuele bestuurder kan niet voor het orgaan bestuur als zodanig contracteren. Behoudens in die gevallen waar het om een enig bestuurder gaat, kan een individuele bestuurder geen resultaatsverbintenis aangaan met betrekking tot de uiteindelijke besluitvorming binnen het bestuur. Dit kan hooguit de uitoefening van zijn individuele stemrecht in de bestuursvergadering betreffen of andere individueel aan hem toekomende bevoegdheden. Een verplichting om bijvoorbeeld bepaalde bestuursbesluiten te onderwerpen aan de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering of om een concrete instructie van de algemene vergadering op te volgen kan m.i. echter wel worden aangegaan door alle individuele bestuurders gezamenlijk.<sup>56</sup> Nieuwbenoemde bestuurders worden door een dergelijke afspraak echter niet – althans niet automatisch – gebonden. In de praktijk wordt dit probleem van – zoals Verburg schrijft – het *va et vien* van bestuurders,<sup>57</sup> overigens opgelost door de afspraak dat een beoogd bestuurder slechts zal worden benoemd dan nadat hij tot de bevoegdheidsbeperkende overeenkomst is toegetreten.<sup>58</sup>

Het beginsel van de persoonlijke taakuitoefening (zie paragraaf 3.3) stelt m.i. slechts een buitengrens aan de mogelijkheden van een individuele bestuurder om over de uitoefening van zijn bevoegdheden te contracteren. Daarin mag een bestuurder niet zover gaan dat alle beslissingen omtrent de uitvoering van (grote delen van) zijn taak *de facto* bij een ander worden neergelegd. Ook het collegialiteitsbeginsel staat daaraan in de weg. Dit laatste beginsel brengt ook met zich dat een overeenkomst (of samenstel van overeenkomsten) die bewerkstelligt dat een bestuurder in de bestuursvergadering *de facto* meer stemmen kan uitbrengen dan alle andere bestuurders gezamenlijk, niet zal zijn toegestaan (vgl. artikel 2:129/239 lid 2 BW).

56 Evenzo: De Kluiver/Meinema 2002, p. 654.

57 Zie de noot bij Vznr. Rb. Amsterdam 11 maart 2011, *JOR* 2011/141 m.nt. L.G. Verburg.

58 Buijn 2002, p. 480.

## CONTRACTUELE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

Dan de vraag of de vennootschap met haar aandeelhouder(s) een overeenkomst kan aangaan waarbij de bestuursbevoegdheid wordt beperkt. Bij de toelaatbaarheid daarvan heb ik enige reserve. Toegestaan lijkt mij in ieder geval een overeenkomst waarbij de vennootschap vertegenwoordigd wordt door al haar bestuurders. Ook toegestaan lijkt mij een overeenkomst waarbij de vennootschap wordt vertegenwoordigd door een alleen en zelfstandig bevoegde bestuurder, voor zover aan deze rechtshandeling een unaniem bestuursbesluit ten grondslag ligt. Een meerderheidsbesluit lijkt mij evenwel niet voldoende, gelet op het beginsel van de persoonlijke taakuitoefening en de daarmee samenhangende individuele verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders.<sup>59</sup> Een ander probleem is de positie van een bestuurder die pas na het aangaan van de overeenkomst benoemd wordt. Het uitgangspunt is – zoals geldt voor alle overeenkomsten die door de vennootschap al zijn aangegaan – dat de nieuwe bestuurder na zijn benoeming daaraan uitvoering dient te geven, althans ervoor dient te zorgen dat de vennootschap zulks doet. Bij statutaire beperkingen van de bestuursbevoegdheid vinden wij dat geen probleem, nu deze openbaar zijn en voor eenieder opvraagbaar bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel, zodat de daarin opgenomen beperkingen voor een bestuurder voorafgaand aan zijn benoeming kenbaar (kunnen) zijn. Bij overeenkomsten is dit doorgaans niet het geval.<sup>60</sup> Ook dit probleem wordt in de praktijk over het algemeen opgelost door de afspraak tussen aandeelhouders dat een bestuurder slechts benoemd zal worden dan nadat hij zich schriftelijk akkoord verklaard heeft met de inhoud van de betreffende overeenkomst en deze zal (doen) naleven.<sup>61</sup>

Nu de andere zijde van de overeenkomst. Met wie kunnen binnen de vennootschappelijke orde beperkingen op de bestuursbevoegdheid worden overeengekomen? Allereerst geldt, zoals hierboven al uiteengezet, dat het vanwege het ontbreken van rechtssubjectiviteit niet mogelijk is om te contracteren met andere vennootschappelijke organen zoals de algemene vergadering en de raad van commissarissen.<sup>62,63</sup> Maar hoe zit het met hun individuele leden? Vanuit verbijn-

59 Eveneens niet toegestaan lijkt mij dat de vennootschap wordt vertegenwoordigd door anderen dan bestuurders, bijvoorbeeld op basis van een algemene volmacht, behoudens die gevallen waarin de betreffende vertegenwoordiger handelt op specifieke instructie van het bestuur.

60 Een uitzondering vormen zgn. Relationship Agreements tussen beursvennootschappen en een of meerdere grootaandeelhouders die doorgaans op de website van de vennootschap worden gepubliceerd. Zie bijvoorbeeld de Relationship Agreement tussen ABN Amro Bank N.V. en stichting NLF: <https://www.abnamro.com/nl/over-abn-amro/product/aandeelhoudersstructuur>.

61 Een dergelijke schriftelijke verklaring wordt ook wel een *deed of adherence* genoemd.

62 Voor het vervolg van deze paragraaf laat ik de raad van commissarissen buiten beschouwing en beperk ik mij tot aandeelhouders.

63 Beperkingen aan de bestuursbevoegdheid kunnen ook vastgelegd worden in een reglement. Dat reglement kan vervolgens weer statutair onderworpen worden aan de voorafgaande

## HOOFDSTUK 6

tenisrechtelijk perspectief zijn rechtstreekse overeenkomsten met een individuele aandeelhouder zonder meer mogelijk. Vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief ligt dat evenwel anders: tenminste twee beginselen van vennootschapsrecht verzetten zich daartegen. Allereerst is dat het beginsel van de openbaarheid van inrichting van de vennootschap. Voor alle actoren binnen de vennootschappelijke orde dient de vennootschappelijke bevoegdheidsverdeling kenbaar te zijn. Daarenboven zal over het algemeen het beginsel van een gelijke behandeling van aandeelhouders zich ertegen verzetten dat met een individuele aandeelhouder beperkingen aan de bestuursbevoegdheid worden overeengekomen.<sup>64</sup> Een aandeelhouder die de bevoegdheid van het bestuur wenst te beperken zal dit als uitgangspunt via de geëigende vennootschapsrechtelijke weg dienen te doen.

Dat ligt allemaal anders indien alle aandeelhouders (en bestuurders) bij de betreffende overeenkomst partij zijn of met de inhoud daarvan hebben ingestemd. De verbintenisrechtelijke beginselen van contractsvrijheid en partijautonomie staan in dat geval voorop. Nieuwe aandeelhouders zijn bij toetreding echter – anders dan bij statutaire beperkingen aan de bestuursbevoegdheid – niet automatisch aan een dergelijke overeenkomst gebonden.<sup>65</sup> Heeft een wisseling in het aandeelhoudersbestand zonder dat de nieuwe aandeelhouder instemt met of toetreedt tot de overeenkomst dan nu gevolgen voor de geldigheid daarvan? M.i. dient dit als uitgangspunt inderdaad het geval te zijn. Zittende aandeelhouders kunnen dit eenvoudig voorkomen door bijvoorbeeld contractueel vast te leggen dat zij slechts aandelen zullen overdragen of zullen besluiten tot het doen van een uitgifte daarvan aan een partij indien deze tot de overeenkomst is toetgetreden of daarmee heeft ingestemd.<sup>66</sup> Aan deze instemming hoeven m.i. geen al te hoge eisen worden gesteld. Voldoende lijkt mij dat een nieuwe aandeelhouder voorafgaand aan zijn toetreding op de hoogte is gebracht van het bestaan en de inhoud van de overeenkomst en deze niet ondubbelzinnig van de hand heeft gewezen. Het is ook mogelijk om het partij zijn bij de betreffende overeenkomst als kwaliteitseis in de statuten vast te leggen al dan niet gecombineerd met een overdrachtsverplichting indien dit niet langer het geval is.<sup>67</sup> Voor

---

goedkeuring van een ander orgaan van de vennootschap zoals de algemene vergadering of de raad van commissarissen. Dat is evenwel iets anders dan een overeenkomst. Een bestuursbesluit in strijd met een reglement is vernietigbaar op grond van artikel 2:15 lid 1 sub c BW.

64 Naar de letterlijke tekst van artikel 2:92/201 lid 2 BW rust deze verplichting op de vennootschap. Een redelijke wetsuitleg, artikel 2:8 lid 1 BW daarbij in aanmerking genomen, brengt m.i. echter met zich mee dat ook de bestuurders zich in vennootschappelijk verband naar deze norm hebben te gedragen. Zie in dit verband ook de noot van Maeijer onder 2 bij HR 31 december 1993, *NJ* 1994/436 (Verenigde Bootlieden) m.nt. J.M.M. Maeijer, – die schrijft dat de normen van redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW slechts voor een deel ‘gestold’ zijn in het in de wet verankerde gelijkheidsbeginsel.

65 Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 1-2 en 20.

66 Zie over deze problematiek: Timmerman 1995, p. 180.

67 Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019, nr. 393.

## CONTRACTUELE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

wat betreft zgn. *relationship agreements*<sup>68</sup> die al bestaan of worden aangegaan bij gelegenheid van een beursgang tussen de (beurs)vennootschap en een of meer van haar groot aandeelhouders zal voor de voortdurende geldigheid m.i. voldoende zijn dat deze overeenkomst onderdeel uitmaakt van het prospectus en daarna voor eenieder raadpleegbaar is op de website van de vennootschap.<sup>69</sup> Aldus wordt recht gedaan aan het beginsel van de openbaarheid van inrichting van de vennootschap en rekening gehouden met de dagelijkse praktijk van beursvennootschappen waarvan het aandeelhoudersbestand aan doorlopende wijziging onderhevig is. Overigens geldt m.i. in zijn algemeenheid dat het beginsel van de openbaarheid van inrichting van de vennootschap wel vergt dat – voor zover zij bij de overeenkomst niet al zelf partij zijn – de raad van commissarissen dient te worden geïnformeerd over het bestaan en de inhoud van de betreffende overeenkomst. Over de positie van de ondernemingsraad zie hierna.

Een volgende mogelijkheid is een overeenkomst tussen de individuele bestuurders en de vennootschap waarin beperkingen aan de bestuursbevoegdheid worden gesteld. Een voorbeeld daarvan zagen wij in de eerdergenoemde uitspraak van de rechtbank Amsterdam waarin in een arbeidsovereenkomst van een bestuurder de navolgende bepaling was opgenomen:<sup>70</sup>

“Article 1. Position and responsibilities

(...) The Employee (...) undertakes (...) to follow the instructions given to him by the shareholders of the Company.”

Een probleem daarbij is dat de naleving van een dergelijke overeenkomst slechts door de vennootschap – in beginsel vertegenwoordigd door haar bestuurders – kan worden afgedwongen. In de praktijk wordt dit wel opgelost door bijvoorbeeld de aandeelhouders partij te maken bij de overeenkomst of door de betreffende bepalingen aan te merken als een derdenbeding om niet ten behoeve van de aandeelhouders (vgl. artikel 6:253 lid 4 BW).

Aan het slot van deze paragraaf nog twee bijzondere overeenkomsten die beperkingen aan de bestuursbevoegdheid kunnen inhouden. De eerste daarvan is de overeenkomst tussen de ondernemingsraad en de ondernemer als bedoeld in artikel 32 lid 2 WOR. Dit artikel luidt als volgt:

“Bij schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en de ondernemingsraad kunnen aan de ondernemingsraad meer bevoegdheden dan de in deze wet genoemde worden toegekend en kunnen aanvullende voorschriften

68 Zie over *relationship agreements* nader: Kersten 2017; Baaijens 2021.

69 Over de openbaarheid van *relationship agreements*: Kersten 2017, p. 419.

70 Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, *JOR* 2018/117 m.nt. S.M. Bartman, r.o. 2.12.

## HOOFDSTUK 6

over de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde worden gegeven. De ondernemer zendt een afschrift van de overeenkomst aan de bedrijfscommissie.”

Aldus kan bij overeenkomst de bevoegdheid van de ondernemingsraad – bijvoorbeeld het instemmingsrecht *ex* artikel 27 WOR – worden uitgebreid,<sup>71</sup> hetgeen vervolgens een beperking van de bestuursbevoegdheid met zich kan brengen. Ik schrijf *kan* omdat in het kader van de WOR steeds goed voor ogen gehouden moet worden dat begrippen zoals *ondernemer*<sup>72</sup> en *bestuurder*<sup>73</sup> niet altijd en noodzakelijkerwijs samenvallen met de begrippen *vennootschap* en *bestuurder* uit boek 2 BW.<sup>74</sup> Hoewel de verbintenisrechtelijke basis van dergelijke overeenkomsten als zodanig wat wankel is – de ondernemingsraad ontbeert immers rechtssubjectiviteit –<sup>75</sup> gelden deze overeenkomsten in beginsel voor onbepaalde tijd en binden zij blijkens de parlementaire geschiedenis zowel een nieuwgekozen ondernemingsraad als een nieuwbenoemde bestuurder.<sup>76</sup> Overigens geldt m.i. in zijn algemeenheid dat waar overeenkomsten bevoegdheidsbeperkingen bevatten die afwijken van de vigerende statuten, aan de ondernemingsraad ter zake in beginsel een adviesrecht toekomt op grond van artikel 25 lid 1 sub e WOR. Men kan mij hier tegenwerpen dat een overeenkomst op zichzelf geen wijziging in de bevoegdheidsverdeling tussen de organen aanbrengt, doch slechts ziet op de wijze van uitoefening van bevoegdheden, maar m.i. valt niet goed in te zien waarom een statutenwijziging waarbij een instructierecht of goedkeuringsrecht wordt toegekend aan de algemene vergadering wel adviesplichtig is,<sup>77</sup> en het aangaan van een overeenkomst – die tevens vennootschappelijke werking heeft (zie daarover paragraaf 6.5) – waarin effectief dezelfde rechten worden toegekend, dat niet is.

Dan ten slotte nog de vraag of voor het bestuur bevoegdheidsbeperkingen kunnen voortvloeien uit overeenkomsten waarbij noch de bestuurders noch de ven-

71 Zie: HR 17 maart 1993, *NJ* 1993/366 (Smit Vlootbeheer) m.nt. J.M.M. Maeijer, in welke zaak het adviesrecht van de ondernemingsraad was uitgebreid en waarin de Hoge Raad tevens bepaalde dat tegen een beslissing van de ondernemer waarop het contractuele adviesrecht van toepassing is, beroep bij de Ondernemingskamer *ex* artikel 26 WOR mogelijk is.

72 Vgl. artikel 1 lid 1 sub d WOR: “*de natuurlijke persoon of rechtspersoon die een onderneming in stand houdt*”.

73 Vgl. artikel 1 lid 1 sub e WOR: “*hij die alleen dan wel te zamen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid*”.

74 Zie bijvoorbeeld over het begrip *bestuurder*: Assink/Slagter 2013, § 104, p. 2068; Anders kennelijk: Van Mierlo 2013, p. 104, die opmerkt dat blijkens de parlementaire geschiedenis en verschillende SER-adviezen de wetgever weldegelijk steeds voor ogen heeft gehad dat de WOR-bestuurder altijd en tevens statutair bestuurder van de vennootschap is.

75 Zie de conclusie van A-G Verburg: Parket bij de Hoge Raad, 17 maart 1993, ECLI:NL:PHR:1993:AD1849 (Smit Vlootbeheer), par. 10.

76 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 44.

77 Vgl. Van Mierlo 2013, p. 272.

## CONTRACTUELE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

nootschap partij zijn. In de literatuur wordt deze vraag – in het kader van de vennootschapsrechtelijke doorwerking (waarover paragraaf 6.5) – bevestigend beantwoord voor aandeelhoudersovereenkomsten waarbij alle aandeelhouders partij zijn.<sup>78</sup> Van Solinge en Nieuwe Weme onderbouwen dit standpunt als volgt.<sup>79</sup> Ten eerste voeren zij aan dat de algemene vergadering bevoegd is om aan het bestuur instructies te geven waarvoor geen instemming van de vennootschap vereist is. Het toezenden van de aandeelhoudersovereenkomst beschouwen zij als impliciete instructie aan het bestuur tot naleving daarvan. Daarbij is het overigens onduidelijk of zij ervan uitgaan dat de statuten van de vennootschap een instructierecht *ex* artikel 2:129/239 lid 4 BW bevatten of dat het bestaan van de wettelijke mogelijkheid tot het opnemen daarvan in de statuten al voldoende is. Ten tweede voeren zij aan dat het ook mogelijk is om – zonder medewerking of instemming van het bestuur – bij besluit van de algemene vergadering of in een door de algemene vergadering vastgesteld of goedgekeurd bestuursreglement beperkingen op te leggen aan het bestuur. Waar op dergelijke wijze bij meerderheidsbesluit eenzijdig bevoegdheidsbeperkingen aan het bestuur kunnen worden opgelegd, kan tegen een met instemming van alle aandeelhouders aangegane overeenkomst geen bezwaar bestaan, zo zou men kunnen redeneren. Ten slotte stellen zij nog dat het bestuur telkens de mogelijkheid heeft om de wil van de aandeelhouders naast zich neer te leggen indien zij de uitvoering daarvan niet in het belang van de vennootschap achten. Dit lijkt mij zonder meer juist. Aan het voorgaande zou ik nog willen toevoegen dat nu beperkingen aan de bestuursbevoegdheid in beginsel slechts interne werking hebben, de in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid (zie paragraaf 6.2) zich ook niet tegen een dergelijke gang van zaken verzet. Doordat alle aandeelhouders bij de overeenkomst partij zijn<sup>80</sup> en deze aan het bestuur wordt medegedeeld geldt in het verlengde daarvan dat het beginsel van de openbaarheid van inrichting van de vennootschap hier een minder belangrijke rol speelt. Overigens komt het mij voor dat artikel 2:8 lid 1 BW wel met zich brengt dat in een dergelijk geval de bestuurders en de commissarissen voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst door de aandeelhouders in de gelegenheid gesteld moeten worden om daaromtrent advies uit te brengen.<sup>81</sup>

In de rechtspraak is de vraag over de non-consensuele gebondenheid van vennootschappelijke functionarissen aan een aandeelhoudersovereenkomst slechts een enkele maal aan de orde geweest. In de Vanka-Kawat uitspraak overwoog

78 Zie bijvoorbeeld: Timmerman 2014a, p. 699; Nowak 2014, p. 343-344.

79 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 107, sub c.

80 Dit laatste is wat mij betreft niet vereist. Wel moeten alle aandeelhouders met het aangaan van de overeenkomst hebben ingestemd.

81 Vgl. artikel 2:238 lid 2 BW waarvan m.i. – mede gelet op het op 15 april 2020 gepubliceerde ambtelijk voorontwerp modernisering NV-recht en evenwichtiger man vrouw verhouding – reflex-werking uitgaat met betrekking tot artikel 2:128 BW. Het ambtelijk voorontwerp is te raadplegen op: <https://www.internetconsultatie.nl/nvenmv>.

## HOOFDSTUK 6

de rechtbank Den Haag<sup>82</sup> dat in de regel de gebondenheid van een commissaris aan een aandeelhouders- of stemovereenkomst niet aanvaardbaar zal zijn, maar dat gelet op de omstandigheden van het geval – relevant was o.a. dat de betrokken persoon tevens aandeelhouder in de vennootschap was en reeds uit dien hoofde aan de aandeelhoudersovereenkomst gebonden was – van betrokkene verwacht mocht worden dat hij zich in zijn rol als commissaris in overeenstemming met de aandeelhouderovereenkomst zou gedragen, zolang niet evident sprake zou zijn van strijd met het vennootschappelijk belang. Gelet op hetgeen eerder in deze paragraaf gesteld is lijkt mij de ‘*in de regel niet aanvaardbaar*’ benadering door de rechtbank te streng.

### 6.4 Welke beperkingen kunnen worden overeengekomen?

Dan nu de vraag welke beperkingen aan de bestuursbevoegdheid overeengekomen kunnen worden. Verdedigbaar is m.i. het standpunt dat wat omtrent de beperking van de bestuursbevoegdheid in de statuten kan worden opgenomen, tevens bij overeenkomst mogelijk is, mits alle aandeelhouders bij de betreffende overeenkomst partij zijn of daarmee hebben ingestemd.<sup>83</sup> Ter onderbouwing daarvan kan worden aangevoerd dat dergelijke contractuele beperkingen in beginsel slechts interne werking hebben – zij laten de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur *ex* artikel 2:130/240 BW immers onverlet – zodat de in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid zich daartegen niet verzet.<sup>84</sup> Kenbaarheid van deze beperkingen voor derden is slechts zeer beperkt relevant.<sup>85</sup> De stelling van Buijn<sup>86</sup> dat derden – waartoe hij ook rekent werknemers en vakbonden – erop moeten kunnen vertrouwen dat de interne verhoudingen binnen de vennootschap ook daadwerkelijk gelden zoals zij (statutair) gepresenteerd (lees: geopenbaard) worden, is wat mij betreft veel te absoluut. Dit betekent m.i. dan ook dat het mogelijk is om conform het bepaalde in de artikelen 2:129/239 leden 3 en 4 BW goedkeurings- en instructierechten overeen te komen of om aan het bestuur contractueel bepaalde gebod of verboden op te leggen.<sup>87</sup>

Ik zou zelfs een stap verder willen gaan. M.i. is het ook mogelijk om bepaalde beperkingen aan de bestuursbevoegdheid bij overeenkomst te regelen, die naar

---

82 Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (Vanka-Kawat) m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 4.17-4.18.

83 Zie daarover paragraaf 6.3.

84 Evenzo: Nowak 2014, p. 345.

85 M.i. slechts voor nieuwe toetreders tot de vennootschap, de raad van commissarissen (voor zover geen partij) en de ondernemingsraad.

86 Buijn 1999, p. 122.

87 In gelijke zin: Nowak 2014, p. 347-348; Schutte-Veenstra 2016, p. 20.

de letter van de wet statutair niet mogelijk zijn.<sup>88</sup> Ik doel daarbij specifiek op het toekennen van een instructierecht of een goedkeuringsrecht aan een individuele aandeelhouder. Ingevolge artikel 2:129/239 leden 3 en 4 BW kunnen dergelijke rechten slechts statutair aan de vennootschappelijke organen als bedoeld in artikel 2:78a/189a BW worden toegekend. Ter onderbouwing van mijn standpunt kan worden aangevoerd dat het nu al mogelijk is om *de facto* aan een enkele aandeelhouder dergelijke rechten toe te kennen door één aandeel van een bepaalde soort of aanduiding<sup>89</sup> te creëren, waarmee de betreffende aandeelhouder het enige lid wordt van het orgaan ‘*vergadering van houders van aandelen van een bijzonder soort of aanduiding*’. Op deze mogelijkheid heeft Blanco Fernández al eerder gewezen.<sup>90</sup> Daarenboven geldt dat zowel in de literatuur<sup>91</sup> als de rechtspraak van de Hoge Raad<sup>92</sup> stemovereenkomsten tussen aandeelhouders toelaatbaar worden geacht – over de vraag of een permanente stembinding toelaatbaar is wordt evenwel verschillend gedacht<sup>93</sup> zodat aan de rechtsgeldigheid van een afspraak om *met een aandeelhouder mee te stemmen* waar het instructie- of goedkeuringsbesluit betreft, niet hoeft te worden getwijfeld.<sup>94</sup> Tegen een rechtstreekse toekenning van een instructie- of goedkeuringsrecht aan een aandeelhouder – door middel van een overeenkomst waarbij alle aandeelhouders partij zijn of waarmee alle aandeelhouders hebben ingestemd – kan m.i. dan ook geen bezwaar bestaan.

88 Zie in die zin: Rb. Midden-Nederland 31 juli 2015, *JOR* 2015/325 m.nt. P.P. de Vries, r.o. 4.2: “*In statuten kan op grond van artikel 2:244 lid 2 BW niet worden vastgelegd dat een besluit tot ontslag van een bestuurder alleen met unanimitieit van stemmen kan worden genomen. Voor zover in artikel 36 van de statuten van Meijbon ter zake al een unanimitieitsverbod is opgenomen, is het bepaalde in zoverre niet geldig. Artikel 2:244 lid 2 BW bevat geen verbod om een dergelijke afspraak in een aandeelhoudersovereenkomst op te nemen, zoals door partijen is gedaan. Afspraken die zijn neergelegd in een aandeelhoudersovereenkomst kunnen onder omstandigheden op grond van artikel 2:8 BW doorwerken in de verhouding tussen een vennootschap en haar bestuurder.*”

89 De tekst van de artikelen 2:78a BW en 2:189a BW zijn niet identiek. De eerste spreekt over de vergadering van houders van aandelen van een bijzonder soort; de tweede over de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. In het op 15 april 2020 gepubliceerde ambtelijk voorontwerp modernisering NV-recht en evenwichtiger man vrouw verhouding zal deze tekst gelijk worden getrokken, waardoor het ook voor de naamloze vennootschap mogelijk wordt om houders van specifieke aandelen, die bijvoorbeeld zijn aangeduid met letters of cijfers, aan te wijzen als een bevoegd orgaan. Zie daarover de concept memorie van toelichting bij het ambtelijk voorontwerp p. 23.

90 Blanco Fernández 2016, p. 40. Zie tevens: De Roo 2021, p. 426.

91 Zie: Assink/Slagter 2013, § 45.3, p. 834 e.v.; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 101 en de aldaar aangehaalde literatuur.

92 HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/465 (Wennex); HR 13 november 1959, *NJ* 1960/472 (Distilleerderij Melchers); HR 19 februari 1960, *NJ* 1960/473 (Aurora) m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh.

93 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nrs. 103-104.

94 Iets anders is dat een aandeelhouder in voorkomende gevallen op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid en/of de maatschappelijke betamelijkheid niet aan de betreffende (stem)overeenkomst gehouden kan worden (vgl. artikelen, 2:8, 6:2, 6:248 en 6:162 BW). Zie: Assink/Slagter 2013, § 45.3, p. 841.



## HOOFDSTUK 6

Daarnaast is het ook mogelijk om bij overeenkomst tussen alle aandeelhouders op bepaalde punten af te wijken van de statuten.<sup>95</sup> Zo lijkt mij toelaatbaar dat voor wat betreft een statutair goedkeuringsrecht wordt overeengekomen dat:

- (i) het goedkeuringsbesluit door de algemene vergadering wordt genomen met een grotere meerderheid dan statutair voorgeschreven;
- (ii) het goedkeuringsbesluit door de algemene vergadering wordt genomen met een kleinere meerderheid dan statutair voorgeschreven;
- (iii) in afwijking van de statuten het bestuur voor bepaalde besluiten in het geheel geen voorafgaande goedkeuring behoeft; of
- (iv) wordt afgeweken van de materiële inhoud van de statutaire bepaling, bijvoorbeeld door het bedrag van een rechtshandeling waarvoor goedkeuring moet worden verkregen lager (of hoger) te stellen, of om nadere precisering (of juist veralgemenisering) van die statutaire bepaling aan te brengen.<sup>96</sup>

Voor een statutair instructierecht kan gedacht worden aan een overeenkomst die ertoe strekt dat de aandeelhouders van dit recht geen gebruik zullen maken of instructies zullen beperken tot bepaalde specifieke gevallen en/of onderwerpen. Hoewel de Hoge Raad in enkele arresten uit de eerste helft van de twintigste eeuw heeft geoordeeld dat statutaire regels zelfs niet door een unaniem aandeelhoudersbesluit terzijde kunnen worden gesteld,<sup>97</sup> vraag ik mij met Van Solinge en Nieuwe Weme af in hoeverre deze regel thans nog onverkort geldt.<sup>98</sup> Tegen bovenstaande contractuele afwijkingen van de statuten kan, zeker nu zij derden niet raken, toch geen bezwaar bestaan? M.i. verdient de leer uit het Eugen Mehler-arrest en het Merito-arrest in die zin dan ook relativering.<sup>99</sup>

Een uitzondering op het voorgaande dient evenwel gemaakt te worden voor de statutaire doelomschrijving en statutaire geboden en verboden die tot het doel

---

95 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2021, nr. 180; Blanco Fernández 2005, p. 518-520.

96 Zie voor een voorbeeld van een dergelijke overeenkomst: OK 27 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3484, r.o. 3.16. In dat geval werd voor wat betreft een statutaire bepaling – inhoudende dat een transactie waarmee een belang van € 5.000,- of meer gemoeid is aandeelhoudersgoedkeuring behoeft – door de aandeelhouders in een zgn. ‘sabbatical overeenkomst’ een uitzondering overeengekomen, welke inhield dat rechtshandelingen waarmee een bedrag gemoeid was tot € 50.000,- bij meerderheid van stem genomen kon worden in plaats van door de voltallige aandeelhoudersvergadering.

97 HR 8 april 1938, *NJ* 1938/1076 (Eugen Mehler) m.nt. P. Scholten; HR 16 juni 1944, *NJ* 1944/443 (Merito).

98 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 102. Zie hierover ook: Nowak 2014, p. 344.

99 HR 8 april 1938, *NJ* 1938/1076 (Eugen Mehler) m.nt. P. Scholten; HR 16 juni 1944, *NJ* 1944/443 (Merito).

van de vennootschap gerekend kunnen worden (denk bijvoorbeeld aan een verbod op het verkrijgen van registergoederen of een gebod om de goederen van de vennootschap steeds goed verzekerd te houden).<sup>100</sup> Een contractuele uitbreiding *c.q.* verruiming van de statutaire doelomschrijving of een inperking dan wel terzijdestelling van een statutair gebod of verbod zal vanwege de externe werking van artikel 2:7 BW (zie daarover paragraaf 5.2.3) niet aanvaardbaar zijn. Tegen een contractuele verenging van de statutaire doelomschrijving of uitbreiding van een statutair verbod zal daarentegen dan weer geen bezwaar bestaan.

## 6.5 Gevolgen niet-nakoming contractuele beperking bestuursbevoegdheid

### 6.5.1 *Interne gevolgen*

Indien een bestuurder een statutaire beperking van de bestuursbevoegdheid overtreedt, zoals een statutaire goedkeuringsregeling, maakt dit dat een bestuurder in beginsel aansprakelijk is op grond van artikel 2:9 BW. Zo overwoog de Hoge Raad in Schwandt/Berghuizer Papierfabriek:<sup>101</sup>

“Onderdeel 2.1 slaagt. Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of van een ernstig verwijt sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, moet in dit verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Indien de aldus aangesproken bestuurder echter feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert, dient de rechter deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken.”

Verreweg de meeste statutaire beperkingen aan de bestuursbevoegdheid, zoals de doelomschrijving, goedkeuringsregelingen en allerhande geboden en verboden zullen in de kern beogen de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te beschermen.<sup>102</sup> De overtreding van dergelijke statutaire bepalingen vestigt als uitgangspunt aansprakelijkheid ten opzichte van de vennootschap,

---

100 Zie over statutaire geboden en verboden paragraaf 5.6.

101 HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.4.5.

102 Aan het beschermend karakter van een statutair instructierecht kan evenwel worden getwijfeld.

## HOOFDSTUK 6

doch niet tegenover individuele aandeelhouders. Eventuele schade van aandeelhouders zal doorgaans bestaan uit een waardevermindering van hun aandelen. Ingevolge de Poot/APB-doctrine<sup>103</sup> hebben de aandeelhouders met betrekking tot dergelijke ‘afgeleide schade’ geen zelfstandig vorderingsrecht jegens de bestuurders.

Wat geldt nu indien de betreffende beperking niet is vastgelegd in de statuten, maar in een rechtstreekse overeenkomst tussen bestuurders en aandeelhouders? Maakt dit de zaak nu wezenlijk anders? Een belangrijk uitgangspunt is dat er gecontracteerd wordt binnen de vennootschappelijke orde omtrent de uitoefening van de bestuurstaak. Dat maakt dat – los van het algemene verbintenissenrecht – ook vennootschapsrechtelijke normen van belang zijn. Zo wordt onder meer de contractuele redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW gekleurd door de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Een ander belangrijk verschil met een zuivere verbintenisrechtelijke relatie is dat voor wat betreft de aansprakelijkheid van een bestuurder wegens de tekortkoming in de nakoming van zijn overeenkomst *ex* artikel 6:74 BW, m.i. de ernstig verwijt maatstaf van artikel 2:9 BW dient te worden toegepast. Dit volgt onder meer uit de arresten TMF Netherlands<sup>104</sup> en Nutsbedrijf Westland, waarbij de Hoge Raad de ernstig verwijt-maatstaf toepaste op een verbintenis uit onrechtmatige daad, respectievelijk een verbintenis uit (arbeids)overeenkomst. In dit laatste arrest overwoog de Hoge Raad:<sup>105</sup>

“Bij de beantwoording van deze vraag moet het volgende worden vooropgesteld. *Art. 2:9 BW houdt een norm in voor het handelen van een bestuurder van een rechtspersoon bij de vervulling van de hem opgedragen taak. In de rechtspraak is aangenomen dat aansprakelijkheid wegens schending van die norm slechts bestaat indien de bestuurder van zijn handelen een ernstig verwijt kan worden gemaakt.* Art. 7:661 BW bevat een norm ter zake van de vergoeding van schade die door de werknemer aan de werkgever of aan een derde is toegebracht bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Eerst indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, is hij jegens de werkgever aansprakelijk voor de door hem toegebrachte schade.

De beide bepalingen impliceren dus een beperking van de aansprakelijkheid van de bestuurder respectievelijk werknemer voor schade die zij, kort gezegd, binnen de uitoefening van hun werkzaamheden, hebben toegebracht. *De reikwijdte van die bepalingen is evenwel niet beperkt tot vorderingen die zijn gebaseerd op een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voor de bestuurder respectievelijk werknemer*

103 HR 2 december 1994, NJ 1995/288 (Poot/ABP) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.4.1.

104 HR 30 maart 2018, NJ 2018/330 (TMF Netherlands) m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.4.2.

105 HR 2 maart 2007, NJ 2007/240 (Nutsbedrijf Westland) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.4.4.

## CONTRACTUELE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

*voortvloeit uit zijn (arbeids)overeenkomst. Zij zullen evenzeer toepassing kunnen en moeten vinden indien, onafhankelijk van een dergelijke toerekenbare tekortkoming, sprake is van een onrechtmatige daad die is begaan bij de taakvervulling van de bestuurder respectievelijk bij de uitvoering door de werknemer van de arbeidsovereenkomst. Hetzelfde moet worden aangenomen in het daarvan te onderscheiden geval dat de aan de bestuurder of werknemer verweten onrechtmatige daad in zodanig verband staat met die taakvervulling of uitvoering, dat de strekking van de desbetreffende bepaling (art. 2:9 respectievelijk art. 7:661 BW) zich tegen een verdergaande aansprakelijkheid verzet.” [curs. JT]*

Zoals Timmerman schrijft leidt het handelen in de hoedanigheid van bestuurder via het begrip ernstig verwijt tot een aangepaste toepassing van het algemene aansprakelijkheidsrecht van Boek 6 BW.<sup>106</sup> De consequentie daarvan is voor mij dat bij een toepassing van de ernstig verwijt maatstaf in contractuele verhoudingen, ook het Schwandt/Berghuizer Papierfabriek-arrest<sup>107</sup> toegepast dient te worden. Dat betekent dat indien de betreffende contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid beoogde de vennootschap te beschermen – wat bij een goedkeuringsrecht veelal het geval zal zijn – de aansprakelijkheid van de bestuurder bij niet-nakoming in beginsel een gegeven is (behoudens eventueel door de bestuurder aangevoerde feiten en omstandigheden die tot de conclusie kunnen leiden dat zijn handelen geen ernstig verwijt oplevert).

Dan naar de schadevergoeding. Kan een aandeelhouder in geval van een tekortkoming in de nakoming van een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid, de bestuurder rechtstreeks aanspreken tot schadevergoeding? Zoals hierboven al kort aangestipt zou bij een overtreding van een statutaire beperking, de aandeelhouder op grond van de Poot/ABP-doctrine<sup>108</sup> geen zelfstandige vordering op de bestuurder hebben voor zijn ‘afgeleide schade’. Een uitzondering op deze hoofdregel is slechts mogelijk in geval er jegens de betreffende aandeelhouder een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden.<sup>109</sup> Deze normschending kan gelegen zijn in een onrechtmatige daad of wanprestatie jegens de aandeelhouder.<sup>110</sup> Bij een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid ligt de zaak gecompliceerder. Zoals in paragraaf 6.3 uiteengezet kunnen der-

106 Timmerman 2017, p. 27. Een ander aspect van de hoedanigheid van bestuurder is dat ook de klachtplicht van artikel 6:89 BW niet van toepassing is in geval van bestuurdersaansprakelijkheid. Zie daarover Kroeze 2015, p. 186.

107 HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.4.5.

108 HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 (Poot/ABP) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.4.1.

109 Zie nader over deze uitzondering op de Poot/ABP-doctrine: Assink 2012b, p. 328 e.v. en voorts: HR 2 november 2007, *JOR* 2007/302 (Kessock/SFT Bank) m.nt. B.F. Assink, r.o. 3.4.

110 Zie de noot van Assink onder nr. 8 bij: HR 2 november 2007, *JOR* 2007/302 (Kessock/SFT Bank) m.nt. B.F. Assink.

## HOOFDSTUK 6

gelijke beperkingen immers tussen verschillende partijen worden overeengekomen. In de gevallen waarin er geen rechtstreekse contractuele relatie bestaat tussen de bestuurders en de aandeelhouder<sup>111</sup> dient m.i. de Poot/ABP-doctrine onverkort te worden toegepast. Dergelijke gevallen zijn goed vergelijkbaar met de schending van een statutaire beperking van de bestuursbevoegdheid – in beide scenario's zal de vordering steeds gestoeld zijn op de onrechtmatige daad *ex* artikel 6:162 BW – en dienen m.i. dan ook op gelijke wijze te worden behandeld. Complexiteit ontstaat in het geval er wel een rechtstreekse contractuele relatie bestaat tussen de bestuurder en de aandeelhouder.

De schade van de aandeelhouder zal echter ook in dat geval bestaan uit de waardevermindering van zijn aandelen als gevolg van schade aan het vermogen van de vennootschap. Bijvoorbeeld het geval waarin de bestuurder namens de vennootschap een investering heeft gedaan zonder de overeengekomen voorafgaande toestemming van de aandeelhouder.<sup>112</sup> Ook dan is er – ondanks de rechtstreekse contractuele band tussen bestuurder en aandeelhouder – sprake van 'afgeleide schade'.<sup>113</sup> Kroeze heeft eens – in het kader van het Van der Heijden Congres – de in de rechtspraak en literatuur genoemde bezwaren tegen rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade aan de aandeelhouder op een rij gezet.<sup>114</sup> Deze – zoals hij het noemt – doelmatigheids- en rechtvaardigheidsargumenten betreffen:

- (i) rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade kan inbreuk maken op de geldende rangorde tussen crediteuren en aandeelhouders van de vennootschap;
- (ii) rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade kan inbreuk maken op de geldende rangorde tussen de aandeelhouders onderling;
- (iii) rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade kan inbreuk maken op de kapitaalbeschermingsregels;

---

111 De gevallen waarin: (i) de bestuurder contracteert met de vennootschap, (ii) de vennootschap contracteert met de aandeelhouder, of (iii) de aandeelhouders onderling contracteren.

112 De vraag naar de exacte hoogte van de schade laat ik hier buiten beschouwing. Indien het bestuur bijvoorbeeld € 1.000.000,- geïnvesteerd heeft in machines, is de schade aan het vermogen van de vennootschap (en daarmee van de gezamenlijke aandeelhouders) waarschijnlijk aanzienlijk kleiner dan dat bedrag.

113 Zie: Kroeze 2004, p. 11-17 en Kroeze 2012, p. 35, die afgeleide schade terecht beschouwt als een 'feitelijk' begrip. Het gaat om schade aan de aandelen via het vermogen van de vennootschap. In gelijke zin: Assink 2012b, p. 312. Zie in dit verband tevens HR 12 oktober 2018, *JOR* 2019/30 (Potplantenkwekerij/Gilze en Rijen) m.nt. J. de Bie Leuveling Tjeenk, r.o. 3.5.2 voor het geval waarin schade van een aandeelhouder liep via het vermogen van de vennootschap, waarbij de schadeveroorzakende gedraging van de gemeente als zodanig onrechtmatig was ten opzichte van de aandeelhouder (en derhalve voor vergoeding in aanmerking kon komen) maar niet ten opzichte van de vennootschap. Ook in dit geval is dus sprake van afgeleide schade (maar speelde de Poot/ABP-doctrine geen rol. Vgl. ro. 3.4.2-3.4.3).

114 Kroeze 2012, p. 32-33.

## CONTRACTUELE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

- (iv) een rechtstreeks vorderingsrecht tot vergoeding van afgeleide schade van individuele directe of indirecte aandeelhouders kan leiden tot een oncontroleerbare stroom aan procedures;
- (v) een rechtstreeks vorderingsrecht tot vergoeding van afgeleide schade van individuele directe of indirecte aandeelhouders kan ertoe leiden dat de schadeveroorzaker tweemaal dezelfde schade moet vergoeden (en de aandeelhouder direct of indirect tweemaal wordt gecompenseerd); en
- (vi) een rechtstreeks vorderingsrecht tot vergoeding van afgeleide schade van individuele directe of indirecte aandeelhouders maakt inbreuk op de bestuursautonomie met betrekking tot het vennootschapsvermogen.<sup>115</sup>

Deze bezwaren<sup>116</sup> zullen m.i. eveneens in contractuele verhoudingen spelen indien de vennootschap bij de gemaakte afspraken partij is of de tekortkoming van de bestuurders anderszins een tekortkoming of onrechtmatige daad jegens de vennootschap oplevert. Kroeze heeft voor het normaaltype ‘afgeleide schade gevallen’, een voorrangregeling gesuggereerd die inhoudt dat de schade van de aandeelhouder alleen wordt vergoed indien en voor zover er daarvan geen indirecte vergoeding via het vermogen van de vennootschap plaatsvindt.<sup>117</sup> De aanvaardbaarheid van een dergelijke voorrangregeling baseert hij op het Lunderstädt/De Kok-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat het belang van een behoorlijke afwikkeling van een faillissement kan meebrengen dat indien een curator en een schuldeiser op grond van hetzelfde feitencomplex een vordering instellen jegens een derde, eerst op de vordering van de curator en vervolgens op die van die individuele schuldeiser dient te worden beslist.<sup>118</sup> M.i. zou een dergelijke voorrangregeling binnen de vennootschappelijke context gebaseerd kunnen worden op de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 lid 1 BW. Waar de vennootschap geen partij is bij de betreffende overeenkomst en er ook verder geen sprake is van een tekortkoming of onrechtmatige daad ten opzichte van de vennootschap, zal tegen een schadevergoedingsactie door een aandeelhouder m.i. echter geen bezwaar bestaan.<sup>119</sup> Overigens zullen partijen en hun adviseurs in de praktijk de problematiek omtrent de afgeleide schade bij contractuele

---

115 Het bestuur kan valide redenen hebben om bepaalde schadevergoedingsvorderingen niet namens de vennootschap in te stellen of er kan een verschil van inzicht bestaan omtrent de juridische haalbaarheid daarvan, aldus Kroeze 2012, p. 33.

116 Timmerman 2013, p. 117 noemt nog als argument dat de aandeelhouders eerst hun vennootschapsrechtelijke bevoegdheden dienen aan te wenden om de schade van de vennootschap vergoed te verkrijgen.

117 Kroeze 2012, p. 37-38. Zie tevens de conclusie van A-G Timmerman: Parket bij de Hoge Raad, 20 juni 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC4959 (Willemsen/NOM), par. 5.25, die anders dan Kroeze de voorrangregel baseert op HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 (Poot/ABP) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.4.1.

118 HR 21 december 2001, *NJ* 2005/95 (Lunderstädt/De Kok) r.o. 3.4.5.

119 Vgl. HR 12 oktober 2018, *JOR* 2019/30 (Potplantenkwekerij/Gilze en Rijen) m.nt. J. de Bie Leuveling Tjeenk, r.o. 3.5.2.

## HOOFDSTUK 6

beperkingen van de bestuursbevoegdheid trachten te vermijden door het opnemen van een boetebeding.<sup>120</sup>

Vervolgens nog de vraag of een niet-nakoming van een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid gevolgen heeft voor de geldigheid van de bestuurlijke besluitvorming. Deze vennootschapsrechtelijke gevolgen worden ook wel aangeduid met de term *vennootschappelijke werking* (of *doorwerking*) van de overeenkomst.<sup>121</sup> Evenals Nowak, Oostwouder en Wessel versta ik onder het begrip vennootschappelijke werking: *de gevolgen van de niet-nakoming van een contractuele afspraak voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming binnen de vennootschap*.<sup>122</sup>

Lange tijd is voor het antwoord op deze vraag de zgn. Wennex-leer het uitgangspunt geweest. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad – over een stem die was uitgebracht in strijd met een stemovereenkomst:<sup>123</sup>

“dat toch de aandeelhouder, ondanks deze gebondenheid jegens zijn medecontractant en de rechten die deze bij niet nakoming tegen hem heeft, in de vennootschap de macht over de door hem uit te brengen stem behoudt, zoodat hij over de uitoefening van het stemrecht ter algemeene vergadering beslist en de door hem uitgebrachte stem geldig is, zelfs al is gestemd in strijd met zijn contractuele verplichting.”

Sinds het begin van deze eeuw is dit uitgangspunt – met name gedreven door de (lagere) rechtspraak en literatuur – aan verandering onderhevig.<sup>124</sup> Het belang van contractuele verhoudingen binnen de vennootschappelijke orde is toegenomen.<sup>125</sup> Zo overwoog de Hoge Raad in zijn Cancun-beschikkingen dat in geval van een joint venture-vennootschap het belang van de vennootschap mede wordt bepaald door de aard en de inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking.<sup>126</sup> In de lagere rechtspraak hebben rechters zich bereid getoond om besluiten van de algemene vergadering – genomen in strijd met een tussen de aandeelhouders gesloten aandeelhoudersovereenkomst – op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b BW te vernietigen wegens strijd met de redelijkheid

---

120 Vlg. artikel 6:91 BW e.v.

121 Zie bijvoorbeeld: Assink/Slagter 2013, § 45.3, p. 843; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 387.

122 Nowak 2014, p. 342; Oostwouder/Wessel 2015, p. 4.

123 HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/465 (Wennex).

124 Zie daarover: Schutte-Veenstra 2016, p. 16-17; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 107. Zie over de ontwikkeling in de doctrine: Van Duuren 2012, p. 145-148; Assink/Slagter 2013, § 45.3, p. 843-844.

125 OK 8 mei 2002, *JOR* 2002/112 (Broadnet) m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 3.3; OK 20 mei 1999, *JOR* 2000/72 (Versatel) m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 3.4.

126 HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 (Cancun) m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 4.2.1.

en billijkheid die door artikel 2:8 BW wordt geëist.<sup>127</sup> Een dergelijke benadering – oftewel vennootschappelijke doorwerking – past m.i. ook bij bestuursbesluiten genomen in strijd met een contractuele beperking. Het is daarbij m.i. niet noodzakelijk dat de betreffende bestuurders of de vennootschap bij deze overeenkomst partij zijn.<sup>128</sup> Wel vereist is dat alle aandeelhouders bij de overeenkomst partij zijn of met de inhoud daarvan hebben ingestemd. Zie hierover paragraaf 6.3. Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat van doorwerking bij een schending van een contractuele bepaling als *automatisme* allerm minst sprake is.<sup>129</sup> De redelijkheid en billijkheid die de kring van de bij de vennootschap betrokkenen op grond van artikel 2:8 lid 1 BW jegens elkaar in acht hebben te nemen en waarop de vennootschappelijke doorwerking is gebaseerd wordt immers ingevuld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Zo kan het vennootschappelijk belang<sup>130</sup> of een uit diezelfde redelijkheid en billijkheid voortvloeiende en op het bestuur rustende zorgvuldigheidsplicht<sup>131</sup> aan doorwerking in de weg staan.

#### 6.5.2 Externe gevolgen?

Thans ligt de vraag voor of de niet-nakoming van een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid ook gevolgen kan hebben in de relatie met derden. Denk daarbij wederom aan het aangaan van een overeenkomst door het bestuur zonder de overeengekomen voorafgaande toestemming van de algemene vergadering. In beginsel biedt de wet – gelet op het bepaalde in artikel 2:130/240 lid 3 BW – daartoe weinig ruimte. Dit artikel luidt:

“Bevoegdheid tot vertegenwoordiging die aan het bestuur of aan een bestuurder toekomt is onbeperkt en onvoorwaardelijk, *voor zover uit de wet niets anders voortvloeit*. [...]” [*curs.* JT]

127 Zie o.a.: Rb. Amsterdam 16 januari 2014, *JOR* 2014/157 (Kekk/Delfino) m.nt. R.G.J. Nowak; Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (Vanka-Kawat) m.nt. J.M. Blanco Fernández; Rb. Middelburg 14 april 1998, *JOR* 2000/25 (VenV). Anders evenwel: Rb. Gelderland 27 januari 2016, *JOR* 2016/92 m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 4.5, die onverkort de Wennex-leer lijkt toe te passen.

128 Zie voor de verschillende standpunten daarover in de literatuur: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 107, sub c.

129 In kritische zin over vennootschappelijke doorwerking als hoofdregel: Assink/Slagter 2013, § 45.3, p. 843-844.

130 Zie in dit verband: Gerechtshof Amsterdam 13 januari 2015, *JOR* 2015/69 (Kekk/Delfino) m.nt. R.G.J. Nowak, r.o. 3.8 waarin het hof oordeelde dat een vordering tot nakoming van een in een aandeelhoudersovereenkomst opgenomen bepaling die ertoe strekt te voorkomen dat een bestuurder/aandeelhouder tegen zijn zin ontslagen kan worden, terwijl een (grote) meerderheid van de aandeelhouders dat wenst, met het oog op het belang van de vennootschap al spoedig naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten worden geacht. Een vordering tot vernietiging van het ontslagbesluit *ex* artikel 2:15 lid 1 sub b BW zal m.i. op dezelfde grond stranden.

131 HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 (Cancun) m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 4.2.2.



## HOOFDSTUK 6

Onder deze laatste gecursiveerde passage valt slechts een beperkt aantal uitzonderingen, waarvan de statutaire *twee-handtekeningen-clausule*<sup>132</sup> een veel voorkomend voorbeeld is.<sup>133</sup> Een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid behoort in ieder geval niet tot deze wettelijke uitzonderingen. Rechtszekerheid in het handelsverkeer en de bescherming van derden zijn het uitgangspunt bij deze vertegenwoordigingsregeling.<sup>134</sup> Daarenboven geldt voor overeenkomsten het zogenaamde relativiteitsbeginsel, hetgeen inhoudt dat een overeenkomst in beginsel slechts rechtsbetrekkingen tot stand doet komen tussen de partijen die haar aangingen.<sup>135</sup> Desalniettemin is er een aantal gevallen denkbaar waarin dergelijke beperkingen toch *extern effect* zouden kunnen hebben.

Ten eerste kan artikel 6:248 lid 2 BW eraan in de weg staan dat een derde zich op een overeenkomst met de vennootschap – gesloten in weerwil van een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid – beroept. Daarbij is de enkele bekendheid van de derde met het bestaan van de beperking onvoldoende.<sup>136</sup> Zo overwoog de Hoge Raad in het Bibolini-arrest:<sup>137</sup>

“De NV kan zich derhalve op een [JT: bij besluit van de algemene vergadering aan het bestuur opgelegde] bevoegdheidsbeperking als door het Hof is aangenomen jegens derden niet beroepen. Daarbij maakt het – anders dan door het Hof is aangenomen – in beginsel geen verschil of degene die met de NV handelde van deze bevoegdheidsbeperking – waaraan in de verhouding tussen directeur en NV wel werking toekomt – op de hoogte was. Wel kan het zich voordoen dat in de omstandigheden van het gegeven geval degene die met de NV handelde zich in strijd met de goede trouw zou gedragen door de NV aan de met deze gesloten overeenkomst te houden, indien hij ondanks de hem bekende bevoegdheidsbeperking toch deze

---

132 Een dergelijke statutaire regeling luidt bijvoorbeeld: “*Het bestuur vertegenwoordigt de vennootschap. Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid komt mede toe aan twee bestuurders gezamenlijk handelend.*”

133 Zie nader omtrent wettelijk toegelaten beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid: Assink/Slagter 2013, § 18.1, p. 359-361; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nrs. 398-399; Hollemans/Schwarz 2016, p. 114-115.

134 Van Vught 2021b, p. 97.

135 Zie omtrent het relativiteitsbeginsel nader de conclusie van A-G Wesseling-van Gent: Parket bij de Hoge Raad, 26 januari 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ1084 (Van de Ven/Sleegers) par. 2.3 e.v.

136 Van Vught 2021b, p. 98 merkt op basis van een analyse van de beperkte jurisprudentie ter zake op dat aanwezige kennis bij de wederpartij van de interne bevoegdheidsbeperking een vereiste is, maar niet steeds hoeft te worden aangetoond door de vennootschap die zich op de Bibolini-exceptie beroept. Een nauwe band tot de vennootschap wordt in de rechtspraak vaak als hefboom gebruikt om kennis aan de wederpartij toe te rekenen of te veronderstellen. Vgl. Van Vught 2021b, p. 104.

137 HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (Bibolini) m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3.

## CONTRACTUELE BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

overeenkomst aanging, waarbij mede van belang kan zijn dat hijzelf bij de totstandkoming van het Besluit van de aandeelhoudersvergadering waarbij deze bevoegdheidsbeperking werd opgelegd, betrokken is geweest. [...]"

Naast bekendheid met de beperking zijn dus bijkomende omstandigheden vereist. De Hoge Raad noemt er zelf één: het feit dat de derde heeft meegewerkt aan de totstandkoming van de bevoegdheidsbeperking. Daarnaast is er met name in de lagere rechtspraak invulling gegeven aan deze bijkomende omstandigheden. Genoemd kunnen onder meer worden: de bijzondere nadeligheid van de betreffende transactie voor de vennootschap<sup>138</sup> en de bekendheid van de derde met het feit dat het bevoegde orgaan nimmer met het handelen van de betreffende bestuurder zou hebben ingestemd.<sup>139</sup> Als verdere omstandigheden noemt Assink nog het feit dat de derde een actieve rol speelde bij het bewerkstelligen van de interne bevoegdheidsoverschrijding en het feit dat de derde door de vennootschap, althans door de handelend bestuurder, uitdrukkelijk is gewezen op de beperking van de bestuursbevoegdheid.<sup>140</sup> Van Vught constateert op basis van de beschikbare rechtspraak dat in alle gevallen waarin een beroep op de Bibolini-exceptie slaagde, sprake was van een tegenstrijdig belang bij de bestuurder die namens de vennootschap handelde.<sup>141</sup> Mede tegen de achtergrond van de (wettelijke) tegenstrijdig belang regeling (zie daarover paragraaf 4.5) komt hij evenwel tot de m.i. terechte conclusie dat de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang als zodanig niet volstaat.<sup>142</sup> De bijkomende omstandigheden dienen verder te gaan dan alleen de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang.

---

138 Zie: Gerechtshof Amsterdam 12 augustus 2008, *JOR* 2008/264 m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 4.9; Rb. Rotterdam 19 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1846, r.o. 4.12. Vlg. Van Vught 2021b, p. 102 speelt de nadeligheid van de rechtshandeling die voor de wederpartij kenbaar is (of had moeten zijn) een rol in alle uitspraken waarin een beroep wordt gedaan op de Bibolini-leer.

139 Rb. Amsterdam 30 september 2015, *JOR* 2016/182 m.nt. J. van Bekkum r.o. 6.28. In deze zaak ging het om de wettelijke tegenstrijdig belang regeling zoals deze gold vóór 1 januari 2013, waarbij aan de algemene vergadering – indien er sprake was van een tegenstrijdig belang tussen de bestuurder en de vennootschap – de gelegenheid moest worden geboden een of meer personen aan te wijzen die de vennootschap bij de betreffende transactie zouden vertegenwoordigen. De enkele wetenschap dat de algemene vergadering gepasseerd is, is echter onvoldoende voor een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW. Zie: Rb. Rotterdam 27 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6100, r.o. 7.2.3. In deze laatstgenoemde zaak strandde evenwel het beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid omdat, aldus de rechtbank, gedurende een relevante periode daadwerkelijk uitvoering was gegeven aan de gewraakte (dienstverlenings)overeenkomst.

140 Assink/Slagter 2013, § 18.1, p. 356. In zijn noot bij HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (Bibolini) m.nt. J.M.M. Maeijer noemde Maeijer als omstandigheden samenspanning met de bestuurder, uitlokking om te handelen in strijd met de bevoegdheidsbeperking; handelen van de wederpartij ten eigen profijte en de bijzondere nadeligheid van de transactie voor de rechtspersoon.

141 Van Vught 2021b, p. 100.

142 Van Vught 2021b, p. 102.

## HOOFDSTUK 6

Ten tweede zou het leerstuk van het profiteren van een wanprestatie – een species van de onrechtmatige daad *ex* artikel 6:162 BW – mogelijkheden kunnen bieden. Het uitgangspunt is echter dat iemand die handelt met een ander terwijl hij weet dat die ander daardoor een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf tegenover die derde nog geen onrechtmatige daad pleegt.<sup>143</sup> Daarvoor zijn eveneens bijkomende omstandigheden vereist.<sup>144</sup> In zijn arrest van 17 mei 1985 noemt de Hoge Raad – naast de omstandigheid dat de profiterende partij kennis had van het beding en zich van de strekking bewust was – als verdere omstandigheden het door de derde geleden nadeel als gevolg van de wanprestatie alsmede de voorzienbaarheid daarvan, het door de profiterende partij te genieten voordeel, en ten slotte de mate waarin de profiterende partij de wanprestatie heeft bevorderd.<sup>145</sup> Voor dit laatste geldt evenwel – aldus de Hoge Raad – dat dit geen noodzakelijke voorwaarden is om onrechtmatigheid te kunnen aannemen.<sup>146</sup> In het arrest Joba/Tjin-Hin-tjoe noemt de Hoge Raad nog als bijkomende omstandigheid de onevenredigheid tussen het belang bij nakoming van de overeenkomst en het belang dat bestaat bij het kunnen uitoefenen van een recht.<sup>147</sup> Ook overwoog de Hoge Raad dat indien een partij bij het sluiten van de overeenkomst niet bekend was met het beding dat werd geschonden, maar daarna met het betreffende beding bekend raakte en desalniettemin nakoming nastreefde daarmee nog niet een onrechtmatige daad pleegde. Ook in dat geval zijn bijkomende omstandigheden vereist.<sup>148</sup>

Tussen beide hierboven genoemde gevallen bestaat een groot aantal overeenkomsten. Zo dient in beide gevallen de derde bekend te zijn met de contractuele beperking van de bevoegdheid van het bestuur en dient er sprake te zijn van bijkomende omstandigheden. Het komt mij voor dat bijkomende omstandigheden die maken dat een derde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep op een overeenkomst kan doen tevens kunnen leiden tot de conclusie dat deze derde onrechtmatig handelde jegens de partij(en) met wie de bestuurder een beperking van zijn bevoegdheid was overeengekomen (en *vice versa*). Al met al zal m.i. door de combinatie van: (i) de eis van bekendheid van de derde met de contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid, en (ii) de door de Hoge Raad eveneens vereiste bijkomende omstandigheden, een

---

143 HR 12 januari 1962, *NJ* 1962/246.

144 Zie onder meer: HR 23 december 2006, *NJ* 2006/33; HR 8 december 1989, *NJ* 1990/217; HR 17 mei 1985, *NJ* 1986/760 m.nt. C.J.H. Brunner; W.M. Kleijn.

145 HR 17 mei 1985, *NJ* 1986/760 m.nt. C.J.H. Brunner; W.M. Kleijn, r.o. 3.3. Zie voorts: HR 17 november 1967, *NJ* 1968/42 (Pos/Van den Bosch) m.nt. G.J. Scholten, waarin de Hoge Raad sprak over de bijzondere vertrouwenspositie die Pos ten opzichte van de wanpresterende partij innam en de invloed die hij op haar kon uitoefenen.

146 HR 17 mei 1985, *NJ* 1986/760 m.nt. C.J.H. Brunner; W.M. Kleijn, r.o. 3.4.

147 HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/194 (Joba/Tjin-Hin-Tjoe), r.o. 3.4.

148 HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/194 (Joba/Tjin-Hin-Tjoe), r.o. 3.4.

geslaagd beroep op artikel 6:248 lid 2 BW of artikel 6:162 BW jegens een derde een zeldzaamheid zijn.

## 6.6 Conclusie

De eerste vraag die in dit hoofdstuk aan de orde kwam is of contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid mogelijk is. Het antwoord daarop luidt dat het niet mogelijk is om de bij wet of statuten aan het bestuur toegekende bevoegdheden contractueel aan het bestuur te ontnemen of met privatieve werking aan andere organen van de vennootschap over te dragen. Het is echter wel mogelijk om met het bestuur afspraken te maken omtrent de wijze waarop de bestuursbevoegdheden worden uitgeoefend. Een mogelijke spanning tussen contractuele verplichting en vennootschapsrechtelijke plicht wordt opgelost via de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid, als gevolg waarvan de vennootschapsrechtelijke plicht prevaleert.

Het orgaan bestuur kan als zodanig niet rechtsgeldig omtrent zijn bevoegdheid contracteren. Individuele bestuurders kunnen dat wel maar binden slechts zichzelf. Het beginsel van de persoonlijke taakuitoefening en het collegialiteitsbeginsel stellen grenzen daaraan. De verplichting om bepaalde bestuursbesluiten te onderwerpen aan de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering of om bepaalde concrete instructies op te volgen kunnen slechts door alle bestuurders gezamenlijk worden aangegaan. De vennootschap kan dergelijke beperkingen ook overeenkomen, mits vertegenwoordigd door alle bestuurders dan wel vertegenwoordigd door een of enkele daartoe bevoegde bestuurders op basis van een unaniem bestuursbesluit. Vennootschapsrechtelijke beginselen zoals de openbaarheid van inrichting en de gelijke behandeling van aandeelhouders staan als uitgangspunt aan overeenkomsten met individuele aandeelhouders in de weg. Alle aandeelhouders dienen partij te zijn bij een dergelijke overeenkomst, althans daarmee te hebben ingestemd. Voor beursvennootschappen geldt om praktische redenen een uitzondering op deze regel. Beperkingen aan de bestuursbevoegdheid kunnen ook worden vastgelegd in overeenkomsten tussen een bestuurder en de vennootschap zoals een arbeidsovereenkomst. Daarenboven kunnen bestuurders gebonden zijn aan contractuele afspraken omtrent de bestuursbevoegdheid waarbij zij niet direct partij zijn.

Voor wat betreft de inhoud van de contractuele beperkingen van de bestuursbevoegdheid geldt dat wat statutair kan worden geregeld, ook in een overeenkomst kan worden vastgelegd. De in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid verzet zich daar niet tegen en ook de kenbaarheid van dergelijke afspraken voor derden is slechts beperkt relevant. Voorts is het mogelijk om beperkingen aan de bestuursbevoegdheid overeen te komen die naar de letter van de wet statutair niet zijn toegestaan. Daarnaast kan bij overeenkomst ook op bepaalde

## HOOFDSTUK 6

punten van statutaire beperkingen aan de bestuursbevoegdheid worden afgeweken. De leer van de Hoge Raad in het Eugen Mehler-arrest en het Merito-arrest dient te worden gerelativeerd.

Bij niet-nakoming van contractuele beperkingen van de bestuursbevoegdheid wordt het algemene verbintenissenrecht mede ingevuld aan de hand van vennootschapsrechtelijke normen. Zo dient de ernstig verwijt-maatstaf, maar ook het Schwandt/Berghuizer Papierfabriek-arrest te worden toegepast bij het antwoord op de vraag of een bestuurder ter zake van een niet-nakoming aansprakelijk is. Ook de Poot/ABP-doctrine dient toepassing te vinden. Waar de vennootschap geen partij is bij de betreffende overeenkomst en er ook verder geen sprake is van een tekortkoming of onrechtmatige daad jegens de vennootschap, zal tegen een rechtstreekse schadevergoedingsactie door een aandeelhouder jegens een bestuurder geen bezwaar bestaan. Een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid kan vennootschappelijke werking hebben in die zin dat een bestuursbesluit dat daarmee in strijd is aan vernietiging bloot staat wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. Dit is echter geen automatisme. In een aantal gevallen kan de niet-nakoming van een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid ook gevolgen hebben in de relatie tussen de vennootschap en derden. Zo kan artikel 6:248 lid 2 BW eraan in de weg staan dat een derde zich op de overeenkomst beroept (de Bibolini-leer) of pleegt de derde mogelijk een onrechtmatige daad door te profiteren van de wanprestatie van het bestuur. In beide gevallen is voor externe werking de bekendheid van de derde met de contractuele beperkingen noodzakelijk en zijn op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad bijkomende omstandigheden vereist. E.e.a. maakt dat de externe werking van contractuele beperkingen aan de bestuursbevoegdheid in de praktijk een zeldzaamheid zal zijn.

## Hoofdstuk 7. De (onvervreembare?) kern van de bestuursbevoegdheid

*“Een bestuur zonder gebied, waarop het een eigen beleid kan voeren, is een contradictie.”<sup>1</sup>*

### 7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag of er een onvervreembare ‘harde kern’ van de bestuursbevoegdheid bestaat. In paragraaf 7.2 staat als vertrekpunt het niet-ontnemingsbeginsel centraal, oftewel het beginsel dat de statuten de bestuursbevoegdheid mogen beperken, maar niet volledig aan het bestuur mogen ontnemen. Allereerst wordt gekeken naar het niet-ontnemingsbeginsel in de parlementaire geschiedenis en – in beperkte mate – naar haar oorsprong in de literatuur. Vervolgens wordt het niet-ontnemingsbeginsel van een theoretische onderbouwing voorzien. Tot slot van die paragraaf komt de vraag aan de orde of het niet-ontnemingsbeginsel nu impliceert dat er een ‘harde kern’ van de bestuursbevoegdheid bestaat die niet aan het bestuur kan en mag worden ontnomen. Paragraaf 7.3 verkent vervolgens – uitgaande van een aldaar geformuleerde hoofdregel – nadere grenzen die op grond van de wet en anderszins aan de beperking van de bestuursbevoegdheid gesteld kunnen worden. Tot besluit van dit hoofdstuk gaat paragraaf 7.4 in op de gevolgen van te vergaande beperkingen van de bestuursbevoegdheid. Daarbij wordt een onderscheid aangebracht tussen te vergaande statutaire beperkingen en contractuele beperkingen.

### 7.2 Het niet-ontnemingsbeginsel

Algemeen aanvaard is het beginsel dat de bestuursbevoegdheid in de statuten mag worden beperkt doch niet volledig aan het bestuur mag worden ontnomen.<sup>2</sup> Dit niet-ontnemingsbeginsel als zodanig is niet expliciet in de wet opgenomen.<sup>3</sup> Volgens Van Solinge en Nowak kan dit – op basis van de parlementaire geschiedenis – impliciet in artikel 2:129/239 lid 1 BW (eerste volzin)

---

1 Löwensteyn 1959, p. 196-197.

2 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 155; Assink/Slagter 2013, § 51.1, p. 903.

3 Bosse 2002, p. 36.

## HOOFDSTUK 7

worden gelezen nu daarin slechts gesproken wordt over beperkingen volgens de statuten.<sup>4</sup>

In de wetsgeschiedenis treffen wij de eerste sporen van het niet-ontnemingsbeginsel aan in het eindverslag van het wetsvoorstel tot vaststelling van boek 2 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Daarin wordt als vraag 50 aan de minister gesteld:<sup>5</sup>

“Wordt in de gewijzigde formulering van artikel 2.3.5.1 de bevoegdheid van het bestuur niet te ruim gemeten ten opzichte van die van de algemene vergadering? Is de beoogde overeenstemming in regeling op dit punt voor N.V., vereniging en stichting wel gewenst?”<sup>6</sup>

Het antwoord van de minister luidde als volgt:<sup>7</sup>

“De Minister deelde mee, dat de gestelde vraag ertoe geleid had de bepaling nogmaals te bezien. Daarbij was gebleken, dat — wat er moge zijn van het punt, dat in de vraag wordt behandeld — de bepaling in haar huidige redactie een ander bezwaar heeft: zij bepaalt zich tot het regelen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, maar zegt niets meer over de bestuursmacht. *Als er in de statuten niets daaromtrent geregeld wordt, zou men in verband met artikel 2.3.4.1 tot de conclusie kunnen komen, dat de bestuursmacht toekomt aan de algemene vergadering, hetgeen in het algemeen niet de bedoeling zal zijn.* In verband hiermede verdient het aanbeveling de bepaling aldus te lezen: „*Voor zover in de statuten niet anders is bepaald, is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap en is het bevoegd in naam van de vennootschap te handelen en in rechte op te treden.*” De gewijzigde redactie, die aansluit bij het geldende recht, beoogt geen verandering te brengen in de bevoegdheidssferen, welke bestuur en algemene vergadering volgens het huidige recht hebben (zie de Tweede Nota van Wijzigingen punt 24). Dezelfde redenen leiden ertoe, in artikel 2.2.1.20, waar hetzelfde

4 Van Solinge/Nowak 2002, p. 436. Anderzijds zou men ook kunnen betogen – gelijk het parlementslid Geurtsen zoals geciteerd in Van Zeben/Du Pon 1977, p. 1217 – dat ontneming de meest volmaakte vorm van beperking is.

5 *Kamerstukken II* 1957/58, 3769, nr. 8, p. 9.

6 De hier bedoelde tekst van artikel 2.3.5.1 luidde: “*Voor zover daaromtrent in de statuten niet anders is bepaald, is het bestuur gerechtigd om in naam van de vennootschap te handelen en in rechte op te treden.*” Zie: *Kamerstukken II* 1957/58, 3769, nr. 7, p. 23. Blijkens de memorie van antwoord, *Kamerstukken II* 1957/58, 3769, nr. 5, p. 37 was de wijziging noodzakelijk om deze in overeenstemming te brengen met de (corresponderende) artikelen voor de vereniging en de stichting.

7 *Kamerstukken II* 1957/58, 3769, nr. 8, p. 9.

## DE (ONVERVREEMDBARE?) KERN VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

punt bij de vereniging wordt geregeld, een soortgelijke wijziging aan te brengen (zie de Tweede Nota van Wijzigingen punt 13).”<sup>8</sup> [curs. JT]

Vervolgens werd bij de wet tot vaststelling van de hoofdstukken 1 en 6 van de Invoeringswet boek 2 nieuw B.W. de tekst van artikel 2.3.5.1 gewijzigd zodat deze kwam te luiden als volgt:<sup>9</sup>

“Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap en is het bevoegd in naam van de vennootschap te handelen en in rechte op te treden.”

In de memorie van antwoord werd over deze wijziging opgemerkt:<sup>10</sup>

“In de aanhef van het artikel is duidelijker – en *overeenkomstig het geldende artikel 47 Wetboek van Koophandel* – tot uitdrukking gebracht dat de statuten de in het artikel aan het bestuur toegekende bevoegdheden wel kunnen beperken, doch niet aan anderen opdragen; er is hier enig verschil tussen de vennootschap en de vereniging, waarvoor artikel 2.2.1.20 geldt.”<sup>11</sup> [curs. JT]

Enige jaren voordat het niet-ontnemingsbeginsel in deze memorie van antwoord werd vermeld, had het al zijn intreden gedaan in de Departementale Richtlijnen. In § 26 (*Beperkingen in de bestuursbevoegdheid*) van de Departementale Richtlijnen 1969, die de Departementale Opvattingen 1955 vervingen, was opgenomen:

“De statuten mogen de bestuursbevoegdheid van het bestuur beperken, doch niet aan het bestuur ontnemen. De omvang van deze beperkingen moet duidelijk uit de statuten blijken en mag niet ter bepaling worden overgelaten aan enig vennootschapsorgaan of aan derden. Toegelaten wordt een statutaire regeling inhoudend dat bepaalde bestuursbesluiten zijn onderworpen aan de goedkeuring van enig vennootschapsorgaan. Statutaire bepalingen inhoudend dat bepaalde bestuursbesluiten zijn onderworpen aan goedkeuring van derden, worden geweerd. Toegelaten wordt dat de statuten bepalen

8 De hier bedoelde tekst van artikel 2.3.4.1 luidde: “Aan de algemene vergadering van aandeelhouders behoort, binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen, alle bevoegdheid, die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend.” Zie: *Kamerstukken II 1957/58*, 3769, nr. 7, p. 21.

9 *Kamerstukken II 1972/73*, 11 005, nr. 8, p. 7.

10 *Kamerstukken II 1972/73*, 11 005, nr. 7, p. 13-14.

11 De hier bedoelde tekst van artikel 2.2.1.20 luidde: “Voor zover in de statuten niet anders is bepaald, is het bestuur belast met het besturen van de vereniging en is het bevoegd in naam van de vereniging te handelen en in rechte op te treden.” Vgl. *Kamerstukken II 1970/71* 11 005, nr. 4, p. 12.



## HOOFDSTUK 7

dat het bestuur zich in concrete, in de statuten omschreven gevallen moet gedragen naar de aanwijzingen te geven door enig vennootschapsorgaan, mits deze statutaire regeling er niet toe leidt dat het bestuur bevoegdheden worden ontnomen, die het in het kader van een normaal bedrijfsbeheer behoeft.” [curs. JT]<sup>12</sup>

In de daaropvolgende Departementale Richtlijnen 1972 werd het niet-ontnemingsbeginsel nog sterker geformuleerd. Zo luidde § 28 (*Beperkingen in de bestuursbevoegdheid*) van deze richtlijnen:

“De statuten mogen de bestuursbevoegdheid niet aan het bestuur ontnemen. Tot de bestuursbevoegdheid worden onder meer gerekend: samenwerking met en deelneming in andere vennootschappen of rechtspersonen, investeringen, benoeming en ontslag van werknemers en de vaststelling van hun arbeidsvoorwaarden. De statuten mogen de bestuursbevoegdheden van het bestuur beperken door te bepalen dat bepaalde bestuursbesluiten zijn onderworpen aan de goedkeuring van enig vennootschapsorgaan. De aard van deze besluiten moet duidelijk uit de statuten blijken en mag niet ter bepaling worden overgelaten aan enig vennootschapsorgaan of aan derden. Indien de statuten evenwel goedkeuring eisen voor bestuursbesluiten, waarmee een bepaald bedrag gemoeid is, mogen de statuten de vaststelling van dit bedrag aan het goedkeurende orgaan opdragen. Statutaire bepalingen, inhoudende dat bepaalde bestuursbesluiten zijn onderworpen aan de goedkeuring van derden, worden geweerd. Het departement zal geen bezwaar maken tegen de bepaling dat het bestuur zich moet gedragen naar de aanwijzingen betreffende de algemene lijnen van het te volgen financiële, sociale en economische beleid en van het personeelsbeleid, te geven door een vennootschapsorgaan.” [curs. JT]

Ook in de Departementale Richtlijnen 1976 (§ 32) en de Departementale Richtlijnen 1986 (§ 9) wordt het niet-ontnemingsbeginsel op een dergelijke wijze genoemd. In 1998 – bij gelegenheid van de afschaffing van het preventief toezicht waarvan de Departementale Richtlijnen een belangrijk onderdeel vormden – werd het niet-ontnemingsbeginsel eveneens expliciet vermeld in de memorie van toelichting doch niet in de wet opgenomen.<sup>13</sup>

---

12 Departementale Richtlijnen 1969, p. 27.

13 *Kamerstukken II 1998/99, 26 277*, nr. 3, p. 11. Overigens werd in diezelfde memorie van toelichting (p. 9) nog opgemerkt dat een statutaire regeling waarbij zeggenschap aan een prioriteitsaandeel wordt toebedeeld, niet zover mag gaan dat deze leidt tot een wijziging van de wettelijke verdeling van de taken en bevoegdheden tussen organen, waarbij als voorbeeld werd genoemd een bepaling die zoveel invloed aan de prioriteit geeft dat het bestuur niet langer in staat wordt gesteld om de vennootschap te besturen.

## DE (ONVERVREEMDBARE?) KERN VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

De oorsprong van het niet-ontnemingsbeginsel lijkt terug te voeren op L.E. Visser, oud-president van de Hoge Raad en de bewerker van J.G. Kist's, *Beginselen van Handelsrecht volgens de Nederlandsche Wet*. In de derde druk (nog onder het Wetboek van Koophandel 1838) valt omtrent de beperking van de bestuursbevoegdheid het navolgende te lezen:<sup>14</sup>

“In het algemeen kan men zeggen dat, behoudens beperking of uitbreiding in de statuten, het bestuur bevoegd is zelfstandig te verrichten de handelingen, welke bij een normale bedrijfsuitoefening noodig zijn om het vennootschappelijk doel te verwezenlijken. Tot al wat valt buiten een normale bedrijfsuitoefening, is het bestuur onbevoegd zonder nadere machtiging van de bij de statuten aangewezen organen of, bij gebreke van zoodanige aanwijzing, van de aandeelhoudersvergadering. [...] De vennootschap kan die beheersbevoegdheid van het bestuur beperken door zijn bevoegdheid voor bepaalde handelingen uit te sluiten of die bevoegdheid te binden aan voorafgaande goedkeuring of medewerking van andere organen. [...] Om tegenover derden te werken, moeten die beperkingen echter uit de akte van oprichting voortvloeien. [...] Het is echter niet noodig dat die beperking steeds met name in de akte zijn vermeld. Indien deze bevoegdheid der bestuurders ondergeschikt maakt b.v. aan een door commissarissen te geven instructie, zal de vennootschap zich op den inhoud dier instructie tegenover derden kunnen beroepen ; dezen toch hebben het bestaan der instructie uit de akte kunnen weten en, alvorens te contracteeren, kunnen vorderen met haar inhoud te worden bekend gemaakt. Handelingen der bestuurders in strijd met dergelijke beheersbeperkingen binden de vennootschap tegenover derden niet. [...] Beheersbeperkingen buiten de akte binden derden niet, doch zijn wel van kracht met het oog op de onderlinge verhouding tusschen bestuur en vennootschap.”

In het supplement op de derde druk uit 1929, uitgegeven naar aanleiding van de nieuwe wet is echter het volgende te lezen<sup>15</sup>:

“In beginsel bestaat krachtens art. 47 de taak van het bestuur in het besturen van de zaken der vennootschap, het beheeren van haar vermogen – daaronder begrepen de handelingen, bedoeld bij het 2e lid van art. 1833 B.V. (vervreemding of met hypotheek bezwaren van goederen, aangaan van dadingen of het verrichten van eenige andere daad van eigendom – alsmede in hare vertegenwoordiging [*sic*] in en buiten rechten. De bestuurders zijn dus degenen, die het bedrijf der vennootschap leiden en al dagene [*sic*] doen, wat als regel een natuurlijk persoon voor het behartigen van zijner zaken te doen heeft. De wet zelve maakt hierop enkele uitzonderingen; zoo

---

14 Kist/Visser 1914, p. 515-517.

15 Kist/Visser 1929, p. 223-224.

is, behoudens een bepaling van het tegendeel in de akte, het bestuur zonder opdracht der vergadering niet bevoegd tot het sluiten der overeenkomsten, in art. 40 *a* bedoeld (art. 40 *b*) of om aangifte te doen tot faillietverklaring der vennootschap (art. 48 *e*) ; [...] Ook echter kan in de akte van oprichting die bevoegdheid van het bestuur worden beperkt. Daarnaast is het mogelijk voor bepaalde handelingen of voor transacties, welke een zeker geldelijk bedrag te boven gaan, opdracht of goedkeuring der algemeene vergadering of commissarissen te eischen; *het zal echter niet geoorloofd zijn aan het bestuur zijn beheers- en vertegenwoordigende taak geheel te ontnemen.* Aan den anderen kant kan de akte aan de taak van bestuurders ook uitbreiding geven ; b.v. door hun de bevoegdheid te verleen door uitgifte van aandelen over te gaan tot vergrooting van het geplaatste kapitaal, hetgeen – als niet behoorende tot het besturen van de zaken en het beheersen van het vermogen – niet tot de taak, welke art. 47 hun opdraagt, behoort. Hetzelfde geldt voor het uitgeven van obligatieleeningen.” [*curs.* JT]

Niet nader wordt toegelicht waarom Visser deze beperking op de beperking van de bestuursbevoegdheid aanbrengt. In de literatuur vond het standpunt van Visser navolging. Zo schreef Rozendaal in 1931: “*De statutaire beperkingen zullen niet zoover mogen gaan, dat het bestuur in werkelijkheid bij de uitoefening van zijn functie alle zelfstandigheid verliest.*”<sup>16</sup>

(a) *Onderbouwing van het niet-ontnemingsbeginsel*

Het niet-ontnemingsbeginsel hangt nauw samen met het in paragraaf 3.3 behandelde autonomiebeginsel, oftewel het beginsel dat het bestuur gerechtigd (en tot op zekere hoogte ook verplicht) is om zelfstandig en naar eigen inzicht de aan hem bij wet en statuten opgedragen taak te vervullen.<sup>17</sup> Autonomie met betrekking tot de bestuurlijke taakvervulling als zodanig is immers van weinig waarde indien de bestuurstaak in zichzelf te beperkt is. Evenals het autonomiebeginsel heeft het niet-ontnemingsbeginsel een doelmatigheidsfunctie en een waarborgfunctie.<sup>18</sup> Doelmatigheid in de zin dat het bestuur voldoende bevoegdheid moet overhouden om efficiënt te kunnen ondernemen en de bedoeling van de vennootschap waar te maken. Waarborg in de zin dat het bestuur voldoende bevoegdheid dient te hebben om het vennootschappelijk belang te kunnen bewaken en bevorderen en te kunnen voorkomen dat andere op de vennootschap betrokken belangen daarbij onnodig of onevenredig worden geschaad. Het niet-ontnemingsbeginsel dient ook te verzekeren dat het bestuur voldoende bevoegdheden houdt om zijn bij wet en statuten opgedragen taak behoorlijk te vervullen en de aan iedere bestuurder toebe-

<sup>16</sup> Rozendaal 1931, p. 17.

<sup>17</sup> Assink/Slagter 2013, § 51.1 p. 903.

<sup>18</sup> Zie hierover nader paragraaf 3.3.

deelde verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor de algemene gang van zaken bij de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te kunnen dragen.<sup>19</sup> Daarnaast benadrukt het niet-ontnemingsbeginsel de aard van het bestuurderschap als vertrouwenspositie.

In haar dissertatie over de bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de Belgische NV, noemt Cools een drietal andere argumenten ter ondersteuning van het niet-ontnemingsbeginsel. Ten eerste schrijft zij dat het bestuur essentieel is voor de werking van de vennootschap omdat het bestuur een voortdurend functionerend orgaan is. Dit in tegenstelling tot de algemene vergadering die enkel bestaat wanneer zij bijeengeroepen is.<sup>20</sup> Voor een grote NV met veel aandeelhouders – waar Cools over schrijft – overtuigt dit argument. Bij een kleinere besloten vennootschap met een of slechts enkele aandeelhouders verliest dit argument m.i. aan kracht, mede gelet op de mogelijkheden die de wet biedt tot besluitvorming buiten vergadering (vgl. artikel 2:128/238 lid 1 BW). Ten tweede schrijft zij dat zonder bevoegdheid het bestuur zou denatureren; verworpen tot een pro-formaorgaan en afdoen aan het functioneren van het instituut van de vennootschap.<sup>21</sup> In het verlengde daarvan schrijft Cools ten derde dat het uithollen van de beslissingsbevoegdheid niet alleen een inbreuk betekent op de orgaanplicht, oftewel de wettelijk voorgeschreven dualistische structuur van de vennootschap, maar tegelijkertijd ook strijdig is met het – ook onder Nederlands recht bestaande – gesloten systeem van privaatrechtelijke rechtspersonen (vgl. artikel 2:1 BW tot en met artikel 2:3 BW).<sup>22</sup> Hierdoor zou immers *de facto* een nieuwe rechtsvorm kunnen ontstaan, zoals door de werking van artikel 2:107/217 lid 1 BW een aandeelhouderbestuurde BV. De invoering daarvan werd – bij gelegenheid van het Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en in navolging van de expertgroep –<sup>23</sup> door de minister nu juist als niet wenselijk beoordeeld.<sup>24</sup> Anders dan De Wulf stelt,<sup>25</sup> berust het niet-ontnemingsbeginsel dus niet louter op een gezagsargument maar kan zij weldegelijk van een theoretische onderbouwing worden voorzien.

(b) *Harde kern van bestuursbevoegdheden*

Impliceert het niet-ontnemingsbeginsel nu dat er een harde kern van bevoegdheden is die niet aan het bestuur mag worden ontnomen. Cools meent dat er

19 Vgl. artikel 2:9 lid 2 BW.

20 Cools 2015, p. 258-259.

21 Cools 2015, p. 259.

22 Cools 2015, p. 259.

23 Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-Recht, Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, 6 mei 2004, p. 22-23.

24 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 10. In gelijke zin: Bulten 2019, p. 396.

25 De Wulf 2002, p. 339-340.

## HOOFDSTUK 7

naar Belgisch recht inderdaad een dergelijke harde kern bestaat.<sup>26</sup> In haar dissertatie onderscheidt Cools vier verschillende soorten bevoegdheden:

- (i) *toegewezen bevoegdheden*: dat zijn bevoegdheden die expliciet in de wet aan een orgaan zijn toegewezen;
- (ii) *impliciete bevoegdheden*: dat zijn bevoegdheden die noodzakelijk zijn voor een orgaan om de toegewezen bevoegdheden te kunnen uitoefenen;
- (iii) *residuaire bevoegdheden*: dat zijn bevoegdheden die niet expliciet toegewezen zijn en ook geen impliciete bevoegdheid zijn;<sup>27</sup>
- (iv) *inherente bevoegdheden*: dat zijn bevoegdheden uit de hiervoor genoemde categorieën (i) tot en met (iii) die essentieel zijn voor de uitoefening van de functie van het orgaan (*i.e.* het orgaan heeft die bevoegdheid maar moet die bevoegdheid ook hebben om dat orgaan te kunnen zijn).

Voor wat betreft het orgaan bestuur onderscheidt Cools twee categorieën inherente bevoegdheden.<sup>28</sup> De eerste categorie betreft de strategie en politiek – welk laatste begrip ik zou willen verstaan als het beleid – van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De tweede categorie is afhankelijk van het door de NV gekozen bestuursmodel. In geval van een monistische structuur betreffen het de operationele – welk begrip ik zou willen verstaan als de ‘dagelijkse’ – beslissingen. In het geval van een duale structuur betreft dit het toezicht op het directiecomité en/of het dagelijks bestuur dat belast is met deze operationele beslissingen. Deze inherente bevoegdheden zijn onvervreemdbaar aan het bestuur. Tot slot noemt Cools nog de opstelling van de jaarrekening en de bijeenroeping van de algemene vergadering als wezenlijke bestuursbevoegdheden.<sup>29</sup> Zie ik het goed dan is zij van mening dat deze bevoegdheden evenwel niet tot de inherente bevoegdheden van het bestuur gerekend dienen te worden, nu deze kennelijk slechts een beperkte inhoudelijke beslissingsbevoegdheid voor het bestuur behelst.

In de Nederlandse literatuur lijkt verschillend te worden gedacht over het antwoord op de vraag of er een harde onvervreembare kern van de bestuursbevoegdheid bestaat. Zo schrijven Van Solinge sr. en Bosse (deze laatste onder verwijzing naar Van Solinge sr.) dat het meer de cumulatie van bevoegdheden in handen van andere organen is die dwingt tot de conclusie dat de bestuurszelf-

---

26 Cools 2015, p. 259, 607.

27 Naar Belgisch recht berusten deze bevoegdheden bij het bestuur. Vgl. artikel 7:93 § 1 WVV dat luidt: “*De raad van bestuur is bevoegd om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het voorwerp van de vennootschap, behoudens die waarvoor volgens de wet de algemene vergadering bevoegd is.*” Naar Nederlands recht berust de residuaire bevoegdheid bij de algemene vergadering (vgl. artikel 2:107/217 lid 1 BW).

28 Cools 2015, p. 261.

29 Cools 2015, p. 263.

standigheid op ontoelaatbare wijze is aangetast dan de aard van een bepaalde aan het bestuur ontnomen bevoegdheid.<sup>30</sup> Dit lijkt erop te duiden dat er volgens deze auteurs niet zoiets is als een vastomlijnde *minimale bestuursbevoegdheid* die aan het bestuur onvervreemdbaar toekomt. Daarbij teken ik evenwel aan dat Van Solinge eerder in de betreffende publicatie opmerkt dat er naar zijn oordeel van (ongeoorloofde) uitholling van de bestuurszelfstandigheid sprake is indien onmisbare bevoegdheden aan het bestuur worden ontnomen.<sup>31</sup> Dit lijkt weer te impliceren dat er juist wel zoiets bestaat als een harde kern van de bestuursbevoegdheid.

Van Solinge en Nieuwe Weme lijken in ieder geval dit laatstgenoemde standpunt in te nemen. Onder verwijzing naar § 9 van de (vervallen) Departementale Richtlijnen 1986 schrijven zij dat de bevoegdheid tot het nemen van beslissingen op het gebied van: (i) het samenwerken en deelnemen in andere rechtspersonen of vennootschappen, (ii) investeringen, (iii) benoeming of ontslag van werknemers, en (iv) de vaststelling van hun arbeidsvoorwaarden, niet statutair aan het bestuur mag worden ontnomen.<sup>32</sup> Dergelijke besluiten mogen echter wel bij of krachtens de statuten aan de goedkeuring van een ander orgaan worden onderworpen. Met Van Solinge (sr.) meen ik echter dat dit als hoofdregel veel te streng is.<sup>33</sup> Als voorbeeld noemt Van Solinge de concernvennootschap waarvoor uniforme arbeidsvoorwaarden gelden die concern-breed worden vastgesteld door de moedervenootschap. Daarenboven zie ik niet in waarom, bijvoorbeeld bij een vennootschap die uitsluitend bedoeld is voor het onderbrengen van onroerend goed, een statutair verbod tot het aannemen van personeel ontoelaatbaar zou zijn. Een ander voorbeeld is een vennootschap met als doel het houden en exploiteren van intellectuele eigendomsrechten. Voor een dergelijke vennootschap is m.i. een statutair verbod tot het doen van investeringen en/of het deelnemen in andere rechtspersonen of vennootschap zeer wel denkbaar.

Diverse auteurs leggen de grens bij de dagelijkse leiding.<sup>34</sup> Zo schrijft Löwensteyn:<sup>35</sup>

“De grens der toelaatbare beperkingen ligt daar, waar de beperking ontaardt in het ontnemen van de bevoegdheid. Deze grens wordt gevormd door de omvang der dagelijkse leiding. [...] de dagelijkse leiding is het minimale

30 Van Solinge 1984, p. 261; Bosse 2002, p. 37.

31 Van Solinge 1984, p. 260-261. Wat deze onmisbare bevoegdheden zijn wordt echter niet nader door hem gespecificeerd.

32 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 155.

33 Van Solinge 1984, p. 261.

34 Zie o.a. Van Solinge 1984, p. 263, die in dit verband spreekt over ‘*dirigerende leiding*’; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 155; Van Nuland 2021a, p. 43, die dit ook afleidt uit de tekst van artikel 2:239 lid 1 BW.

35 Löwensteyn 1959, p. 196.

## HOOFDSTUK 7

bevoegdheidsterrein, waarbinnen het voeren van een beleid nog mogelijk is. Beperkingen, die deze kern aantasten, versplinteren de bevoegdheid van het bestuur tot een aantal afzonderlijke handelingen die tezamen niet vormen het bestuur van de zaken der vennootschap dat art. 46 aan het bestuur opdraagt.”

Het begrip ‘*dagelijkse leiding*’ omschrijft hij als:

“[...] niets anders dan het geheel der dagelijks wederkerende handelingen, die het bestuur van [...] een N.V. pleegt te verrichten. Wat daartoe behoort zal voor iedere [...] N.V. wel verschillend zijn.”<sup>36</sup>

Overigens meent een aantal van genoemde schrijvers dat deze ondergrens slechts aanvaardbaar is voor dochtervennootschappen in een concern. Zo schrijven Van Solinge en Nieuwe Weme bijvoorbeeld dat bij een zelfstandige vennootschap het bestuur in beginsel het bestuursbeleid in constituerende zin (wat ik versta als: de strategie of het strategisch beleid) moet kunnen bepalen.<sup>37</sup>

M.i. mogen beperkingen van de bestuursbevoegdheid evenwel ook betrekking hebben op onderdelen van de dagelijkse leiding over de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Deze beperkingen mogen echter niet zover gaan dat daarmee de dagelijkse leiding volledig aan het bestuur wordt ontnomen. Daarbij gaat het m.i. – zoals Van Solinge en Bosse ook schrijven –<sup>38</sup> niet zozeer om de aard van de individuele aan het bestuur ontnomen bevoegdheid (bijvoorbeeld de bevoegdheid tot het aannemen of ontslaan van personeel), maar om hetgeen aan bevoegdheden resteert. In die zin is dit deel van de ‘*harde kern*’ van de bestuursbevoegdheid fluïde. De resterende (dagelijkse) bevoegdheid dient voor het bestuur evenwel voldoende te zijn om de bedoeling van de vennootschap waar te maken en om de bij wet en de statuten aan hem opgedragen taak te kunnen vervullen. Men mag daarbij spreekwoordelijk het bestuur één hand op de rug binden, maar twee is uit den boze. De omstandigheden van het geval – waaronder de aard en de omvang van de activiteiten van een eventueel met de vennootschap verbonden onderneming – zullen steeds bepalend zijn voor de grens van het toelaatbare. Een nadere precisering op voorhand is m.i. niet goed mogelijk.

Daarnaast kent ook de Nederlandse wet – zoals Cools dat noemt – *toegewezen bevoegdheden*. Zoals eerder aangegeven (zie paragraaf 6.2) kunnen deze dwingendrechtelijk toegekende bevoegdheden niet statutair aan het bestuur

---

36 Löwensteyn 1959, p. 121.

37 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 155.

38 Van Solinge 1984, p. 261; Bosse 2002, p. 37.

worden ontnomen (tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt).<sup>39</sup> In die zin kunnen zij dan ook tot de ‘*harde kern*’ van de bestuursbevoegdheid worden gerekend.<sup>40</sup> Anders dan Dortmund<sup>41</sup> – die stelt dat de betekenis van het met name in de wet noemen van deze bevoegdheden vooral is dat de algemene restrictie ‘*behoudens beperkingen volgens de statuten*’,<sup>42</sup> voor die bevoegdheden niet geldt – meen ik echter dat ook deze bevoegdheden tot op zekere hoogte aan beperkingen kunnen onderworpen.<sup>43</sup> Zoals in paragraaf 3.4 uiteengezet omvat de algemene bestuurstaak zoals opgenomen in artikel 2:129/239 lid 1 (eerste volzin) BW immers ook alle elders in de wet en de statuten genoemde taken en bevoegdheden van het bestuur. Een nadere onderbouwing voor zijn stelling geeft Dortmund niet.

In de literatuur omtrent de (beperking van de) bestuursbevoegdheid neemt Raaijmakers voor wat betreft de besloten vennootschap een enigszins separate positie. In verschillende publicaties betoogt hij dat vanwege het persoonsgebonden en contractuele karakter van de besloten vennootschap (de onderlinge regeling tot samenwerking tussen de aandeelhouders) er geen sprake is van bestuursautonomie.<sup>44</sup> Het bestuur is volgens Raaijmakers dan ook niet bevoegd om zelfstandig het beleid en de strategie van de vennootschap te bepalen.<sup>45</sup> Deze worden vastgesteld door de oprichters/aandeelhouders.<sup>46</sup> Een statutaire bepaling ter zake is daarvoor niet vereist. De vennootschap is niet ‘institutioneel’ maar instrumenteel aan de aandeelhouders.<sup>47</sup> Het bestuur dient zich dan ook niet te richten naar een ‘zelfstandig’ belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, maar naar het belang van de aandeelhouders.<sup>48</sup> Uit het instructierecht van artikel 2:239 lid 4 BW mag volgens Raaijmakers niet worden afgeleid dat: (i) het bestuur van de besloten vennootschap autonoom is, en (ii) zonder een statutair instructie recht de algemene vergadering niet bevoegd is om aan het bestuur instructies te geven.<sup>49</sup> Indien en voor zover uit artikel 2:239 lid 5 BW mocht volgen dat de besloten vennootschap wel een eigen zelfstandig belang heeft (zoals de beurs-NV), en uit artikel 2:239 lid 4

39 Zie bijvoorbeeld artikel 2:207 leden 1 en 4 BW. Ingevolge het eerste lid van genoemd artikel beslist het bestuur over de verkrijging van eigen aandelen in het kapitaal van de vennootschap. Het vierde lid bepaalt echter dat de statuten de verkrijging door de vennootschap van eigen aandelen kan uitsluiten of beperken.

40 Evenzo: De Roo 2021, p. 423-424. Zie tevens: Garcia Nelen 2020, p. 229-230 voor een uitgebreide opsomming van deze bevoegdheden met betrekking tot de NV.

41 Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, p. 478.

42 Vlg. artikel 2:129/239 lid 1 (eerste volzin) BW.

43 Evenzo: Garcia Nelen 2020, p. 226-227.

44 Zie bijvoorbeeld: Raaijmakers 2017a, p. 194.

45 Raaijmakers 2017b, p. 78.

46 Raaijmakers 2017a, p. 201.

47 Raaijmakers 2014, p. 464.

48 Raaijmakers 2014, p. 464.

49 Raaijmakers 2017a, p. 201; Raaijmakers 2017b, p. 79.



## HOOFDSTUK 7

BW inderdaad volgt dat het bestuur van de besloten vennootschap: (i) autonoom is, en (ii) zonder statutaire verankering geen instructies hoeft te aanvaarden, dan kunnen genoemde wetsbepalingen maar beter worden geschrapt.<sup>50</sup> In de Cancun-beschikkingen van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad kan hij zich dan ook niet vinden.<sup>51</sup> De enquêtebevoegdheid van het bestuur (vgl. artikel 2:346 lid 1 sub d BW) vindt hij voor de besloten vennootschap niet passend, nu deze bestuursautonomie veronderstelt die bij dergelijke vennootschappen ontbreekt en “bijgevolg tot misbruik kan en tot ongerijmde resultaten moet leiden.”<sup>52</sup> Kort samengevat ontnemt de aard van de besloten vennootschap (althans de bedoeling van *c.q.* de onderlinge samenwerking tussen de aandeelhouders) dus aan het bestuur zijn autonomie en de bevoegdheid tot vaststelling van het beleid en de strategie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

M.i. kan evenwel een bedoeling die de aandeelhouders met de vennootschap hebben niet maken dat het bestuur – zonder statutaire basis – de bevoegdheid ten aanzien van het beleid en de strategie verliest die op grond van artikel 2:239 lid 1 BW in beginsel aan het bestuur toekomt.<sup>53</sup> Het moge zo zijn dat bij joint venture-, dochter- of eenpersoonsvennootschappen het beleid en de strategie *de facto* door de aandeelhouders worden vastgesteld. *De jure* draagt het bestuur daarvoor de eindverantwoordelijkheid (en in het uiterste geval ook de aansprakelijkheid) en dient het bestuur ter zake dus steeds een eigen belangenafweging te maken. Dat is, aldus de Hoge Raad:<sup>54</sup>

“[...] niet anders indien de aandeelhouders nauw betrokken zijn bij de joint venture-vennootschap of indien de statuten bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap (vgl. art. 2:239 lid 4 BW en Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 91-92).”

E.e.a. geldt ook indien de bevoegdheid tot het vaststellen van de strategie statutair aan de algemene vergadering is opgedragen (zie paragraaf 5.7). Zie voor een mooie samenvatting van de positie van het bestuur in besloten verhoudingen het arrest van het Gerechtshof Arnhem – Leeuwarden:<sup>55</sup>

---

50 Raaijmakers 2014, p. 464.

51 Vgl. Raaijmakers 2017a, p. 201-202, 262-264; Raaijmakers 2017b, p. 78-79; Raaijmakers 2014, p. 463-465.

52 Raaijmakers 2017a, p. 194.

53 Vlg. HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43 (Forumbank) m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh, en voorts: *Kamerstukken II* 2019/20, 35 367, nr. 3, p. 10.

54 HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 (Cancun) m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 4.2.3.

55 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 augustus 2015, *JOR* 2015/326 m.nt. S.C.M. van Thiel, r.o. 5.7.

“Met hun eerste grief betogen X en Y dat andere oorzaken dan hun onbehoorlijk bestuur de faillissementen hebben veroorzaakt. Samengevat stellen zij (onder aanbieding van bewijs) het volgende. Na de MBO in 2001 *is door de nieuwe aandeelhouders, private equity partijen, gekozen voor een te zware financiering op basis van zoveel mogelijk vreemd vermogen*, die gebaseerd was op te sterke verwachtingen, zowel wat betreft autonome groei als groei door overnames. [...] Met de curator is het hof van oordeel dat het hiervoor weergegeven betoog van X en Y onvoldoende concreet en steekhoudend is ter ontzenuwing van het vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijk oorzaak is geweest van het faillissement. *X en Y verliezen met hun betoog uit het oog dat zij als bestuurders de autonome bevoegdheid en taak hebben de vennootschap te besturen (zowel ingevolge het huidige artikel 2:239 lid 1 BW als onder vigeur van de bepaling zoals die gold voor 1 januari 2013)*. Gesteld noch gebleken is dat in de statuten is bepaald dat de algemene vergadering van aandeelhouders het bestuur aanwijzingen kan geven als bedoeld in artikel 2:239 lid 4 BW. Als niet weersproken staat voorts vast dat het bestuur zelf de financieringsovereenkomsten is aangegaan. Het bestuur diende bij het aangaan van de financiering, zoals bij al zijn beslissingen, de belangen van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te dienen (zie het huidige vijfde lid van artikel 2:239 BW, doch ook vaste rechtspraak onder het voor 1 januari 2013 geldende recht). Dit betekent weliswaar dat het bestuur bij zijn besluitvorming rekening moet houden met de belangen van alle betrokkenen, dus ook met die van de aandeelhouders (HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, NJ 2007, 434 ABNAMRO en HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM 0976 ASMI), *maar vanzelfsprekend niet dat het bestuur zich dient te gedragen als een marionet van die aandeelhouders* (vergelijk reeds HR 21 januari 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2033, NJ 1959, 43 Forumbank). Als het bestuur zich wel zo laat gebruiken, dan kan het zich daar niet op beroepen ter ontzenuwing van het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. *Indien het bestuur de wensen van de aandeelhouders niet in het belang van de vennootschap acht, dan dient het in het uiterste geval af te treden. Ook het opstellen van groeidoelstellingen valt onder het algemene beleid en de strategie en daarmee onder de verantwoordelijkheid van het bestuur*. Indien op dit punt is uitgegaan van te ambitieuze verwachtingen en dit mede de faillissementen heeft veroorzaakt, dan kan dit derhalve niet afdoen aan het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van de faillissementen is geweest. Het hof overweegt voorts dat de gestelde verslechtering van de markt door X en Y niet of nauwelijks concreet is onderbouwd. Waar X en Y tijdens de pleidooien nog hebben geciteerd uit het eerste faillissementsverslag (zonder dit als productie in het geding te brengen) is het hof het eens met de curator dat aan dit verslag, uitgebracht ongeveer vier weken na het uitspreken van het faillissement, niet te veel waarde mag worden gehecht waar het betreft de

## HOOFDSTUK 7

daarin neergelegde voorlopige visie op de oorzaken van het faillissement.”  
(*curs.* JT)

Het vorenstaande neemt niet weg dat de aandeelhouders steeds bestuurders zullen benoemen waarin zij het vertrouwen hebben dat zij de door de aandeelhouders verlangde strategie in beginsel zullen uitvoeren.

### 7.3 Grenzen aan de beperking van de bestuursbevoegdheid

Welke grenzen kunnen er nu gesteld worden aan de beperking van de bestuursbevoegdheid? Laat ik beginnen met wat m.i. als hoofdregel heeft te gelden: de beperkingen aan de bestuursbevoegdheid mogen niet zover gaan dat het bestuur niet langer in staat is de dwingendrechtelijk aan het bestuur opgedragen taken behoorlijk te vervullen en verantwoordelijkheid te kunnen dragen voor de algemene gang van zaken<sup>56</sup> in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (vgl. artikel 2:9 BW). Dit betekent onder meer dat het bestuur voldoende bevoegdheid moet overhouden om: (i) efficiënt te kunnen ondernemen en de bedoeling van de vennootschap waar te maken (*doelmatigheidsfunctie*), en (ii) het vennootschappelijk belang te kunnen bewaken en te bevorderen alsmede te kunnen voorkomen dat andere op de vennootschap betrokken belangen daarbij onnodig of onevenredig worden geschaad (*waarborgfunctie*).

In de voorgaande hoofdstukken, en met name in hoofdstuk 5 is al de nodige inhoud gegeven aan bovenstaande algemene regel. Zo werd in paragraaf 5.2.2 opgemerkt dat een statutaire doelomschrijving tenminste een zekere (economische) activiteit mogelijk moet maken. Afhankelijk van deze activiteit kunnen vervolgens andere (statutaire) beperkingen van de bestuursbevoegdheid worden beoordeeld. Zo zal bijvoorbeeld de exploitatie van een horecaonderneming of bezorgservice denkbaar niet goed mogelijk zijn indien de statuten het aannemen van personeel verbieden.<sup>57</sup> Voor een vennootschap die slechts bedoeld is om vastgoed te houden zal de beoordeling van een dergelijke statutaire bepaling evenwel anders uitvallen. Ook statutaire bepalingen die bestuursbesluiten aan de goedkeuring van een ander orgaan van de vennootschap onderwerpen kunnen op gelijke wijze worden beoordeeld. Zo zal een statutaire bepaling die bestuursbesluiten tot het aangaan van rechtshandelingen waarmee een bedrag van € 10.000,- gemoeid is voor een vennootschap met een beperkt aantal aan-

56 Zie nader over het begrip ‘algemene gang van zaken’ en de onmogelijkheid *c.q.* onwenselijkheid om dit nader te definiëren: Boschma/Lennarts e.a. 2017, p. 120-122 en p. 156. Zie tevens: De Roo 2021, p. 122 die de algemene gang van zaken omschrijft als de activiteitenontplooiing van de vennootschap en de resultaten van deze activiteitenontplooiing.

57 Vgl. Ktr. Rb. Amsterdam 15 januari 2019, *JAR* 2019/23 (Deliveroo) m.nt. M. Jovović en J.P.H. Zwemmer.

## DE (ONVERVREEMDBARE?) KERN VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

deelhouders en een onderneming met een beperkte omvang zeer wel mogelijk zijn<sup>58</sup>. Voor een beursvennootschap met een onderneming van de omvang van Koninklijke Ahold Delhaize N.V. zal een dergelijke statutaire bepaling – zowel op het niveau van de vennootschap als op het niveau van de daarmee verbonden onderneming – volstrekt onwerkbaar zijn. Naast de vennootschappelijke activiteit is dus ook de aard van de vennootschap in dit kader relevant.

In de rechtspraak<sup>59</sup> en parlementaire geschiedenis<sup>60</sup> wordt als absolute ondergrens gesteld dat het niet toegestaan is om vrijwel alle bestuursbesluiten aan de goedkeuring van een ander orgaan te onderwerpen.<sup>61</sup> Het bestuur dient – de hierboven geformuleerde hoofdregel indachtig – voldoende zelfstandige bewegingsruimte te houden. Dit betekent m.i. onder meer dat het bestuur niet statutair afhankelijk mag worden gemaakt van de goedkeuring van een ander orgaan waar het de vervulling van wettelijk op het bestuur rustende verplichtingen betreft. Een voorbeeld daarvan – welke beperking overigens ook impliciet in de wettelijke regeling ter zake is vastgelegd –<sup>62</sup> is de verplichting van het bestuur tot opmaken van de jaarrekening als bedoeld in artikel 2:210 lid 1 BW. Deze mag niet aan de goedkeuring van een ander orgaan worden onderworpen.

Voor wat betreft de aan het bestuur toekomende bevoegdheden dient e.e.a. m.i. telkens op individueel niveau te worden bekeken. Zo zie ik geen principieel bezwaar tegen een statutair goedkeuringsrecht voor een bestuursbesluit over de verkrijging van aandelen in het kapitaal van de vennootschap (vgl. artikel 2:207 lid 1 BW).<sup>63</sup> E.e.a. is m.i. goed te verenigen met de waarborggedachte met betrekking tot de integriteit van het vennootschappelijk vermogen en crediteurenbescherming die aan dit artikel ten grondslag ligt.<sup>64</sup> Datzelfde geldt voor een voorgenomen bestuursbesluit tot goedkeuring van een besluit van de algemene vergadering inhoudende een vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling als bedoeld in artikel 2:208 lid 6 BW of dat anderszins strekt tot uitkering als bedoeld in artikel 2:216 lid 2 BW. Vanuit diezelfde waarborggedachte is echter een voorafgaande statutaire goedkeuring van een bestuursbesluit tot afkeuring van een uitkeringsbesluit als bedoeld in de artikelen 2:208 lid 6 BW en artikel 2:216 lid 2 BW m.i. weer niet toegestaan. De grenzen aan

58 Zie: OK 27 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3484, r.o. 3.16, waarin gesproken wordt over een statutaire bepaling inhoudende dat transacties waarmee een belang van € 5.000,- of meer gemoeid is, aandeelhoudersgoedkeuring behoeft.

59 OK 28 juni 2011, ARO 2011/107 (Waterspreng) r.o. 3.5.

60 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 11.

61 Zie hierover tevens: Löwensteyn 1959, p. 196, die weersprekt dat dit neer zou komen op een voortdurend en onbeperkt medebestuur van iemand die geen bestuurder is.

62 Zie: *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 9 in toelichting op artikel 2:210 leden 4 en 6 BW.

63 Voor wat betreft het statutaire instructierecht ter zake ligt dat anders. Zie daarover paragraaf 5.4.7.1.

64 Zie nader paragraaf 5.4.7.1.

## HOOFDSTUK 7

(de uitoefening van) het statutair instructierecht zijn uitgebreid besproken in paragraaf 5.4.7.1. Op deze plek volsta ik met een verwijzing naar hetgeen aldaar is gezegd. Statutaire geboden en verboden kunnen eveneens aan de hierboven genoemde hoofdregel worden getoetst. Zo mogen statutaire geboden en verboden niet zover gaan dat het voor de vennootschap onmogelijk wordt om haar bedoeling waar te maken of die het bestuur verhinderen om aan zijn wettelijke plichten te voldoen. Ook zullen zij voor het overige niet in strijd zullen mogen zijn met de goede zeden of openbare orde of anderszins strijdig mogen zijn met dwingend recht.

Zoals uit het bovenstaande wel moge blijken is het vooraf stellen van absolute grenzen slechts beperkt mogelijk. De grenzen van het toelaatbare dienen telkens van geval tot geval te worden gezien tegen de achtergrond van de relevante omstandigheden van het geval.<sup>65</sup> Als relevante omstandigheden kunnen onder meer genoemd worden: (i) de bedoeling van de vennootschap, (ii) de eventueel door haar gedreven onderneming en de daaruit voortvloeiende activiteiten, (iii) de aard van de vennootschap (die in overwegende mate bepaald wordt door haar aandeelhoudersbestand), (iv) de op de vennootschap betrokken belangen van derden, (v) het maatschappelijk of algemeen belang onder meer bij efficiënt ondernemerschap en efficiënt gebruik van de schaarse middelen, en (vi) overige externe factoren zoals de marktomstandigheden waarin de vennootschap opereert. Daarbij komt dat de vennootschap en de met haar verbonden onderneming niet statisch zijn in de tijd. Statutaire beperkingen die vandaag de dag aanvaardbaar zijn hoeven dat als gevolg van de veranderende omstandigheden in de toekomst niet meer te zijn.

### 7.4 Gevolgen van te vergaande beperking van de bestuursbevoegdheid

#### 7.4.1 *Te vergaande statutaire beperkingen*

Als hoofdregel geldt dat een statutaire bepaling in strijd met de wet onverbindend is.<sup>66</sup> Het besluit of de oprichtingshandeling waarbij de betreffende statutaire bepaling werd vastgesteld is nietig (vgl. artikel 2:14 lid 1 BW en artikel 3:40 lid 1 BW). Op basis van artikel 3:41 BW is slechts de rechtshandeling nietig voor zover het de onverbindende statutaire bepaling betreft. Zij bedreigt niet eventuele andere statutaire bepalingen die door de betreffende rechtshandelingen in het leven zijn geroepen. Dit laat evenwel onverlet dat de rechtspersoon met een nietige bepaling in haar statuten op grond van artikel 2:21 lid

<sup>65</sup> Assink/Slagter 2013, § 51.7 p. 1000.

<sup>66</sup> Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 149. Rb. Midden-Nederland 31 juli 2015, *JOR* 2015/325 m.nt. P.P. de Vries, r.o. 4.2. noemt een dergelijke bepaling niet geldig.

1 sub b BW (theoretisch) bloot staat aan rechterlijke ontbinding.<sup>67</sup> Indien een notaris – na een (partieel) nietig besluit tot statutenwijziging – toch overgaat tot het verlijden van de notariële akte tot statutenwijziging, heeft m.i. te gelden dat ondanks de nietigheid van het besluit en de betreffende bepaling, niet de oude tekst van de gewijzigde bepaling (zo die er mocht zijn) blijft gelden. Dit met het oog op de openbaarheid van de statuten en het belang van de kenbaarheid daarvan voor derden. Gelet op artikel 21 lid 2 Wet op het notarisambt zou een nietige statutaire bepaling evenwel een zeldzaamheid moeten zijn.

Hoe nu om te gaan met een statutaire bepaling die in verloop van tijd als gevolg van gewijzigde omstandigheden te zeer gaat knellen? Met terugwerkende kracht concluderen tot (partieële) nietigheid van de rechtshandeling waarbij de betreffende bepaling in het leven is geroepen lijkt mij uit het oogpunt van rechtszekerheid ongewenst. Uiteraard kan in dergelijke gevallen het bestuur een algemene vergadering uitschrijven en een voorstel tot statutenwijziging agenderen. Maar wat nu indien de algemene vergadering om een of andere reden daartoe niet bereid of in staat is? Allereerst zou het bestuur kunnen trachten om op grond van artikel 2:8 lid 1 BW een statutenwijziging af te dwingen. Echter, in niet alle gevallen kan de uitkomst van zo'n procedure worden afge wacht. In een dergelijk geval zou artikel 2:8 lid 2 BW – door Timmerman eens gekwalificeerd als een soort smeerolie in het ondernemingsrecht –<sup>68</sup> mogelijk uitkomst kunnen bieden. Dit artikel bepaalt dat een tussen hen – die ingevolge de wet en de statuten bij een rechtspersoon en zijn organisatie zijn betrokken – 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. Zo heeft de rechtbank Amsterdam in een relatief recente uitspraak een goedkeuringsrecht van de algemene vergadering van Fortis N.V. – dat zowel voortvloeide uit artikel 2:107a lid 1 BW als uit een reglement – met een beroep op artikel 2:8 lid 2 BW voor een specifiek bestuursbesluit buitenwerking gesteld.<sup>69</sup> Het gewraakte bestuursbesluit betrof de overname door de Nederlandse Staat van de Nederlandse onderdelen van Fortis. Aldus de rechtbank mochten Fortis en de Staat aan het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering voorbijgaan, gezien de acute liquiditeitsnood waarin de Fortis-groep verkeerde, de zeer instabiele situatie op de internationale financiële markten en het tegen die achtergrond redelijke (bestuurs)oordeel dat met een overname – voorwaardelijk aan de goedkeuring der algemene vergadering – het voortbestaan van de Fortis-groep en haar onderdelen niet zou zijn gewaarborgd.<sup>70</sup> Bij een reële bedreiging van de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming

67 Zoals Nethe 2013, p. 104 terecht opmerkt zal een rechter doorgaans de vennootschap de tijd geven om haar statuten te wijzigen en deze in overeenstemming te brengen met de wet.

68 Timmerman 2014b, p. 143.

69 Rb. Amsterdam 18 mei 2011, *JOR* 2011/320 m.nt. B.P.M. van Ravels.

70 Rb. Amsterdam 18 mei 2011, *JOR* 2011/320 m.nt. B.P.M. van Ravels, r.o. 4.3.4.5.

## HOOFDSTUK 7

kan artikel 2:8 lid 2 BW dus succesvol in stelling worden gebracht. Datzelfde heeft m.i. te gelden indien substantiële schade aan de vennootschap of de met haar verbonden onderneming dreigt of andere op de vennootschap of haar onderneming betrokken belangen als gevolg van een statutaire beperking van de bestuursbevoegdheid onnodig of onevenredig dreigen te worden geschaad. Ook dergelijke schade heeft m.i. te gelden als onaanvaardbaar.

### 7.4.2 *Te vergaande contractuele beperkingen*

Zoals bleek uit paragraaf 6.4, bestaan er ruime mogelijkheden om contractueel beperkingen van de bestuursbevoegdheid overeen te komen. Wat zijn dan nu de consequenties van een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid die verder gaat dan wettelijk is toegestaan? Denk aan een overeenkomst waarbij alle bestuurshandelingen worden onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering. In het vervolg van deze paragraaf zal ik dit voorbeeld ter analyse blijven hanteren. Een dergelijke overeenkomst dient beoordeeld te worden aan de hand van artikel 3:40 BW, welk artikel drie leden kent:

- “1. Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde is nietig.
2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerszijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.
3. Het vorige lid heeft geen betrekking op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten.”

Voor de analyse omtrent de houdbaarheid van dit contractuele goedkeuringsrecht maak ik gebruik van de conclusie van plaatsvervangend procureur-generaal De Vries Lentsch-Kostense in de zaak GeSp/Aegon.<sup>71</sup> Hoewel een conclusie van de procureur-generaal bedoeld is om de Hoge Raad van advies te dienen,<sup>72</sup> meen ik dat gezien de expliciete verwijzing van de Hoge Raad in zijn arrest naar de betreffende overwegingen in de conclusie, deze analyse in dit kader bruikbaar is.<sup>73</sup>

Voor wat betreft de toepasselijkheid van artikel 3:40 leden 2 en 3 BW merkt de plaatsvervangend procureur-generaal op dat deze artikelleden slechts betrek-

---

71 Parket bij de Hoge Raad, 5 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2822 (GeSp/Aegon), par. 8.1-8.9.

72 Asser/Korthals Altes & Groen 7 2015, nr. 248.

73 HR 5 juni 2009, NJ 2012/184 (GeSp/Aegon) m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 4.1.3.

king hebben op gevallen waarin de dwingende wetsbepaling het verrichten van een rechtshandeling zelf verbiedt, zoals ook in dit geval het sluiten van een overeenkomst.<sup>74</sup> Noch artikel 2:25 BW, noch artikel 2:239 lid 3 BW,<sup>75</sup> noch de parlementaire geschiedenis van beide artikelen, bevatten m.i. aanwijzingen waaruit blijkt dat deze het sluiten van een overeenkomst zouden willen verbieden. Evenals in de GeSp/Aegon-zaak is het probleem dus niet zozeer de rechtshandeling op zichzelf – te weten het sluiten van de overeenkomst – maar de inhoud daarvan. In dergelijke situaties is het bepaalde in artikel 3:40 lid 1 BW van toepassing.<sup>76</sup> Naar de huidige stand van het recht is een overeenkomst in strijd met de wet slechts dan nietig, indien, mede gelet op de omstandigheden van het geval, deze inbreuk maakt op fundamentele beginselen van de rechtsorde.<sup>77</sup> M.i. dient daaronder tevens te worden begrepen de vennootschappelijke orde. Nu ligt de vraag voor of een dergelijk allesomvattend contractueel goedkeuringsrecht, bezien in het licht van de omstandigheden van het geval, een zodanige inbreuk maakt op een fundamenteel beginsel van de vennootschappelijke orde, dat daarmee (op grond van artikel 3:40 lid 1 BW) tot nietigheid van de contractuele regeling moet worden geconcludeerd. In het licht van wat hierboven in paragraaf 7.2 omtrent het niet-ontnemingsbeginsel gesteld is, meen ik dat dit inderdaad de juiste conclusie is.

Maar wat nu in geval van een contractueel goedkeuringsrecht dat niet alle bestuurshandelingen aan voorafgaande goedkeuring van de algemene vergaderingen onderwerpt, maar wel alle bestuursbesluiten waarmee een bepaald bedrag gemoeid is, welk bedrag bijvoorbeeld op € 1.000,- is gesteld? Van een dergelijke bepaling kan m.i. niet steeds en zonder meer gezegd worden dat deze inbreuk maakt op fundamentele beginselen van de rechtsorde. E.e.a. zal onder meer afhankelijk zijn van de aard van de activiteiten van de vennootschap en de omvang van de met haar verbonden onderneming. In een dergelijk geval past niet de sanctie nietigheid. Evenals bij (te) knellende statutaire beperkingen van de bestuursbevoegdheid (zie paragraaf 7.4.1) kan in dit soort gevallen, de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (vgl. artikel 6:248 lid 2 BW) uitkomst bieden.<sup>78</sup> In geval van gewijzigde omstandigheden komt mogelijk ook artikel 6:258 lid 1 BW in beeld.

74 Parket bij de Hoge Raad, 5 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2822 (GeSp/Aegon), par. 8.5.

75 Zie: *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 11.

76 Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 313.

77 Parket bij de Hoge Raad, 5 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2822 (GeSp/Aegon), par. 8.6-8.7.

78 Vlg. Gerechtshof Amsterdam 25 april 2002, *JOR* 2002/128 (Gorillapark), waarin het hof een beroep op een anti-verwateringsclausule in een aandeelhoudersovereenkomst, welke tot doel had om de minderheidsaandeelhouder te beschermen, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar beoordeelde, nu dit aan een financiële herstructurering in de weg zou staan als gevolg waarvan de vennootschap zeer waarschijnlijk zou failleren.



## HOOFDSTUK 7

In de praktijk zal een overeenkomst niet slechts een enkele beperking van de bestuursbevoegdheid inhouden. Vaak zullen diverse vormen van beperking van de bestuursbevoegdheid worden opgenomen en daarnaast – afhankelijk van de soort overeenkomst – ook andere afspraken worden gemaakt, bijvoorbeeld over de taakuitvoering en bezoldiging van de bestuurder of stemafspraken tussen aandeelhouders. Heeft een contractuele bepaling inhoudende een rechtens ontoelaatbare beperking van de bestuursbevoegdheid nu gevolgen voor de overige tussen partijen gemaakte afspraken? Zij zijn immers tot stand gekomen door een en dezelfde rechtshandeling. Hieromtrent overwoog de Hoge Raad in zijn BP/Benschop *c.s.*-arrest:<sup>79</sup>

“[...] Ingevolge art. 3:41 BW blijft een rechtshandeling, indien een grond van nietigheid slechts een deel van de rechtshandeling betreft, voor het overige in stand voor zover dit, gelet op de inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbreekelijk verband met het nietige deel staat. De vraag of van zodanig verband sprake is, is een vraag van uitleg van de rechtshandeling. Daarbij kunnen van belang zijn de aard, inhoud en strekking van de rechtshandeling, de mate waarin de onderscheiden onderdelen met elkaar verband houden, en hetgeen partijen met de rechtshandeling hebben beoogd. In het licht daarvan dient de rechter te beoordelen of, mede gelet op de overige omstandigheden van het geval en de belangen van alle betrokken partijen, voor gedeeltelijke instandhouding van de rechtshandeling al dan niet voldoende rechtvaardiging bestaat.”

Doorgaans zullen partijen er m.i. belang bij hebben dat de overige tussen hen gemaakte afspraken in stand blijven. Ook zullen deze afspraken over het algemeen, gelet op hun inhoud en strekking niet in onverbreekelijke band stand met de rechtens ontoelaatbare beperking van de bestuursbevoegdheid. In een dergelijk geval zal dan slecht sprake zijn partiële nietigheid van de rechtshandeling waarbij de overeenkomst tot stand kwam (*i.e.* uitsluitend voor zover dit de nietige beperking van de bestuursbevoegdheid betreft). Of dat inderdaad zo is, is telkens afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij zij opgemerkt dat e.e.a. met name een theoretische exercitie is nu dergelijke ondernemingsrechtelijke contracten doorgaans een uitdrukkelijke regeling ter zake bevatten.<sup>80</sup>

### 7.5 Conclusie

Een algemeen aanvaard beginsel van vennootschapsrecht is dat de bestuursbevoegdheid in de statuten mag worden beperkt, doch niet volledig aan het

---

79 HR 20 december 2013, *NJ* 2014/347 (BP/Benschop *cs.*) m.nt. M.R. Mok en Jac. Hijma, r.o. 3.7.3.

80 Bijvoorbeeld: “Indien één van de bepalingen van deze Overeenkomst nietig mocht blijken, dan zal dat niet van invloed zijn op de rest van deze Overeenkomst. In dat geval zullen Partijen zich inspannen om een bepaling overeen te komen die de bedoeling van Partijen zo goed mogelijk weergeeft en die niet door een dergelijke nietigheid wordt getroffen.”

## DE (ONVERVREEMDBARE?) KERN VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

bestuur mag worden ontnomen. Dit niet-ontnemingsbeginsel is niet expliciet in de wet opgenomen en lijkt zijn oorsprong te hebben in het begin van de twintigste eeuw. Het niet-ontnemingsbeginsel hangt nauw samen met het autonomiebeginsel (zie paragraaf 3.3) en heeft zowel een doelmatigheidsfunctie als een waarborgfunctie. Ontneming van de bestuursbevoegdheid aan het bestuur zou een inbreuk betekenen op de wettelijk voorgeschreven dualistische structuur van de vennootschap (zie paragraaf 2.5) en tegelijkertijd strijdig zijn met het gesloten systeem van privaatrechtelijke rechtspersonen. Tot de harde kern van de bestuursbevoegdheden behoren de dwingendrechtelijk aan het bestuur opgedragen bevoegdheden. Deze bevoegdheden kunnen niet aan het bestuur worden ontnomen, maar wel statutair worden beperkt. Voor wat betreft de bestuursbevoegdheid aangaande de dagelijkse leiding over de vennootschap en de met haar verbonden onderneming geldt dat de harde kern niet zozeer gedefinieerd wordt op basis van de aard van de betrokken bevoegdheden als wel naar het totaal van bevoegdheden dat ter zake van de dagelijkse leiding nog voor het bestuur resteert.

Als hoofdregel geldt dat de beperkingen van de bestuursbevoegdheid niet zover mogen gaan dat het bestuur niet langer in staat is om de dwingendrechtelijk aan het bestuur opgedragen taken behoorlijk te vervullen en verantwoordelijkheid te kunnen dragen voor de algemene gang van zaken bij de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dit betekent onder meer dat het bestuur voldoende bevoegdheid moet overhouden om efficiënt te kunnen ondernemen en de bedoeling van de vennootschap waar te maken alsmede het vennootschappelijk belang te kunnen bewaken en bevorderen en te kunnen voorkomen dat andere op de vennootschap betrokken belangen daarbij onnodig of onevenredig worden geschaad. Per individuele bevoegdheid dient te worden vastgesteld in hoeverre beperking daarvan mogelijk is. Het vooraf stellen van absolute grenzen daarbij is slechts beperkt mogelijk. E.e.a. zal telkens moeten worden gezien tegen de achtergrond van de relevante omstandigheden van het geval. Statutaire bepalingen in strijd met de wet zijn onverbindend, maar zullen in de praktijk zelden voorkomen. Bepalingen in de statuten die door verloop van tijd en gewijzigde omstandigheden te zeer gaan knellen en die niet via de gebruikelijke vennootschappelijke weg kunnen worden aangepast kunnen in uitzonderlijke situaties – zoals bij een reële bedreiging van de continuïteit van de vennootschap of bij substantiële schade aan de vennootschap of aan de belangen van derden – op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (vgl. artikel 2:8 lid 2 BW) buiten werking worden gesteld. Contractuele beperkingen van de bestuursbevoegdheid die strijdig zijn met fundamentele beginselen van vennootschapsrecht zijn nietig op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. Andere te vergaande contractuele beperkingen kunnen mogelijk eveneens worden geëcarteerd met de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (vgl. artikel 6:248 lid 2 BW) of op grond van gewijzigde omstandigheden (artikel 6:258 lid 1 BW).



## Hoofdstuk 8. Samenvatting en conclusies

### 8.1 Inleiding

Dit onderzoek gaat over de beperking van de bevoegdheid van bestuurders van kapitaalvennootschappen. Bij de bestuursbevoegdheid gaat het om wat het bestuur *mag*, hetgeen dient te worden onderscheiden van wat het bestuur *kan*, oftewel de vertegenwoordigingsbevoegdheid. De bestuursbevoegdheid volgt uit de wettelijke taakopdracht van het bestuur (vgl. artikel 2:129/239 lid 1 BW). Zonder bevoegdheid kan het bestuur zijn taakopdracht immers niet behoorlijk vervullen. Binnen de vennootschappelijke orde (zie paragraaf 8.2) dient het bestuur invulling te geven aan de ondernemersfunctie. De wettelijke taakopdracht voorziet in de mogelijkheid om de bestuursbevoegdheid te beperken. Hierin ligt een zekere paradox besloten. Enerzijds beperken beperkingen aan de bestuursbevoegdheid het bestuur in zijn mogelijkheden om vrij en ten volle te ondernemen en bestaat er een risico dat dergelijke beperkingen aan efficiënte waardecreatie in de weg staan. Anderzijds kunnen beperkingen aan de bestuursbevoegdheid ertoe dienen om het bestuur te begrenzen en kunnen zij tot op zekere hoogte voorkomen dat er waardevernietiging optreedt. In dit onderzoek staat de vraag centraal in hoeverre de bevoegdheid van bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen kan worden beperkt.

### 8.2 De vennootschap, haar doel en belang

De wet geeft geen definitie van vennootschap. De vennootschap is een door het recht gecreëerd vehikel waarin iets wordt ingebracht dat tot het eigen vermogen van de vennootschap gaat behoren. Bij de kapitaalvennootschap betreft dit telkens goederen. Daarmee worden activiteiten ondernomen die steeds gericht zullen zijn op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel in ruime zin. De activiteiten maken dat de vennootschap – in meer of mindere mate – gaat deelnemen aan het maatschappelijk verkeer en (rechts)relaties aangaat met derden. Hierdoor ontstaat met betrekking tot de vennootschap een belangenpluralisme. Bijvoorbeeld aandeelhouders, werknemers, crediteuren, afnemers en leveranciers krijgen daardoor belang bij de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

## HOOFDSTUK 8

Het doel van de vennootschap is om conform de bedoeling van haar oprichters het vennootschappelijk vermogen aan te wenden om daarmee vermogensrechtelijk voordeel te behalen. Deze bedoeling komt ondermeer, maar niet uitsluitend, tot uitdrukking in de statutaire doelomschrijving van de vennootschap. De bedoeling van de vennootschap zal steeds het (impliciete) oogmerk omvatten om van de vennootschappelijke activiteit een bestendig succes te maken. De bedoeling van de vennootschap is niet in steen gebeiteld en kan gedurende haar bestaan wijzigen. De internationale discussie omtrent *purpose* gaat niet zozeer om de vraag *welke* doelen de vennootschap heeft, maar over *de wijze waarop* zij haar doelen tracht te realiseren.

De vennootschap heeft een ‘eigen’ belang dat los staat van alle andere op de vennootschap betrokken belangen. Wat het vennootschappelijk belang inhoudt is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Onder normale omstandigheden zal dat belang erin gelegen zijn om van datgene waarvoor de vennootschap bedoeld is een bestendig succes te maken. Daarbij rust op het bestuur een zorgvuldigheidsverplichting met betrekking tot alle andere op de vennootschap betrokken belangen. Indien de omstandigheden veranderen, verandert ook het vennootschappelijk belang. Naar mate de vennootschap in zwaarder weer komt zal de zorgvuldigheidsverplichting met betrekking tot die andere belangen steeds zwaarder gaan wegen. Indien er geen reëel vooruitzicht meer bestaat dat de vennootschap haar bedoeling kan blijven waarmaken, is het vennootschappelijk belang vooral gelegen in het zo efficiënt mogelijk afwikkelen van haar zaken.

De juridische jas van de vennootschap brengt telkens dwingendrechtelijk een bepaalde vennootschappelijke orde met zich. Deze vennootschappelijke orde is het geheel aan regels en normen zoals neergelegd in de wet, jurisprudentie, statuten, reglementen, besluiten en/of (aandeelhouders)overeenkomsten die gezamenlijk de interne vennootschappelijke organisatie vormgeven. Dit betreft zowel de vennootschappelijke inrichting als de gedragsnormen die de verschillende actoren jegens elkaar in acht dienen te nemen. Voor de kapitaalvennootschap betekent dit onder meer dat zij een duale structuur kent die ten minste bestaat uit de organen *bestuur* en *algemene vergadering*. Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap en legt daarover rekening en verantwoording af aan de algemene vergadering. De algemene vergadering benoemt het bestuur en kan iedere bestuurder te allen tijde schorsen of ontslaan. De bestuurders dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De aandeelhouders mogen bij de uitoefening van de aan hen toekomende bevoegdheden – binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW – hun eigen belang dienen.

### 8.3 Het bestuur en bestuurderschap

De aanwezigheid van het bestuur als apart orgaan kan enerzijds worden verklaard uit de ontstaansgeschiedenis van de vennootschap. Als gevolg van de toenemende complexiteit van ondernemingen ontstond er in de loop van de negentiende eeuw behoefte aan professionele bestuurders die als kleine groep binnen de vennootschap zelfstandig, snel en efficiënt besluiten konden nemen. Een afzonderlijk bestuur is bevorderlijk voor efficiënt ondernemerschap. Anderzijds wordt het bestaan van het bestuur gerechtvaardigd door het aan de kapitaalvennootschap inherente voorrecht van beperkte aansprakelijkheid. Beperkte aansprakelijkheid stimuleert ondernemers en investeerders om risicovolle en kapitaalintensieve, doch maatschappelijk nuttige, activiteiten te ontplooien die de draagkracht van een of een beperkte groep individuen te boven gaat. Voor de aandeelhouders staat tegenover deze beperkte aansprakelijkheid een onbeperkt winstpotentieel. Het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid maakt dat een deel van de risico's van de ondernemingsactiviteiten kunnen worden afgewenteld op derden zoals werknemers, crediteuren, leveranciers, afnemers, banken, overheid en de maatschappij. Het bestuur als separaat orgaan met zeggenschap over de activiteiten van de vennootschap, maar zonder rechtstreekse aanspraak op de daarmee gegenereerde winst, vormt een waarborg tegen misbruik van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid.

Het bestuurderschap is naar zijn aard een *vertrouwenspositie*. De vennootschap en haar vermogen zijn op grond van het bepaalde in artikel 2:129/239 lid 1 BW aan de zorg van het bestuur toevertrouwd. Veel van de rechtsregels en onderliggende beginselen die van toepassing zijn op het bestuur en het bestuurderschap zijn terug te voeren op die bijzondere vertrouwenspositie.

Ten eerste is een bestuurder gehouden tot *persoonlijke taakuitoefening*. Een bestuurder wordt immers benoemd vanwege het vertrouwen dat de algemene vergadering heeft in de persoon van de bestuurder, bijvoorbeeld vanwege zijn persoonlijke ervaringen, competenties, kwalificaties, netwerk en andere eigenschappen. Daarbij is er geen principieel onderscheid tussen een bestuurder-natuurlijk persoon en een bestuurder-rechtspersoon. Aan de ene kant brengt dit met zich dat een bestuurder zijn taak niet onvervuld mag laten en ook niet op basis van een algemene volmacht door een ander mag laten uitvoeren. Aan de andere kant betekent dit dat niemand de hoedanigheid van bestuurder, en daarmee de bijbehorende verantwoordelijkheid en mogelijke aansprakelijkheid, opgedrongen kan krijgen. Een benoeming moet door de beoogd bestuurder worden aanvaard.

Ten tweede geldt het *collegialiteitsbeginsel*, ofwel het beginsel dat het bestuur zijn taak als college uitoefent. Ook dit volgt uit de vertrouwenspositie van het bestuur. Indien de algemene vergadering besluit tot benoeming van meerdere

## HOOFDSTUK 8

bestuurders zou gezegd kunnen worden dat er bij de algemene vergadering onvoldoende vertrouwen bestaat dat één bestuurder in staat zal zijn de gehele bestuurstaak op een behoorlijke wijze te vervullen. Uit de vertrouwensgedachte volgt ook artikel 2:129/239 lid 2 BW tweede volzin, welke bepaalt dat een bestuurder in de bestuursvergadering niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders gezamenlijk. Datzelfde geldt voor de regel dat belangrijke kerntaken zoals het algemene beleid en de algemene gang van zaken niet door een taakverdeling aan een bestuurder kunnen worden onttrokken. Het aan het bestuur als collectief geschonken vertrouwen brengt voor de individuele bestuurder de plicht met zich om ervoor te zorgen dat dit vertrouwen niet wordt beschaamd, hetgeen onder meer tot uitdrukking komt in artikel 2:9 lid 2 BW.

Een derde fundamenteel beginsel dat samenhangt met de vertrouwenspositie van het bestuur is de ontslagbevoegdheid *ad nutum* van de algemene vergadering. Zodra de algemene vergadering geen vertrouwen meer heeft in een bestuurder kan zij zich in beginsel onmiddellijk van deze bestuurder ontdoen. Naast artikel 2:134/244 lid 1 BW is dit beginsel ook verankerd in artikel 2:134/244 leden 2 en 3 BW, waarin: (i) een bovengrens wordt gesteld aan de mogelijkheid tot het opnemen in de statuten van een voor een ontslagbesluit benodigde versterkte meerderheid, en (ii) is bepaald dat de rechter een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap niet kan uitspreken. Op zijn beurt mag een bestuurder te allen tijde zijn functie neerleggen, behalve in die gevallen waarin dit voorzienbaar de stuurloosheid van de vennootschap tot gevolg heeft.

Tegelijk met een vertrouwenspositie bekleedt het bestuur ook een machtspositie. Deze twee zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Zodra het vertrouwen weg is kan de macht door middel van een ontslag *ad nutum* weer worden ontnomen. De vertrouwens- en machtspositie geeft mede invulling aan de normen van redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 lid 1 BW) die voor het bestuur gelden. Hieruit vloeit onder meer het vierde beginsel voort, te weten dat het bestuur zijn taak behoorlijk dient te vervullen. Daarbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen de loyaliteitsverplichting en zorgvuldigheidsverplichtingen. De loyaliteitsverplichting houdt in dat iedere bestuurder in zijn doen en laten het vennootschappelijk belang voorop dient te stellen. De bestuurder dient dit te doen in de oprechte en eerlijke overtuiging dat hij het vennootschappelijk belang daadwerkelijk en zorgvuldig bevordert. De zorgvuldigheidsplicht houdt allereerst in dat het bestuur het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming actief dient te beschermen en te bevorderen. Ook brengt de zorgvuldigheidsplicht met zich dat het bestuur bij de uitvoering van zijn taak de gerechtvaardigde belangen van anderen zodanig dient te ontzien dat onnodige of onevenredige schade daaraan wordt voorkomen. Daartoe dient het bestuur het evenredigheidsbeginsel toe te passen. Voor het antwoord op de vraag of een bestuurder zijn taak behoorlijk heeft vervuld wordt in de

rechtspraak het handelen van de betrokken bestuurder afgezet tegen dat van een (hypothetische) maatman-bestuurder. Voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder in verband met zijn taakvervulling geldt een hoge drempel. Hierdoor worden het belang van de vennootschap alsook het maatschappelijk belang gediend dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.

Het vijfde beginsel is het autonomiebeginsel. Dit houdt in dat als uitgangspunt het bestuur gerechtigd is om zelfstandig en naar eigen inzicht de aan hem bij wet en statuten opgedragen taak te vervullen. Dit beginsel komt onder meer tot uitdrukking in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zo bepaalde hij in zijn ABN Amro- en ASMI-beschikkingen dat het bepalen van de strategie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming *in beginsel* een aangelegenheid is van het bestuur. De algemene vergadering kan haar opvattingen terzake tot uitdrukking brengen door uitoefening van de haar in wet en statuten toegekende rechten. In het algemeen betekent dit laatste dat het bestuur aan de algemene vergadering van aandeelhouders verantwoording heeft af te leggen over zijn beleid maar dat het bestuur, behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen, niet verplicht is de algemene vergadering vooraf in zijn besluitvorming te betrekken als het gaat om handelingen waartoe het bestuur bevoegd is. Het autonomiebeginsel heeft een doelmatigheidsfunctie en een waarborgfunctie. Deze beide functies zijn niet bij iedere vennootschap van hetzelfde gewicht.

Tenslotte heeft het bestuur een verantwoordingsplicht. Deze plicht is niet als algemeen beginsel in de wet vastgelegd, maar ligt wel in verschillende wetsartikelen besloten. Aan de basis van de verantwoordingsplicht staat de administratieplicht zoals deze volgt uit artikel 2:10 BW. Zonder een behoorlijke administratie is het op een behoorlijke wijze afleggen van verantwoording niet goed mogelijk. Het bestuur legt primair verantwoording af door middel van het opstellen van een jaarrekening en een bestuursverslag. Deze dienen te worden ondertekend door alle bestuurders, in welke eis het collegialiteitsbeginsel herkenbaar is. Tevens dienen de jaarrekening en het bestuursverslag conform artikel 2:394 leden 1 en 4 BW te worden gepubliceerd, waardoor het bestuur ook verantwoording aflegt jegens derden. De importantie van de verantwoordingsplicht komt tot uitdrukking in artikel 2:138/248 lid 2 BW. Dit artikel bepaalt dat indien bij een faillissement van de vennootschap blijkt dat het bestuur niet voldaan heeft aan zijn administratieplicht en/of publicatieplicht, het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en deze onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement van de vennootschap. In een dergelijk geval kunnen de bestuurders slechts aan aansprakelijkheid ontsnappen indien zij aannemelijk weten te maken dat er andere omstandigheden zijn dan de onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Vervolgens dient het bestuur in beginsel aan de algemene vergadering alle door haar verlangde inlichtingen te verschaffen. Daarnaast kan het bestuur op basis van een bijzondere



## HOOFDSTUK 8

zorgplicht gehouden zijn om minderheidsaandeelhouders uit eigen beweging te informeren en om ook buiten de algemene vergadering om op hun vragen antwoord te geven. Ten slotte dient het bestuur verantwoording af te leggen aan de raad van commissarissen en tevens tijdig aan hem de voor de uitoefening van diens taak benodigde gegevens te verschaffen. Ook dient het bestuur de raad van commissarissen ten minste eenmaal per jaar schriftelijk op de hoogte te stellen van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap.

Uit artikel 2:129/239 lid 1 BW volgt de algemene taakopdracht van het bestuur. Tot de bestuurstaak dienen ook alle taken en bevoegdheden te worden gerekend die buiten voornoemd artikel aan het bestuur zijn toegekend. In die zin is de term *besturen* allesomvattend. De bestuurstaak behelst zowel inspanningsverplichtingen (zoals de verplichting om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming) als resultaatsverplichtingen (zoals de administratieplicht en de publicatieplicht). In de rechtspraak van de Hoge Raad is de afgelopen jaren veel aandacht geweest voor de niet-juridische en open begrippen 'strategie' en 'beleid' als onderdelen van de bestuurstaak. Deze begrippen fungeren als pendant van de restbevoegdheid van de algemene vergadering uit artikel 2:107/217 lid 1 BW. Dit relicf van de 'hoogste macht'-gedachte zou aan de algemene vergadering moeten worden ontnomen en – evenals in de ons omringende landen – aan het bestuur moeten worden toegekend. Daarmee wordt de noodzaak van een juridische definitie van de begrippen *besturen*, strategie en beleid minder dringend. Uit de wetsgeschiedenis en jurisprudentie volgt niet een concrete invulling van de algemene bestuurstaak en de breed gedragen opvatting in de literatuur is dat een dergelijk invulling ook niet goed mogelijk is. Het begrip *besturen* uit artikel 2:129/239 lid 1 BW is een open begrip dat ruimte moet bieden aan een veelheid van activiteiten die telkens onder wisselende omstandigheden in vennootschappelijk verband worden uitgevoerd. Deze openheid geeft ook flexibiliteit en maakt dat de inhoud van de bestuurstaak kan meebewegen met maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen. Onder het begrip *besturen* vallen ook de specifieke bestuurstaken die in boek 2 BW aan het bestuur zijn toebedeeld. Deze kunnen grofweg worden onderverdeeld in taken betreffende: (i) de vertegenwoordiging van de vennootschap, (ii) het afleggen van verantwoording door het bestuur, (iii) het functioneren van de organen van de vennootschap, (iv) het wezen van de vennootschap, en (v) het vermogen van de vennootschap. Ten slotte kan de bestuursbevoegdheid ook statutair worden uitgebreid.

### 8.4 Wettelijke beperking van de bestuursbevoegdheid

De wet bevat verschillende beperkingen van de bestuursbevoegdheid. Daarbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen wettelijke beperkingen die de omvang van de bestuursbevoegdheid raken, waar deze paragraaf over gaat, en

wettelijke bepalingen die de wijze waarop het bestuur van zijn bevoegdheid gebruik maakt beperken. Deze laatgenoemde vorm van wettelijke beperkingen betreft de voor het bestuur geldende gedragsnormen. Wettelijke beperkingen van de omvang van de bestuursbevoegdheid kunnen absoluut of relatief zijn. Een absolute beperking houdt in dat het bestuur per definitie onbevoegd is, hetgeen in de wettelijke bepaling tot uitdrukking kan komen door het gebruik van de woorden *kan niet* of *mag niet*. Een relatieve beperking van de bestuursbevoegdheid houdt in dat het bestuur als wettelijk uitgangspunt onbevoegd is, maar dat de statuten ter zake anders kunnen bepalen en/of de medewerking van een ander orgaan benodigd is. In veel gevallen laten wettelijke beperkingen van de bestuursbevoegdheid de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van het bestuur onverlet. Dit betekent dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder verder kan reiken dan zijn bestuursbevoegdheid.

Ten eerste bepaalt artikel 2:94/204 lid 1 BW dat een aantal voor de vennootschap bezwarende rechtshandelingen – welke met name gevolgen heb voor de integriteit van het vennootschappelijk kapitaal – slechts zonder voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering door het bestuur kunnen worden verricht indien en voor zover aan het bestuur daartoe de bevoegdheid *uitdrukkelijk* bij de statuten is verleend. Bij oprichting dienen die bezwarende rechtshandelingen in hun geheel te worden opgenomen in de akte van oprichting of in een apart geschrift waarnaar in de akte van oprichting wordt verwezen en dat aan de akte van oprichting wordt gehecht. Deze beperking van de bestuursbevoegdheid beperkt ook de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur.

Ten tweede bevat de wet diverse beperkingen van de bestuursbevoegdheid met betrekking tot het nemen of verkrijgen van – al dan niet volgestorte – aandelen in het kapitaal van de vennootschap. Gemene deler van deze beperkingen is dat zij evenals de hiervoor genoemde beperking de integriteit van het vennootschappelijk kapitaal beogen te beschermen. Zo bevat de wet een absoluut verbod op het nemen van eigen aandelen door de vennootschap (vgl. artikel 2:95 lid 1/205 BW). Deze beperking van de bestuursbevoegdheid raakt eveneens de vertegenwoordigingsbevoegdheid, zij het dat bij de naamloze vennootschap de bestuurders zelf gebonden raken. Ook bevat de wet een absoluut verbod op het verkrijgen door de vennootschap van niet-volgestorte aandelen in haar kapitaal (vgl. artikel 2:98/207 lid 1 BW). In dit geval bepaalt de wet expliciet dat een dergelijke verkrijging nietig is, zodat ook hier het bestuur ter zake vertegenwoordigingsonbevoegd is. Voorts kunnen de statuten de verkrijging van eigen aandelen door de vennootschap geheel verbieden of anderszins beperken (vgl. artikel 2:98/207 lid 4 BW). Voor de naamloze vennootschap bevat de wet nog een aantal nadere specifieke bepalingen omtrent het verkrijgen van aandelen in haar kapitaal. Zo bepaalt artikel 2:98 lid 4 BW dat het bestuur slechts bevoegd is om – anders dan om niet – eigen aandelen te verkrijgen na machtiging door de algemene vergadering. Daarnaast stelt artikel 2:98c BW grenzen aan de

## HOOFDSTUK 8

bevoegdheid tot steunverlening door de naamloze vennootschap aan derden bij het verkrijgen van aandelen in haar kapitaal. Dit is enerzijds een absoluut verbod op het stellen van de in de wet omschreven zekerheden en garanties, welk verbod tevens de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur raakt. Anderzijds is het – binnen bepaalde grenzen – toegestaan aan de vennootschap om bij het nemen of verkrijgen van aandelen door derden leningen te verstrekken. Het betreffende bestuursbesluit behoeft echter voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering, zonder welke het bestuur eveneens vertegenwoordigingsonbevoegd is. Ten slotte stelt artikel 2:89a lid 1 BW beperkingen aan het in pand nemen van eigen aandelen door de naamloze vennootschap. Ook hier geldt bij overtreding van de beperking de sanctie nietigheid, hetgeen betekent dat het bestuur ter zake vertegenwoordigingsonbevoegd moet worden geacht.

Ten derde kent de wet op verschillende plaatsen bepalingen die specifieke bestuursbesluiten onderwerpen aan de goedkeuring van een ander orgaan van de vennootschap. Allereerst bepaalt artikel 2:107a BW voor de naamloze vennootschap dat bestuursbesluiten inhoudende een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming, de goedkeuring van de algemene vergadering behoeven. Daarbij geeft de wet zelf drie mogelijke voorbeelden die in ieder geval als een dergelijk besluit moeten worden aangemerkt. Ook bepaalt de wet in dit geval expliciet dat het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de bestuurders niet aantast (vgl. artikel 2:107a lid 2 BW). Voorts geldt voor vennootschappen die verplicht of vrijwillig het structuurregime toepassen, dat bepaalde – specifiek in de wet genoemde – bestuursbesluiten aan de goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen. Het structuurregime werd destijds ingevoerd, onder meer met het oogmerk om de belangen van werknemers binnen de vennootschap te beschermen. Ook hier bepaalt de wet uitdrukkelijk dat het ontbreken van de goedkeuring van de raad van commissarissen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de bestuurders niet aantast (vgl. artikel 2:164/274 lid 2 BW). De volgende goedkeuringsregeling geldt uitsluitend voor de naamloze vennootschap. Artikel 2:94c lid 1 BW schrijft voor dat bepaalde rechtshandelingen met oprichters – verricht binnen twee jaar na de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister – de goedkeuring behoeven van de algemene vergadering. Indien deze goedkeuring ontbreekt kan de rechtshandeling ten behoeve van de vennootschap worden vernietigd (vgl. artikel 2:94c lid 1 BW). Tot slot bevat de wet nog twee specifieke goedkeuringsregelingen voor beursvennootschappen. Zo zijn materiële transacties met verbonden partijen die niet in het kader van de normale bedrijfsuitoefening of niet onder normale marktvoorwaarden zijn aangegaan onderworpen aan de goedkeuring: (i) van de raad van commissarissen, of (ii) van het bestuur indien toepassing is gegeven aan artikel 2:129a/239a BW, of (iii) van de algemene vergadering (vgl. artikel 2:169 lid 3 BW *jo.* artikel

2:187 BW). Het ontbreken van de wettelijk voorgeschreven goedkeuring heeft geen gevolgen voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur. Ten slotte kan het bestuur van de vennootschap – in specifiek in de wet omschreven gevallen – een wettelijke bedenktijd inroepen (vgl. artikel 2:114b lid 3 BW *jo.* artikel 2:187 BW) ter bescherming van het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dit heeft tot gevolg dat bepaalde bevoegdheden van de algemene vergadering voor maximaal tweehonderdvijftig dagen worden opgeschort. Een besluit tot het inroepen van de wettelijke bedenktijd behoeft goedkeuring van de raad van commissarissen.

Ten vierde schrijft artikel 2:129/239 lid 6 BW voor dat een bestuurder niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming in het bestuur indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat strijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dient dit persoonlijke belang zodanig te zijn dat de betreffende bestuurder zich niet in staat had mogen achten om het vennootschappelijk belang met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen. Deze wettelijke regeling beoogt een waarborg te zijn voor een zuivere belangenweging en besluitvorming binnen de vennootschap. In beginsel heeft de niet-naleving van de tegenstrijdig belang regeling geen externe werking.

Ten vijfde is het bestuur niet bevoegd om zonder opdracht van de algemene vergadering aangifte tot faillietverklaring van de vennootschap te doen (vgl. artikel 2:136/246 BW). Een en ander tenzij de statuten anders bepalen. De ratio van deze regel is dat de algemene vergadering aldus in de gelegenheid wordt gesteld om ‘*de boel te redden*’, hetgeen onder meer strekt tot bescherming van de belangen van de crediteuren, de vennootschap en de aandeelhouders. Een door de rechter op grond van een onbevoegdlijk gedane aangifte uitgesproken faillissement blijft gehandhaafd. Dit met het oog op de zekerheid in het rechtsverkeer.

Ten zesde bevat artikel 2:393 lid 2 BW een voorwaardelijke bevoegdheid van het bestuur. Het bestuur is slechts dan bevoegd tot het verlenen van een opdracht tot onderzoek van de jaarrekening aan een accountant, indien de algemene vergadering daartoe niet overgaat of ontbreekt en er tevens geen raad van commissarissen is, althans deze ook daartoe niet is overgegaan. In de literatuur bestaat evenwel consensus dat zelfs als het bestuur deze organen niet de gelegenheid heeft gegeven om zulks te doen, dit geen afbreuk doet aan de geldigheid van de aan een accountant verstrekte opdracht.

Ten slotte kan artikel 2:107/217 lid 1 BW eveneens gelden als een wettelijke beperking van de bestuursbevoegdheid. Dit artikel bepaalt immers dat alle bevoegdheid die binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen niet aan het bestuur of aan anderen is toebedeeld, toebehoort aan de algemene vergade-

## HOOFDSTUK 8

ring. Gelet op de openheid van de begrippen besturen, strategie en beleid (zie paragraaf 8.3) is het evenwel de vraag in hoeverre artikel 2:107/217 lid 1 BW een reële beperking van de bestuursbevoegdheid behelst.

In zijn algemeenheid geldt dat aan de bovengenoemde wettelijke beperkingen van de bestuursbevoegdheid een beschermingsgedachte ten grondslag ligt: (i) bescherming van de integriteit van het vermogen van de vennootschap, (ii) bescherming van specifieke belangen zoals die van aandeelhouders, werknemers of crediteuren, en/of (iii) bescherming tegen onzuivere besluitvorming. Het effect van de wettelijke beperkingen van de bestuursbevoegdheid op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur en de bestuurders verschilt per regeling.

### 8.5 Statutaire beperking van de bestuursbevoegdheid

In de wet is een aantal specifieke mogelijkheden tot beperking van de bestuursbevoegdheid opgenomen (vgl. artikel 2:129/239 leden 3 en 4 BW). Daarnaast bevat de wet een verplichte beperking van de bestuursbevoegdheid. Deze mogelijkheden dienen evenwel niet limitatief te worden opgevat. Statutaire beperkingen van de bestuursbevoegdheid kunnen meerdere functies vervullen. Enerzijds kan daaraan een beschermingsgedachte ten grondslag liggen zoals bij goedkeuringsrechten. Anderzijds kunnen zij ook richting geven aan het bestuur en de vennootschappelijke activiteiten, zoals in het geval van een statutair instructierecht of de statutaire doelomschrijving.

De doelomschrijving is de enige verplichte beperking van de bestuursbevoegdheid. Deze dient door de oprichters in de statuten van de vennootschap te worden opgenomen (vgl. artikel 2:67/177 BW). De doelomschrijving omvat doorgaans onder meer een algemene omschrijving van de activiteiten die de vennootschap zal gaan ontplooiën. De statutaire doelomschrijving dient zodanig ruim te zijn dat een zekere activiteit binnen de vennootschap mogelijk is. Ook mag zij niet in strijd zijn met de wet, de goede zeden of de openbare orde. De statutaire doelomschrijving is niet alles bepalend voor het antwoord op de vraag wat het statutaire doel van de vennootschap precies inhoudt. Andere statutaire bepalingen kunnen de statutaire doelomschrijving verder uitbreiden of beperken. Ook dienen zgn. *secundaire handelingen* tot het statutaire doel te worden gerekend. De primaire functie van de statutaire doelomschrijving is beperking van de rechtsbevoegdheid van de vennootschap en daarmee de bevoegdheid van het bestuur. In de praktijk worden dergelijke doelomschrijvingen doorgaans zeer breed geformuleerd zodat er van een reële beperking nauwelijks sprake is. Op grond van het bepaalde in artikel 2:7 BW heeft de statutaire doelomschrijving een beperkte externe werking. Een beroep daarop in rechte wordt slechts zelden gehonoreerd. Gelet op haar beperkte praktische betekenis kan de verplichte

statutaire doelomschrijving voor kapitaalvennootschappen maar beter worden afgeschaft. De mogelijkheid om facultatief een statutaire doelomschrijving op te nemen dient echter te blijven bestaan.

Artikel 2:129/239 lid 3 BW voorziet in de mogelijkheid om bestuursbesluiten aan de goedkeuring van een limitatief in de wet genoemde groep organen te onderwerpen (vgl. artikel 2:78a/189a BW). Dit kan zowel *bij* als *krachtens* de statuten geschieden. De wet als zodanig stelt geen beperkingen aan de bestuursbesluiten die aan de voorafgaande goedkeuring van een ander orgaan kunnen worden onderworpen. Zij mogen echter niet allemaal tegelijk aan goedkeuring worden onderworpen. Zie evenwel over nadere uitzonderingen en grenzen paragraaf 8.7. Het ontbreken van een statutair voorgeschreven goedkeuring heeft als uitgangspunt slechts interne werking en kan niet aan derden worden tegengeworpen. Onder specifieke omstandigheden kan een derde echter in strijd handelen met de redelijkheid en billijkheid als hij van het ontbreken van de statutair voorgeschreven goedkeuring op de hoogte was en de vennootschap desondanks aan de met hem gesloten overeenkomst wenst te houden.

Artikel 2:129/239 lid 4 BW voorziet in de mogelijkheid om statutair een instructierecht toe te kennen aan een orgaan van de vennootschap als bedoeld in artikel 2:78a/189a BW. In tegenstelling tot wat eerder in de literatuur wel betoogd is valt daaronder ook de raad van commissarissen. Dat geldt echter niet voor de niet-uitvoerend bestuurders. Het *instructierecht* moet worden onderscheiden van *instructiemacht*, welke laatste niet zozeer gebaseerd is op een statutaire bepaling maar op een tussen de instructiegever en het bestuur bestaande en als zodanig gepercipieerde afhankelijkheidsrelatie. De wetgever gaat bij het instructierecht uit van een getrapte besluitvorming. Deze bestaat uit een *instructiebesluit* door het daartoe bevoegde orgaan en een daaropvolgend *uitvoeringsbesluit* door het bestuur. De getrapte besluitvorming voorkomt dat het instruerende orgaan al te snel als feitelijk beleidsbepaler (vgl. artikel 2:138/248 lid 7 BW) kan worden aangemerkt. Het antwoord op de vraag welke instructies mogen worden gegeven hangt allereerst af van de bewoording van de betreffende statutaire bepaling. Voorts is de Forumbank-leer van belang. Deze brengt met zich dat indien in de statuten aan het bestuur een bevoegdheid is gegeven die zij zonder een dergelijke statutaire bepaling niet zou hebben gehad, ter zake aan het bestuur geen instructies mogen worden gegeven. Voor wat betreft wettelijke bepalingen die aan het bestuur bevoegdheden toekennen ligt dat genuanceerder. Zo zal van een effectief instructierecht geen sprake kunnen zijn indien deze geen betrekking zouden mogen hebben op de wijze waarop het bestuur van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid gebruik maakt. Instructies mogen wel betrekking hebben op de wijze waarop het bestuur invulling geeft aan zijn administratieplicht (vgl. artikel 2:10 lid 1 BW), maar mogen geen betrekking hebben op het opmaken van de jaarrekening (vgl. 2:210 lid 1 BW) en de inhoud van het bestuursverslag (vgl. artikel 2:391 BW). Voor wat betreft de openbaarmaking van de jaarreke-

## HOOFDSTUK 8

ning (vgl. artikel 2:394 BW) geldt dat uitsluitend de instructie tot naleving door het bestuur van zijn wettelijke plicht is toegestaan. De algemene vergadering zal ook geen instructies mogen geven over de wijze waarop het bestuur zijn verplichtingen op grond van artikel 2:251 BW jegens de raad van commissarissen nakomt (wederom met uitzondering van de instructie tot naleving van de wettelijke plichten). Ondanks dat de wet voorziet in een speciale regeling, bestaat tegen een instructie tot bijeenroeping van de algemene vergadering (vgl. artikel 2:220 lid 1 BW) geen bezwaar. De wet bevat op diverse plaatsen verplichtingen voor het bestuur om bepaalde documenten of informatie te deponeren bij het handelsregister of ten kantore van de vennootschap. Voor wat betreft deze plichten geldt dat slechts de instructie tot naleving daarvan zal zijn toegestaan. Met betrekking tot het opstellen van een fusie- of splitsingsvoorstel (vgl. artikel 2:312 lid 1 BW en artikel 2:334f lid 1 BW) bestaat geen instructierecht. Voor wat betreft specifiek aan het bestuur toegekende bevoegdheden aangaande het vermogen van de vennootschap dient de toelaatbaarheid van een instructierecht te worden beoordeeld aan de hand van de waarborggedachte die aan deze wettelijke bepalingen ten grondslag ligt. Enerzijds zal niet zijn toegestaan de instructie tot goedkeuring van een uitkeringsbesluit van de algemene vergadering, dat zonder een dergelijke goedkeuring zonder gevolgen blijft (vgl. artikel 2:216 lid 2 BW). Anderzijds zal toelaatbaar zijn de instructie tot het opvragen van niet gestort kapitaal (vgl. artikel 2:191 lid 1 BW). De instructie om zulks niet te doen zal – indien de vennootschap behoefte heeft aan dergelijke middelen – afstuiten op de vennootschappelijk belangtoets. Ten slotte wordt het instructierecht nog beperkt door andere wettelijke en statutaire grenzen zoals de doelomschrijving en specifieke gebods- of verbodsbepalingen. Voorts geldt in zijn algemeenheid dat een instructie geen betrekking mag hebben op de wijze waarop het bestuur de vennootschappelijk belangtoets van artikel 2:239 lid 4 BW uitvoert. Daarnaast zal het instruerende orgaan zich dienen te houden aan de wettelijke gedragsnormen zoals deze onder meer volgen uit artikel 2:8 lid 1 BW, artikel 3:13 lid 1 BW en artikel 3:40 BW. Het bestuur dient een gegeven instructie telkens te toetsen aan het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (vgl. artikel 2:129/239 lid 4 BW). Wat dat belang inhoudt is afhankelijk van de omstandigheden van het geval (zie paragraaf 8.2). Dit kan betekenen dat het bestuur de uitvoering van een instructie mag weigeren indien deze niet past binnen de door het bestuur vastgestelde strategie. Voorts dient het bestuur op basis van zijn zorgvuldigheidsplicht te toetsen of door de uitvoering van een instructie andere op de vennootschap betrokken belangen niet onnodig of onevenredig worden geschaad. Een weigering tot uitvoering van een instructie dient door het bestuur telkens goed te worden gemotiveerd. Daarbij kan uit de redelijkheid en billijkheid (vgl. artikel 2:8 BW) volgen dat het bestuur gehouden is om alternatieven aan te dragen waarmee het door het instruerende orgaan beoogde doel wel kan worden bereikt. Het in rechte afdwingen van instructies is geen eenvoudige zaak. De enquêtetprocedure is daarvoor naar zijn aard niet geschikt en de marginale toetsing bij de burgerlijke rechter

laat aan het bestuur veel vrijheid. Wat resteert is (de dreiging met) ontslag van het weigerachtige bestuur, waarbij het onzeker is of een opvolgend bestuur wel genegen zal zijn om de instructie uit te voeren. Tegen reflexwerking van artikel 2:239 lid 4 BW ten opzichte van artikel 2:129 lid 4 BW bestaat geen principieel bezwaar. Zonder uitdrukkelijke statutaire bepaling komt aan de algemene vergadering geen instructierecht toe. In uitzonderingsgevallen kan dit op grond van de redelijkheid en billijkheid anders zijn (vgl. artikel 2:8 lid 1 BW).

Artikel 2:359b lid 1 BW voorziet voor beursvennootschappen in specifieke statutaire beperkingen van de bestuursbevoegdheid in geval van een openbaar bod. Het doel van deze regeling is om te bewerkstelligen dat het bestuur na aankondiging van een openbaar bod geen handelingen kan verrichten die dat bod zouden kunnen frustreren, tenzij met voorafgaande toestemming van de algemene vergadering. Tot op heden heeft nog geen enkele vennootschap van deze statutaire mogelijkheden gebruik gemaakt.

Naast de hiervoor genoemde mogelijkheden tot statutaire beperking van de bestuursbevoegdheid is het mogelijk om allerhande geboden en verboden in de statuten op te nemen. Afhankelijk van de formulering daarvan kunnen dergelijke statutaire bepalingen tot het vennootschappelijk doel worden gerekend. In de praktijk wordt van dergelijke mogelijkheden nagenoeg geen gebruik gemaakt.

Tot slot is het mogelijk om in de statuten bevoegdheden van het bestuur aan een ander orgaan op te dragen. Meer in het bijzonder is het mogelijk om de bevoegdheid van het bestuur met betrekking tot de strategie van de vennootschap over te dragen aan de algemene vergadering. In de wet expliciet aan het bestuur opgedragen bevoegdheden kunnen niet worden overgedragen. Daarnaast is het niet mogelijk om de gehele bestuurstaak aan het bestuur te ontnemen (zie daarover paragraaf 8.7). Het bestuur dient voldoende bevoegdheden over te houden om zinvol invulling te kunnen geven aan zijn waarborgfunctie.

## 8.6 Contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid

Het is niet mogelijk om de in de wet of statuten aan het bestuur toebedeelde bevoegdheden bij overeenkomst te ontnemen of om deze met privatieve werking aan andere organen over te dragen. Wel is het mogelijk om met het bestuur afspraken te maken over de wijze waarop de bestuursbevoegdheden worden uitgeoefend. De vennootschapsrechtelijke bevoegdheid als zodanig en daarmee ook de bijbehorende verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid blijven bij het bestuur berusten. Een mogelijk conflict tussen een contractuele verplichting en een vennootschapsrechtelijke plicht wordt opgelost via de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 lid 1 BW) welke



## HOOFDSTUK 8

de verbintenisrechtelijke redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) kleurt.

Het orgaan bestuur kan als zodanig niet rechtsgeldig over zijn bevoegdheid contracteren. Individuele bestuurders kunnen dat wel maar binden slechts zichzelf. Het beginsel van de persoonlijke taakuitoefening en het collegialiteitsbeginsel (zie paragraaf 8.3) stellen daaraan grenzen. Een bestuurder mag bijvoorbeeld niet zover gaan dat alle beslissingen omtrent de uitvoering van zijn taak *de facto* bij een ander worden neergelegd. De verplichting om bepaalde bestuursbesluiten te onderwerpen aan de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering of om bepaalde concrete instructies op te volgen kunnen slechts door alle bestuurders gezamenlijk worden aangegaan. De vennootschap kan dergelijke beperkingen ook overeenkomen, mits vertegenwoordigd door alle bestuurders dan wel vertegenwoordigd door een of enkele daartoe bevoegde bestuurders op basis van een unaniem bestuursbesluit. Vennootschapsrechtelijke beginselen zoals de openbaarheid van inrichting en de gelijke behandeling van aandeelhouders staan als uitgangspunt aan overeenkomsten met individuele aandeelhouders in de weg. Alle aandeelhouders dienen partij te zijn bij een dergelijke overeenkomst, althans daarmee te hebben ingestemd. In dergelijke gevallen staan de verbintenisrechtelijke beginselen van contractsvrijheid en partijautonomie voorop. Voor beursvennootschappen geldt om praktische redenen een uitzondering op de regel dat alle aandeelhouders partij moeten zijn of moeten hebben ingestemd. De betreffende overeenkomst dient echter wel openbaar te worden gemaakt. Beperkingen aan de bestuursbevoegdheid kunnen ook worden vastgelegd in overeenkomsten tussen een bestuurder en de vennootschap zoals een arbeidsovereenkomst. Daarenboven kunnen bestuurders gebonden zijn aan contractuele afspraken tussen aandeelhouders omtrent de bestuursbevoegdheid waarbij zij niet direct partij zijn maar die wel aan hen bekend zijn gemaakt. In een dergelijk geval dienen de bestuurders en commissarissen op grond van artikel 2:8 lid 1 BW wel in de gelegenheid te worden gesteld om voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst daarover advies uit te brengen.

Voor wat betreft de inhoud van de contractuele beperkingen van de bestuursbevoegdheid geldt dat wat statutair kan worden geregeld, ook in een overeenkomst kan worden vastgelegd. De in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid verzet zich daar niet tegen en ook de kenbaarheid van dergelijke afspraken voor derden is slechts beperkt relevant. Voorts is het mogelijk om beperkingen van de bestuursbevoegdheid overeen te komen die naar de letter van de wet statutair niet zijn toegestaan. Daarnaast kan bij overeenkomst ook op bepaalde punten van statutaire beperkingen aan de bestuursbevoegdheid worden afgeweken. In die zin verdient de leer van de Hoge Raad uit het Eugen Mehler-arrest en het Merito-arrest relativering. Daarbij geldt evenwel een uitzondering voor de statutaire doelomschrijving en statutaire geboden en verboden.

Bij niet-nakoming van contractuele beperkingen van de bestuursbevoegdheid wordt het algemene verbintenissenrecht mede ingevuld aan de hand van vennootschapsrechtelijke normen. Zo dient de ernstig verwijt-maatstaf, maar ook het Schwandt/Berghuizer Papierfabriek-arrest te worden toegepast bij het antwoord op de vraag of een bestuurder ter zake van een niet-nakoming aansprakelijk is. Ook de Poot/ABP-doctrine dient toepassing te vinden. Waar de vennootschap geen partij is bij de betreffende overeenkomst en er ook verder geen sprake is van een tekortkoming of onrechtmatige daad jegens de vennootschap, zal tegen een rechtstreekse schadevergoedingsactie door een aandeelhouder geen bezwaar bestaan. Een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid kan vennootschappelijke werking hebben in die zin dat een bestuursbesluit dat daarmee in strijd is aan vernietiging bloot staat wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. Dit is echter geen automatisme. In een aantal gevallen kan de niet-nakoming van een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid ook gevolgen hebben in de relatie tussen de vennootschap en derden. Zo kan artikel 6:248 lid 2 BW eraan in de weg staan dat een derde zich op de overeenkomst beroept of pleegt de derde mogelijk een onrechtmatige daad door te profiteren van de wanprestatie van het bestuur. In beide gevallen is voor externe werking de bekendheid van de derde met de contractuele beperkingen noodzakelijk en zijn op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad bijkomende omstandigheden vereist. Dit maakt dat de externe werking van contractuele beperkingen van de bestuursbevoegdheid in de praktijk een zeldzaamheid zal zijn.

### 8.7 De (onvervreembare?) kern van de bestuursbevoegdheid

Een algemeen aanvaard beginsel van vennootschapsrecht is dat de bestuursbevoegdheid in de statuten mag worden beperkt, doch niet volledig aan het bestuur mag worden ontnomen. Dit niet-ontnemingsbeginsel is niet expliciet in de wet opgenomen en lijkt zijn oorsprong te hebben in het begin van de twintigste eeuw. Het niet-ontnemingsbeginsel hangt nauw samen met het autonomiebeginsel (zie paragraaf 8.3) en heeft zowel een doelmatigheidsfunctie als een waarborgfunctie. Ontneming van de bestuursbevoegdheid aan het bestuur zou een inbreuk betekenen op de wettelijk voorgeschreven dualistische structuur van de vennootschap en tegelijkertijd strijdig zijn met het gesloten systeem van privaatrechtelijke rechtspersonen. Tot de harde kern van de bestuursbevoegdheden behoren de dwingendrechtelijk aan het bestuur opgedragen bevoegdheden. Deze bevoegdheden kunnen niet aan het bestuur worden ontnomen, maar wel tot op zekere hoogte statutair worden beperkt. Voor wat betreft de bestuursbevoegdheid aangaande de dagelijkse leiding over de vennootschap en de met haar verbonden onderneming geldt dat de harde kern niet zozeer gedefinieerd wordt op basis van de aard van de betrokken bevoegdheden als wel naar het totaal van bevoegdheden dat ter zake van de dagelijkse

## HOOFDSTUK 8

leiding nog voor het bestuur resteert. In die zin is dat deel van de ‘*harde kern*’ van de bestuursbevoegdheid fluïde.

Als hoofdregel geldt dat de beperkingen aan de bestuursbevoegdheid niet zover mogen gaan dat het bestuur niet langer in staat is om de dwingendrechtelijk aan het bestuur opgedragen taken behoorlijk te vervullen en verantwoordelijkheid te kunnen dragen voor de algemene gang van zaken bij de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dit betekent onder meer dat het bestuur voldoende bevoegdheid moet overhouden om: (i) efficiënt te kunnen ondernemen, (ii) de bedoeling van de vennootschap waar te kunnen maken, (iii) het vennootschappelijk belang te kunnen bewaken en bevorderen, en (iv) te kunnen voorkomen dat andere op de vennootschap betrokken belangen daarbij onnodig of onevenredig worden geschaad. Per individuele bevoegdheid dient te worden vastgesteld in hoeverre beperking daarvan mogelijk is. Het vooraf stellen van absolute grenzen is slechts beperkt mogelijk. E.e.a. zal telkens moeten worden gezien tegen de achtergrond van de relevante omstandigheden van het geval.

Statutaire bepalingen in strijd met de wet zijn onverbindend maar zullen in de praktijk zelden voorkomen. Bepalingen in de statuten die door verloop van tijd en gewijzigde omstandigheden te zeer gaan knellen en die niet op de gebruikelijke vennootschappelijke weg kunnen worden aangepast kunnen in uitzonderlijke situaties – zoals bij een reële bedreiging van de continuïteit van de vennootschap of bij substantiële schade aan de vennootschap of aan de belangen van derden – op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (vgl. artikel 2:8 lid 2 BW) buiten werking worden gesteld. Contractuele beperkingen aan de bestuursbevoegdheid die strijdig zijn met fundamentele beginselen van vennootschapsrecht zijn nietig op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. Andere te vergaande contractuele beperkingen kunnen mogelijk eveneens worden geëcarteerd met de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (vgl. artikel 6:248 lid 2 BW) of op grond van gewijzigde omstandigheden (artikel 6:258 lid 1 BW).

## Hoofdstuk 9. Summary and conclusions

### 9.1 Introduction

This study deals with the restriction of the management powers of managing directors in public and private limited liability companies. Management power concerns what the management board *is allowed to do*, which should be distinguished from what the management board *is able to do*, *i.e.* the power of representation. Management power follows from the statutory duty of the management board (*cf.* section 2:129/239 paragraph 1 of the Dutch Civil Code). After all, without power the management board cannot properly fulfil its task. Within the corporate order (see paragraph 9.2), the management board must fulfil the entrepreneurial function. The statutory duty provides for the possibility of restricting the powers of the management board. There is a certain paradox inherent in this. On the one hand, restrictions on management board powers limit its ability to freely and fully do business, and there is a risk that such restrictions will stand in the way of efficient value creation. On the other hand, restrictions on its power can serve to limit the management board and, to a certain extent, prevent the destruction of value. The central question in this study is to what extent management board power in public and private limited liability companies can be limited.

### 9.2 The company, its object and interest

The law does not define a company. The company is a vehicle created by law into which something is contributed that becomes part of the company's equity. In the case of a limited liability company, this always concerns goods. Activities are undertaken with such goods, which are always aimed at achieving some form of financial benefit. These activities cause the company – to a greater or lesser extent – to participate in society and to enter into (legal) relationships with third parties. This creates a plurality of interests with regard to the company. For example, shareholders, employees, creditors, customers and suppliers all acquire an interest in the company and its business.

The object of the company is to use its assets in accordance with the intention of its founders in order to benefit from them in a broad sense. This intention

## HOOFDSTUK 9

is expressed, among other things, but not exclusively, in the description of the company's object in its articles of association. The intention of the company will always include the (implicit) intention to make the company's activity a sustainable success. The intention of the company is not set in stone and may change during its existence. The international discussion concerning *purpose* is not so much about *which* object the company has, but about *the way in which* it tries to realise it.

The company has its 'own' interest which is separate from all other interests involved in the company. What such interest entails depends on the specific circumstances of each case. Under normal circumstances, the interest will lie in making a sustainable success of what the company is intended to do. In this respect, the management board also has a duty of care with regard to all other interests involved in the company and its business. If circumstances change, so will the interests of the company. If the company finds itself in troubled waters, the duty of care in relation to those other interests will become increasingly important. If there is no longer any realistic prospect of the company being able to fulfil its object, the company's interest will lie in the most efficient way of settling its affairs.

The specific legal form of the company always entails a certain corporate order. This corporate order is the set of rules and standards as laid down in the law, case law, articles of association, regulations, decisions and/or (shareholders') agreements that jointly shape the internal corporate organisation. This concerns both the corporate structure and the standards of conduct which the various actors must observe towards each other. For limited liability companies this means, among other things, that it has a dual structure consisting of at least a *management board* and a *general meeting*. The management board is entrusted with managing the company and for this it is accountable to the general meeting. The general meeting appoints the management board and may suspend or dismiss any managing director at any time. In the performance of their duties, the managing directors shall be guided by the interests of the company and its business. In exercising the powers vested in them, the shareholders may – within the limits of reasonableness and fairness in section 2:8 of the Dutch Civil Code – serve their own interests.

### 9.3 The management board and governance

The presence of the management board as a separate corporate body can, on the one hand, be explained by the historical development of the limited liability company. As a result of the increasing complexity of business in the course of the nineteenth century, there was a need for professional managers who, as a small group within the company, could make decisions independently,

## SUMMARY AND CONCLUSIONS

quickly and efficiently. A separate management board is conducive to efficient entrepreneurship. On the other hand, the existence of the management board is justified by the privilege of limited liability inherent in the limited liability company. Limited liability encourages entrepreneurs and investors to engage in risky and capital-intensive, but socially useful, activities which exceed the financial means of one or a limited group of individuals. For the shareholders, this limited liability is balanced by an unlimited profit potential. The privilege of limited liability means that part of the risks of the business activities can be passed on to third parties such as employees, creditors, suppliers, customers, banks, the government and society. The management board, as a separate corporate body with control over the company's activities but no direct claim on the profits generated by them, is a safeguard against an abuse of the privilege of limited liability.

The position of management board members is, by its very nature, a *position of trust*. The company and its assets have been entrusted to the care of the management board on the basis of the provisions of section 2:129/239 paragraph 1 of the Dutch Civil Code. Many of the legal rules and underlying principles which apply to the management board and its members can be traced back to this special position of trust.

Firstly, a managing director is bound to *perform his duties personally*. After all, a managing director is appointed because of the trust that the general meeting has in the person of such a managing director, for example because of his personal experience, competences, qualifications, network and other qualities. There is no fundamental difference between a managing director who is a natural person and a managing director who is a legal entity. On the one hand, this implies that a managing director may not leave his or her duties unfulfilled, nor can he or she have them carried out by another person under a general power of attorney. On the other hand, it means that no one can have the capacity of managing director, and with it the associated responsibility and possible liability, forced upon them. An appointment has to be accepted by the prospective managing director.

Secondly, the *principle of collegiality* applies, that is, the principle that the management board carries out its task as a college. This also follows from the trust position of the management board. If the general meeting decides to appoint more than one managing director, it could be said that the general meeting has insufficient confidence that one managing director will be able to properly fulfil the entire management task. The concept of trust also follows from section 2:129/239, paragraph 2, second sentence, of the Dutch Civil Code, which stipulates that a managing director may not cast more votes in a management board meeting than the other managing directors jointly. The same applies to the rule that important core tasks, such as the general policy and the general course of

## HOOFDSTUK 9

affairs, cannot be taken away from a management board member by a division of tasks. The trust given to the management board collectively entails the duty of the individual board member to ensure that this trust is not betrayed, which is expressed, *inter alia*, in section 2:9 paragraph 2 of the Dutch Civil Code.

A third fundamental principle related to the position of trust of the management board is the general meeting's power of dismissal *ad nutum*. As soon as the general meeting no longer has confidence in a management board member it may, in principle, immediately dismiss such a member. In addition to section 2:134/244 paragraph 1 of the Dutch Civil Code, this principle is also embedded in section 2:134/244 paragraphs 2 and 3 of the Dutch Civil Code, which: (i) sets an upper limit on the possibility of including in the articles of association an enhanced majority required for a decision to dismiss a management board member, and (ii) provides that the courts cannot order the employment contract between a managing director and the company to be reinstated. In turn, a managing director may resign at any time, except in those cases where this would foreseeably render the company rudderless.

At the same time as holding a position of trust, the management board holds a position of power. The two are inextricably linked. As soon as trust is lost, the power can again be taken away by means of an *ad nutum* dismissal. The position of trust and power also gives substance to the standards of reasonableness and fairness (section 2:8 paragraph 1 of the Dutch Civil Code) which apply to the management board. This entails, among other things, the fourth principle that the management board should properly fulfil its duties. In this respect, a distinction can be made between the duty of loyalty and the duty of due care. The duty of loyalty implies that in his or her actions each management board member should put the interests of the company first. Each management board member should do so in the sincere and honest belief that he or she is actually and carefully promoting the interest of the company. First and foremost, the duty of care means that the management board must actively protect and promote the interests of the company and its business. The duty of care also implies that, in the performance of its duties, the management board must protect the legitimate interests of others in such a way as to avoid unnecessary or disproportionate damage to those interests. To this end, the management board must apply the principle of proportionality. In order to answer the question of whether a board member has properly fulfilled his or her duties, in case law the actions of the management board member concerned are compared with those of a (hypothetical) reference management board member. A high threshold applies to the personal liability of a managing director in connection with the performance of his or her duties. This serves the interest of the company as well as the interest of society in preventing management board members from allowing their actions to be influenced by defensive considerations to an undesirable extent.

## SUMMARY AND CONCLUSIONS

The fifth principle is the principle of autonomy. This means that, as a starting point, the management board is entitled to perform independently and at its own discretion the task assigned to it by law and the articles of association. This principle is expressed, among other things, in the case law of the Dutch Supreme Court. For example, in its ABN Amro and ASMI decisions it ruled that determining the strategy of the company and its business is, *in principle*, a matter for the management board. The general meeting can express its views on this matter by exercising the rights granted to it by law and the articles of association. In general, the latter means that the management board is accountable for its policy to the general meeting but, except for deviating statutory provisions or regulations under the articles of association, the management board is not obliged to involve the general meeting in its decision-making process beforehand when it comes to acts for which the management board is authorised. The principle of autonomy has an efficiency function and a safeguard function. These two functions are not of equal importance in every company.

Finally, the board has a duty of accountability. This duty is not enshrined in law as a general principle, but it is embedded in various sections of the law. The basis of the duty of accountability is the obligation to keep records, as this follows from section 2:10 of the Dutch Civil Code. Without proper books and records, proper accountability is not possible. The management board is primarily accountable by means of drawing up financial statements and a management report. These must be signed by all members of the management board and in this requirement the collegiality principle is recognisable. In addition, the financial statements and the management report must be published in accordance with section 2:394, paragraphs 1 and 4 of the Dutch Civil Code, so that the management board is also accountable to third parties. The importance of the duty of accountability is expressed in section 2:138/248 paragraph 2 of the Dutch Civil Code. This section stipulates that if, in the event of the company's bankruptcy, it transpires that the management board has not fulfilled its duty to keep records and/or its duty of publication, the management board will have failed to fulfil its duties properly and such improper performance will be assumed to be a major cause of the company's bankruptcy. In such a case, the managing directors can only escape liability if they are able to make it plausible that there are other circumstances, besides the improper performance of duties, that have been an important cause of the bankruptcy. Next, the management board must in principle provide the general meeting with all the information that it requests. In addition, the management board may be under a special duty of care to inform minority shareholders of its own accord and to answer their questions outside of the general meeting. Finally, the management board is accountable to the supervisory board and is also required to provide the supervisory board in good time with the information necessary for the exercise of its duties. The management board must also inform the supervisory board in writing, at least



once a year, of the main aspects of the strategic policy, the general and financial risks and the management and control system of the company.

Section 2:129/239 paragraph 1 of the Dutch Civil Code lays down the general duty of the management board, which is the management of the company. This general duty also includes all duties and powers assigned to the management board outside the aforementioned statutory provision. In that sense, the term *management* is all-encompassing. The duties of the management board include both best-effort obligations (such as the obligation to focus on the interests of the company and its business) as well as obligations to achieve a certain result (such as the duty to keep proper records and to publish the company's financial statements in good time). In recent years, the Dutch Supreme Court has paid a great deal of attention to the non-legal and open concepts of '*strategy*' and '*policy*' as part of the general duty of the management board. These concepts function as a counterpart to the residual powers of the general meeting in section 2:107/217 paragraph 1 of the Dutch Civil Code. This relic of the '*highest power*' concept should be removed from the general meeting – as in our neighbouring countries – and be assigned to the management board. This makes the need for a legal definition of the concepts of management, strategy and policy less urgent. Legislative history and case law do not provide for a precise definition of the general duty of the management board and the widely held opinion in academic literature is that such a definition is not possible either. The concept of management as referred to in section 2:129/239 paragraph 1 of the Dutch Civil Code is an open concept that needs to offer room for a multitude of activities that are performed under varying circumstances in a corporate setting. This openness also provides flexibility and allows the content of the general duty of the management board to move along with social developments and opinions. The term 'management' also includes the specific duties assigned to the management board throughout Book 2 of the Dutch Civil Code. These can be roughly divided into duties concerning: (i) the representation of the company, (ii) the rendering of account by the management board, (iii) the functioning of the corporate bodies of the company, (iv) the essence of the company, and (v) the assets of the company. Finally, the management board's powers may also be extended under the articles of association.

#### 9.4 Statutory restriction on the power of the management board

The law contains various restrictions on the power of the management board. A distinction must be made between statutory restrictions which affect the scope of the management board's power, which is the subject of this paragraph, and statutory provisions which restrict the manner in which the management board uses its power. The latter form of statutory restriction concerns the standards

of conduct applicable to the management board. Statutory restrictions on the scope of the management board's power can be absolute or relative. An absolute restriction means that the management board by definition is unauthorised, which may be expressed in a statutory provision by the use of the words *cannot* or *may not*. A relative restriction of power means that the management board, as a legal principle, is without power, but that the articles of association may provide otherwise and/or the cooperation of another corporate body is required to exercise such power. In many cases, statutory restrictions on the power of the management board do not affect its power of representation. This means that a management board member's power of representation may extend beyond his management power.

Firstly, section 2:94/204 paragraph 1 of the Dutch Civil Code provides that a number of legal acts which are detrimental to the company – in particular those which affect the integrity of the company's capital – may only be performed by the management board without the prior approval of the general meeting if and insofar as the management board has been *expressly authorised* to do so by the articles of association. Upon incorporation, these onerous legal acts must be included in their entirety in the deed of incorporation or in a separate document to which reference is made in the deed of incorporation and which is attached thereto. This restriction of the management board's power also restricts the management board's power of representation.

Secondly, the law contains various restrictions on the power of the management board with regard to taking or acquiring shares – fully paid up or otherwise – in the capital of the company. The common denominator of these restrictions is that, just like the above-mentioned restriction, they aim to protect the integrity of the company's capital. For example, the law contains an absolute prohibition on the company taking its own shares (*cf.* section 2:95 paragraph 1/205 of the Dutch Civil Code). This restriction of the management board's power also affects its power of representation, albeit that in the case of a public limited liability company the managing directors themselves become bound. The law also contains an absolute prohibition on the acquisition by the company of non-paid-up shares in its capital (*cf.* section 2:98/207 paragraph 1 of the Dutch Civil Code). In this case, the law explicitly stipulates that such an acquisition is void, so that here too the management board has no power to represent the company. Furthermore, the articles of association may entirely prohibit the acquisition of its own shares by the company or restrict it in some other way (*cf.* section 2:98/207 paragraph 4 of the Dutch Civil Code). For a public limited liability company, the law contains a number of further specific provisions regarding the acquisition of shares in its capital. Section 2:98 paragraph 4 of the Dutch Civil Code stipulates that the management board is only authorised to acquire shares in its own capital – other than for no consideration – after authorisation by the general meeting. In addition, section 2:98c of the Dutch Civil Code imposes

## HOOFDSTUK 9

limits on the power of the public limited liability company to assist third parties in the acquisition of shares in its capital. On the one hand, this is an absolute prohibition on providing the securities and guarantees described in the law, a prohibition which also affects the representative power of the management board. On the other hand, the company is permitted – within certain limits – to grant loans to third parties when subscribing for or acquiring shares. However, the management board resolution concerned requires the prior approval of the general meeting, without which the management board also has no power to represent the company. Finally, section 2:89a paragraph 1 of the Dutch Civil Code imposes restrictions on the public limited liability company pledging its own shares. Here too, a violation of the restriction results in nullity, which means that the management board must be deemed unauthorised to represent the company in this matter.

Thirdly, the law contains various provisions that subject specific decisions of the management board to the approval of another corporate body. First of all, section 2:107a of the Dutch Civil Code stipulates for public limited liability companies that management board decisions that involve a significant change in the identity or character of the company, or its business, require the approval of the general meeting. The law itself gives three possible examples that should in any case be regarded as such. In this case, the law also explicitly stipulates that the absence of the approval of the general meeting does not affect the representative power of the management board or its members (*cf.* section 2:107a paragraph 2 of the Dutch Civil Code). Furthermore, in companies that apply the statutory two-tier rules either compulsorily or voluntarily, certain management board resolutions specifically mentioned in the law are subject to the approval of the supervisory board. The statutory compulsory two-tier board system was introduced at the time, partly with a view to protecting the interests of employees within the company. Here too, the law expressly provides that the absence of the supervisory board's approval does not affect the power of representation of the management board or its members (*cf.* section 2:164/274 paragraph 2 of the Dutch Civil Code). The following regulation applies exclusively to public limited liability companies. Section 2:94c paragraph 1 of the Dutch Civil Code stipulates that certain legal acts with founders – effected within two years after the registration of the company in the trade register – require the approval of the general meeting. In the absence of such approval, the legal act may be annulled for the benefit of the company (*cf.* section 2:94c paragraph 1 of the Dutch Civil Code). Finally, the law contains two more specific approval regulations for listed companies. Material transactions with related parties that are not entered into in the ordinary course of business or not under normal market conditions are subject to the approval: (i) of the supervisory board, or (ii) of the management board if section 2:129a/239a of the Dutch Civil Code is applied, or (iii) of the general meeting (*cf.* section 2:169 paragraph 3 *in conjunction with* section 2:187 of the Dutch Civil Code). The absence of such statutory approval

shall not affect the power of representation of the management board. Finally, the management board of the company may – in cases specifically defined by law – invoke a statutory cooling-off period (*cf.* section 2:114b paragraph 3 *in conjunction with* section 2:187 of the Dutch Civil Code) in order to protect the interests of the company and its business. This means that certain powers of the general meeting are suspended for a maximum period of two hundred and fifty days. A resolution to invoke the statutory cooling-off period shall require the approval of the supervisory board.

Fourthly, section 2:129/239 paragraph 6 of the Dutch Civil Code prescribes that a managing director may not participate in the deliberations and decision-making of the management board if he has a direct or indirect personal interest that conflicts with the interests of the company and its business. According to established case law of the Dutch Supreme Court, this personal interest should be such that the management board member concerned should not have been deemed able to represent the company's interest with the required integrity and objectivity. The purpose of this statutory regulation is to safeguard a pure means of weighing the interests involved and decision-making within the company. In principle, non-compliance with the conflict-of-interest rules has no external effect.

Fifthly, the management board is not authorised to file for the bankruptcy of the company without an order from the general meeting (*cf.* section 2:136/246 of the Dutch Civil Code). This is unless the articles of association provide otherwise. The rationale for this rule is that the general meeting is thus given the opportunity to '*save the day*', which serves, among other things, to protect the interests of the creditors, the company and the shareholders. A bankruptcy decreed by the court on the basis of an unauthorised filing remains in place. This with a view to legal certainty.

Sixthly, section 2:393 paragraph 2 of the Dutch Civil Code contains a conditional power for the management board. The management board is only authorised to instruct an auditor to audit the financial statements if the general meeting does not do so or if there is no supervisory board, or at least this supervisory board has not done so either. However, there is consensus in academic literature that even if the management board has not given these corporate bodies the opportunity to do so, this does not affect the validity of the assignment given to an auditor.

Finally, section 2:107/217 paragraph 1 of the Dutch Civil Code can also be seen as a statutory restriction of the management board's power. After all, this provision states that all powers that are not assigned to the management board or others within the limits set by law and the articles of association belong to the general meeting. However, in view of the openness of the concepts of

## HOOFDSTUK 9

management, strategy and policy (see paragraph 9.3), it is questionable to what extent section 2:107/217 paragraph 1 of the Dutch Civil Code constitutes a real restriction of the management board's power.

In general, the above-mentioned statutory restrictions of the management board's powers are based on a protectionist rationale: (i) the protection of the integrity of the company's assets, (ii) the protection of specific interests such as those of shareholders, employees or creditors, and/or (iii) protection against improper decision-making. The effect of the statutory restrictions on the power of representation of the management board and its members varies from one scheme to another.

### 9.5 Restriction of the management board's power through the articles of association

The law contains a number of specific possibilities to restrict the management board's power (*cf.* section 2:129/239 paragraphs 3 and 4 of the Dutch Civil Code). In addition, the law contains a mandatory restriction of the power of the management board. However, these possibilities should not be construed exhaustively. Restrictions of the management board's power through the articles of association can have several functions. On the one hand, they can be based on a protection rationale, as in the case of approval rights. On the other hand, they can also give direction to the management board and its activities, as in the case of a right for a corporate body to instruct the management board or the description of the company's object in the articles of association.

The description of the company's object is the only mandatory restriction of the power of the management board. It has to be included in the articles of association of the company by the founders (*cf.* section 2:67/177 of the Dutch Civil Code). The object clause in the articles of association usually includes a general description of the activities that the company will develop. This description must be broad enough to allow for a certain activity within the company. It may also not be contrary to the law, public morality or public order. The description of the object in the articles of association alone is not decisive for the answer to the question of what the object of the company exactly is. Other provisions of the articles of association may further extend or limit the company's object. So-called *secondary activities* must also be included in the object under the articles of association. The primary function of the object in the articles of association is to limit the legal capacity of the company and thus the power of the management board. In practice, such an object clause is usually formulated very broadly so that there is hardly any real restriction. By virtue of the provisions of section 2:7 of the Dutch Civil Code, the company's object in the articles of association has a limited external effect. An appeal to allow such an external effect

– only to be made by the company or the bankruptcy trustee – in court is only rarely honoured. In view of its limited practical significance, it would be better to abolish the obligatory object clause in the articles of association for public and private limited liability companies. However, the possibility of including an optional object clause in the articles of association should be retained.

Section 2:129/239 paragraph 3 of the Dutch Civil Code provides for the possibility of subjecting management board resolutions to the approval of a group of corporate bodies listed exhaustively in the law (*cf.* section 2:78a/189a of the Dutch Civil Code). This may be done either *by* or *pursuant to* the articles of association. The law as such does not impose any restrictions on the management board resolutions that may be subject to the prior approval of another corporate body. However, they may not all be subject to approval at the same time. See however paragraph 9.7 for further exceptions and limits. The absence of approval required by the articles of association has, in principle, only internal effect and cannot be invoked against third parties. Under specific circumstances, however, a third party may act contrary to the principles of reasonableness and fairness if it was aware of the lack of approval prescribed by the articles of association and nevertheless wishes to hold the company to the agreement concluded with it.

Section 2:129/239 paragraph 4 of the Dutch Civil Code provides for the possibility to grant through the articles of association a right to a corporate body (as referred to in section 2:78a/189a of the Dutch Civil Code) to issue instructions to the management board. Contrary to earlier arguments in academic literature, this also includes the supervisory board. However, this does not apply to the non-executive directors under a one-tier board system. The *right to instruct* must be distinguished from the *power to instruct*, which is not so much based on a specific provision in the articles of association but on a relationship of dependence existing and perceived as such between the instructing party and the management board. The legislator constructed the right to instruct as a multi-stage decision-making process. This consists of an *instruction decision* by the competent corporate body and a subsequent *executive decision* by the management board. The staggered decision-making procedure prevents the instructing corporate body from being regarded too quickly as a *de facto* policymaker (*cf.* section 2:138/248 paragraph 7 of the Dutch Civil Code). The answer to the question of what instructions may be given depends first and foremost on the wording of the relevant provision of the articles of association. Furthermore, the Forum-bank doctrine is of importance. This implies that if the articles of association give the management board a power which it would not have had without such a provision in the articles of association, no instructions may be given to the management board in this respect. This is more nuanced with regard to statutory provisions that grant powers to the management board. For example, there cannot be an effective right to issue instructions if they do not relate to

the manner in which the management board makes use of its power of representation. Instructions may relate to the way in which the management board implements its administrative duty (*cf.* section 2:10 paragraph 1 of the Dutch Civil Code), but may not relate to the preparation of the financial statements (*cf.* section 2:210 paragraph 1 of the Dutch Civil Code) and the contents of the management report (*cf.* section 2:391 of the Dutch Civil Code). With regard to the publication of the financial statements (*cf.* section 2:394 of the Dutch Civil Code), only the instruction to the management board to comply with its statutory duties is permitted. The general meeting will also not be allowed to give instructions about the manner in which the management board meets its obligations towards the supervisory board by virtue of section 2:251 of the Dutch Civil Code (again with the exception of the instruction to comply with its statutory duties). Despite the fact that the law provides for a special arrangement, there is no objection to an instruction to convene the general meeting (*cf.* section 2:220, paragraph 1 of the Dutch Civil Code). The law in various places contains obligations for the management board to deposit certain documents or information with the trade register or at the company's offices. With regard to these obligations, only the instruction to comply with the statutory duties will be permitted. With regard to the drafting of a merger or demerger proposal (pursuant to section 2:312 paragraph 1 of the Dutch Civil Code and section 2:334f paragraph 1 of the Dutch Civil Code) there is no right to instruct. As regards powers specifically granted to the management board with regard to the assets of the company, the permissibility of a right to instruct should be assessed on the basis of the safeguarding principle underlying these statutory provisions. On the one hand, the instruction to approve a resolution of the general meeting to make a distribution, which would remain without effect without such approval by the management board, will not be permitted (*cf.* section 2:216 paragraph 2 of the Dutch Civil Code). On the other hand, the instruction to call unpaid capital shall be permissible (*cf.* section 2:191 paragraph 1 of the Dutch Civil Code). The instruction not to do so will – if the company needs such resources – be subject to the interest test (see below). Finally, the right to give instructions is limited by other statutory limits and limits imposed by the articles of association, such as the definition of the company's object and specific provisions prohibiting or imposing management board conduct. In general, an instruction may not relate to the manner in which the management board performs the interest test under section 2:239 paragraph 4 of the Dutch Civil Code. In addition, the instructing corporate body will have to comply with the statutory standards of conduct as set out, *inter alia*, in section 2:8 paragraph 1 of the Dutch Civil Code, section 3:13 paragraph 1 of the Dutch Civil Code and section 3:40 of the Dutch Civil Code. The management board should always test an instruction against the interest of the company and its business (*cf.* section 2:129/239 paragraph 4 of the Dutch Civil Code). What that interest entails depends on the circumstances of the case (see paragraph 9.2). This may mean that the management board may refuse to carry out an instruction if it does not fit in with the strategy adopted

by the management board. Furthermore, the management board must verify, on the basis of its duty of care, whether the execution of an instruction would unnecessarily or disproportionately prejudice the interests of others involved with the company and its business. The management board must always give proper reasons for any refusal to carry out an instruction. It may follow from reasonableness and fairness (*cf.* section 2:8 of the Dutch Civil Code) that the management board is obliged to propose alternatives by means of which the objective intended by the instructing corporate body can be achieved. Enforcing instructions in court is not a simple matter. The inquiry procedure, by its very nature, is not suitable for this purpose and the marginal review by the civil court leaves the management board with a great deal of freedom. What remains is (the threat of) dismissal of the reluctant management board, where it is uncertain whether a successor management board will be inclined to carry out the instruction. There is no fundamental objection to a reflex effect of section 2:239 paragraph 4 of the Dutch Civil Code in relation to section 2:129 paragraph 4 of the Dutch Civil Code. Without an explicit provision in the articles of association, the general meeting is not entitled to give instructions to the management board. In exceptional cases, this may be different on grounds of reasonableness and fairness (*cf.* section 2:8 paragraph 1 of the Dutch Civil Code).

Section 2:359b paragraph 1 of the Dutch Civil Code provides for a specific restriction of the management board's power in the articles of association in the event of a public bid for listed companies. The purpose of these rules is to ensure that after the announcement of a public bid, the management board cannot perform any acts that could frustrate the bid unless it has received the prior consent of the general meeting. To date, no company has made use of this possibility in the articles of association.

In addition to the aforementioned possibilities for restricting the powers of the management board through the articles of association, it is possible to include all kinds of commands and prohibitions in the articles of association. Depending on the wording, such provisions in the articles of association may be considered part of the company's object. In practice, such possibilities are hardly ever used.

Finally, it is possible to delegate through the articles of association certain powers of the management board to another corporate body. More specifically, it is possible to transfer the power of the management board with regard to the company's strategy to the general meeting. Powers explicitly assigned to the management board by law cannot be transferred. In addition, it is not possible to remove the entire management power from the board (see paragraph 9.7 on this subject). The management board must retain sufficient powers to be able to meaningfully perform its safeguarding function.



## 9.6 Contractual restriction of management board power

It is not possible to remove by agreement the powers granted to the management board by law or in the articles of association or to transfer them to other corporate bodies with a private effect. However, it is possible to make agreements with the management board about the way in which the management board powers are exercised. The relevant powers as such and with it the responsibility and liability, remain with the management board. A possible conflict between a contractual obligation and a statutory obligation is resolved by means of the corporate reasonableness and fairness (section 2:8 paragraph 1 of the Dutch Civil Code) which colours the contractual reasonableness and fairness (section 6:248 paragraph 2 of the Dutch Civil Code).

The management board as a corporate body cannot legally contract about its powers. Individual management board members can, but can only bind themselves. The principle of the personal performance of duties and the principle of collegiality (see paragraph 9.3) set limits to this. A management board member may not, for example, go so far as to *de facto* delegate all decisions relating to the performance of his or her duties to someone else. The obligation to subject certain management board decisions to the prior approval of the general meeting or to follow certain specific instructions can only be entered into by all management board members jointly. The company may also agree to such restrictions, provided that it is represented by all of the management board members or represented by one or more managing directors authorised to do so by a unanimous management board resolution. General company law principles such as the principles of openness with regard to the organisation of the company and equal treatment of shareholders preclude agreements with individual shareholders. All shareholders must be parties to such an agreement, or at least must have consented to it. In such cases, the principles of contractual freedom and party autonomy are paramount. For practical reasons, listed companies are exempt from the rule that all shareholders must be party to or have agreed to the agreement. However, the relevant agreement must be made public. Restrictions on the power of the management board can also be laid down in agreements between a management board member and the company, such as an employment agreement. In addition, managing directors may be bound by contractual arrangements between shareholders concerning management board powers to which they are not directly parties but which have been notified to them. In such a case, the management board members and supervisory board members must be given the opportunity to give their opinion on this matter prior to the conclusion of such an agreement, pursuant to section 2:8 paragraph 1 of the Dutch Civil Code.

As far as the content of the contractual restriction of management board power is concerned, what can be regulated in the articles of association can also be

laid down in an agreement. The legal certainty required in trade is not an obstacle to this, and the recognisability of such agreements for third parties is only of limited relevance. Furthermore, it is possible to agree on restrictions to the power of the management board that are not allowed under the letter of the law. In addition, it is possible to deviate from restrictions on management board powers in certain respects by agreement. In this sense, the doctrine of the Dutch Supreme Court in the Eugen Mehler and Merito cases should be put into perspective. However, an exception applies in this respect with regard to the company's object in the articles of association and other commands and prohibitions therein.

In the event of non-performance in relation to a contractual restriction of management board power, the general law of obligations is partly interpreted on the basis of company law standards. For example, the serious-accusation criterion, but also the Schwandt/Berghuizer Papierfabriek case law, must be applied when answering the question of whether a management board member is liable for non-performance. The Poot/ABP doctrine should also be applied. Where the company is not a party to the relevant agreement and there is no other shortcoming or wrongful act towards the company, there will however be no objection to a direct action for damages by a shareholder. A contractual restriction of management board powers may have corporate effect in the sense that a management board resolution which is in conflict therewith is subject to annulment on the grounds of a breach of reasonableness and fairness. However, this is not automatic. In some instances, non-compliance with a contractual restriction of management board power may also have consequences for the relationship between the company and third parties. For example, section 6:248 paragraph 2 of the Dutch Civil Code may prevent a third party from relying on the contract, or such third party may be committing an unlawful act by profiting from the management board's failure to comply. In both cases, for the contractual restriction to have external effect, the awareness of the third party of the contractual restriction and, based on the case law of the Dutch Supreme Court, additional circumstances, are required. As a result, the external effect of contractual restrictions of management board powers will be a rarity in practice.

### 9.7 The (inalienable?) core of management board power

A generally accepted principle of company law is that the management board's powers may be restricted through the articles of association, but not completely removed. This principle of non-alienation is not explicitly stated in the law and seems to have its origin in the early 20th century. The non-alienation principle is closely related to the autonomy principle (see paragraph 9.3) and has both an efficiency and a safeguard function. Depriving the management board of its powers would violate the legally prescribed two-tier corporate structure and,

## HOOFDSTUK 9

at the same time, be contrary to the closed system of legal entities enshrined in the law. The core of management board powers includes the powers which by virtue of compulsory law are mandated to the management board. These powers cannot be taken away from the management board, but they can be limited through the articles of association to a certain extent. As regards the powers of the management board in respect of the day-to-day management of the company and its business, the core is defined not so much by the nature of the powers involved as by the total of powers remaining for the management board in respect of the day-to-day management. In this sense that part of the core of the management board powers is fluid.

The main rule is that restrictions on the management board's powers may not be such that the management board is no longer capable of properly carrying out the duties assigned to it by law and of taking responsibility for the general affairs of the company and its business. This means, among other things, that the management board must have sufficient power to: (i) conduct business efficiently, (ii) be able to fulfil the company's object, (iii) be able to monitor and promote the company's interests, and (iv) be able to prevent the interests of others involved in the company from being unnecessarily or disproportionately harmed as a result. For each individual power, it must be established to what extent a restriction is possible. Setting absolute limits in advance is only possible to a certain extent. This will always have to be viewed against the background of the relevant circumstances of the case.

Provisions in the articles of association that are contrary to the law are non-binding but will in practice rarely occur. Provisions in the articles of association that become too rigid as time goes by and circumstances change, and which cannot be amended in the usual corporate manner, may in exceptional situations – such as a real threat to the continuity of the company or substantial damage to the company or to the interests of third parties – be rendered ineffective by the derogating effect of reasonableness and fairness (*cf.* section 2:8 paragraph 2 of the Dutch Civil Code). Contractual restrictions of management board powers which are in conflict with fundamental principles of company law are null and void on the grounds of section 3:40 paragraph 1 of the Dutch Civil Code. Other excessively far-reaching contractual restrictions may also be set aside by the derogating effect of reasonableness and fairness (*cf.* section 6:248, paragraph 2 of the Dutch Civil Code) or on the grounds of changed circumstances (*cf.* section 6:258, paragraph 1 of the Dutch Civil Code).

## Literatuurlijst

### **Aarts/Jansen 2021**

S.R.F. Aarts, S. Jansen, 'De belangrijke rol van bestuurders en commissarissen onder de WHOA', in: L.J.J. Kerstens, B. Rikkert, M.A. Broeders, R.F. Feenstra (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Insolad Jaarboek 2021)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 139-178.

### **Asser/Korthals Altes & Groen 7 2015**

E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht, Deel 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015.

### **Asser/Maeijer 2-III 1994**

J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon Deel III. De naamloze en besloten vennootschap*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

### **Asser/Maeijer & 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. Rechtspersonenrecht Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

### **Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009**

G. van Solinge, M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Rechtspersonenrecht Deel II. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

### **Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019**

M. van Olffen, G.J.C. Rensen (m.m.v. R.A.F. Timmermans), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Rechtspersonenrecht Deel IIa. NV en BV, Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

## LITERATUURLIJST

### **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/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019**

G. van Solinge, M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak, T. Salemink), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Rechtspersonenrecht Deel IIb. NV en BV, Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

### **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, 'Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur', in: B.F. Assink, D.A.M.H.W. Strik, *Ondernemingsbestuur en risico-beheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse*, Preadvies voor de Vereniging 'Handelsrecht' 2009, Deventer: Kluwer 2009, p. 5-195.

### **Assink 2010**

B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht* (oratie), Deventer: Kluwer 2010.

### **Assink 2012a**

B.F. Assink, 'Hoedanigheden en zorg(vuldigheids-)plichten in het ondernemingsrecht', *Ars Aequi* 2012/4, p. 277-285.

### **Assink 2012b**

B.F. Assink, 'Vraagtekens rond afgeleide schade', in: P.J. van der Korst, R. Abma en G.T.M.J. Raaijmakers (red.), *Handboek onderneming en aandeelhouder*, Serie Onderneming en Recht deel 69, Deventer: Kluwer 2012, p. 305-347.

### **Assink/Slagter 2013**

B.F. Assink, W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

### **Assink 2015a**

B.F. Assink, 'Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang', *WPNR* 2015(7048), p. 103-117.

**Assink 2015b**

B.F. Assink, 'Dubbel denken in het vennootschapsrecht', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme, A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd, Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse*, Prinsengrachtreeks, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 29-42.

**Assink 2016**

B.F. Assink, 'Van vennootschapsrechtelijk belang (II, slot)', *WPNR* 2016(7112), p. 491-498.

**Assink/Verbrugh 2016**

B.F. Assink, M.A. Verbrugh, 'Bestuur; verbanden tussen bestuur, beleidsvrijheid en vier mogelijke begrenzers daarvan (primair gezien vanuit het B.V.-recht)', in: B. Bier, M. van Olffen, B. Snijder-Kuipers (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 132-1, Deventer: Kluwer 2016, p. 45-90.

**Assink 2017**

B.F. Assink, 'Familievennootschap en vennootschappelijk belang', in: A.J.S.M. Tervoort, B.F. Assink e.a., *Familievennootschappen*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 107, Deventer: Kluwer 2017, p. 27-73.

**Assink 2018a**

B.F. Assink, 'Verbindend (vennootschaps)recht', *Ars Aequi* 2018/1, p. 43-58.

**Assink 2018b**

B.F. Assink, 'Kanttekeningen bij *Boskalis/Fugro*', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2018/7, p. 183-197.

**Assink 2019**

B.F. Assink, 'Aandeelhouders en strategie na *Boskalis/Fugro*', in: S.H.M.A. Dumoulin, A.F. Verdam (red.), *De aandeelhoudersvergadering van de beursvennootschap*, ZIFO-reeks deel 27, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 35-70; tevens gepubliceerd in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz (red.), *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 115, Deventer: Kluwer 2019, p. 39-86.

**Baaijens 2021**

B. Baaijens, 'Typische afspraken uit relationship agreements inhoudelijk getoetst', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2021/5&6, p. 141-154.

## LITERATUURLIJST

### **Bainbridge 2002**

S.M. Bainbridge, 'Why a Board? Group Decisionmaking in Corporate Governance', *Vanderbilt Law Review* 2002, Volume 55, Issue 1, p. 1-55.

### **Bainbridge/Henderson 2016**

S.M. Bainbridge, M.T. Henderson, *Limited Liability, A Legal and Economic Analysis*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing 2016.

### **Bartman 2002**

S.M. Bartman, 'Mr. Th. Groenewald, Doeloverschrijding bij NV en BV (Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen deel 38), Deventer: Kluwer 2001', *Ondernemingsrecht* 2002/16-17, p. 533-536.

### **Bartman/De Groot 2012**

S.M. Bartman en C. de Groot, 'De aanwijzingsbevoegdheid van de algemene vergadering', in: P.J. van der Korst, R. Abma en G.T.M.J. Raaijmakers (red.), *Handboek onderneming en aandeelhouder*, Serie Onderneming en Recht deel 69, Deventer: Kluwer 2012, p. 247-274.

### **Bartman 2017**

S.M. Bartman, 'Hoge Raad weet zich niet goed raad met het concern', in: W.J.L. de Clerck, E. Gras (red.), *Groots Perspectief, Opstellen aangeboden aan mr. drs. T.D. de Groot*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 15-30.

### **Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2020**

S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn, M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2020.

### **Beckers/Raaijmakers 2014**

J. Beckers en G. Raaijmakers, 'De reflexwerking van de Flex-BV', *WPNR* 2014(7011), p. 289-297.

### **Beckman/Timmerman 2002**

H. Beckman, L. Timmerman, 'Vaststelling en goedkeuring van de jaarrekening', *Ondernemingsrecht* 2002/8, p. 227-230.

### **Belinfante 1890**

*Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere, met toelichtingen, den Koning aangeboden door de Staatscommissie, ingesteld bij Zijner Majesteits besluit van 22 November 1879, No. 26.*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1890.

**Bier 2012**

B. Bier, 'Betekent winstrecht ook recht op winst?', in: P.J. van der Korst, R. Abma, G.T.M.J. Raaijmakers, *Handboek onderneming en aandeelhouder*, Serie Onderneming en Recht deel 69, Deventer: Kluwer 2012, p. 163-208.

**Bierlaagh 1975**

H.M.M. Bierlaagh, 'De omvang van de interne werking van beperking van de bevoegdheid van bestuurders van n.v. en b.v.', *WPNR* 1975(5310), p. 393-396.

**Blanco Fernández 1993**

J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij nv en bv* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 19, Deventer: Kluwer 1993.

**Blanco Fernández 2005**

J.M. Blanco Fernández, 'Rechtmatigheidsgrenzen van stemovereenkomsten', *WPNR* 2005(6626), p. 514-520.

**Blanco Fernández 2012**

J.M. Blanco Fernández, 'Verdeling van bevoegdheden over strategie', 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. 309-316.

**Blanco Fernández 2016**

J.M. Blanco Fernández, 'Organen van de B.V.', in: B. Bier, M. van Olffen, B. Snijder-Kuipers (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 132-1, Deventer: Kluwer 2016, p. 19-44.

**Blanco Fernández 2017**

J.M. Blanco Fernández, 'Bevoegdhedenovereenkomsten door bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2017/5, p. 231- 238.

**Blanco Fernández 2018**

J.M. Blanco Fernández, 'Wat is de vennootschap en wat behoort het vennootschapsrecht te zijn', *Ondernemingsrecht* 2018/4, p. 169-178.

**Bootsma/Hijink/In 't Veld 2016**

A.A. Bootsma, J.B.S. Hijink, L. in 't Veld, 'De eerste beurs-BV', *Ondernemingsrecht* 2016/15, p. 555-561.



## LITERATUURLIJST

### **Boschma 1997**

H.E. Boschma, *De eenpersoons-bv* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 28, Deventer: Kluwer 1997.

### **Boschma/Kuijers-Tollenaar 2013a**

H.E. Boschma en G.K. Kuijers-Tollenaar, 'De bevoegdheidsverdeling in de Flex-BV: AV of BGA?', *WPNR* 2013(6962), p. 101-108.

### **Boschma/Kuijers-Tollenaar 2013b**

H.E. Boschma en G.K. Kuijers-Tollenaar, 'Naschrift', *WPNR* 2013(6969), p. 260-262.

### **Boschma 2014**

H.E. Boschma, 'Is de Flex-BV crisis-proof?', in: P. van Schildgaarde, H.E. Boschma e.a., *Ondernemingsrecht in tijden van crisis*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 96, Deventer: Kluwer 2014, p. 15-30.

### **Boschma/Lennarts e.a. 2017**

H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra, K. van Veen, *Evaluatie Wet bestuur en toezicht; Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 110, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

### **Bosse 2002**

W. Bosse, 'De niet in de wet overgenomen bepalingen', in: W. Bosse, J.D.M. Schoonbrood, H.J. Breeman, J.A.M. ten Berg, *Statuten zonder bezwaar; Preadvies voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie te houden te Rotterdam op 11 oktober 2002*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2002, p. 15-49.

### **De Brauw 2017**

C.J.C. de Brauw, *Overnames van beursvennootschappen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 170, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

### **De Brauw 2018**

C.J.C. de Brauw, 'Besluitvorming over strategie en openbare biedingen anno 2018', *Ondernemingsrecht* 2018/2, p. 47-59.

### **Buijn 1986**

F.K. Buijn, 'Departementale Richtlijnen 1986 (II)', *TVVS* 1987/87/8, p. 196-202.

**Buijn 1999**

F.K. Buijn, 'Statuten: terug naar de overeenkomst?', *Ondernemingsrecht* 1999/5, p. 120-123.

**Buijn 2002**

F.K. Buijn, 'KNB; statuten zonder bezwaar', *Ondernemingsrecht* 2002/15, p. 479-482.

**Buijs 2006**

D.C. Buijs, 'Commissarissen: Aandeelhoudertribunen of regenten', in: M.J. Kroeze, C.M. Harmsen e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, p. 117-127.

**Buining 1970**

J.R.H. Buining, 'De Richtlijnen voor het beoordelen van oprichtingen en van statutenwijzigingen van naamloze vennootschappen', *TVVS* 1970/3, p. 87-92.

**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/De Jong/Breukink/Jettinghoff 2017**

C.D.J. Bulten, B.J. de Jong, E.J. Breukink, A. Jettinghoff, *Vitale vennootschappen in veilige handen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 142, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Bulten 2019**

C.D.J. Bulten, 'Hoe autonoom is de BV-bestuurder?', *Ondernemingsrecht* 2019/8, p. 391-399.

**Van der Burg 1983**

V.A.M. van der Burg, 'De statutaire aanwijzingsbevoegdheid ten opzichte van het bestuur van een rechtspersoon', *WPNR* 1983(5656), p. 395-398.

**Camerer 1985**

C. Camerer, 'Redirecting Research in Business Policy and Strategy', *Strategic Management Journal* 1985(1), p. 1-15.

**Cools 2011**

S. Cools, 'Europe's Ius Commune on Director Revocability', *European Company and Financial Law Review*, 2011/2, p. 199-234.

## LITERATUURLIJST

### **Cools 2015**

S. Cools, *De bevoegdheidsverdeling tussen de algemene vergadering en raad van bestuur in de NV* (diss.), Roeselare: Roularta Media Group 2016.

### **Cremers 2018**

F.J.G.M. Cremers, 'Ethiek, integriteit en goed gedrag in de boardroom: wat mag en wat hoort?', in: G. van Solinge, M. van Olffen, M.P. Nieuwe Weme, C.D.J. Bulten (red.), *Toezicht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 151, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 41-49.

### **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* 2014/2, p. 61-71.

### **Davies/Worthington/Hare 2021**

P.L. Davies, S. Worthington, C. Hare, *Gower's Principles of Modern Company Law* (11<sup>th</sup> ed.), London: Sweet & Maxwell, 2021.

### **Departementale Opvattingen 1955**

*Departementale opvattingen toegepast bij de goedkeuring van oprichtingen en statutenwijzigingen van N.V.'s*, Overdruk uit het Correspondentie-Blad van de Broederschap der Notarissen, Juli 1955 acht en vijftigste deel, zesde aflevering.

### **Departementale Richtlijnen 1969**

*Richtlijnen voor het beoordelen van oprichtingen en van statutenwijzigingen van naamloze vennootschappen; Richtlijnen inzake de uitvoering door het Ministerie van Justitie van de artikelen 36e en 45d van het Wetboek van Koophandel, vastgesteld door de Minister van Justitie op 26 november 1969*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1970.

### **Departementale Richtlijnen 1972**

*Richtlijnen 1972 voor het beoordelen van oprichtingen en van statutenwijzigingen van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid; Richtlijnen inzake de uitvoering door het Ministerie van Justitie van de artikelen 36e, 57c, 45d, 58b, 36m en 57f van het Wetboek van Koophandel, vastgesteld door de Staatssecretaris van Justitie op 29 februari 1972*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1972.

### **Departementale Richtlijnen 1976**

*Richtlijnen 1976 voor het beoordelen van oprichtingen en van statutenwijzigingen van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid; Richtlijnen inzake de uitvoering door het Minis-*

terie van Justitie van de artikelen 68, 179, 125, 235, 72 en 183, Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek vastgesteld door de Staatssecretaris van Justitie, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1976.

#### **Departementale Richtlijnen 1986**

*Richtlijnen 1986 voor het beoordelen van oprichtingen en van statutenwijzigingen van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid; Richtlijnen inzake de uitvoering door het Ministerie van Justitie van de artikelen 68, 179, 125, 235, 72 en 183, Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, vastgesteld door de Staatssecretaris van Justitie bij besluit van 18 november 1985, Stcrt. 1985, 227, afgedrukt in: E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten, Handboek voor de Naamloze en de Besloten Vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 742-766.*

#### **Devilee 2019**

J.E. Devilee, 'Verslag MvO-symposium van 29 mei 2019', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2019/8/9.

#### **Dorhout Mees 1933**

T.J. Dorhout Mees, *Statuten van naamloze vennootschappen*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1933.

#### **Dumoulin 1999**

S.H.M.A. Dumoulin, *Besluitvorming in rechtspersonen* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 31, Deventer: Kluwer 1999.

#### **Dumoulin 2005**

S.H.M.A. Dumoulin, 'De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2005/8, p. 266-272.

#### **Van Duuren 2012**

T.P. van Duuren, 'Stem- en samenwerkingsafspraken bij de persoonsgebonden BV', in: P.J. van der Korst, R. Abma en G.T.M.J. Raaijmakers (red.), *Handboek onderneming en aandeelhouder*, Serie Onderneming en Recht deel 69, Deventer: Kluwer 2012, p. 141-160.

#### **Faber 2020**

A.C. Faber, *Onmiddellijke voorzieningen en hun externe werking* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 118, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

## LITERATUURLIJST

### **Francissen/Jansen 1975**

P.W.H.M. Francissen, J.M. Jansen, *Statuten van de grote n.v. en b.v.*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 12, Deventer: Kluwer 1975.

### **François 1999**

A. François, *Het vennootschapsbelang in het Belgische Vennootschapsrecht. Inhoud & grondslagen* (diss.), Antwerpen: Intersentia 1999.

### **Frielink 2017**

K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Serie Recht en Praktijk Ondernemingsrecht, nr. 10, Deventer: Kluwer 2017.

### **Frielink 2018**

K. Frielink, 'De quasi-bestuurder naar Nederlands en Nederlands Caribisch rechtspersonenrecht', *Ondernemingsrecht* 2018/10/11, p. 483-495.

### **Garcia Nelen 2020**

S.B. Garcia Nelen, *De beursvennootschap, corporate governance en strategie; Over de machtsverhouding tussen het bestuur en de algemene vergadering van de beursvennootschap, in het bijzonder ten aanzien van strategische onderwerpen* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 120, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

### **Gepken-Jager 2000**

E.E.G. Gepken-Jager, *Vertegenwoordiging bij NV en BV* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 34, Deventer: Kluwer 2000.

### **Gepken-Jager 2001**

E.E.G. Gepken-Jager, 'Bestuurszelfstandigheid', *Dossier* 2001/48, p. 13-19.

### **Van Ginneken 2008**

M.J. van Ginneken, 'De passiviteitsgedachte in het Amerikaanse recht', in: M.P. Nieuwe Weme, G. van Solinge, R.P. ten Have, L.J. Hijmans van den Bergh (red.), *Handboek Openbaar bod*, Serie Onderneming en Recht deel 46, Deventer: Kluwer 2008, p. 1067-1093.

### **Van Ginneken 2010**

M.J. van Ginneken, *Vijandige overnames; De rol van de vennootschapsleiding in Nederland en de Verenigde Staten* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 79, Deventer: Kluwer 2010.

### **Van Ginneken/Timmerman 2011**

M.J. van Ginneken, L. Timmerman, 'De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2011/17, p. 601-607.

**Van der Grinten 1960**

W.C.L. van der Grinten, 'Departementale Opvattingen', *De Naamlooze Vennootschap* 1960/2, p. 31-32.

**Van der Grinten 1976**

W.C.L. van der Grinten, 'Contractuele bedingen omtrent inrichting en structuur van n.v. en b.v.', *De Naamlooze Vennootschap* 1976/5, p. 73-76, herdrukt in: C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortman, 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. 365-371.

**Van der Grinten 1991**

W.C.L. van der Grinten, 'De vertegenwoordigingsbevoegdheid van besturen van rechtspersonen', in: *Liber Amicorum NBW, Opstellen aangeboden aan Mr Drs B.C. de Die*, Arnhem: Gouda Quint, Deventer: Kluwer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1991, p. 21-26.

**Groenewald 2001**

Th. Groenewald, *Doeloverschrijding bij NV en BV* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 38, Deventer: Kluwer 2001.

**Groenewald 2004**

Th. Groenewald, 'De doelloze BV', *Ondernemingsrecht* 2004/1/2, p. 25-30.

**Groenewald 2015**

Th. Groenewald, 'Het doel van de vennootschap; aspecten van de voor vennootschappen verplichte doelomschrijving', *Ars Aequi* 2015/12, p. 993-997.

**Hamers 1996**

J.J.A. Hamers, *Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen* (diss.), Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 49, Deventer: Kluwer 1996.

**Harmsen 2019**

C.M. Harmsen, *Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort* (diss.), Serie Onderneming en Recht deel 15, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Van der Heijden 1929**

E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de Naamlooze Vennootschap naar Nederlandsch Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1929.

**Van der Heijden 1931**

E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de Naamlooze Vennootschap naar Nederlandsch Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1931.

## LITERATUURLIJST

### **Van der Heijden/Van der Grinten 1955**

E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de Naamlooze Vennootschap naar Nederlandsch Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1955.

### **Van der Heijden/Van der Grinten 1962**

E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze Vennootschap naar Nederlands recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

### **Van der Heijden/Van der Grinten 1976**

E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze Vennootschap naar Nederlands recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.

### **Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013**

E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten/P.J. Dortmond (m.m.v. H. Beckman, B. Bier, C.D.J. Bulten, M.W. Josephus Jitta, A.F.J.A. Leijten, R.P. Raas, J.M. van Slooten & G.J. Vossesteijn, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013.

### **Hezer/De Vries 2019**

P.L. Hezer, P.P. de Vries, 'De verplichting tot ondertekening van de jaarrekening bij de BV en de NV', *Ondernemingsrecht* 2019/2, p. 86-93.

### **Hollemans/Schwarz 2016**

R. Hollemans, C.A. Schwarz, 'Vertegenwoordiging bij de N.V. en de B.V.; de (on)zin van het Richtlijnstelsel van vertegenwoordiging', *TvOB* 2016/4, p. 110-119.

### **Holtzer 2014**

M. Holtzer, *De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 95, Deventer: Kluwer 2014.

### **Honée 1989**

H.J.M.N. Honée, 'De ontwikkeling van het vennootschapsrecht', in: *150 jaar Wetboek van Koophandel, Het verleden en de toekomst, Verslag Symposium vanwege de Faculteit der Rechtsgeleerdheid Katholieke Universiteit Nijmegen op 11 november 1988*, Deventer: Kluwer 1989 p. 35-43.

### **Honée 1998**

H.J.M.N. Honée, 'Het ontslag van de bestuurder in wetshistorisch perspectief', *De NV* 76, 1998, p. 280-284, herdrukt in: *Harry Honée-bundel*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 84, Deventer: Kluwer 2001, p. 177-186.

**Honée 2017**

Ch.E. Honée, 'Aansprakelijkheid van niet-statutaire leden van de executive-committee – als waren het bestuurders?', in: G. van Solinge, J. van Bekkum, N. Kreileman, B.A. Schuijling (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen; Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 111-127.

**Huizink 1989**

J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 7, Deventer: Kluwer 1989.

**Huizink 2008**

J.B. Huizink, 'De eenpersoonsvennootschap', *Onderneming en Financiering* 2008/2, p. 7-22.

**Huizink 2015**

J.B. Huizink, 'Bestuursautonomie na Cancun', in: *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak*, ZIFO-reeks deel 16, Deventer: Kluwer 2015, p. 39-48.

**Van den Ingh 2002**

F.J.P. van den Ingh, 'De bevelstructuur in de vennootschap', in: *Concern-verhouding*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 69, Deventer: Kluwer 2002, p. 13-28.

**De Jong 2012**

B. de Jong, 'Vernieuwing van het NV-recht', in: *Piet Sanders, Een honderdjarige vernieuwer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 93-98.

**De Jongh 2007**

J.M. de Jongh, 'Gij zult splitsen! Instructies van aandeelhouders in beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2007/2, p. 34-43.

**De Jongh/Schild/Timmerman 2010**

J.M. de Jongh, A.J.P. Schild, L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?', in: A.J.A.J. Eijsbouts, F.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild, L. Timmerman, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen, Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Deventer: Kluwer 2010, p. 191-252.

**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* 2011/17, p. 608-618.



## LITERATUURLIJST

### **De Jongh 2014**

J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas; De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 94, Deventer: Kluwer 2014.

### **De Jongh 2019a**

J.M. de Jongh, 'Drie aspecten van tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2019/7, p. 357-365.

### **De Jongh 2019b**

J.M. de Jongh, *Twee eeuwen tegenstrijdig belang* (oratie), Erasmus Law Lectures deel 48, Den Haag: Boom juridisch 2019.

### **De Jongh 2020**

J.M. de Jongh, 'Onderneming en maatschappij: naar een nieuw sociaal contract?', *Ondernemingsrecht* 2020/7, p. 439-442.

### **De Jongh 2021**

J.M. de Jongh, 'Say on climate; Over negatieve externe effecten en verdeling van bevoegdheden', *Ondernemingsrecht* 2021/15, p. 696-703.

### **Josephus Jitta 2006**

M.W. Josephus Jitta, 'De rol van de AFM en die van de Ondernemingskamer in het Wetsvoorstel betreffende het openbaar overnamebod', *Ondernemingsrecht* 2006/6, p. 230-235.

### **Kemp 2015**

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

### **Kersten 2017**

H.H. Kersten, 'De relationship agreement', *Ondernemingsrecht* 2017/9, p. 409-419.

### **Kist/Visser 1914**

J.G. Kist, L.E. Visser, *Beginselen van handelsrecht volgens de Nederlandsche wet; derde deel, Handelsverbintenissen uit overeenkomst*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1914.

### **Kist/Visser 1929**

J.G. Kist, L.E. Visser, *Beginselen van handelsrecht volgens de Nederlandsche wet; supplement op deel III – De naamloze vennootschap volgens de wet van 2 juli 1928, Stb. N<sup>o</sup> 216*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929.

**Klein Wassink 2012**

A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 89, Deventer: Kluwer 2012.

**Klein Wassink 2021**

A.J.M. Klein Wassink, 'Goedkeuring van bestuursbesluiten', in: J.M. de Jongh, B. Kemp, H. Koster, C.A. Schwarz (red.), *Bestuursbesluiten*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 123, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 117-136.

**Kleipool/Van Olffen/Roelvink 2017**

R.H. Kleipool, M. van Olffen, B.W. Roelvink (red.), *Commentaar & Context Corporate Governance Code; Een praktische handleiding bij de nieuwe Corporate Governance Code*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

**De Kluiver/Meinema 2002**

H.J. de Kluiver, M. Meinema, 'Dwingend vennootschapsrecht na de Wet herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire of contractuele afwijking en aanvulling', *WPNR* 2002(6503), p. 648-659.

**De Kluiver 2020**

H.J. de Kluiver, 'Over de verantwoordelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2020/13/14, p. 711-718.

**Van der Korst 2010**

P.J. van der Korst, 'Aanwijzingsbevoegdheid en instructiemacht in concernverhoudingen', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2010/7, p. 270-275.

**Van der Korst 2012**

P.J. van der Korst, 'Vennootschapsorganen en hun leden als procespartij', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2012/7, p. 279-283.

**Van der Korst 2019**

P.J. van der Korst, 'Bestuur en algemene vergadering', *Ondernemingsrecht* 2019/8, p. 440-445.

**Kreileman 2020**

N. Kreileman, *De niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board* (diss.), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 168, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

## LITERATUURLIJST

### **Kroeze 2004**

M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 45, Deventer: Kluwer 2004.

### **Kroeze 2005**

M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders* (oratie), Deventer: Kluwer 2005.

### **Kroeze 2012**

M.J. Kroeze, 'Rechtspersoonlijkheid en afgeleide schade', in: G. van Solinge, C.D.J. Bulten e.a., *Relativering van rechtspersoonlijkheid*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 114, Deventer: Kluwer 2012, p. 29-42.

### **Kroeze 2015**

M.J. Kroeze, 'Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2015/5, p. 185-186.

### **Kroeze 2019**

M.J. Kroeze, 'De functies van het vennootschappelijk belang', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2019/5, p. 177-178, tevens gepubliceerd in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz (red.), *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 115, Deventer: Kluwer 2019, p. 1-4.

### **Kroeze/Timmerman/Wezeman 2022**

M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

### **Leijten 2019**

A.F.J.A. Leijten, 'Bestuur en tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2019/8, p. 429-439.

### **Leijten 2020**

A.F.J.A. Leijten, 'Belangenconflicten met grootaandeelhouders in beursvennootschappen', in: H. de Wulf, J. Barneveld, D.A.M.W.H. Strik e.a., *Ondernemingsrecht in de Lage Landen*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 117, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 225-242.

### **Lennarts 2005**

M.L. Lennarts, 'Een nieuwe regeling van het instructierecht', *Onderneming en Financiering* 2005/65, p. 18-23.

### **Lennarts/Boschma 2008**

M.L. Lennarts, H.E. Boschma, 'Blijft het tobben met tegenstrijdig belang?', *WPNR* 2008(6770), p. 725-736.

**Van Limburg Stirum 1829**

Th.H. graaf van Limburg Stirum, *Iets over de naamlooze maatschappijen*, 's-Gravenhage/Amsterdam: Gebroeders van Cleef 1829.

**Lokin 2018**

E.C.H.J. Lokin, *De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 113, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**Van de Loo/Winter 2016**

E. van de Loo, J. Winter, 'Cultuur en gedrag volgens de nieuwe Corporate Governance Code', *Ondernemingsrecht* 2016/9, p. 338-347.

**Löwensteyn 1959**

F.J.W. Löwensteyn, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap* (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959.

**Maeijer 1964**

J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap* (oratie), Deventer: Kluwer 1964, tevens herdrukt in: C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen en 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.

**Matheussen 1985**

C. Matheussen, 'De Justiniaanse codificatie in de Belgische burgerlijke vennootschap (Boek III, Titel IX Belgisch B.W)', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1985/2, p. 57-124.

**Meijers 1954**

E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting eerste gedeelte (Boek 1 – 4)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeversbedrijf 1954.

**Mendel 1971**

M.M. Mendel, *Het statutaire doel van de naamloze vennootschap* (diss.), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 6, Deventer: Kluwer 1971.

**Mendel 1989**

M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang mede in concernverband beschouwd* (oratie), Deventer: Kluwer 1989.

**Mendel/Oostwouder 2017**

M.M. Mendel, W.J. Oostwouder, 'Lange termijn waardcreatie van de beursvennootschap en de daaraan verbonden onderneming, het bestendige succes

## LITERATUURLIJST

van de (dochter)onderneming en het begrip ‘vennootschappelijk belang’: harmonie of disharmonie?’, *Onderneming en Financiering* 2017/3, p. 4-18.

### **Meppelink 2021**

J.J. Meppelink, ‘De hervinding van het statutaire doel van de vennootschap’, *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2021/9/10, p. 292-298.

### **Metten 2010**

M. Metten, *Corporate Governance; Eine aktienrechtliche und institutionenökonomische Analyse der Leitungsmaxime von Aktiengesellschaften*, (diss.), Wiesbaden: Gabler Verlag 2010.

### **Van Mierlo 2013**

J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss.), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 117, Deventer: Kluwer 2013.

### **Mintzberg/Lampel et al. 2003**

H. Mintzberg, J. Lampel, J.B. Quinn, S. Ghoshal, *The Strategy Process: Concepts, Contexts, Cases*, Harlow: Pearson Education Limited 2003.

### **Molengraaff 1889**

W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche Handelsrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn 1889.

### **Molengraaff 1922**

W.L.P.A. Molengraaff, ‘Verwachtingen’, *De Naamlooze Vennootschap* 1922/23, herdrukt in: M.W. ter Horst, B. Wachter, J. Wiarda (red.), *Molengraaff Bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 358-361.

### **Moulen Janssen 2020**

S.C.E.F. Moulen Janssen, *De positie van aandeelhouders bij preventieve herstructurering* (diss.), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 163, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

### **Mussche 2011**

M. Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 83, Deventer: Kluwer 2011.

### **Nethe 2013**

M.Y. Nethe, *Ontbinding en vereffening van rechtspersonen*, Serie Recht en Praktijk Ondernemingsrecht deel 5, Deventer: Kluwer 2013.

**Nijland 2013**

J. Nijland, *De overheidsonderneming; Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd* (diss.), Ars Notariatus 154, Deventer: Kluwer 2013.

**Nowak/Leijten 2012**

R.G.J. Nowak, A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/12, p. 501-507.

**Nowak 2014**

R.G.J. Nowak, 'Rechtsgeldigheid en doorwerking van buitenstatutaire governance-afspraken', *WPNR* 2014(7014), p. 342-349.

**Van Nuland 2021a**

J.E. van Nuland, *Beleidsbepaling en aansprakelijkheid; een drieluik over de feitelijke beheersing van vennootschappen* (diss.), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 170, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

**Van Nuland 2021b**

J.E. van Nuland, 'Over de beperking van de bestuursbevoegdheid in verhouding tot de bestuursautonomie', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2021/9/10, p. 329-333.

**Olaerts 2012**

M. Olaerts, 'De beperkte bestuurder', *TvOB* 2012/2, p. 46-52.

**Olaerts 2015**

M. Olaerts, 'De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging', *TvOB* 2015/2, p. 51-64.

**Olaerts 2020**

M. Olaerts, 'De raad van commissarissen in moeilijke tijden', *TvOB* 2020/5, p. 168-178.

**Van Olffen 2008**

M. van Olffen, 'De statutair (on)beschermde vennootschap en art. 2:359b BW', in: M.P. Nieuwe Weme, G. van Solinge, R.P. ten Have, L.J. Hijmans van den Bergh (red.), *Handboek Openbaar bod*, Serie Onderneming en Recht deel 46, Deventer: Kluwer 2008, p. 599-618.

**Van Olffen 2018**

M. van Olffen, 'Toezicht in overnamesituaties', in: G. van Solinge, M. van Olffen, M.P. Nieuwe Weme, C.D.J. Bulten (red.), *Toezicht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 151, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 141-155.

## LITERATUURLIJST

### **Van Olffen 2019a**

M. van Olffen, 'Voorontwerp wettelijke bedenktijd van beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2019/2, p. 77-85.

### **Van Olffen 2019b**

M. van Olffen, 'Contracteren over bestuur. Niet omdat het moet, maar omdat het kan', *Ondernemingsrecht* 2019/8, p. 423-428.

### **Oostwouder/Wessel 2015**

W.J. Oostwouder, M. Wessel, 'Vennootschappelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?', *Onderneming en Financiering* 2015/01, p. 4-18.

### **Orts 2013**

E.W. Orts, *Business Persons, A Legal Theory of the Firm*, Oxford: Oxford University Press 2013.

### **Van Oven 1981**

A. van Oven, *Handelsrecht; Leerboek ten gebuik bij universitaire en daarmee overeenstemmende studie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

### **Overkleef 2017**

F.G.K. Overkleef, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 103, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

### **Pistor 2019**

K. Pistor, *The Code of Capital; How the law creates wealth and inequality*, Princeton: Princeton University Press 2019.

### **Portengen 2006**

H.J. Portengen, 'Naar contractsvrijheid voor de BV en haar statutaire inrichting (!?)', in: T.P. van Duuren, H.J. Portengen, E.P.M. Vermeulen en B. Bier, *De vereenvoudigde BV*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2006, Deventer: Kluwer 2006, p. 35-111.

### **Raaijmakers 1976**

M.J.G.C. Raaijmakers, *Joint Ventures* (diss.), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 14, Deventer: Kluwer 1976.

### **Raaijmakers 2014**

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut', *Ars Aequi* 2014/06, p. 459-465.

**Raaijmakers 2017a**

M.J.G.C. Raaijmakers (m.m.v. G.T.M.J. Raaijmakers, W.J.M. van Veen), *Ondernemingsrecht*, Het Nederlands burgerlijk recht (Pitlo-reeks) deel 2, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Raaijmakers 2017b**

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Van ondernemings- naar 'instellingen'-recht en wiegendood van de flex-B.V.?', *TvOB* 2017/3, p. 74-86.

**Rensen 2013**

G.J.C. Rensen, 'Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk', *WPNR* 2013(6979), p. 458-463.

**Renssen 2016**

S. Renssen, *De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap* (diss.), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 131, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

**Reumers 2020**

M.L.H. Reumers, *De insolvente naamloze en besloten vennootschap*, Serie Recht en Praktijk Insolventierecht deel 15, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

**Van Rijn van Alkemade 1984**

J. van Rijn van Alkemade, 'De lege vennootschap', in: E.A.A. Luijsten, J.M.M. Maeijer, A.V.M. Struycken, H.J.M.N. Honée (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. 187-199.

**Roelvink 1990**

H.L.J. Roelvink, 'Bestuurszelfstandigheid in concernverhoudingen', in: L. Timmerman, P.J. Dortmond, C.A. Boukema, H.J.M.N. Honée, H.L.J. Roelvink, A.L. Mohr en P. van Schilfgaarde, *Piercing Van Schilfgaarde*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 9, Deventer: Kluwer 1990, p. 45-54.

**Roes 1930**

G.J. Roes, 'Wettelijke en statutaire machtsverdeling tusschen de aandeelhouders en het bestuur eener N.V.', *De Naamlooze Vennootschap*, 1930/9, p. 259-264.

**De Roo 2015**

K.H.M. de Roo, 'De rechtspersoon als commissaris', *TvOB* 2015/3, p. 106-111.



## LITERATUURLIJST

### **De Roo 2020**

K.H.M. de Roo, 'Ambtsneerlegging door bestuurders bij voorzienbare stuurloosheid', *TvOB* 2020/3, p. 97-105.

### **De Roo 2021**

K.H.M. de Roo, *Bestuur van rechtspersonen* (diss.), ZIFO-reeks deel 34, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

### **Rozendaal 1931**

J. Rozendaal, *Rechten van Derden ten aanzien van Ongeldige Besluiten en Antistatutaire Handelingen bij de Naamlooze Vennootschap*, Amsterdam: H.J. Paris 1931.

### **Salemink/Nieuwe Weme 2020**

T. Salemink, M.P. Nieuwe Weme, 'Toezicht op de jaarrekening door de raad van commissarissen', in: J.B.S. Hijink, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff, L. in 't Veld (red.), *Handboek Jaarrekeningrecht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 164, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 277-324.

### **Sanders 1968**

P. Sanders, 'De herziening van ons Vennootschapsrecht; Op weg naar een ondernemingsrecht?', *De Naamlooze Vennootschap* 1968/7, p. 101-108.

### **Schild 2012**

A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 91, Deventer: Kluwer 2012.

### **Van Schilfgaarde 1991**

P. van Schilfgaarde, 'Contractuele structurering in bestuur en toezicht', in: L. Timmerman, P. van Schilfgaarde e.a., *Ondernemingsrechtelijke contracten*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen deel 14, Deventer: Kluwer 1991.

### **Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017**

P. van Schilfgaarde/J. Winter, J.B. Wezeman & J. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

### **Schoonbrood 2002**

J.D.M. Schoonbrood, 'De in de wet overgenomen bepalingen', in: W. Bosse, J.D.M. Schoonbrood, H.J. Breeman, J.A.M. ten Berg, *Statuten zonder bezwaar; Preadvies voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie te houden te Rotterdam op 11 oktober 2002*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2002, p. 51-118.

**Schoonbrood 2012**

J.D.M. Schoonbrood, 'Overgangsrecht Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en Wet bestuur en toezicht', *WPNR* 2012(6933), p. 423-437.

**Schutte-Veenstra 2016**

J.N. Schutte-Veenstra, 'De gedereguleerde BV. Meer ruimte voor verscheidenheid?', in: L. Timmerman, J.N. Schutte-Veenstra, J.M. de Jongh, C.H.C. Overes, A.J.S.M. Tervoort, J.B. Wezeman, B.F. Assink, J.B.S. Hijink, J.H.M. Willems, *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 98, Deventer: Kluwer 2016, p. 13-32.

**Schutte-Veenstra 2017**

J.N. Schutte-Veenstra, 'Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil?', in: G. van Solinge, J. van Bekkum, N. Kreileman, B.A. Schuijling (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen; Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 129-156.

**Schwarz 2018**

C.A. Schwarz, *De impact van het vennootschappelijk belang: machtsverhoudingen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid* (oratie), Erasmus Law Lectures deel 45, Den Haag: Boom juridisch 2018.

**SER 1969**

*SER-advies inzake de herziening van het ondernemingsrecht*, publicatienr. 69/14, Den Haag 1969.

**SER 2001**

*SER-advies inzake het functioneren en de toekomst van de structuurregeling*, publicatienr. 01/02, Den Haag 2001.

**Slagter 1988**

W.J. Slagter, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over moeder-dochterverhoudingen*, Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, no. 40, Deventer: Kluwer 1988.

**Slagter 1991**

W.J. Slagter, 'Interne en externe concernverhoudingen', in: J.M.M. Maeijer, L.H. Slijkhuis en R.J.C. van Helden (red.), *De Bankier als Jurist tegen wil en dank*, Deventer: Kluwer 1991, p. 191-204.

## LITERATUURLIJST

### **Soerjatin 2018**

E. Soerjatin, 'De rechterlijke blik op strategie', in: S. Perrick, H.J. de Kluiver, I. Spinath (red.), *Kort Juridisch, Liber Amicorum Peter Wakkie*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 161-164.

### **Van Solinge 1984**

A.G. van Solinge, 'Instructiebevoegdheid', in: E.A.A. Luijsten, J.M.M. Maeijer, A.V.M. Struycken, H.J.M.N. Honée (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. 255-266.

### **Van Solinge/Nieuwe Weme 2000**

G. van Solinge, M.P. Nieuwe Weme, 'Het verbod tot het treffen van beschermingsmaatregelen bij een openbaar bod op aandelen (artikel 8 dertiende EG-richtlijn)', *Ondernemingsrecht* 2000/4/5, p. 94-104.

### **Van Solinge 2002**

G. van Solinge, 'Doeloverschrijding en zekerheidstelling in concernverband', in: S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen, G. van Solinge, N.E.D. Faber (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Serie Onderneming en Recht deel 24, Deventer: Kluwer 2002, p. 107-124.

### **Van Solinge/Nowak 2002**

G. van Solinge, R.G.J. Nowak, 'Bestuursbesluiten na afschaffing van het preventief toezicht', *Ondernemingsrecht* 2002/14, p. 432-439.

### **Stokkermans 2013a**

Chr.M. Stokkermans, 'Reactie; De beperkte groep aandeelhouders (BGA)', *WPNR* 2013(6969), p. 258-259.

### **Stokkermans 2013b**

Chr.M. Stokkermans, 'Naschrift', *WPNR* 2013(6977), p. 428-429.

### **Stokkermans 2017a**

Chr.M. Stokkermans, *Sleutels voor personenvennootschapsrecht* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 102, Deventer: Kluwer 2017.

### **Stokkermans 2017b**

Chr.M. Stokkermans, 'Tegenstrijdig belang bij de rechtspersoon? Realistisch aanpakken', *WPNR* 2017(7173), p. 942-952.

**Strikwerda 2018**

J. Strikwerda, *De Nederlandse Corporate Governance Code, Ingeleid, toegelicht en becommentarieerd*, Amsterdam: Mediawerf Uitgevers 2018.

**Terstegge 2014a**

J.A. Terstegge, 'Instructierecht en de Flex-BV: "Hier spreekt de algemene vergadering van uw vennootschap om u de volgende opdracht te geven...."', *WPNR* 2014(7011), p 259-269.

**Terstegge 2014b**

J.A. Terstegge, 'Doelloze vennootschappen (en alles dat daarmee samenhangt)', *WPNR* 2014(7038), p. 1063-1068.

**Terstegge 2015**

J.A. Terstegge, 'Mannen en vrouwen van staal', in: B.F. Assink, K.F. Haak, J.M. de Jongh, M.J. Kroeze en A.J.P. Schild (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht – het ondernemingsrecht van de toekomst: opstellen voor Prof. mr. L. (Vino) Timmerman, ter gelegenheid van zijn 65ste verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 99, Deventer: Kluwer 2015, p. 537-547.

**Terstegge 2017**

J.A. Terstegge, 'Awater en de andere(n)', *WPNR* 2017(7141), p. 231-234.

**Terstegge 2019**

J.A. Terstegge, 'Das Leben der Anderen', *WPNR* 2019(7259), p. 795-802.

**Terstegge 2020**

J.A. Terstegge, 'Algemeen of concreet? Wie het weet mag het zeggen.....', *WPNR* 2020(7280), p. 311.

**Tervoort 2013**

A.J.S.M. Tervoort, *Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap* (diss.), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 93, Deventer: Kluwer 2013.

**Timmerman 1994**

L. Timmerman, 'Afspraken over de samenstelling van de raad van commissarissen bij structuurvennootschappen', in: *CJHB, Brunner-bundel*, Deventer: Kluwer 1994, p. 397-405.

**Timmerman 1995**

L. Timmerman, 'Het krakende gebouw van het vennootschapsrecht', *TVVS* 1995/7, p. 178-181.

## LITERATUURLIJST

### **Timmerman 2000**

L. Timmerman, 'Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht', in: J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman, F.K. Buijn, *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht, Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 105-165.

### **Timmerman 2005**

L. Timmerman, 'Wordt geld nog dominant in het vennootschapsrecht dan het al is?', in: P. van Schilfgaarde, H. Schutte-Veenstra, P.J. Dortmond, L. Timmerman, B. Mezas, J.B. Wezeman, E. Kiersch, J. Winter, H.J. de Kluiver, *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 51, Deventer: Kluwer 2005.

### **Timmerman 2008**

L. Timmerman, 'Ondernemerschap en aandeelhouderschap', *Ondernemingsrecht* 2008/1, p. 1.

### **Timmerman 2009**

L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht (oratie)', *Ondernemingsrecht* 2009/1, p. 4-13.

### **Timmerman 2012**

L. Timmerman, 'Verbindend vennootschapsrecht, variatie op een thema', in: M.H. Claringsbould, M.A.I.H. Hoeks, M.J. Kroeze, F.G.M. Smeele & L. Timmerman (red.), *Verbindend recht, Opstellen aangeboden aan prof. mr. K.F. Haak ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar in het burgerlijk recht, handelsrecht en burgerlijk procesrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer 2012, p. 511-524.

### **Timmerman 2013**

L. Timmerman, 'Pragmatisch denken over afgeleide schade', *WPNR* 2013(6962), p. 115-118.

### **Timmerman 2014a**

L. Timmerman, 'Wie moeten er meedoen?', *WPNR* 2014(7028), p. 699-700.

### **Timmerman 2014b**

L. Timmerman, 'Rechtsvinding in een meergelaagd en door crisissen geplaagd ondernemingsrecht', in: P. van Schildgaarde, H.E. Boschma e.a., *Ondernemingsrecht in tijden van crisis*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 96, Deventer: Kluwer 2014, p. 135-146.

**Timmerman 2015**

L. Timmerman, 'De breedte van het vennootschapsrecht, enkele inleidende opmerkingen', *WPNR* 2015(7048), p. 93-94.

**Timmerman 2016a**

L. Timmerman, 'Meer ruimte voor verscheidenheid is de goede trend voor het ondernemingsrecht', in: L. Timmerman, J.N. Schutte-Veenstra, J.M. de Jongh, C.H.C. Overes, A.J.S.M. Tervoort, J.B. Wezeman, B.F. Assink, J.B.S. Hijink, J.H.M. Willems, *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 98, Deventer: Kluwer 2016, p. 1-12.

**Timmerman 2016b**

L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid; Hoedanigheid van bestuurder doet ertoe', *WPNR* 2016(7105), p. 324-330.

**Timmerman 2016c**

L. Timmerman, 'Vijf fundamentele veranderingen in het ondernemingsrecht', in: B. Bier, M. van Olffen, B. Snijder-Kuipers (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 132-1, Deventer: Kluwer 2016, p. 1-15.

**Timmerman 2017**

L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', in: G. van Solinge, J. van Bekkum, N. Kreileman, B.A. Schuijling (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 25-40.

**Timmerman 2018**

L. Timmerman, 'Het Nederlandse vennootschapsrecht tussen 1928 en 2018, enkele schetsmatige opmerkingen', in: *Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2018, 100 jaar Handelsrecht, Over heden, toekomst en verleden*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 63-99.

**Timmerman 2020a**

L. Timmerman, 'Financieringsvrijheid van de aandeelhouder en aandeelhoudersleningen', in: R.J. de Weijs (red.), *Grenzen aan financieringsvrijheid*, Serie Recht en Praktijk Insolventierecht deel 14, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 125-136.

**Timmerman 2020b**

L. Timmerman, 'Corporate governance codes, bevoegdheden, taken, gedragsregels en *purposes*', in: M. Lückerath-Rovers, H. van Ees, M. Kaptein, I.

## LITERATUURLIJST

Wuisman, *Jaarboek Corporate Governance 2020-2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 1-10.

### **Timmerman 2021a**

L. Timmerman, 'Waartoe zijn we op aarde?', *Ars Aequi* 2021/2, p. 110-112.

### **Timmerman 2021b**

L. Timmerman, 'Purpose in de managementleer en het vennootschapsrecht', in: J.M. de Jongh, B. Kemp, H. Koster, C.A. Schwarz (red.), *Bestuursbesluiten*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 123, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 41-47.

### **Timmerman 2021c**

L. Timmerman, 'Rechtvaardigheid en gerechtigheid in het (ondernemings) recht', *WPNR* 2021(7315), p. 186-193.

### **Timmermans 2018**

R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (diss.), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 147, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

### **Treurniet 1972**

W.C. Treurniet, 'De nieuwe departementale richtlijnen', *De Naamlooze Vennootschap* 1972/1, p. 7-18.

### **Van Veen 2009**

W.J.M. van Veen, 'Gewijzigde regeling eisen voor het aandeelhouderschap en bescherming stemrechtloze aandeelhouders in het ontwerp flex-BV', *WPNR* 2009(6801), p. 467-473.

### **Van Veen 2016**

W.J.M. van Veen, 'Opnieuw: contractuele ontslagregelingen, doorwerking en het belang van de vennootschap', *WPNR* 2016(7089), p. 21-23.

### **Verburg 2003**

L.G. Verburg, 'De statutair directeur in het jaar 2002', *ArbeidsRecht* 2003/4, p. 21-25.

### **Verdam et al. 1965**

*Herziening van het Ondernemingsrecht, Rapport van de Commissie ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie van 8 april 1960.* 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1965 (Rapport van de Commissie Verdam van 26 november 1964).

**Verdam 2010**

A.F. Verdam, 'De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon', *Onderneming en Financiering* 2010/2, p. 93-109.

**Verdam 2013**

A.F. Verdam, 'Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3', *Ondernemingsrecht* 2013/14, p. 503-510.

**Verdam 2019a**

A.F. Verdam, 'Het bestuur van de dochter in concernverband', *Ondernemingsrecht* 2019/8, p. 400-410.

**Verdam 2019b**

A.F. Verdam, 'Huizink en het concern: van de centrale rol van de belangen van de dochtercrediteuren', in: W.J.M. van Veen, A.F. Verdam (red.), *JB; Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.B. Huizink*, ZIFO-reeks deel 29, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 551-567.

**Van Vught 2020**

K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon* (diss.), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 162, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

**Van Vught 2021a**

K.A.M. van Vught, 'Bestuursbesluiten en overeenkomst. Bij twijfel niet inhalen', in: J.M. de Jongh, B. Kemp, H. Koster, C.A. Schwarz (red.), *Bestuursbesluiten*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 123, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 73-91.

**Van Vught 2021b**

K.A.M. van Vught, 'Bibolini bijna veertig jaar later. Zijn we verder gekomen?', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2021/3, p. 96-108.

**Westbroek/Schulting**

W. Westbroek, A.A. Schulting, 'Commentaar Departementale Richtlijnen', in: J.B. Huizink (red.), *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.).

**Westbroek 1972**

W. Westbroek, 'Nieuwe Departementale Richtlijnen', *TVVS* 1972/3/4, p. 65-80.

**Willemars 2013**

I.D.J. Willemars, 'Opmerkingen bij de reactie van mr. Chr.M. Stokkermans in WPNR (2013) 6969', *WPNR* 2013(6977), p. 427-428.



## LITERATUURLIJST

### **Willems 2008**

J.H.M. Willems, 'De rol van de Ondernemingskamer bij het verplichte overnamebod', in: M.P. Nieuwe Weme, G. van Solinge, R.P. ten Have, L.J. Hijmans van den Bergh (red.), *Handboek Openbaar bod*, Serie Onderneming en Recht deel 46, Deventer: Kluwer 2008, p. 979-1001.

### **Winter e.a. 2020**

J.W. Winter, J.M. de Jongh, J.B.S. Hijink, L. Timmerman, G. van Solinge, M.L. Lennarts, J.B. Wezeman, C.D.J. Bulten, S.M. Bartman, E.C.H.J. Lokin, I.S. Wuisman, H.M. Vletter-van Dort, C.A. Schwarz, M.A. Verbrugh, J. Roest, G.T.M.J. Raaijmakers, H. Koster, B. Kemp, M. Olaerts, E.P.M. Joosen, H.E. Boschma, A.F. Verdam, J.N. Schutte-Veenstra, J.H.M. Willems, G.J.C. Rensen, 'Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer', *Ondernemingsrecht* 2020/7, p. 471-474.

### **Wolf 2013**

R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (diss.), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 116, Deventer: Kluwer 2013.

### **De Wulf 2002**

H. de Wulf, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap* (diss.), Antwerpen: Intersentia 2002.

### **Van Zeben/Belinfante/Van Ewijk 1962**

C.J. van Zeben, W.G. Belinfante, O.W. van Ewijk, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 2, Rechtspersonen*, Deventer: N.V. Uitgeversmaatschappij Æ. E. Kluwer 1962.

### **Van Zeben/Du Pon 1977**

C.J. van Zeben, J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 2*, Deventer: Kluwer 1977.

# Jurisprudentieregister

## Hoge Raad

- HR 30 maart 1928, *NJ* 1928, p. 829 – 833, (Hartogh *c.s./Ulrici*) m.nt. E.M. Meijers
- HR 7 maart 1930, *NJ* 1930, p. 1049 m.nt. E.M. Meijers
- HR 8 april 1938, *NJ* 1938/1076 (Eugen Mehler) m.nt. P. Scholten
- HR 14 november 1940, *NJ* 1941 (Maas/Amazone)
- HR 16 juni 1944, *NJ* 1944/443 (Merito)
- HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/465 (Wennex)
- HR 1 april 1949, *NJ* 1949/465 (Doetinchemse IJzergieterij) m.nt. Ph.A.N. van Houwing
- HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43 (Forumbank) m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh
- HR 13 november 1959, *NJ* 1960/472 (Distilleerderij Melchers)
- HR 19 februari 1960, *NJ* 1960/473 (Aurora) m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh
- HR 12 januari 1962, *NJ* 1962/246
- HR 17 november 1967, *NJ* 1968/42 (Pos/Van den Bosch) m.nt. G.J. Scholten
- HR 15 juli 1968, *NJ* 1969/101 (Wijismuller) m.nt. G.J. Scholten
- HR 19 maart 1975, *NJ* 1976/267 (HVA/Westertoren) m.nt. B. Wachter
- HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (Bibolini) m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985/375 (Sjardin/Sjartec) m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 17 mei 1985, *NJ* 1986/760 m.nt. C.J.H. Brunner; W.M. Kleijn
- HR 8 december 1989, *NJ* 1990/217
- HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466 (Ogem II) m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 7 februari 1992, *NJ* 1992/438 (Astro) m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993/98 (Nagtegaal/Westland/Utrecht Hypotheekbank) m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 4 december 1992, *NJ* 1993/271 (Mast Holding) m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 17 maart 1993, *NJ* 1993/366 (Smit Vlootbeheer) m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 31 december 1993, *NJ* 1994/436 (Verenigde Bootlieden) m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 (Poot/ABP) m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 10 maart 1995, *NJ* 1995/595 (Janssen Pers) m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 20 september 1996, *NJ* 1997/149 (Playland)
- HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (Staleman/Van de Ven) m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 15 december 2000, *JOR* 2001/1 m.nt. F.J.P. van den Ingh
- HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 (Sobi/Hurks) m.nt. S.M. Bartman

JURISPRUDENTIEREGISTER

- HR 21 december 2001, *NJ* 2005/95 (Lunderstädt/De Kok)  
HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek)  
m.nt. S.M. Bartman  
HR 20 februari 2004, *JOR* 2004/93 m.nt. F.J.P. van den Ingh  
HR 15 april 2005, *NJ* 2005/483 (Bartelink/Ciris)  
HR 18 november 2005, *NJ* 2006/173 (Unilever) m.nt. J.M.M. Maeijer  
HR 23 december 2006, *NJ* 2006/33  
HR 16 februari 2007, *JOR* 2007/112 (Gebr. Tuin Beheer/Houthoff Buruma)  
m.nt. W.J.M. van Veen en T.H.M. van Wechem  
HR 2 maart 2007, *NJ* 2007/240 (Nutsbedrijf Westland) m.nt. J.M.M. Maeijer  
HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420 (Bruil/Kombex) m.nt. J.M.M. Maeijer  
HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN Amro) m.nt. M.P. Nieuwe Weme  
HR 14 september 2007, *NJ* 2007/612 (Versatel II) m.nt. J.M.M. Maeijer  
HR 2 november 2007, *JOR* 2007/302 (Kessock/SFT Bank) m.nt. B.F. Assink  
HR 20 juni 2008, *JOR* 2008/260 (Willemsen/NOM) m.nt. Y. Borrius  
HR 26 juni 2009, *NJ* 2011/210 (KPNQwest/VEB c.s.) m.nt. W.J.M. van Veen  
HR 19 februari 2010, *JOR* 2010/92 (Fuldauerstichting) m.nt. E. Schmieman  
HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI) m.nt. M.J. van Ginneken; *NJ* 2010/544  
(ASMI) m.nt. P. van Schilfgaarde  
HR 11 februari 2011, *NJ* 2011/305 (Belastingdienst Limburg/x- ING) m.nt. P.  
van Schilfgaarde  
HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/285 (MeesPierson Trust) m.nt. A.J. Tekstra  
HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/461 (VEB/KLM) m.nt. P. van Schilfgaarde  
HR 20 december 2013, *NJ* 2014/347 (BP/Benschop cs.) m.nt. M.R. Mok en  
Jac. Hijma  
HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/194 (Joba/Tjin-Hin-Tjoe)  
HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797; ECLI:NL:HR:2014:799;  
ECLI:NL:HR:2014:804; ECLI:NL:HR:2014:808; *JOR* 2014/290 (Cancun)  
m.nt. R.G.J. de Haan; *NJ* 2014/286 (Cancun) m.nt. P. van Schilfgaarde  
HR 18 april 2014, *JOR* 2014/227 m.nt. C.D.J. Bulten  
HR 5 september 2014, *NJ* 2015/21 (Tulip Air) m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR*  
2014/296 (Hezemans Air) m.nt. M.J. Kroeze  
HR 29 mei 2015, *JOR* 2015/192 (De Katterug) m.nt. Chr.M. Stokkermans  
HR 12 februari 2016, *JOR* 2016/223  
HR 22 september 2017, *JOR* 2017/285 (Warmond/Lexence) m.nt. J.M. Blanco  
Fernández; *Ondernemingsrecht* 2017/17 m.nt. Chr.M. Stokkermans, p. 864-  
866  
HR 30 maart 2018, *NJ* 2018/330 (TMF Netherlands) m.nt. P. van Schilfgaarde  
HR 20 april 2018, *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro) m.nt. A.F.J.A. Leijten  
HR 6 juli 2018, *NJ* 2019/394, m.nt. G. van Solinge  
HR 12 oktober 2018, *JOR* 2019/30 (Potplantenkwekerij/Gilze en Rijen) m.nt.  
J. de Bie Leuveling Tjeenk  
HR 21 december 2018, *NJ* 2019/31 (Geocopter)  
HR 11 september 2020, *JOR* 2020/250 m.nt. Chr. M. Stokkermans

**Parket bij de Hoge Raad**

Parket bij de Hoge Raad, 17 maart 1993, ECLI:NL:PHR:1993:AD1849 (Smit Vlootbeheer)  
 Parket bij de Hoge Raad, 20 februari 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO4151 (Hartog Holding/Hartog)  
 Parket bij de Hoge Raad, 26 januari 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ1084 (Van de Ven/Sleegers)  
 Parket bij de Hoge Raad, 13 juli 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA7970 (ABN Amro)  
 Parket bij de Hoge Raad, 20 juni 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC4959 (Willemsen/NOM)  
 Parket bij de Hoge Raad, 5 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2822 (GeSp/Aegon)  
 Parket bij de Hoge Raad, 26 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI1124 (OM/Hells Angels)  
 Parket bij de Hoge Raad, 9 juli 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BM0976 (ASMI)  
 Parket bij de Hoge Raad, 8 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP8686 (Mees-Pierson Trust)  
 Parket bij de Hoge Raad, 14 april 2017, ECLI:NL:PHR:2017:407 (Warmond/Lexcence)  
 Parket bij de Hoge Raad, 20 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1139 (Geocopter)  
 Parket bij de Hoge Raad, 13 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1345  
 Parket bij de Hoge Raad, 17 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:111  
 Parket bij de Hoge Raad, 10 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1167  
 Parket bij de Hoge Raad, 14 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:31

**Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam**

OK 20 mei 1999, *JOR* 2000/72 (Versatel) m.nt. J.M. Blanco Fernández  
 OK 8 mei 2002, *JOR* 2002/112 (Broadnet) m.nt. J.M. Blanco Fernández  
 OK 13 maart 2003, *JOR* 2003/85 (Corus) m.nt. F.J.P. van den Ingh  
 OK 5 oktober 2005, *JOR* 2005/296 (Smit Transformatoren) m.nt. A.F.J.A. Leijten  
 OK 17 februari 2009, *JOR* 2009/129 (Butôt/Butôt OG Holding) m.nt. G. van Solinge  
 OK 28 juni 2011, *ARO* 2011/107 (Waterspreng)  
 OK 21 juli 2011, *ARO* 2011/115 (Dyna Music)  
 OK 19 juli 2012, *JOR* 2013/7 (Cancun) m.nt. M.W. Josephus Jitta  
 OK 23 september 2013, *JOR* 2014/93 m.nt. P.D. Olden  
 OK 30 oktober 2013, *JOR* 2013/337 (Novero) m.nt. M.W. Josephus Jitta; *ARO* 2013/164 (Novero Holdings B.V.)  
 OK 11 december 2013, *JOR* 2014/36 (Slotervaart) m.nt. M.W. Josephus Jitta

## JURISPRUDENTIEREGISTER

OK 27 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4419  
OK 12 april 2016, *ARO* 2016/118  
OK 11 oktober 2016, *ARO* 2017/69  
OK 12 oktober 2016, *JOR* 2017/90 (Highfields Capital/Delta Lloyd)  
OK 29 mei 2017, *JOR* 2017/261 (Elliott *c.s.*/AkzoNobel) m.nt. C.D.J. Bulten  
OK 8 december 2017, *ARO* 2018/58  
OK 4 april 2018, *JOR* 2018/179 m.nt. F. Eikelboom  
OK 15 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2309  
OK 20 december 2018, *RO* 2019/15  
OK 20 december 2018, *JOR* 2019/102 m.nt. M. Olaerts  
OK 10 juli 2019, *ARO* 2019/147  
OK 3 december 2019, *ARO* 2020/33  
OK 27 februari 2020, *JOR* 2020/203 m.nt. P.L. Hezer  
OK 11 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1555  
OK 23 oktober 2020, *ARO* 2020/186  
OK 29 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3158  
OK 5 november 2020, *JOR* 2021/88 m.nt. N. Kreileman  
OK 27 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3484  
OK 30 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3277  
OK 21 december 2021, *ARO* 2022/27  
OK 16 februari 2021, *ARO* 2021/45  
OK 11 januari 2022, *ARO* 2022/51  
OK 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302

### **Gerechtshoven**

Gerechtshof 's-Gravenhage 13 april 1942, *NJ* 1942/529  
Gerechtshof 's-Gravenhage 27 juni 1968, *NJ* 1978/43 (Nieuw Eykenduynen)  
Gerechtshof Amsterdam 15 november 1973, *NJ* 1975/8 (Westertoren/HVA)  
m.nt. B. Wachter  
Gerechtshof Arnhem 9 oktober 1974, *NJ* 1976/42 (Makelaarskantoor Van E.)  
Gerechtshof Amsterdam 22 maart 1984, *NJ* 1985/219 (Nesolas)  
Gerechtshof Amsterdam 27 november 1986, *NJ* 1987/801 (Credit Lyonnais)  
Gerechtshof Arnhem 19 december 1995, *JOR* 1996/80 (Heineken Nederland)  
m.nt. M.W. Josephus Jitta  
Gerechtshof 's-Gravenhage 25 augustus 1998, *JOR* 1999/60 (Euro Motorcycles  
Group)  
Gerechtshof Arnhem 16 april 2002, *JOR* 2002/110  
Gerechtshof Amsterdam 25 april 2002, *JOR* 2002/128 (Gorillapark)  
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 september 2003, *JOR* 2004/5  
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 april 2004, *JOR* 2004/225 m.nt. J.M. Blanco  
Fernández  
Gerechtshof Amsterdam 19 februari 2008, *JOR* 2009/61 m.nt. B.F. Assink

Gerechtshof Amsterdam 12 augustus 2008, *JOR* 2008/264 m.nt. A.F.J.A. Leijten  
 Gerechtshof Amsterdam 21 juli 2009, *JOR* 2009/314 (MeesPierson Trust/Ontvanger) m.nt. A.J. Tekstra  
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 juli 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:2085  
 Gerechtshof Amsterdam 2 februari 2010, *JOR* 2010/334 m.nt. W.J.M. van AnDEL  
 Gerechtshof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348  
 Gerechtshof Amsterdam 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2015 (Jan van Gent)  
 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, *JOR* 2015/32 m.nt. M. Holtzer  
 Gerechtshof Amsterdam 13 januari 2015, *JOR* 2015/69 (Kekk/Delfino) m.nt. R.G.J. Nowak  
 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 augustus 2015, *JOR* 2015/326 m.nt. S.C.M. van Thiel  
 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8114  
 Gerechtshof Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4501  
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4734  
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4975  
 Gerechtshof 's-Gravenhage 31 mei 2016, *JOR* 2016/181 (Boskalis/Fugro) m.nt. R.G.J. Nowak  
 Gerechtshof 's-Gravenhage 29 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1215  
 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2018, *JOR* 2019/153 m.nt. J.H. Bennaars  
 Gerechtshof Amsterdam 12 november 2019, *JOR* 2020/110 m.nt. U.B. Verboom  
 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10860  
 Gerechtshof Amsterdam 23 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1790  
 Gerechtshof Amsterdam 3 november 2020, *JOR* 2021/170 m.nt. R.A. Wolf  
 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10269  
 Gerechtshof Amsterdam 7 april 2021, *JOR* 2021/201 (Human Concern) m.nt. T. Salemink  
 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3796

### **Rechtbanken**

Rb. Leeuwarden 12 november 1987, *NJ* 1988/699 (Interpolacel)  
 Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, *KG* 1988/37 (Amstelland)  
 Rb. Utrecht 22 februari 1996, *JAR* 1996/64 (Nyqvist/VSN)  
 Rb. Middelburg 14 april 1998, *JOR* 2000/25 (VenV)  
 Ktr. Enschede 3 juli 1998, *JOR* 1999/2  
 Rb. Rotterdam 24 februari 2000, *JOR* 2000/76 (Diepvries Goedereede/Plugge)  
 Rb. Utrecht 15 maart 2000, *JOR* 2000/233 m.nt. F.J.P. van den Ingh

JURISPRUDENTIEREGISTER

Vzng. Rb. 's-Gravenhage 7 augustus 2002, *JOR* 2002/173 (Babcock) m.nt. F.J.P. van den Ingh  
Rb. Utrecht 31 januari 2007, *JOR* 2007/135 m.nt. H.M.L. Dings  
Rb. Amsterdam 16 mei 2007, *JOR* 2007/200  
Rb. Rotterdam 14 juli 2010, *JOR* 2010/336 (Anfodie Beheer) m.nt. Y. Borrius  
Rb. Utrecht 1 december 2010, *JOR* 2011/69 (Stichting Vitras) m.nt. J.M. Blanco Fernández  
Rb. Amsterdam 12 januari 2011, *JOR* 2011/250 m.nt. C.D.J. Bulten  
Vzng. Rb. Amsterdam 11 maart 2011, *JOR* 2011/141 m.nt. L.G. Verburg  
Rb. Amsterdam 18 mei 2011, *JOR* 2011/320 m.nt. B.P.M. van Ravels  
Rb. Leeuwarden 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BT7052  
Rb. Utrecht 4 april 2012, *JOR* 2012/211 m.nt. L.G. Verburg  
Rb. Maastricht 20 juni 2012, *JOR* 2012/281 (Wolder Beheer/X) m.nt. A.J.M. Klein Wassink  
Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (Vanka-Kawat) m.nt. J.M. Blanco Fernández  
Rb. Rotterdam 27 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6100  
Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 (Landis) m.nt. U.B. Verboom  
Ktr. Rotterdam 9 januari 2014, *JOR* 2014/34; *JAR* 2014/96 m.nt. K. Wiersma  
Rb. Amsterdam 16 januari 2014, *JOR* 2014/157 (Kekk/Delfino) m.nt. R.G.J. Nowak  
Rb. Midden-Nederland 19 februari 2014, *JOR* 2014/124 m.nt. Ph. W. Schreurs en L.A. van Driel  
Rb. Rotterdam 19 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1846  
Rb. Zeeland-West-Brabant 14 januari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:461  
Vzng. Rb. 's-Gravenhage 17 maart 2015, *JOR* 2015/135 (Boskalis/Fugro)  
Rb. Midden-Nederland 31 juli 2015, *JOR* 2015/325 m.nt. P.P. de Vries  
Rb. Noord-Holland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10334  
Rb. Amsterdam 30 september 2015, *JOR* 2016/182 m.nt. J. van Bekkum  
Rb. Gelderland 27 januari 2016, *JOR* 2016/92 m.nt. J.M. Blanco Fernández  
Rb. 's-Gravenhage 28 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8601  
Rb. Rotterdam 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4316  
Rb. Midden-Nederland 24 augustus 2016, *NJF* 2016/492  
Rb. 's-Gravenhage 6 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16048  
Rb. Rotterdam 27 maart 2017, ECLI:RBROT:2017:2305  
Vzng. Rb. Gelderland 19 april 2017, *JOR* 2017/314 m.nt. K.A.M. van Vught  
Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, *JOR* 2018/117 m.nt. S.M. Bartman  
Rb. Rotterdam 13 juni 2018, ECLI:NL:RBROT: 2018:5344  
Rb. Amsterdam 11 juli 2018, *JOR* 2018/298 m.nt. R.G.J. Nowak  
Rb. Overijssel 18 juli 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2696  
Ktr. Rb. Amsterdam 15 januari 2019, *JAR* 2019/23 (Deliveroo) m.nt. M. Jovović en J.P.H. Zwemmer

JURISPRUDENTIEREGISTER

Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, *JOR* 2019/181 m.nt. J.M. Blanco Fernández  
Vzngr. Rb. Overijssel 22 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2796  
Rb. Limburg 6 november 2019, *JOR* 2020/83 m.nt. J. Roest  
Vzngr. Rb. Amsterdam 23 november 2020, *JOR* 2021/172 m.nt. J.H. Bennaars  
Rb. Overijssel 17 maart 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1152  
Rb. Overijssel 24 maart 2021, *RO* 2021/51  
Rb. Rotterdam 14 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3671  
Rb. Amsterdam 8 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7044





## Curriculum vitae

Jeroen Alexander Terstegge werd op 14 juli 1978 geboren te Rotterdam. Hij studeerde bedrijfskunde aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en behaalde daar in 2005 zijn master in *strategic management*. Daarnaast studeerde hij Nederlands recht aan diezelfde universiteit en behaalde daar in 2007 zijn master in de richting privaatrecht. In de zomer van 2009 nam Jeroen deel aan de English Legal Methods Summer School van de University of Cambridge. Ook behaalde hij in 2011 *cum laude* de postacademische specialisatieopleiding Vennootschaps- en Ondernemingsrecht van de Grotius Academie, Radboud Universiteit Nijmegen. Sinds 2007 is Jeroen als advocaat verbonden aan Ploum Rotterdam Law Firm, waar hij werkzaam is in de corporate advies en M&A-praktijk.



## Dankwoord

Het schrijven van een proefschrift is doorgaans een vrij solistische bezigheid. Toch zou het ‘boekje’ er nooit zijn gekomen zonder de steun van velen. Een aantal van hen noem ik hier in het bijzonder.

Als eerste mijn promotoren Bastiaan Assink en Vino Timmerman. Ik prijs mijzelf gelukkig dat jullie bereid waren dit avontuur met mij te ondernemen. Jullie begeleiding en adviezen waren op deze reis steeds de vaste grond onder mijn voeten. Voor de persoonlijke interesse en gastvrijheid die ik telkens weer mocht ervaren en voor alle mooie gesprekken die wij in de loop der jaren voerden ben ik jullie zeer dankbaar.

Ook dank ik de leden van de beoordelingscommissie Hylde Boschma, Matthijs de Jongh en Maarten Kroeze voor de moeite die jullie genomen hebben om mijn boek te lezen en voor de waardevolle opmerkingen die ik van jullie daarover mocht ontvangen. Mieke Olaerts, Geert Raaijmakers en Christiaan Stokkermans wil ik dankzeggen voor de bereidheid om naast de leden van de beoordelingscommissie zitting te nemen in de promotiecommissie en met mij over mijn boek van gedachten te wisselen.

Een speciaal woord van dank voor Bas Steins Bisschop bij wie ik als student-assistent mijn eerste onderzoekservaring mocht opdoen. Niet alleen voor alles wat jij mij in die jaren over het ondernemingsrecht hebt bijgebracht, maar ook voor jouw vriendschap, luisterend oor en advies op al die momenten waarop ik dat nodig had.

Een woord van dank ook aan mijn kantoorgenoten van Ploum Rotterdam Law Firm, het kantoor waar ik ben ‘opgegroeid’. Ik ben dankbaar voor de tijd en ruimte die ik kreeg om mijn belangstelling voor het ondernemingsrecht ten volle uit te leven. Daarbij mag niet onvermeld worden gelaten de mogelijkheid die mij werd geboden om deel te nemen aan de English Legal Methods Summer School van de University of Cambridge.

Mijn ouders Elly en Fons en mijn broer Matthijs dank ik, niet alleen voor alle praktische en morele ondersteuning tijdens het schrijfproces, maar ook voor alles wat jullie voor mij zijn en hopelijk nog lang zullen blijven betekenen.

## DANKWOORD

Een meer dan eervolle vermelding verdienen mijn schoonouders Ella en Hans voor hun warme belangstelling en continue bereidheid om opvang en andere hulp te bieden. Ik weet werkelijk niet hoe dit zonder jullie had gemoeten.

Lieve Juliette en Alexander, met jullie komst werden wij een gezin. Voor de schrijfsnelheid was dat niet bevorderlijk. Voor ons geluk des te meer. Nu hoeft papa niet meer altijd te schrijven en mag hij vast ook een keertje mee naar Blijdorp om samen flamingo's te kijken.

Mijn laatste woord van dank is voor Lara. Zonder jou was dit alles – en nog zoveel meer moois in mijn leven – niet mogelijk geweest.

UITGAVEN VANWEGE HET INSTITUUT VOOR ONDERNEMINGSRECHT,  
RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN EN ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

1. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. W.J. Slagter, mr. R.A.A. Duk, prof. mr. C.W.A. Timmermans, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Geschillen in de onderneming, 1984.
2. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. P.J. Dortmund, mr. P.C. van den Hoek, mr. H.L.J. Roelvink, prof. mr. H.J.M.N. Honee. De nieuwe misbruikwetgeving, 1986.
3. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen, 1986.
4. Mr. L. Timmerman, Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers, 1988.
5. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. M.R. Mok, prof. mr. E. Aardema, Aandelen, 1988.
6. Mr. S.M. Bartman, Concernbeleid en aansprakelijkheid, 1989.
7. Mr. J.B. Huizink, Bestuurders van rechtspersonen, 1989.
8. Mr. A.F.M. Dorresteijn, Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen, 1989.
9. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. C.A. Boukema, mr. H.J.M.N. Honee, mr. H.L.J. Roelvink, mr. A.L. Mohr, prof. mr. P. van Schilfgaarde, Piercing Van Schilfgaarde, 1990.
10. Mr. B.H.A. van Leeuwen, Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur, 1990.
11. Prof. mr. W.J. Slagter, mr. Karin C. Th. Schouwenberg, mr. A.G. van Solinge, mr. A.L. Mohr, prof. dr. L.G.M. Stevens, mr. A.J.S.M. Tervoort, mr. M.E. Koppenol-Laforce, Aspecten van het EESV, 1990.
12. Mr. J.N. Schutte-Veenstra, Harmonisatie van het kapitaalbeschermingsrecht in de EEG, 1991.
13. Mr. B.T.M. Steins Bisschop, De beperkte houdbaarheid van beschermingsmaatregelen bij beursvennootschappen, 1991.
14. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. H.J.M.N. Honee, mr. S.E. Eisma, prof. dr. H.P. Westermann, mr. M.W. den Boogert, mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P.F. van der Heijden, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Ondernemingsrechtelijke contracten, 1991.
15. Mr. J.W. Winter, Concernfinanciering, 1992.
16. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. S.E. Eisma, prof. G.K. Morse, mr. L.H. Slijkhuis, prof. mr. A.L. Mohr en mr. T. Drion, De dubbelrol in het vennootschapsrecht, 1993.
17. Dr. R.H. van het Kaar, Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting, 1993.
18. Mr. J.W. Winter, mr. drs. H. Langman, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, mr. H.J.M.N. Honee, Beschouwingen over concernfinanciering, 1993.
19. Mr. J.M. Blanco Fernandez, De raad van commissarissen bij nv en bv, 1993.
20. Mr. G.M. ter Huurne, Nieuwe regels voor de levering van aandelen op naam, 1994.
21. Mr. H.M. Vletter-van Dort, Meldingsplicht voor beursvennootschappen, 1994.
22. Mr. R.C. van Dongen, Identificatie in het rechtspersonenrecht, 1995.
23. Mr. M.Y. Nethe, De ontbinding van lege besloten en naamloze vennootschappen, 1995.
24. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.C. van den Hoek, mr. D.C. Buijs, prof. mr. drs. H.P.J. Ophof, prof. mr. drs. H. Beckman en mr. J.W. Winter, Knelpunten in de vennootschapswetgeving, 1995.

25. Prof. mr. H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen, 1995.
26. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. H.J.M.N. Honee, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. W.D.H. Asser, mr. J.B. Huizink, mr. O.L.O. deWitt Wijnen, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. drs. H. Beckman, Rechtspleging in het ondernemingsrecht, 1997.
27. Mr. W.J. Oostwouder, Management Buy-out, 1996.
28. Mr. H.E. Boschma, De eenpersoons-bv, 1997.
29. Mr. J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, 1998.
30. Prof. mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. H.J.M.N. Honee, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. dr. E. Wymeersch, mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, mr. J.B. Huizink, Corporate Governance voor juristen, 1998.
31. Mr. S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, 1999.
32. Mr. M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid, 1999.
33. Mr. M. Koelemeijer, Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen, 1999.
34. Mr. E.E.G. Gepken-Jager, Vertegenwoordiging bij NV en BV, 2000.
35. Peter van Schilfgaarde Select, 2000.
36. Prof. mr. J.W. Winter, mr. J.W.G. Vink, mr. A.W.H. Docters van Leeuwen, prof. mr. H.J.M.N. Honee, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. mr. S.E. Eisma, prof. mr. S. Perrick, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. L. Timmerman, De beursvennootschap, 2001.
37. Mr. H.M. Vletter-van Dort, Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking, 2001.
38. Mr. Th. Groenewald, Doeloverschrijding bij NV en BV, 2001.
39. Mr. G.N.H. Kemperink, Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten, 2002.
40. Mr. L.J. Hijmans van den Bergh, prof. mr. Gerard van Solinge, mr. T. de Waard, prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. H.J. de Kluiver, prof. mr. P.J. Dortmund, mr. J.N. Schutte-Veenstra, mr. E.D.G. Kiersch, prof. Jonathan Rickford, Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief, 2003.
41. Marius Josephus Jitta, Vino Timmerman, Guus Kemperink, Richard Norbruis, Anthony Driessen, Peter van der Zanden en Huub Willems, The Companies and Business Court from a comparative law perspective, 2003.
42. Mr. B. Bier, Uitkeringen aan aandeelhouders, 2003.
43. Mr. M. Meinema, Dwingend recht voor de besloten vennootschap, 2003.
44. LT, Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman, 2003.
45. Mr. M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie, 2004.
46. Mr. P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enqueterecht, 2004.
47. Mr. M.L. Lennarts en mr. J.N. Schutte-Veenstra, Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht, 2004.
48. Mr. K.I.J. Visser, Zeggenschapsrechten van houders van een recht van pand of vruchtgebruik op aandelen op naam, 2004.
49. Mr. J.G. Groeneveld-Louwerse, Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid, 2004.
50. Mr. Hanny Schutte-Veenstra, mr. Hylde Boschma, prof. mr. Marie-Louise Lennarts, Alternative systems for capital protection, 2005.
51. Prof. mr. Peter van Schilfgaarde, mr. Hanny Schutte-Veenstra, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. L. Timmerman, mr. Brian Mezas, prof. mr. Jan Berend Wezeman, mr. Ellen Kiersch, prof. mr. Jaap Winter, prof. mr. Harm-Jan de Kluiver, Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, 2005.
52. Mr. S. Parijs, Fairness opinions and liability, 2005.
53. Mr. J.B.W.M. Kemperink, Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van cooperatierecht, 2006.
54. Mr. A. Haan-Kamminga, Supervision on takeover bids, 2006.
55. Mr. dr. H.H. Voogsgeerd, Corporate Governance Codes, Markt- of rechtsarrangement?, 2006.
56. Xiaoning Li, A comparative study of shareholders' derivative actions, 2007.
57. Prof. mr. Hans Beckman, mr. Herman L. Kaemingk, mr. drs. Charles Honee, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. A.F. Verdam, prof. mr. Maarten Kroeze, prof. mr. Jan Berend

- Wezeman, mr. Barbara Bier, prof. mr. Jaap Winter, prof. mr. M.W. den Boogert, De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer, 2007.
58. Mr. M.A. Verbrugh, Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers, 2007.
  59. Mr. drs. B.F. Assink, Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag, 2007.
  60. Mr. A.G.H. Klaassen, Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders, 2007.
  61. Mr. M.L.H. Reumers, Samengevoegde afwikkeling van faillissementen, 2007.
  62. Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert, 2008.
  63. Mr. S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevend. Naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven, 2009.
  64. Mr. A. van der Krans LLM, De virtuele aandeelhoudersvergadering, 2009.
  65. Prof. dr. K. Cools RA, mr. P.G.F.A. Geerts, prof. mr. M.J. Kroeze, mr. drs. A.C.W. Pijls, Het recht van enquête, een empirisch onderzoek, 2009.
  66. Prof. dr. Thomas Blanke, dr. Edgar Rose, dr. Herman Voogsgeerd, prof. dr. Wijnand Zondag, Recasting Worker Involvement?, 2009.
  67. Prof. mr. M.J. Kroeze, dr. E.M.H. Hirsch Ballin, dr. A.H.G. Rinnooy Kan, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. M. van Olffen, mr. M. Holtzer, prof. dr. M. Wyckaert, prof. dr. K. Geens, prof. mr. J.B. Wezeman, prof. mr. M.L. Lennarts, mr. P.D. Olden, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, Bestuur en toezicht, 2009.
  68. Mr. H. Koster, De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief, 2009.
  69. Mr. F. Veenstra, Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enqueterecht, 2010.
  70. Mr. B. Snijder-Kuipers, Omzetting als rechtsvormwijziging, 2010.
  71. Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders' Europese NV, 2010.
  72. Mr. P.P. de Vries, Exit rights of minority shareholders in a private limited company, 2010.
  73. Mr. D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, 2010.
  74. Mr. J.B.S. Hijink, Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen, 2010.
  75. Mr. J.B.S. Hijink en mr. M.A. Verbrugh e.a., Grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio, 2010.
  76. Prof. mr. B.F. Assink e.a., Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, 2011.
  77. Mr. T.E. Lambooy, Corporate Social Responsibility, 2010.
  78. Mr. H.M. Punt, Het vennootschapsrecht van Holland, 2010.
  79. Mr. M.J. van Ginneken, Vijandige overnames, 2010.
  80. Prof. mr. M.J. Kroeze, prof. mr. J.B. Wezeman, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. B.F. Assink, prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. L.G. Verburg, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, mr. drs. H.H. Kersten, prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. P. Glazener, prof. mr. H. Beckman, SamenWerken in het ondernemingsrecht, 2011.
  81. Mr. drs. I.S. Wuisman, Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?, 2011.
  82. Qiuju Wang, Exit remedies for minority shareholders in close companies, 2011.
  83. Mr. M. Mussche, Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling, 2011.
  84. Prof. mr. L. Timmerman, Harry Honee-bundel, 2011.
  85. Mr. W.J.L. Calkoen, The One-Tier Board in the changing and converging world of corporate governance, 2012.
  86. Mr. J.G.C.M. Galle, Consensus on the comply or explain principle within the EU corporate governance framework: legal and empirical research, 2012.
  87. Mr. drs. T.M.C. Arons, Cross-border enforcement of listed companies' duties to inform, 2012.
  88. Mr. M.C. Schouten, The Decoupling of Voting and Economic Ownership, 2012.
  89. Mr. A.J.M. Klein Wassink, Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht, 2012.
  90. Mr. drs. N.J.M. van Zijl, The Importance of Board Independence – A Multidisciplinary Approach, 2012.
  91. Mr. A.J.P. Schild, De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht, 2012.
  92. Mr. G.N.H. Kemperink, Vennootschappelijk toezicht op de doelvennootschap bij openbare biedingen, 2013.
  93. Mr. A.J.S.M. Tervoort, Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap, 2013.



94. Mr. J.M. de Jongh, Tussen *societas* en *universitas*, De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief, 2014.
95. Mr. M. Holtzer, De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap, 2014.
96. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. H.E. Boschma, prof. mr. J.B.S. Hijink, prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. J.H.M. Willems, prof. dr. J.A. van Manen RA, mr. A.R.J. Croiset van Uchelen, mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. L. Timmerman, Ondernemingsrecht in tijden van crisis, 2014.
97. Mr. P.P.D. Mathey-Bal, De positie van de vennootschap onder firma. In civielrechtelijk, vennootschapsrechtelijk, publiekrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief, 2016.
98. Prof. mr. L. Timmerman, mr. dr. J.N. Schutte-Veenstra, mr. dr. J.M. de Jongh, mr. dr. C.H.C. Overes, mr. dr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. J.B. Wezeman, prof. mr. B.F. Assink, prof. mr. J.B.S. Hijink, prof. mr. J.H.M. Willems, Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht, 2016.
99. De toekomst van het ondernemingsrecht – het ondernemingsrecht van de toekomst, Opstellen voor Prof. mr. L. (Vino) Timmerman, ter gelegenheid van zijn 65ste verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap, 2015.
100. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht, 2016.
- 100a. Bacchus Rietveld, Glimlachjes en andere weemoedigheden, 2019.
101. Mr. drs. N.T. Pham, Directors' liability. A legal and empirical study, 2017.
102. Mr. Chr.M. Stokkermans, Sleutels voor personenvennootschapsrecht, 2017.
103. Mr. F.G.K. Overkleef, De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen, 2017.
104. Prof. mr. B.F. Assink, mr. M.J. van Ginneken, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort (Red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders', 2017.
105. Mr. F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enqueteprocedure, 2017.
106. Mr. C.E.J.M. Hanegraaf, Art. 2:11 BW, doorgesluit van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?, 2017.
107. Mr. dr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. Bastiaan F. Assink, mr. dr. P.P. de Vries, prof. mr. M.L. Lennarts, mr. P. Schutte, prof. mr. C.A. Schwarz, mr. M.H.C. Sinninghe Damste, prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. dr. B. Snijder-Kuipers, Familievennootschappen, 2017.
108. Mr. W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid en ernstig verwijt in theorie, 2017.
109. Mr. drs. R.E. van Lambalgen, State aid to banks, 2018.
110. Prof. mr. H.E. Boschma, prof. mr. M.L. Lennarts, prof. mr. J.N. Schutte-Veenstra, dr. K. van Veen, Evaluatie Wet bestuur en toezicht, 2018.
111. Mr. A. Argyrou, Social enterprises in the EU: Law in promoting stakeholder participation in social enterprises, 2018.
112. Mr. M.J. van Uchelen-Schipper, De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting, 2018.
113. Mr. E.C.H.J. Lokin, De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen, 2018.
114. Mr. E.V.A. Eijkelenboom, Vertrouwen voorop. Een onderzoek naar kwaliteitsbevorderende wetgeving voor Nederlandse accountantsorganisaties, 2019.
115. Mr. B. Kemp, mr. dr. H. Koster & prof. mr. C.A. Schwarz (red.), De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang, 2019.
116. Mr. drs. E.C.A. Nass, Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid, 2019.
117. Mr. dr. M.Y. Nethe (Red.), prof. dr. H. de Wulf, mr. dr. J. Barneveld, mr. dr. D.A.M.W.H. Strik, prof. mr. J.N. Schutte Veenstra, prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. dr. M. Wyckaert, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. dr. F.G.K. Overkleef, mr. A.F.J.A. Leijten, Ondernemingsrecht in de lage landen, 2020.
118. Mr. A.C. Faber, Onmiddellijke voorzieningen en hun externe werking, 2020.
119. Prof. mr. L. Timmerman & mr. Chr.M. Stokkermans, Oprichten zonder omwegen. Digitalisering en fraudebestrijding als *game changers* voor de oprichtingsprocedures van vennootschappen, 2020.
120. Mr. S.B. Garcia Nelen, De beursvennootschap, corporate governance en strategie, 2020.
121. Mr. T.A. Keijzer, Vote and Value, 2020.
122. Mr. E.A. van Dooren, De aansprakelijkheid op grond van een 403-verklaring, 2021.

123. Prof. mr. J.M. de Jongh, prof. mr. B. Kemp, prof. mr. H. Koster en prof. mr. C.A. Schwarz, (red.), Bestuursbesluiten, 2021.
124. Mr. drs. A.C.W. Pijls, Misleidende beursberichten. Kwesties van causaal verband en schade, 2022.
125. Prof. dr. M.G. Faure, Prof. mr. J.J.A. Hamers, Prof. mr. M. Olaerts en Prof. mr. dr. M.A. Verbrugh, (red.), Eindeloos getob. Liber Amicorum Kid Schwarz, 2022.
126. Mr. R.A. van 't Foort-Diepeveen, Female representation at the corporate top: achieving gender equality by overcoming barriers through governmental and organizational interventions, 2022.
127. J.A. Terstegge, Bepmerking van de bestuursbevoegdheid bij de naamloze en besloten vennootschap, 2022
128. J.J. Kloosterman, De stewardship code voor institutionele beleggers en de politieke economie van corporate governance hervorming, 2022

