

JURIDISCH UP TO DATE



Vaktijdschrift voor de juridische praktijk

Juridisch up to Date is een uitgave van Fiscaal up to Date – onderdeel van Rendement Uitgeverij BV

Conradstraat 38
3013 AP Rotterdam
E-mail: redactie@futd.nl

Hoofdredactie

Mr. dr. J. (Harry) van Drongelen
(emer.) universitair hoofddocent Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg & (gepens.) senior wetgevingsjurist Ministerie SZW

Mr. A.D.M. (André) van Rijs
Docent bij de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg

Uitgever

Drs. M.P. Hoogerwerf

Abonnementenadministratie

Rendement Uitgeverij BV
Postbus 27020
3003 LA Rotterdam
Telefoon: (010) 243 39 33
E-mail: info@rendement.nl

Abonnementen

Juridisch Up to Date verschijnt 12 keer per jaar. (Proef) abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnementsperiode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op www.rendement.nl/av

ISSN 0924-9451

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

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

© Rendement Uitgeverij BV 2023

Aaron Bouman¹

Tegenstrijdig belang bij besluiten van de algemene vergadering van een buitenlandse vennootschap

2023-0176

Op 19 juli 2023 heeft de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam een interessante uitspraak gedaan in een geschil tussen bestuurders van een besloten vennootschap die enig aandeelhouder is van een Italiaanse vennootschap.² In deze uitspraak speelt de tegenstrijdigbelangregeling en de geldigheid van aandeelhoudersbesluiten op het niveau van een buitenlandse vennootschap. De voorzieningenrechter overweegt dat de besloten vennootschap in de algemene vergadering van de Italiaanse vennootschap niet (rechts)geldig vertegenwoordigd was. De besloten vennootschap wordt veroordeeld tot het terugdraaien van de op die vergadering genomen aandeelhoudersbesluiten. Bij de uitspraak kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst. In deze bijdrage wordt dat toegelicht.

Casus

Investpharma B.V. is enig aandeelhouder van Farma1000 S.r.l., een vennootschap naar Italiaans recht. Investpharma heeft twee bestuurders. De statuten van Investpharma dateren uit 1998 en bepalen dat de bestuurders slechts gezamenlijk bevoegd zijn Investpharma te vertegenwoordigen. De statuten bepalen ook dat wanneer een bestuurder een belang heeft dat strijdig is met het belang van de vennootschap, die bestuurder niettemin vertegenwoordigingsbevoegd is. Na een voor Investpharma vrij turbulente periode (waarin een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer heeft plaatsgevonden) vindt er in 2023 in Milaan een algemene vergadering van Farma1000 plaats. De agendapunten van die vergadering zijn ontslag van een CEO, de benoeming van een nieuwe bestuurder en een wijziging van de statuten. Op de algemene vergadering waren de bestuurders van Investpharma aanwezig om haar in hoedanigheid van aandeelhouder te vertegenwoordigen. De voorzitter van de algemene vergadering heeft bestuurder 1 gevraagd de vergadering te verlaten, omdat deze een potentieel tegenstrijdig belang zou hebben. Bestuurder 1 werd uitgesloten van de vergadering. Uiteindelijk heeft de vergadering – feitelijk bestuurder 2 namens enig aandeelhouder Investpharma – de geagendeerde besluiten genomen. Nadien heeft bestuurder 1 gesteld dat die aandeelhoudersbesluiten nietig zijn en bestuurder 2 gesommeerd deze ‘terug te draaien’. Daarop heeft bestuurder 2 afwijzend gereageerd. Als

gevolg daarvan heeft bestuurder 1 een kort geding gestart jegens Investpharma en bestuurder 2. Daarin vordert bestuurder 1 Investpharma c.q. bestuurder 2 te gebieden om (mee te werken om) de aandeelhoudersbesluiten terug te draaien, dan wel om een aandeelhoudersbesluiten te nemen waarmee de ontslagen CEO weer in functie wordt aangesteld en de statuten in de oorspronkelijke staat worden hersteld.

Beoordeling van de voorzieningenrechter

Allereerst gaat de voorzieningenrechter in op het bestaan van rechtsmacht, omdat de procespartijen in Frankrijk wonen. De voorzieningenrechter overweegt dat voor de geldigheid van besluiten van vennootschappen, ongeacht de woonplaats van partijen, bij uitsluiting bevoegd zijn de gerechten van de lidstaat waarin de vennootschap is gevestigd.³ De voorzieningenrechter overweegt dat nu het in dit kort geding draait om een besluit binnen Investpharma, de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt. Daartoe overweegt de voorzieningenrechter dat bestuurder 2 stelt dat zij Investpharma in de algemene vergadering zelfstandig kon vertegenwoordigen en namens deze vennootschap aandeelhoudersbesluiten kon nemen met uitsluiting van bestuurder 2. Vervolgens gaat de voorzieningenrechter in op artikel 2:239 lid 6 BW. Daaruit volgt dat een bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een – kort gezegd – tegenstrijdig belang heeft. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen,

het besluit wordt genomen door de raad van commissaris en wanneer die ontbreekt, het besluit wordt genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. Vervolgens gaat de voorzieningenrechter in op de statuten van Investpharma, waarin staat dat haar bestuurders slechts gezamenlijk bevoegd zijn en een bestuurder met een tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. Volgens de voorzieningenrechter volgt daaruit dat bestuurder 1, ook als hij inderdaad een tegenstrijdig belang had, wel degelijk nog bevoegd was Investpharma te vertegenwoordigen en dat bestuurder 2 daartoe niet alleen bevoegd was. De voorzieningenrechter concludeert dat Investpharma daarom niet geldig is vertegenwoordigd op de algemene vergadering. De voorzieningenrechter gebiedt Investpharma om binnen 48 uur het ontslagbesluit en het besluit tot statutenwijziging terug te draaien dan wel de ontslagen CEO weer in functie aan te stellen respectievelijk een besluit te nemen om de statuten in de oorspronkelijke staat te herstellen.

Tegenstrijdig belang?

Zoals hiervoor aangegeven, overweegt de voorzieningenrechter dat bestuurder 1, ook als hij een tegenstrijdig belang had, wel degelijk nog bevoegd was Investpharma op de algemene vergadering van Farma1000 te vertegenwoordigen. Dat is een onjuiste overweging. Per 1 januari 2013 is de Wet bestuur en toezicht en daarmee artikel 2:239 lid 6 BW in werking getreden en is artikel 2:256 BW (oud) komen te vervallen. Laatstgenoemde artikel luidde dat, tenzij bij de statuten anders is bepaald, de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, wordt vertegenwoordigd door commissarissen. Onder het oude recht was een bestuurder met een tegenstrijdig belang dus niet vertegenwoordigingsbevoegd. Dit kon in de statuten worden 'weggeschreven' door te bepalen dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd bleef. In de statuten van Investpharma is een dergelijke bepaling opgenomen. Per 1 januari 2013 is de tegenstrijdigbelangregeling (alleen) een interne besluitvormingsregeling geworden. Hierdoor blijft een bestuurder met een tegenstrijdig belang – anders dan onder de oude regeling – vertegenwoordigingsbevoegd conform de normale vertegenwoordigingsregels. Op grond van het overgangsrecht vallen rechtshandelingen die vóór 1 januari 2013 zijn verricht nog wel onder de oude regeling, dus artikel 2:256 BW (oud). In dit geval is de rechtshandeling echter in 2023 verricht. Bovendien geldt op grond van het overgangsrecht dat als na de invoeringsdatum de oude regeling in de statuten blijft staan, die regeling krachteloos is.

Gezien het voorgaande, is het onjuist dat de voorzieningenrechter overweegt dat uit de statuten volgt dat bestuurder 1 vertegenwoordigingsbevoegd was, ook al had hij een tegenstrijdig belang. De statuten zijn wat betreft de bepaling omtrent vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang namelijk krachteloos. Naar huidig recht maakt het bestaan van een tegenstrijdig belang niet dat een bestuurder niet meer vertegenwoordigingsbevoegd is. Het betrekken van de tegenstrijdigbelangregeling in deze zaak heeft in zoverre dan ook geen juridische relevantie voor dit geschil. Uit de statuten volgt wel dat de bestuurders van Investpharma enkel gezamenlijk vertegenwoordigingsbevoegd zijn, waardoor bestuurder 2 dus niet alleen vertegenwoordigingsbevoegd was. Die statutaire vertegenwoordigingsbeperking heeft externe werking.⁴ Gelet daarop, is het wel terecht dat de voorzieningenrechter overweegt dat Investpharma niet bevoegd vertegenwoordigd was op de algemene vergadering.

Italiaans vennootschapsrecht?

Het gaat in deze zaak om de gevolgen van de niet (rechts)geldige vertegenwoordiging van de aandeelhouder-rechtspersoon voor de aandeelhoudersbesluiten. Het komt mij voor dat de rechtsgeldigheid van aandeelhoudersbesluiten binnen een vennootschap naar Italiaans recht, wordt beheerst door en moet worden beoordeeld naar Italiaans recht, gezien de in Nederland geldende incorporatieleer (artikel 10:117 BW en verder).⁵ Oftewel, voor zover het dus gaat om besluitvorming binnen de Italiaanse vennootschap is Italiaans recht van toepassing, voor Investpharma is dat Nederlands recht. In de uitspraak is dit niet betrokken.

Gezien het voorgaande, is het de vraag of een aandeelhoudersbesluit naar Italiaans recht onder deze omstandigheden 'ongeldig' is als de aandeelhouder-rechtspersoon bij het nemen van dat besluit – naar het recht dat van toepassing is op die aandeelhouder-rechtspersoon – niet geldig vertegenwoordigd was. Gelet op de aard van het kort geding is het meer specifiek de vraag of het voldoende aannemelijk is dat in een bodemprocedure geoordeeld wordt dat de aandeelhoudersbesluiten ongeldig zijn vanwege een niet bevoegde vertegenwoordiging van de enig aandeelhouder.

Als voornoemde vraag over de ongeldigheid van de aandeelhoudersbesluiten naar Italiaans recht bevestigend moet worden beantwoord, is de vervolgvraag of het in dit geval naar Italiaans recht mogelijk is om al dan niet binnen 48 uur (!) een ontslagbesluit of een besluit tot statutenwijziging (buitengerechtelijk) 'terug te draaien' dan wel een nieuw rechtsgeldig besluit te nemen waarmee die besluiten ongedaan worden gemaakt. Van belang is te benadrukken dat de veroordeling van Investpharma uitgaat van de

ongeldigheid van de aandeelhoudersbesluit, aangezien Investpharma wordt veroordeeld om die besluiten terug te draaien. Zou ingeval van een ongeldig besluit tot statutenwijziging naar Italiaans recht nog wel sprake kunnen zijn van een rechtsgeldige statutenwijziging die volgt op basis van zo'n ongeldig besluit? Is het naar Italiaans recht mogelijk dat een CEO die is ontslagen op grond van een ongeldig besluit weer in functie treedt? Als de CEO juridisch gezien nooit is ontslagen, dan kan mijns inziens geen sprake zijn van het juridisch weer in functie treden van die CEO. Als met een 'ongeldig' ontslagbesluit wordt gedoeld op een nietig ontslagbesluit, dan geldt naar Nederlands recht dat de functionaris niet is ontslagen en al die tijd in functie is gebleven. De uitspraak geeft geen inzicht hoe het Italiaans vennootschapsrecht op dit punt werkt.

Rechtsmacht?

Gezien het voorgaande, kan ook worden afgevraagd of de voorzieningenrechter hier wel rechtsmacht toekomt. Zoals hiervoor aangegeven, neemt de voorzieningenrechter rechtsmacht aan op grond van de bevoegdheidsregel dat bij uitsluiting bevoegd is het gerecht van de lidstaat waarin de vennootschap is gevestigd wanneer het gaat om geldigheid van besluiten van haar organen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie pas die regel restrictief uit en die regel ziet dus niet ziet op alle vennootschapsrechtelijke kwesties. Strikt genomen betreft het hoofdvoorwerp van het geschil niet de geldigheid van een besluit van een orgaan van Investpharma, maar de geldigheid van een besluit van de algemene vergadering van Farma1000. Bestuurder 2 heeft aangevoerd dat de Italiaanse rechter op grond van voornoemde regel exclusief bevoegd is voor zover het geschil besluiten betreft die door de algemene vergadering van de Italiaanse vennootschap zijn genomen.

Zoals hiervoor aangegeven, overweegt de voorzieningenrechter echter anders en overweegt hij dat bestuurder 2 stelt dat zij in de aandeelhoudersvergadering van Farma1000 namens Investpharma kon besluiten met uitsluiting van haar medebestuurder. Daarmee

miskent de voorzieningenrechter dat dit besluit niet een besluit van een orgaan van Investpharma betreft, maar een besluit betreft van een orgaan van de Italiaanse vennootschap.

Afsluiting

Gezien het voorgaande, kunnen bij deze uitspraak verschillende vragen worden gesteld. Zo kan worden afgevraagd of de voorzieningenrechter wel bevoegd is om over dit geschil te oordelen en wat naar Italiaans recht de gevolgen zijn voor de (rechts)geldigheid van een aandeelhoudersbesluit als de aandeelhouder-rechtspersoon bij het nemen van dat besluit naar Nederlands recht niet (rechts)geldig vertegenwoordigd is. In de veroordeling van Investpharma zit namelijk ook iets tegenstrijdigs, nu die veroordeling als uitgangspunt neemt dat de aandeelhoudersbesluiten wel geldig zijn. Investpharma wordt namelijk veroordeeld om de aandeelhoudersbesluiten terug te draaien. Dat is niet nodig, maar bovenal juridisch niet mogelijk als het besluit reeds ongeldig (nietig) is. De uitspraak laat zien dat men nog steeds bedacht moet zijn op de per 1 januari 2013 inwerking getreden wijziging van de tegenstrijdigbelangregeling van een vertegenwoordigingsbepaling in een interne besluitvormingsbepaling. In deze uitspraak wordt het bestaan van een tegenstrijdig belang van een bestuurder van een aandeelhouder-rechtspersoon ten onrechte in verband gebracht met de vertegenwoordigingsbevoegdheid van die bestuurder om namens die aandeelhouder-rechtspersoon een aandeelhoudersbesluit te nemen. Het is van belang deze aspecten van elkaar te onderscheiden bij het beoordelen van de rechtsgeldigheid van een aandeelhoudersbesluit dat is genomen door het uitbrengen van stemmen van een aandeelhouder-rechtspersoon.

Noten:

1. Mr. A.H.B (Aaron) Bouman, advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten te 's-Hertogenbosch
2. Rb. Amsterdam 19 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4560.
3. Onder verwijzing naar artikel 24 lid 2 Brussel I bis-Verordening.
4. Artikel 2:240 lid 2 en 3 BW.
5. Zie ook: Rb. Rotterdam 30 augustus 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:7814.