

De aansprakelijkheid van de bestuurder ten opzichte van de individuele aandeelhouder

Op 20 juni 2008 heeft de Hoge Raad een duidelijk antwoord gegeven op de vraag wanneer sprake is van onrechtmatig handelen door een bestuurder ten opzichte van een individuele aandeelhouder. Voorheen gold als uitgangspunt dat een derde die een bestuurder aanspreekt uit hoofde van onrechtmatige daad, niet de op grond van artikel 2:9 BW vereiste ernstige verwijtbaarheid hoefde aan te tonen. Op 8 december 2006 heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat bij een vordering van een schuldeiser van de vennootschap op een bestuurder op grond van onrechtmatige daad, getoetst moet worden of er sprake is van een ernstig verwijt in de zin van artikel 2:9 BW.¹ In lijn met dit arrest heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 20 juni 2008 bepaald dat de toets van artikel 2:9 BW ook van toepassing is op een aansprakelijkheidsprocedure tussen een individuele (minderheids)aandeelhouder en een bestuurder (die tevens meerderheidsaandeelhouder was).

De vraag is wat deze uitspraak betekent voor de positie van een individuele minderheidsaandeelhouder ten opzichte van de meerderheidsaandeelhouder die tevens bestuurder is. Indien een minderheidsaandeelhouder het bestuur aansprakelijk stelt, is de minderheidsaandeelhouder dan altijd gehouden aan de zware toets van artikel 2:9 BW? Alvorens nader in te gaan op deze vragen zal ik eerst kort de feiten en de uitspraak van de Hoge Raad uiteenzetten.

De feiten

Op 23 juli 2001 heeft NOM Investerings- en Ontwikkelingsmaatschappij N.V. (hierna: NOM) 49,9% van de aandelen in Willemsen Holding B.V. (hierna: Holding) verkregen. De overige 50,1% van de aandelen werd gehouden door Willemsen Beheer B.V. (hierna: Beheer), die tevens de bestuurder van Holding was. Op 31 oktober 2001 zijn de statuten van Holding gewijzigd als gevolg waarvan de besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders dienen te worden genomen met een gekwalificeerde meerderheid (80%). De gewijzigde statuten bepalen daarnaast dat voor het aanvragen van surseance van betaling door het bestuur de goedkeuring van de raad van commissarissen én de algemene vergadering van aandeelhouders is vereist.

Op 31 oktober 2001 zijn Beheer, NOM en Holding een participatie- en aandeelhoudersovereenkomst (hierna: de Participatieovereenkomst) aangegaan, waarin onder meer is opgenomen dat zolang er geen raad van commissarissen is ingesteld, de bevoegdheden betreffende het al dan niet verlenen van goedkeuring aan bestuursbesluiten toekomen aan

de algemene vergadering van aandeelhouders. Tevens zijn partijen in de Participatieovereenkomst overeengekomen dat NOM, in aanvulling c.q. afwijking van het bepaalde in de statuten, in de algemene vergadering van aandeelhouders een vetorecht heeft met betrekking tot besluiten ten aanzien van het al dan niet verlenen van goedkeuring voor bestuursbesluiten als bedoeld in de statuten van Holding. Naast de aandelenparticipatie heeft NOM op 31 oktober 2001 ook een lening verstrekt aan Holding voor een bedrag van NLG 3 miljoen.

Holding is in financiële problemen geraakt en op 21 mei 2002 heeft Beheer surseance van betaling voor Holding aangevraagd, alsmede het faillissement van zes werkmatschappijen waarvan Holding 100% aandeelhouder was. Beheer heeft echter nagelaten het besluit tot het aanvragen van surseance van betaling voor te leggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Er was op dat moment geen raad van commissarissen ingesteld. Op 22 mei 2002 is de surseance van betaling door de rechtbank op verzoek van de curator ingetrokken en is gelijktijdig het faillissement van Holding uitgesproken.

Naar aanleiding daarvan heeft NOM zowel Beheer als de aandeelhouder van Beheer aansprakelijk gesteld. NOM stelt dat Beheer (als bestuurder van Holding) in strijd met de Participatieovereenkomst en de statuten van Holding heeft gehandeld. Daarmee is Beheer volgens NOM toerekenbaar tekortgeschoten jegens NOM, althans heeft hij onrechtmatig gehandeld jegens NOM.

In eerste aanleg

De Rechtbank Groningen heeft op 28 april 2004 de vorderingen van NOM afgewezen.² De rechtbank oordeelde dat de norm 'ernstig verwijtbaar handelen' ook dient te worden gehanteerd indien een bestuurder aansprakelijk is gesteld door een aandeelhouder (r.o. 5.3). Vervolgens overwoog de rechtbank dat, samengevat, Beheer als bestuurder van Holding weliswaar een specifieke zorgvuldigheidsnorm ten opzichte van NOM heeft geschonden door de bedoelde statutaire bepalingen niet na te leven, maar dat, gelet op alle omstandigheden van het geval, geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen overeenkomstig het bepaalde van artikel 2:9 BW. Daarnaast was geen sprake van een vooropgezet doel om NOM schade toe te brengen (r.o. 5.4).

Tegen deze uitspraak heeft NOM hoger beroep aangekend aangezien zij van oordeel was dat de rechtbank ten

1. HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (De Ontvanger/Roelofsen).

2. Rb. Groningen 28 april 2004, LJN AV5180.

onrechte de (zware) eis van artikel 2:9 BW heeft toegepast op de verhouding tussen de individuele aandeelhouder en de bestuurder.

In hoger beroep

In hoger beroep heeft het Gerechtshof Leeuwarden het vonnis van de rechtbank vernietigd en Beheer veroordeeld tot vergoeding van de schade van NOM.³ Het hof heeft geoordeeld dat er onvoldoende grondslag bestaat om de maatstaf van artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing te doen zijn op de verhouding tussen een bestuurder en een ander orgaan van de vennootschap, en nog minder om de betreffende maatstaf mede van toepassing te achten op de verhouding tussen enerzijds de bestuurder en anderzijds een derde die geen orgaan is van de rechtspersoon, zoals een individuele aandeelhouder. Naar het oordeel van het hof strekt de geschonden norm specifiek tot bescherming van de belangen van NOM als (minderheids)aandeelhouder van de vennootschap. De normschending leidt in beginsel tot aansprakelijkheid van de rechtspersoon, terwijl voorts sprake is van persoonlijke aansprakelijkheid van de (indirecte) bestuurders van die rechtspersoon.

In cassatie

Tegen deze uitspraak van het hof hebben Beheer en zijn bestuurders vervolgens beroep in cassatie ingesteld. Daarbij is aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd of indien een individuele aandeelhouder een bestuurder aansprakelijk stelt op grond van onrechtmatige daad voor de wijze waarop deze zijn bestuurstaken heeft uitgeoefend, een andere toets dient te worden toegepast dan in het geval de vennootschap op grond van artikel 2:9 BW het bestuur aansprakelijk stelt voor de wijze waarop het zijn bestuurstaken heeft uitgeoefend. Deze vraag dient naar het oordeel van de Hoge Raad ontkennend te worden beantwoord. Door een zware toets te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder ten opzichte van de door hem bestuurde vennootschap wordt naar het oordeel van de Hoge Raad mede het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend, aangezien daardoor voorkomen wordt dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. De Hoge Raad overweegt vervolgens:

‘Gezien de zelfgekozen betrokkenheid van de individuele aandeelhouders bij de gang van zaken binnen de vennootschap, brengen de in artikel 2:8 lid 1 BW bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid mee dat de hoge drempel van 2:9 BW overeenkomstig van toepassing is bij een door een individuele aandeelhouder tegen een bestuurder aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure.’

Onder verwijzing naar het arrest Berghuizer Papierfabriek⁴ overweegt de Hoge Raad dat de omstandigheid dat is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die een individuele aandeelhouder beogen te beschermen, in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover die individuele aandeelhouder met zich brengt. De Hoge Raad verwijst de zaak terug naar het Gerechtshof Arnhem met de opdracht om alsnog te beoordelen of, gelet op de specifieke omstandigheden waarop Beheer zich in de feitelijke instanties heeft beroepen, Beheer ter zake van het feit dat Beheer in strijd met de statuten van Holding heeft gehandeld, geen ernstig verwijt treft.

Commentaar

In hiervoor genoemd arrest van 20 juni 2008 (hierna: het NOM-arrest) heeft de Hoge Raad duidelijk bepaald welke toets dient te worden toegepast bij een vordering van een individuele aandeelhouder op een bestuurder op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad had in eerdere arresten al geoordeeld dat de toets van artikel 2:9 BW niet alleen van toepassing is bij een vordering van de vennootschap op de bestuurder ex artikel 6:162 BW,⁵ maar ook bij een vordering van een schuldeiser van de vennootschap op de bestuurder ex artikel 6:162 BW.⁶

In het NOM-arrest overweegt de Hoge Raad dat de redelijkheid en billijkheid, gelet op de zelfgekozen betrokkenheid van de individuele aandeelhouder bij de gang van zaken binnen de vennootschap, met zich brengt dat de toets van artikel 2:9 BW ook van toepassing is in een door de individuele aandeelhouder tegen een bestuurder aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure. A-G Timmerman gaat in zijn conclusie nader in op de verhouding tussen een vordering van de aandeelhouder op de bestuurder en een vordering van de vennootschap op de bestuurder. Timmerman stelt dat verwijtbaarheid in het kader van artikel 6:162 BW geen lichtere toets mag zijn dan de toets van artikel 2:9 BW. Immers, indien een lichtere toets, bijvoorbeeld ongekwalificeerde verwijtbaarheid, voldoende zou zijn om persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders jegens een aandeelhouder op grond van onrechtmatige daad aan te nemen, dan zou dit volgens Timmerman de toepassing van artikel 2:9 BW onder druk zetten. Het is aannemelijk dat een aandeelhouder in een dergelijk geval niet langer zou willen bewerkstelligen dat de vennootschap een vordering op grond van artikel 2:9 BW instelt, maar dat hij dat zelf zou willen doen. Een lichtere toets zou bovendien de onwenselijke situatie tot gevolg hebben dat voor bestuurdersaansprakelijkheid jegens de vennootschap in beginsel ernstig verwijtbaar handelen vereist is, terwijl de aandeelhouder zijn schade (op grond van onrechtmatige daad) al vergoed zou krijgen bij minder ernstig verwijtbaar handelen.

4. HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (Berghuizer Papierfabriek).

5. HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240 (Nutsbedrijf Westland).

6. HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (De Ontvanger/Roelofsen).

3. Hof Leeuwarden 22 maart 2006, JOR 2006, 148.

Gelet op de uitspraak van de Hoge Raad in het arrest *De Ontvanger/Roelofsen*⁷ is de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad van 20 juni 2008 geen verrassing. Niet valt in te zien waarom in het geval van een vordering van een individuele aandeelhouder op een bestuurder ex artikel 6:162 BW een andere (lees: 'lichtere') norm van toepassing zou zijn dan bij een vordering van een schuldeiser van de vennootschap dan wel de vennootschap zelf op een bestuurder ex artikel 6:162 BW. Echter, bestuurdersaansprakelijkheid wordt op grond van artikel 2:9 BW niet snel aangenomen. Aan de bestuurder komt immers een zekere mate van beleidsvrijheid toe en ondernemen is risico nemen. De minderheidsaandeelhouder zit in een lastig pakket. In de praktijk komt het regelmatig voor dat sprake is van een meerderheidsaandeelhouder die tevens de (enige) bestuurder is. Het is niet aannemelijk dat in een dergelijke situatie de vennootschap zelf een procedure uit hoofde van artikel 2:9 BW dan wel artikel 6:162 BW tegen deze bestuurder zal beginnen. Immers, de bestuurder zou dan in feite een procedure tegen zichzelf moeten beginnen. De individuele minderheidsaandeelhouder zal derhalve zelf een procedure moeten starten om zijn schade te verhalen en zal daarbij in beginsel moeten aantonen dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen in de zin van artikel 2:9 BW. Is de individuele minderheidsaandeelhouder in een dergelijke procedure dan altijd gebonden aan de toets van artikel 2:9 BW? Indien het bestuur handelt in strijd met de afspraken die zijn opgenomen in de aandeelhoudersovereenkomst, kan, naar mijn mening, de minderheidsaandeelhouder onder omstandigheden de toets van artikel 2:9 BW ontlopen.

De aandeelhoudersovereenkomst

Een minderheidsaandeelhouder kan zich contractueel beschermen tegen handelingen van het bestuur of de algemene vergadering van aandeelhouders die een nadelig effect hebben op het financiële en economische belang van deze aandeelhouder in de vennootschap door te bepalen dat voor bepaalde bestuursbesluiten de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders (met gekwalificeerde meerderheid) dan wel de raad van commissarissen is vereist. Een dergelijke bepaling is vaak opgenomen in de statuten en tevens in een aandeelhoudersovereenkomst. Indien het bestuur vervolgens in strijd met deze bepaling handelt, kan de minderheidsaandeelhouder het bestuur op twee manieren aanspreken.

Allereerst kan een bestuurder door een individuele minderheidsaandeelhouder persoonlijk aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 6:162 BW bij een toerekenbare tekortkoming van de vennootschap in de nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst (de zogenoemde doorbraak van aansprakelijkheid). De individuele minderheidsaandeelhouder dient aan te tonen dat de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de door hem bestuurde

vennootschap de eerder door de vennootschap aangegane overeenkomst niet nakomt en dat de aandeelhouder daarvoor schade lijdt. In een dergelijke situatie is een bestuurder persoonlijk aansprakelijk indien aan de bestuurder een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.⁸ Voor een dergelijke vordering is uiteraard vereist dat de vennootschap ook partij is bij de aandeelhoudersovereenkomst, wat in de praktijk vaak voorkomt.

In het arrest *Berghuizer Papierfabriek* heeft de Hoge Raad bepaald dat de omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen (zoals het niet in acht nemen van het goedkeuringsvereiste), als een zwaarwegende omstandigheid dient te worden aangemerkt, die in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt (de zogenoemde 'omkeringsregel').⁹ Het is vervolgens aan de bestuurder om feiten en omstandigheden aan te voeren op grond waarvan kan worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen geen ernstig verwijt oplevert. Deze omkeringsregel is echter niet van toepassing indien een bestuurder persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld wegens een toerekenbare tekortkoming van de vennootschap in de nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst. Immers, het gaat in dat geval niet om handelen in strijd met een statutaire bepaling, maar om handelen in strijd met een overeenkomst. De individuele aandeelhouder dient bij een dergelijke vordering dan ook zelf te bewijzen dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.

Daarnaast is het, onder omstandigheden, mogelijk om als aandeelhouder het bestuur rechtstreeks aan te spreken op grond van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst. Deze vordering kan echter alleen worden ingesteld indien naast de vennootschap ook het bestuur partij is bij de aandeelhoudersovereenkomst. Het alleen meetekenen door het bestuur van de aandeelhoudersovereenkomst is onvoldoende grond voor de stelling dat iedere bestuurder daarmee ook de verplichtingen die op grond van deze overeenkomst op het bestuur rusten, op zich heeft genomen. In de aandeelhoudersovereenkomst dient expliciet te worden opgenomen dat iedere bestuurder de aandeelhoudersovereenkomst ondertekent in zijn hoedanigheid van bestuurder ter aanvaarding van de aan de bestuurder in de aandeelhoudersovereenkomst opgelegde verplichtingen. De aandeelhoudersovereenkomst dient door iedere bestuurder te worden getekend. Nu het gaat om bestuursbesluiten die tot stand komen als vrucht van onderling overleg,¹⁰ is sprake van een collectieve aansprakelijkheid (in de lijn van art. 2:9 BW) in plaats van een individuele aansprakelijkheid (in de lijn van art. 6:162 BW).

8. HR 8 februari 2000, NJ 2000, 295 (New Holland Belgium/Oosterhof).

9. HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (Berghuizer Papierfabriek).

10. HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 (Wijsmuller).

7. HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (De Ontvanger/Roelofsen).

Vennootschap & Onderneming

Als gevolg van de gebondenheid aan de aandeelhoudersovereenkomst is iedere bestuurder aansprakelijk voor de verplichtingen van het bestuur als orgaan van de vennootschap en kan een bestuurder bij niet-nakoming van deze verplichtingen rechtstreeks worden aangesproken door de (minderheids)aandeelhouder jegens wie wanprestatie is gepleegd. Bij een dergelijke procedure komt men niet toe aan de toets van artikel 2:9 BW (te weten ernstig verwijt) en dient alleen te worden aangetoond dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming van het bestuur in de nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst. Deze stelling wordt ook gestaafd door wat in de rechtbank in eerste aanleg heeft overwogen. NOM had naast Beheer ook de bestuurder van Beheer aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:11 BW en artikel 6:162 BW nu de bestuurder van Beheer er persoonlijk voor had gezorgd dat Beheer zijn verplichtingen jegens NOM niet is nagekomen. Ten aanzien van deze vordering stelt de rechtbank dat de bestuurder van Beheer zelf niet aansprakelijk kan worden gehouden voor niet-nakoming van de Participatieovereenkomst, aangezien de bestuurder van Beheer daar geen partij bij was.¹¹

In dit opzicht verschilt voornoemde situatie van de casus die ten grondslag lag aan het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof*.¹² In het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof* ging het om de nakoming van een verplichting van de vennootschap, te weten de verplichting tot betaling van een koopprijs, terwijl het in het onderhavige voorbeeld gaat om de nakoming van een verplichting die specifiek op het bestuur rust, te weten de verplichting om ten aanzien van bepaalde besluiten goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders te vragen. In het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof* heeft de Hoge Raad getoetst of sprake was van een ernstig verwijt in de zin van artikel 2:9 BW.

De vraag is echter in hoeverre bestuurders in de praktijk bereid zullen zijn om als bestuurder de aandeelhoudersovereenkomst mee te tekenen. Immers, daarmee aanvaarden de bestuurders het risico dat zij rechtstreeks aangesproken kunnen worden op grond van artikel 6:74 BW voor de schade die een individuele aandeelhouder lijdt als gevolg van een toerekenbare tekortkoming van de bestuurders in de nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst.

In het NOM-arrest is in cassatie alleen de vraag aan de orde gekomen of de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van NOM nu hij in strijd met de statuten heeft gehandeld. Zoals gezegd dient in dat geval de aandeelhouder wél aan te tonen dat er sprake is van een ernstig verwijt in de zin van artikel 2:9 BW, maar kan hij profiteren van de omkeringsregel indien gehandeld is in strijd met een specifieke norm die de aandeelhouder beoogt te beschermen.

11. Zie r.o. 5.6.

12. HR 8 februari 2000, NJ 2000, 295 (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

Het hiervoor genoemde leidt tot de conclusie dat indien de bepaling met betrekking tot de goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten zowel in de statuten als in de aandeelhoudersovereenkomst is opgenomen, de aandeelhouder onder omstandigheden de keuze heeft tussen (1) een vordering op grond van artikel 6:162 BW wegens handelen in strijd met de statuten, waarbij sprake moet zijn van een ernstig verwijt in de zin van artikel 2:9 BW en (2) een vordering ex artikel 6:74 BW wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst, waarbij het criterium ernstig verwijt geen rol zou moeten spelen. Het laat zich raden welke keuze de aandeelhouder zal maken.

In het geval van NOM lag de situatie genuanceerder. In de statuten was opgenomen dat (1) de besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders dienen te worden genomen met een gekwalificeerde meerderheid (80%), en (2) voor bepaalde bestuursbesluiten goedkeuring van zowel de raad van commissarissen als de algemene vergadering van aandeelhouders is vereist. In de Participatieovereenkomst was vervolgens opgenomen dat NOM in de algemene vergadering van aandeelhouders een vetorecht had ten aanzien van deze besluiten. In eerste aanleg heeft NOM niet alleen aangevoerd dat sprake was van een onrechtmatige daad nu Beheer in strijd met de statuten heeft gehandeld, maar ook dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de Participatieovereenkomst. De rechtbank was echter van oordeel dat NOM deze stelling niet nader heeft onderbouwd, terwijl niet viel vast te stellen welke specifieke bepaling zou zijn geschonden. De stelling van NOM werd dan ook gepasseerd door de rechtbank.

In aanvulling daarop overwoog de rechtbank dat naar zijn oordeel de bepalingen in de Participatieovereenkomst, inhoudende dat (1) zolang er geen raad van commissarissen is, de bevoegdheden betreffende het al dan niet verlenen van goedkeuring toekomen en aan de algemene vergadering van aandeelhouders, en (2) NOM een vetorecht heeft in de algemene vergadering van aandeelhouders ten aanzien van bepaalde besluiten, moeten worden gezien als een nadere invulling van de bevoegdheden van de aandeelhouders in het kader van de besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders. Deze bevoegdheden kunnen pas worden uitgeoefend nadat goedkeuring is gevraagd aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Van een schending van de genoemde bepalingen uit de Participatieovereenkomst is volgens de rechtbank geen sprake, aangezien de statutaire goedkeuringsbepaling niet is nageleefd.¹³ Tegen deze overwegingen van de rechtbank zijn geen grieven geformuleerd door NOM.

Het is niet duidelijk wat de rechtbank met deze overweging heeft bedoeld. Allereerst moet worden opgemerkt dat de bepaling in de Participatieovereenkomst met betrekking tot

13. Zie r.o. 5.6.

het vetorecht van NOM geen toegevoegde waarde voor NOM lijkt te hebben, aangezien in de statuten reeds was opgenomen dat alle besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders dienen te worden genomen met een gekwalificeerde meerderheid van 80%. Gelet op het feit dat NOM 49,9% van de aandelen hield, had NOM de facto reeds een vetorecht. Daarnaast begrijp ik de overwegingen van de rechtbank aldus, dat sprake zou zijn van een tweetrapsraket. Op basis van de statuten dient allereerst goedkeuring aan de algemene vergadering van aandeelhouders te worden gevraagd voor bepaalde bestuursbesluiten, waarna NOM vervolgens op grond van de Participatieovereenkomst een vetorecht heeft. Nu er geen goedkeuring aan de algemene vergadering van aandeelhouders is gevraagd, komt volgens de rechtbank de vraag of de rechten van NOM op grond van de Participatieovereenkomst zijn geschonden, niet aan de orde. Echter, zoals hiervoor reeds aangegeven, NOM had, gelet op de aandelenverhouding in combinatie met de bepaling in de statuten dat alle besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders dienen te worden genomen met een gekwalificeerde meerderheid van 80%, hoe dan ook een vetorecht ten aanzien van bepaalde bestuursbesluiten, ongeacht of de bepalingen uit de Participatieovereenkomst zouden worden nageleefd. Het vetorecht van NOM wordt dan ook direct geschonden bij het niet nakomen van de statutaire goedkeuringsbepaling.

Gelet op deze overwegingen van de rechtbank in het NOM-arrest verdient het aanbeveling om alle afspraken over de wijze waarop besloten wordt in de algemene vergadering van aandeelhouders en welke bestuursbesluiten aan de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders zijn onderworpen, zowel in de statuten als in de aandeelhoudersovereenkomst op te nemen. Op die manier wordt voorkomen dat een vordering ex artikel 6:74 BW strandt op het feit dat de bevoegdheden op grond van de statuten niet aansluiten op de bevoegdheden op grond van de aandeelhoudersovereenkomst. De minderheidsaandeelhouder loopt dan het risico dat alleen sprake is van handelen in strijd met de statuten en niet van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst.

Afgeleide schade

A-G Timmerman stelt in zijn conclusie dat in het onderhavige geval sprake is van afgeleide schade en stelt de vraag of deze schade wel voor vergoeding in aanmerking komt. In casu ging het om handelen in strijd met een specifieke zorgvuldigheidsnorm die de rechten van een individuele aandeelhouder trachtte te beschermen. Onder verwijzing naar het arrest Poot/ABP¹⁴ betoogt Timmerman dat de door NOM geleden schade voor vergoeding in aanmerking komt.

Conclusie

De uitspraak van de Hoge Raad is in lijn met de eerdere jurisprudentie over de aansprakelijkheidsnorm die van toepassing is bij een vordering van een derde op grond van onrechtmatig handelen door de bestuurder. Indien een bestuurder in strijd handelt met een statutaire bepaling die de individuele aandeelhouder beoogt te beschermen, kan de bestuurder aansprakelijk zijn jegens de individuele aandeelhouder op grond van onrechtmatige daad. Er dient dan sprake te zijn van een ernstig verwijt in de zin van artikel 2:9 BW. Echter, indien de bestuurder heeft gehandeld in strijd met een statutaire bepaling die de individuele aandeelhouder beoogt te beschermen, wordt in principe aangenomen dat er sprake is van een ernstig verwijt. Betoogd kan worden dat onder omstandigheden een individuele aandeelhouder het bestuur op grond van artikel 6:74 BW rechtstreeks kan aanspreken voor het vergoeden van de schade die een individuele aandeelhouder heeft geleden als gevolg van een toerekenbare tekortkoming van het bestuur in de nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst. Echter, een dergelijke vordering kan alleen worden ingesteld indien partijen hun onderlinge afspraken zorgvuldig hebben uitgewerkt in een aandeelhoudersovereenkomst en iedere bestuurder de verplichtingen die op grond van de aandeelhoudersovereenkomst op het bestuur rusten, expliciet op zich heeft genomen. De vraag is echter of bestuurders bereid zullen zijn om de aandeelhoudersovereenkomst op deze wijze te tekenen. Het verdient dan ook aanbeveling om dergelijke afspraken niet alleen in de aandeelhoudersovereenkomst, maar ook uitvoerig in de statuten op te nemen, zodat een individuele aandeelhouder bij een procedure tegen de bestuurder ex artikel 6:162 BW kan profiteren van de omkeringsregel, indien het bestuur zijn verplichtingen onder de statuten bewust niet is nagekomen.

*Mr. T. Kroeze
Loyens & Loeff*

14. HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Poot/ABP).