

sub 1 Brussel I-bis) wil. Dat de OK de vraag opwerpt is aan de andere kant niet onbegrijpelijk omdat het aantal aandelen dat Gemalto hield bij de start van het openbaar bod 217.095 bedroeg en op het moment van dagvaarden slechts één aandeel. Dat roept de vraag op of het niet beter is in de praktijk de door de doelvennootschap gehouden aandelen niet over te dragen om zo enige zweem van misbruik buiten de deur te houden.

Deze route wordt in de praktijk vaak toegepast, niet zo zeer vanwege de bevoegdheidsvraag maar in verband met een praktisch doel: het bewerkstelligen dat de uitkoopprocedure op tegenspraak is (art. 140 lid 3 Rv). Dit is relevant omdat zo geen verzet meer mogelijk is. Dat is een legitiem doel dat buiten enige vorm van misbruik staat. Het zou dan ook zeer onwenselijk zijn voor de praktijk als de vraag die de OK zich hier stelt van invloed zou zijn op de mogelijkheid de doelvennootschap die aandelen houdt in haar eigen kapitaal te dagvaarden om zo te zorgen voor een procedure op tegenspraak.

Ten tweede, de OK bevestigt dat de uitkoper die de overdracht van aandelen vordert niet is gehouden zowel de aandeelhouders als de certificaathouders te dagvaarden (r.o. 3.15). Dat was al duidelijk in het geval het een uitkoopvordering betreft op basis van art. 2:92a/201a BW maar of dit ook het geval was voor uitkoopprocedures op basis van art. 2:359c BW bestond onder sommige auteurs onduidelijkheid.<sup>13</sup> Die is bij dezen dan opgelost.

Ten derde is de voor deze uitkoopprocedure geplaatste advertentie in het FD interessant. In plaats van over te gaan tot consignatie ná het verstrijken van termijn voor vrijwillige overdracht, heeft Thales ervoor gekozen om Euroclear France S.A. te verzoeken de aandelen die niet vrijwillig zijn overgedragen, af te schrijven van de effectenrekeningen tegen betaling van de vastgestelde prijs met rente. Consignatie zal dan alleen plaatsvinden als die afschrijving niet mogelijk blijkt.

Het lijkt erop dat de consignatieroute aldus in beginsel wordt overgeslagen. Met deze praktische tussenstap krijgen deze aandeelhouders op eenvoudige en waarschijnlijk snelle wijze hun geld zonder tussenkomst van Euroclear Nederland en het Ministerie van Financiën.<sup>14</sup> De gekozen praktische oplossing is toe te juichen. Ik vraag me echter wel af hoe deze route zich verhoudt tot de mogelijkheid die de minderheidsaandeelhouders, sinds het uitkooparrest inzake Corporate Express,<sup>15</sup> volgens de OK moeten krijgen om eerst in de gelegenheid te worden gesteld vrijwillig hun aandelen over te dragen alvorens wordt overgegaan tot consignatie. Het afschrijven van de aandelen (met bijschrijving van de uitkooprij) zonder

instemming van de aandeelhouders, lijkt me niet per definitie te kwalificeren als vrijwillig overdragen. Aan de andere kant, hebben de minderheidsaandeelhouders een stuk eerder hun geld dan bij de complexe en langdurige consignatieprocedure. Een andere vraag is of de aandelen op deze manier ook onbezwaard overgaan (dus vrij van beslag of pand of vruchtgebruik), zoals dat bij consignatie gebeurt (art. 2:359c lid 9 BW). Dat lijkt me niet, maar wellicht vloeit daar geen bloed uit voort voor de praktijk.

Mr. D.-J.F.F.M. Duynstee

## Ondernemingsrecht

### Ondernemingsrecht 2020/35

Hof Amsterdam 31 oktober 2019, 200.260.014/01 OK m.nt. mr. J.J.M. van Mierlo<sup>1</sup>

JONDR 2020/96  
ARO 2019/203  
TRA 2020/17  
ECLI:NL:GHAMS:2019:3902

**Om te kunnen spreken van een raad van commissarissen die in voldoende mate onafhankelijk is, is niet vereist dat alle commissarissen onafhankelijk zijn ten opzichte van de bij de vennootschap en haar onderneming betrokken belangen.**

Limgroep

#### 1. Feiten

Limgroup B.V. ('Limgroup') is een internationaal opererende veredelings- en researchonderneming, die gericht is op met name aardbei- en aspergegewassen. Voor de betreffende onderneming is een ondernemingsraad ingesteld. Limgroup is in 1983 opgericht met gelden van de leden van de Koninklijke Coöperatieve Telersvereniging Zuidoost-Nederland U.A. ('ZON') en van de Limburgse Land- en Tuinbouw Bond Belangenvereniging ('LLBT'). Enig aandeelhouder en bestuurder van Limgroup is Aspargus Beheer B.V. ('Aspargus'), waarvan de aandelen, die gecertificeerd zijn, worden gehouden door de Stichting Administratiekantoor Aspargus ('STAK'). De bestuurders van de STAK worden benoemd door ZON en LLBT. Certificaathouder is de Stichting Agrarisch Limburg ('SAL'), waarvan de bestuurders ook worden benoemd door ZON en LLBT.

Op 20 maart 2019 ontvangt de ondernemingsraad een adviesaanvraag met betrekking tot (onder meer) inwo-

<sup>1</sup> Joost van Mierlo is advocaat te Tilburg.

<sup>13</sup> Zie o.a. G. Kuijpers, annotatie bij OK 22 september 2009, JOR 2009/288 (Grolsch) en M.W. Josephus Jitta annotatie bij OK 21 februari 2012, JOR 2012/144 (Crucell) en Oosterhof bij OK 27 maart 2018, JOR 2018/178 (Unilever).

<sup>14</sup> Zie over de consignatie T. Saleminck, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders* (diss. Nijmegen, serie VHI 125), Deventer: Kluwer 2014, p. 268-281.

<sup>15</sup> OK 7 december 2010, JOR 2011/45 (Corporate Express).

ring van een raad van commissarissen bij Aspargus. Dat de bij Limgroup ingestelde ondernemingsraad om advies wordt gevraagd over een wijziging van de statuten van moeder Aspargus, valt te verklaren uit het feit dat daarover in augustus 2017 afspraken waren gemaakt. In overeenstemming met de bepalingen inzake het structuurregime zullen belangrijke bevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering van Aspargus overgaan naar de raad van commissarissen. Dat betreft onder meer de bevoegdheid bestuurders te benoemen en te ontslaan, en de goedkeuring van belangrijke besluiten van het bestuur. In de statuten zal worden opgenomen dat de raad van commissarissen uit drie dan wel vijf personen bestaat, waarvan een meerderheid onafhankelijk is, in de zin dat die leden geen banden hebben met ZON of LLBT. Bovendien komen bestuurders van de STAK of van SAL niet voor benoeming tot commissaris in aanmerking. De ondernemingsraad adviseert een raad van commissarissen in te stellen die enkel bestaat uit onafhankelijke commissarissen. Dit advies wordt niet overgenomen in het definitieve besluit, waarop de ondernemingsraad ex artikel 26 WOR beroep instelt bij de Ondernemingskamer.

## 2. Beslissing Ondernemingskamer

Met een verwijzing naar de wetgeschiedenis (*Kamerstukken II*, 28 179, nr. 3, p. 33) overweegt de Ondernemingskamer dat als uitgangspunt heeft te gelden dat commissarissen hun werk zonder last of ruggespraak verrichten en zonder daarbij enig bijzonder belang te vertegenwoordigen, en dat de raad het vertrouwen behoort te hebben van allen die betrokken zijn bij de vennootschap en haar onderneming. Daartoe dient de raad van commissarissen, zo vervolgt de Ondernemingskamer, zodanig te zijn samengesteld dat de commissarissen in voldoende mate onafhankelijk zijn van alle bij de vennootschap en haar onderneming betrokken belangen. Van een in dat opzicht voldoende evenwichtige samenstelling kan volgens de Ondernemingskamer ook sprake zijn indien een minderheid van de commissarissen afhankelijk is. In het onderhavige geval hebben Aspargus en Limgroup gemotiveerd toegelicht waarom een minderheid van de commissarissen banden mag hebben met ZON of LLBT, namelijk dat bij hun leden branchespecifieke kennis aanwezig is, hetgeen de deskundigheid van de raad van commissarissen als geheel kan vergroten. Bovendien hebben ZON en LLBT slechts een beperkte invloed op de benoeming van commissarissen, nu die op voordracht van de raad van commissarissen en op basis van een door die raad opgestelde profielschets worden benoemd.

## 3. Commentaar

Met de beschikking inzake de Limgroup spreekt de Ondernemingskamer zich in relatief korte tijd voor de tweede keer in een door een ondernemingsraad ingesteld beroep uit over de samenstelling van de raad van com-

missarissen. In beide gevallen ging het om een raad van commissarissen die werd ingesteld op grond van de bepalingen inzake de structuurregeling.

De invoering van het structuurregime moet worden aangemerkt als een belangrijke wijziging van de verdeling van de bevoegdheden,<sup>2</sup> onder meer ten gevolge van het feit dat een aantal belangrijke besluiten van het bestuur van de vennootschap vanaf dat moment onderworpen is aan de goedkeuring van de raad van commissarissen (artikel 2:164/274 lid 1 BW). Dat het een wijziging van de verdeling van de bevoegdheden binnen de structuur van de rechtspersoon betreft, staat op zichzelf niet in de weg aan een adviesrecht van de ondernemingsraad.<sup>3</sup> De wijziging van de verdeling van de bevoegdheden binnen de rechtspersoon heeft immers effect binnen de door de rechtspersoon in stand gehouden onderneming.<sup>4</sup>

Blijkens haar noot onder de Thomas Cook-beschikking in *JAR* acht Zaal het besluit het structuurregime toe te passen, ook al geschiedt dat op grond van een wettelijke verplichting, adviesplichtig.<sup>5</sup> Er moeten immers nog keuzes worden gemaakt, bijvoorbeeld aangaande het aantal commissarissen<sup>6</sup> en aangaande eventuele regels over samenstelling van de raad en over de onafhankelijkheid en incompatibiliteiten van de commissarissen. De beschikkingen inzake Thomas Cook en Limgroup bieden aanknopingspunten voor de visie van Zaal.

In deze twee beschikkingen stond de vraag centraal of en in hoeverre de raad van commissarissen zou moeten bestaan uit onafhankelijke commissarissen dan wel zou mogen bestaan uit afhankelijke commissarissen. Het aardige is dat beide uiteinden van het spectrum belicht worden: in de ene (de Thomas Cook-beschikking)<sup>7</sup> betoogde de ondernemer namelijk dat de raad van commissarissen in zijn geheel zou mogen bestaan uit afhankelijke commissarissen, in de andere (de Limgroup-beschikking) stelde de ondernemingsraad dat de raad van commissarissen in zijn geheel zou moeten bestaan uit onafhankelijke commissarissen.

Ik wijd eerst enige woorden aan het begrip (on)afhankelijk. Met een schuin oog ook naar de best practice bepaling 2.1.7 in de Corporate Governance Code, meen ik dat onder een afhankelijke commissaris moet worden verstaan een commissaris die een functie vervult binnen de groep waar de onderneming deel van uitmaakt dan wel binnen een rechtspersoon die anderszins (in)direct een

2 Vgl. HR 26 januari 1994, *NJ* 1994, 545, m.nt. Ma (*Heuga*).

3 OK 30 december 2003, *JAR* 2004/45 en *JOR* 2004/102 (*Intergas*).

4 Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 16: 'Artikel 25 WOR brengt met zich dat de ondernemingsraad advies kan uitbrengen over wijzigingen van bevoegdheden in de vennootschap, mits deze ook doorwerkt in de onderneming.'

5 OK 1 juli 2016, *JAR* 2016/201, m.nt. I. Zaal (*OR/Thomas Cook Nederland*).

6 Art. 2:158-art. 2:268 lid 2 BW bepaalt slechts dat dit er ten minste drie moeten zijn.

7 OK 1 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2766. Ik besprak deze uitspraak eerder, en veel uitgebreider, in 'Perikelen rondom de invoering van het (verzwakte) structuurregime', *Arbeidsrechtelijk Annotaties* 2016/3, p. 33-53.

belang in de onderneming heeft. Die afhankelijkheid zou eraan in de weg kunnen staan dat de raad van commissarissen als geheel zodanig is samengesteld dat zij in voldoende mate onafhankelijk is ten opzichte van alle bij de vennootschap en de ondernemingen betrokken belangen, waaronder bijvoorbeeld dat van de moedervennootschap als aandeelhoudster. Een sprekend voorbeeld van het gewicht dat moet worden toegekend aan een onafhankelijke opstelling van de raad van commissarissen zien we in de Corus-beschikking,<sup>8</sup> waar de Ondernemingskamer in de Thomas Cook-beschikking zo nadrukkelijk aan refereert.

De Corus-beschikking betrof de weigering van de raad van commissarissen, tegen de zin van de Engelse moeder, zijn goedkeuring te hechten aan een voorgenomen verkoop van de aluminiumactiviteiten van Corus Nederland. Dienaangaande overwoog de Ondernemingskamer:

‘In de eerste plaats is van belang dat het tot de taak van de Raad van commissarissen van een tot een groep behorende vennootschap en meer in het bijzonder van een structuurvennootschap, ook die met een gemitigeerd regime, behoort om, meer dan het bestuur van een vennootschap vrijstaat, aandacht te schenken aan de vraag of de belangen van de vennootschap door de concernleiding voldoende in de beschouwing zijn betrokken en op hun waarde zijn geschat, en of de maatregelen zijn getroffen of de beslissingen die zijn genomen ter veiligstelling van die belangen adequaat en voldoende effectief zijn te achten.’

De Thomas Cook-beschikking betrof de voorgenomen instelling van een raad van commissarissen bij Thomas Cook Nederland B.V. (‘Thomas Cook’). Aan een positief advies aangaande de instelling van het verzwakte in plaats van het volledige structuurregime verbond de ondernemingsraad van Thomas Cook de voorwaarde dat meer dan de helft van de leden van de raad van commissarissen, waaronder zijn voorzitter, onafhankelijk zou zijn, dat wil zeggen, niet in dienst zou zijn of verbonden zou zijn met rechtspersonen die behoren tot Thomas Cook Group. Thomas Cook was niet bereid met die voorwaarde in te stemmen. Zij vond de verlangde onafhankelijkheid onwenselijk, en besloot dan ook dat ‘het profiel van de raad van commissarissen tevens dient in te houden dat elk van de commissarissen binnen de [TC] Group werkzaam dient te zijn’. Dat zou met zoveel woorden worden opgenomen in de op grond van artikel 2:268 lid 3 BW voorgeschreven profielschets.

De ondernemingsraad van Thomas Cook stelde met succes beroep in tegen dit besluit. De Ondernemingskamer was het met de ondernemingsraad eens dat het besluit onvoldoende gemotiveerd was. Zonder nadere toelichting was volgens de Ondernemingskamer niet aannemelijk

dat de raad van commissarissen voldoende onafhankelijk was van de betrokken belangen indien zij enkel zou bestaan uit personen in dienst van de Thomas Cook Group. De algemene overwegingen van de Ondernemingskamer aangaande de samenstelling van de raad van commissarissen in de Thomas Cook-beschikking, komen nagenoeg woordelijk overeen met die in de hierboven besproken Limgroup-beschikking.

Wat in die algemene overwegingen opvalt, is het volgende. Op zichzelf is het geen wet van Meden en Perzen dat afhankelijke commissarissen niet in staat zouden zijn hun werkzaamheden zonder last of ruggespraak te verrichten. Wel kan het zo zijn dat afhankelijkheid van commissarissen afbreuk kan doen aan het vertrouwen dat de raad van commissarissen behoort te hebben van alle bij de vennootschap en de onderneming betrokkenen. Om dat vertrouwen te krijgen dient de raad van commissarissen zodanig te zijn samengesteld dat deze onafhankelijk ‘is’. Opvallend is het gebruik van het woord ‘is’ in plaats van bijvoorbeeld ‘functioneert’.

Er zijn verschillen tussen beide beschikkingen. In de Thomas Cook-beschikking overweegt de Ondernemingskamer dat de motivering om van het advies van de ondernemingsraad af te wijken ontoereikend was. Dat sluit op zichzelf en zonder meer niet uit dat de raad van commissarissen in zijn geheel bestaat uit afhankelijke commissarissen, maar dan zal het besluit daartoe volgens de Ondernemingskamer deugdelijk onderbouwd en goed gemotiveerd moeten zijn. Gezien de daaraan voorafgaande algemene overwegingen van de Ondernemingskamer aangaande de samenstelling van de raad van commissarissen, acht ik een dergelijke onderbouwing overigens nauwelijks denkbaar.

In de Limgroup-beschikking daarentegen stond vast dat de raad van commissarissen mede zou bestaan uit afhankelijke commissarissen, sterker nog, de meerderheid van de commissarissen zou onafhankelijk zijn. Met betrekking tot deze samenstelling overweegt de Ondernemingskamer dat ‘niet vereist is dat *te allen tijde alle* [cursivering van mij, JvM] commissarissen onafhankelijk zijn’, gevolgd door de overweging ‘Ook indien een minderheid van de commissarissen afhankelijk is, *kan sprake zijn* [cursivering van mij, JvM] van een voldoende evenwichtige samenstelling’.

Hoewel men niet uit het oog moet verliezen dat de Ondernemingskamer zich met deze specifieke overwegingen uitsprekt over de stelling van de ondernemingsraad dat de raad van commissarissen in zijn geheel uit afhankelijke commissarissen zou moeten bestaan, sterker die overwegingen mij in de zojuist uitgesproken overtuiging dat niet of nauwelijks denkbaar is dat van een evenwichtige samenstelling kan worden gesproken als een raad van commissarissen uitsluitend bestaat uit afhankelijke commissarissen. Sterker nog, er zou een argument aan ontleend kunnen worden dat een meerderheid, dan wel tenminste een stevige minderheid van een raad van

<sup>8</sup> OK 13 maart 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5761 (Corus).

commissarissen, zou moeten bestaan uit onafhankelijke commissarissen, wil die samenstelling in overeenstemming zijn met de door de Ondernemingskamer geformuleerde algemene uitgangspunten.

Zowel in de TCN-beschikking als in de Limgroup-beschikking maakte de samenstelling van de raad van commissarissen deel uit van besluitvorming aangaande de instelling van een raad van commissarissen. Dat opende voor de betrokken ondernemingsraden de deur naar de Ondernemingskamer om besluitvorming aangaande de samenstelling van de raad van commissarissen door de rechter te laten toetsen. Ook buiten de kaders van de artikelen 25 en 26 WOR heeft de ondernemingsraad die mogelijkheid, zij het dan met betrekking tot het besluit tot benoeming van een bepaalde commissaris. Daarbij moet men denken aan het volgende geval. Op verzoek van de ondernemer heeft de ondernemingsraad een commissaris aanbevolen om voor benoeming voorgedragen te worden die niet onafhankelijk was. In de praktijk is dat geen zeldzaamheid, heb ik inmiddels ervaren. Bij de eestvolgende benoeming van een commissaris, wordt een onafhankelijke commissaris vervangen door een afhankelijke commissaris. Daarmee gaat de raad van commissarissen in zijn geheel bestaan uit afhankelijke commissarissen. Welke mogelijkheden staan de ondernemingsraad in dat geval ten dienste?

In het kader van de wijziging van de structuurregeling in 2004, is in de Eerste Kamer gesproken over de samenstelling van de raad van commissarissen. Zou die met een bepaalde benoeming onevenwichtig zijn samengesteld, schreef de minister in de Nadere Memorie van Antwoord,<sup>9</sup> dan bieden de artikelen 2:8 of 2:15 BW de ondernemingsraad een basis om daartegen in rechte op te komen. Kortom, de ondernemingsraad staat ook in het zojuist geschetste voorbeeld niet met lege handen, en kan de samenstelling van de raad van commissarissen nog steeds door de rechter laten toetsen.

De minister gaat dan als volgt verder:

'Maar indien de procedures naar behoren zijn gevolgd, zal de raad van commissarissen niet onevenwichtig zijn samengesteld.'

Dat zou erop kunnen duiden dat als de ondernemingsraad in mijn voorbeeld de gelegenheid is geboden gebruik te maken van zijn algemene aanbevelingsrecht, de raad van commissarissen niet onevenwichtig zou zijn samengesteld, ook al zou de aanbeveling van de ondernemingsraad niet zijn opgevolgd. Dat zou merkwaardig zijn. Ik meen dat overigens ook niet te lezen in het betreffende citaat. Waar de minister niet spreekt van 'is samengesteld' maar van 'zal ... zijn samengesteld', is er niet dan een veronderstelling dat de raad van commissarissen naar behoren is samengesteld. Deze veronderstelling laat

ruimte voor de rechter om te oordelen dat, in weerwil van het volgen van de juiste procedures, de raad van commissarissen een onevenwichtige samenstelling heeft. Al met al zijn er voor de ondernemingsraad dus meerdere wegen die naar Rome leiden, indien de raad van mening is dat de raad van commissarissen een evenwichtige samenstelling ontbeert.

*Mr. J.J.M. van Mierlo*

<sup>9</sup> Kamerstukken I 2003/04, 28 179, D, p. 8-9.