

Mr. Y.A. Wehrmeijer en mr. J.W. de Groot¹

BUITENGERECHTELIJKE Vernietiging van een Share Purchase Agreement: EN DAN?

1 Inleiding

Wij gaan in deze bijdrage in op enkele gevolgen van een buitengerechtelijke vernietiging van een *Share Purchase Agreement* (SPA) naar Nederlands recht ten aanzien van op grond daarvan overgedragen aandelen in een Nederlandse besloten vennootschap. Als sprake is van (ernstige) wilsgebreken of benadelingen, bieden contractuele remedies die in een SPA zijn vastgelegd geen oplossing, terwijl in diezelfde SPA vaak wettelijke remedies met een aanvullend karakter (zoals ontbinding) zijn uitgesloten. De gevolgen van een buitengerechtelijke vernietiging van een SPA kunnen ingrijpend zijn. De SPA komt op aandeelhoudersniveau tot stand. De rechtspersoon zelf kan partij zijn bij de SPA, maar dat hoeft niet. De rechtspersoon is wat dat betreft een buitenstaander, maar wel een partij die te maken krijgt met de consequenties van de buitengerechtelijke vernietiging.

In deze bijdrage gaan wij eerst in op het theoretisch kader van de buitengerechtelijke vernietiging. Vervolgens komen enkele praktische consequenties voor de koper en verkoper aan de orde. Aansluitend belichten wij de positie van de vennootschap en haar bestuur als lijdend voorwerp. Dit leidt tot een beschouwing over de vraag in hoeverre een buitengerechtelijke vernietiging van een SPA eigenlijk wel een nastrevenswaardig juridisch product is. Wij sluiten af met een conclusie.

2 Hoe werkt een buitengerechtelijke vernietiging?

Een SPA kan als meerzijdige rechtshandeling buitengerechtelijk worden vernietigd. Dat ligt besloten in artikel 3:49 BW.²

2.1 Verklaring

Een buitengerechtelijke verklaring die een rechtshandeling vernietigt, moet door de inroepende partij worden gericht tegen de partij(en) bij de rechtshandeling. Dit volgt

¹ Advocaten bij Houthoff Buruma te Amsterdam.

² Slechts voor de vernietiging van rechtshandelingen met betrekking tot registergoederen is een rechterlijke uitspraak vereist, tenzij alle partijen in een buitengerechtelijke vernietiging berusten (artikel 3:50 lid 2 BW). Deze uitzondering geldt niet voor de faillissementspauliana (artikel 42 Fw).

uit artikel 3:50 lid 1 BW. Een buitengerechterlijke vernietiging kan vormloos geschieden. Zij hoeft dus niet op schrift te zijn gesteld, maar kan ook mondeling plaatsvinden of besloten liggen in een gedraging. Dit vloeit voort uit artikel 3:37 lid 1 BW. In de praktijk zal de verklaring om bewijsredenen vrijwel altijd schriftelijk worden uitgebracht. De verklaring moet worden aangemerkt als een eenzijdig gerichte wilsuiting.

2.2 Vernietigingsgronden

De buitengerechterlijke vernietigingsverklaring sorteert enkel effect indien een vernietigingsgrond en daarmee een bevoegdheid tot vernietiging bestaat.³ De vernietigingsgronden die zijn neergelegd in artikel 3:44 BW (bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden),⁴ artikel 6:228 BW (dwaling) en artikelen 3:45 BW (pauliana) en 42 Fw (faillissementspauliana) lijken het meest voor te komen in de ter zake relevante rechtspraak.⁵

Voor een succesvol beroep op dwaling, bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden bij het aangaan van de SPA is niet vereist dat als gevolg van het desbetreffende wilsgebrek benadeling is opgetreden.⁶ Wel moet degene die zich op de vernietigingsgrond beroept, aantonen dat hij de SPA niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten als het wilsgebrek achterwege was gebleven.⁷ Overigens kan niet van de inroepende partij worden verlangd dat deze precies aangeeft op welke andere voorwaarden hij de SPA zou hebben gesloten.⁸

3 J. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:50 BW, aant. 2b, Deventer: Kluwer 2013; P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:49 BW, aant. 5, Deventer: Kluwer 2010; J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), 1988, Deventer: Kluwer 1988, p. 136.

4 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 9 september 2014, *JOR* 2015/28, m.nt. Spierings (*Savcor/Ahlstrom*).

5 Hoewel niet gestaafd met statistieken, lijkt vernietiging van een SPA ex artikel 1:88 jo. 1:89 BW (ontbrekende toestemming echtgenoot) minder vaak c.q. niet voor te komen. Waar de toestemming van de echtgenoot een rol speelt, is als de koper van de aandelen van bepaalde privépersonen extra zekerheid wil bedingen. De persoon die de zekerheid verstrekt zal daarbij zelden 'in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf' handelen ex artikel 1:88 lid 1 sub c BW. Voor een dergelijke rechtshandeling is dan ook de toestemming van de echtgenoot vereist (zie bijvoorbeeld Rb. Roermond 27 maart 1997 en 10 juli 1997, besproken door Timmermans in *TVVS* 1997/8, p. 251). Interessant is wel dat in de reeks *Dexia*-zaken deze vernietigingsgrond slaagde waar het ging om de effectenleaseovereenkomsten (zie HR 28 maart 2003, *NJ* 2009/578, m.nt. Jac. Hijma (*Dexia/Van Tuijl c.s.*)).

6 Vgl. HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/159 (*Clemens/Schüring*).

7 Vgl. HR 17 januari 1997, *NJ* 1997/222 (*Geerlofs Koeltechniek/Meinsma*); HR 5 februari 1999, *NJ* 1999/652 (*Ameva/Van Venrooij*); HR 4 april 2003, *NJ* 2003/361 (*Hoeberechts/Lourens*) en HR 4 september 2009, *NJ* 2009/398 (*Eendenburg/Alternatieve Bouw en Ontwikkelingscombinatie Wateringseveld*).

8 Vgl. HR 4 september 2009, *NJ* 2009/398 (*Eendenburg/Alternatieve Bouw en Ontwikkelingscombinatie Wateringseveld*), r.o. 3.4.2.

Bij zowel de pauliana op grond van artikel 3:45 BW als die op grond van artikel 42 Fw gaat het om herstel van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers die door het sluiten van de SPA zijn gedupeerd. Daarbij kan het lastig zijn aan te tonen dat met het aangaan van de SPA de benadelende partij wist of behoorde te weten dat benadeling van een of meer schuldeisers het gevolg daarvan zou zijn. Aan die toets is voldaan indien ten tijde van het aangaan van de SPA voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat daarvan benadeling van een of meer van zijn schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn.⁹ Afhankelijk van de casuspositie kan benadeling van de schuldeisers van de verkoper of de koper voorkomen.

2.3 De effecten van een buitengerechtelijke vernietiging

De partij die buitengerechtelijk vernietigt, kan niet meer eenzijdig op deze verklaring terugkomen.¹⁰ De buitengerechtelijke vernietiging komt tot stand op het moment dat de vernietigingsverklaring degene aan wie zij is gericht, heeft bereikt. Zie artikel 3:37 lid 3 BW. Vanaf dat moment heeft de vernietiging ingevolge artikel 3:53 lid 1 BW rechtskracht en daarmee terugwerkende kracht en goederenrechtelijk effect. De buitengerechtelijke vernietiging van een SPA heeft tot gevolg dat aan de overdracht van de aandelen met terugwerkende kracht de rechtstitel ontvalt.¹¹ De koper is aldus nimmer rechthebbende geworden en de verkoper is steeds rechthebbende tot de aandelen gebleven.¹² Op grond van de buitengerechtelijke vernietiging zijn over en weer ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan (art. 6:203 BW, simpel gezegd: de verbintenis tot teruggave van de aandelen en die tot terugbetaling van de koopsom). In dat licht is het van belang zich te realiseren dat een vernietiging van een koopovereenkomst niet alleen tot gevolg heeft dat de titel aan de overdracht ontvalt, maar ook dat partijen geen beroep

9 Vgl. HR 22 december 2009, *NJ 2010/273 (ABN AMRO/Van Dooren)* ter zake wetenschap als bedoeld in artikel 42 Fw en HR 26 augustus 2003, *NJ 2004/549 (Intercomm/United Pan-Europe Communications N.V.)* ter zake onrechtmatig handelen.

10 Zie P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:50, aant. 8. De Rechtbank Amsterdam overwoog in een recente uitspraak (10 december 2014, *ECLI:NL:RBAMS:2014:7909*, r.o. 4.4) ten aanzien van een partij die stelde gedwaald te hebben bij haar berusting: “Aan het leerstuk van dwaling komt in dit verband in beginsel geen betekenis toe omdat het is bedoeld voor overeenkomsten. Analogische toepassing op andere rechtshandelingen, ook eenzijdige, is echter mogelijk (artikel 6:216 BW en *Parlementaire Geschiedenis BW Boek 3, MvA II, p. 222*).”

11 Zie *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/636-637.

12 Vgl. ook HR 13 april 2001, *NJ 2001/326 (Braat/Ros)*.

meer kunnen doen op het in de overeenkomst bepaalde.¹³ Er is geen nadere actie nodig van een notaris. Wel zal het aandeelhoudersregister weer moeten worden aangepast.

Voor zover een partij op grond van bepaalde feiten een vernietigingsverklaring uitbrengt, maar nadien nog nadere relevante feiten ontdekt, kunnen deze later ontdekte feiten van belang zijn voor de vraag of de ingeroepen vernietiging doel treft. Aldus oordeelde de Hoge Raad in een geval waarin het ging om de huurkoop van een auto. De koper ontdekte gebreken aan de auto die hij niet aan de buitengerechtelijke vernietiging ten grondslag had gelegd.¹⁴ De Hoge Raad overwoog dat deze nieuwe feiten – mits tijdig aangevoerd – van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de vraag of de ingeroepen vernietiging doel treft.¹⁵ Hijma acht dit oordeel principieel juist, aangezien het in zijn visie erop neerkomt of de geconstateerde feiten gezamenlijk bezien de vernietiging rechtvaardigen. Is dat het geval, dan is de inroepende partij steeds bevoegd geweest om te vernietigen.¹⁶

Indien een partij bij een SPA via een verklaring aan de wederpartij de SPA buitengerechtelijk vernietigt, zal de kritische wederpartij zich afvragen of de verklaring ook daadwerkelijk vernietiging van de rechtshandeling tot gevolg heeft gehad. De partij tot wie de vernietigingsverklaring is gericht, kan hierin berusten. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien die partij heeft laten blijken zich niet te zullen verzetten tegen de vernietiging.¹⁷ In plaats van dat de wederpartij berust in de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring, kan het gebeuren dat de wederpartij de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring betwist. De volgende vier situaties dienen zich aldus aan.

Ten eerste de situatie dat de partij die de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring heeft uitgebracht zich daarbij terecht heeft beroepen op een vernietigingsgrond. De wederpartij berust in de vernietiging van de SPA. De vernietiging komt in dat

13 Zie HR 11 oktober 2013, *NJ* 2013/492 (*Vano/Foreburghstaete*), waar de Hoge Raad ten aanzien van het oordeel van het hof over het beroep van de koper op de geschonden garanties uit de vernietigde overeenkomst overwoog in r.o. 3.5.1: “De vernietiging van de overeenkomst treft immers in beginsel ook de hiervoor in 3.1 onder (i) genoemde garanties, en dan is geen sprake meer van een tekortkoming in de nakoming daarvan.”

14 HR 11 juli 2008, *NJ* 2010/258, m.nt. Jac. Hijma (*Blijd en Gomes/Westminster Rental*).

15 Een vergelijkbare regel geldt voor de buitengerechtelijke ontbinding, vgl. HR 29 juni 2007, *NJ* 2008/605, m.nt. Jac. Hijma (*Amsing/Dijkstra-Post Beheer*).

16 Zie Hijma in zijn noot onder HR 29 juni 2007, *NJ* 2008/605 (*Amsing/Dijkstra-Post Beheer*), onder 6 en 7 ten aanzien van de buitengerechtelijke ontbinding. Hijma zelf trekt daar de parallel met de vernietiging in het arrest HR 11 juli 2008, *NJ* 2010/258, m.nt. Jac. Hijma (*Blijd en Gomes/Westminster Rental*). Zie ook de noot van Hijma onder HR 11 juli 2008, *NJ* 2010/258 (*Blijd en Gomes/Westminster Rental*) onder 12.

17 Dat is overigens niet het geval indien niet direct op de vernietigingsverklaring wordt gereageerd. Indien hem een redelijke termijn is gesteld om op de buitengerechtelijke verklaring te reageren, en deze blijft uit, zal onder omstandigheden uit het stilzwijgen van de partij kunnen worden afgeleid dat deze partij in de vernietiging berust. Zie in die zin *MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 225 en J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), 1988, Deventer: Kluwer 1988, p. 153-154.

geval tot stand op het moment dat de wederpartij de vernietigingsverklaring heeft bereikt.¹⁸ Indien in de vernietiging is berust, zal in beginsel ten opzichte van een derde als vermoeden gelden dat (1) aan de eisen voor de vernietiging is voldaan; en (2) de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring derhalve rechtsgevolg heeft gehad.¹⁹ Bij betwisting van de berusting door een derde dient deze het vermoeden dat de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring rechtsgevolg heeft gehad zelf te ontzenuwen.

Ook in de tweede situatie is het uitgangspunt dat de partij die de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring heeft uitgebracht zich daarbij terecht op een vernietigingsgrond heeft beroepen. De vernietiging van de SPA komt ook in dat geval tot stand op het moment dat de wederpartij de vernietigingsverklaring heeft bereikt.²⁰ Indien de wederpartij niet berust in de buitengerechtelijke vernietiging, dan zal de buitengerechtelijke vernietiging in een declaratoire uitspraak kunnen worden bevestigd (artikel 3:302 BW).

Ten derde de situatie dat de partij die de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring heeft uitgebracht zich daarbij ten onrechte op een vernietigingsgrond heeft beroepen maar de wederpartij wel berust in de vernietiging van de SPA.²¹ De meningen zijn verdeeld over wat rechtens is in een dergelijke situatie. In de wetsgeschiedenis komt zowel naar voren dat voor een berusting in een buitengerechtelijke vernietiging is vereist dat een geldige vernietigingsgrond moet bestaan,²² als dat voor een berusting een geldige vernietigingsgrond niet is vereist als die berusting niet aantastbaar is op grond van bijvoorbeeld een wilsgebrek.²³ De oudere literatuur in dit verband lijkt een geldige vernietigingsgrond te vereisen voor een geslaagde berusting.²⁴ Hijma bepleit ter zake een tussenoplossing, namelijk dat in het geval partijen berusten in de vernietiging, deze tot stand komt als een rechter in hetzelfde geval het beroep op de vernietigingsgrond bij verstek zou honoreren.²⁵

18 Zie artikel 3:37 lid 3 BW en P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:49, aant. 15.1 onder 1.

19 HR 13 april 2012, *JOR* 2012/237 (*Kwekerij van Staalduinen en Zonen Beheer/Tiethoff q.q.*).

20 Zie artikel 3:37 lid 3 BW en P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:49, aant. 15.1 onder 2.

21 P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:49, aant. 15.1 onder 3.

22 Zie MvT Inv., *Parl. Gesch. Inv.*, p. 1157-1158.

23 Zie VV, *Parl. Gesch. Inv.*, p. 1159 en P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:49, aant. 15.1 onder 3. Daarin wordt in verband met het tweede lid van artikel 3:50 BW aangetekend dat vooralsnog de indruk bestond dat een buitengerechtelijke verklaring tot vernietiging ook ingeval geen deugdelijke vernietigingsgrond aanwezig is, volledige rechtskracht heeft indien alle partijen in de vernietiging berusten. Overigens levert de buitengerechtelijke vernietiging van een rechtshandeling enerzijds en de berusting in de vernietiging anderzijds geen vaststellingsovereenkomst op, in die zin Rb. Amsterdam 10 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7909.

24 Zie ook P. van Schilfgaarde, 'Nietigheden in 3.2 NBW volgens de invoeringswet', *WPNR* 1982, 5621, p. 551 en – genuanceerder – J. Hijma, 'Rechtshandelingen en volmacht (titels 3.2 en 3.3) in het Nieuw BW anno 1989', *Kwartalbericht Nieuw BW 1989*, p. 110.

25 J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), 1988, Deventer: Kluwer 1988, p. 150-153.

Ten vierde de situatie dat de partij die de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring heeft uitgebracht zich daarbij ten onrechte op een vernietigingsgrond heeft beroepen en de wederpartij niet berust in de buitengerechtelijke vernietiging van de SPA.²⁶ In dat geval komt de vernietiging niet tot stand en zal een rechter dat zo nodig in een declaratoir bevestigen. De vernietigingsverklaring is nietig. Dit volgt uit de aard van de vernietigingsverklaring, namelijk een rechtshandeling.²⁷

Bij betwisting van een buitengerechtelijke vernietiging van een SPA ligt het voor de hand dat de partij die de buitengerechtelijke vernietiging heeft ingeroepen een declaratoire uitspraak nastreeft, maar dat hoeft niet. Immers, ook de wederpartij kan een declaratoir nastreven in de vorm van een negatieve verklaring voor recht dat de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring zijn doel heeft gemist. Met name in internationale situaties en een battle of the forums kan een negatieve verklaring voor recht een zeer relevante optie zijn.²⁸ Op grond van artikel 150 Rv rust op de partij die de buitengerechtelijke vernietiging heeft ingeroepen de stelplicht en bewijslast aan te tonen dat de buitengerechtelijke vernietiging effect heeft gehad, aangezien dat de partij is die zich beroept op de rechtsgevolgen van de uitgebrachte vernietigingsverklaring.²⁹ Onjuist is de opvatting dat het enkele feit dat een buitengerechtelijke vernietigingsverklaring wordt betwist, ertoe zou leiden dat (1) de buitengerechtelijke vernietiging geen rechtsgevolg heeft gehad; (2) dit pas door een rechterlijke uitspraak kan worden afgedwongen; en (3) intussen de SPA haar rechtskracht zou behouden.³⁰

2.4 Opvangen van de gevolgen van een buitengerechtelijke vernietiging

Gezien de verstrekkende gevolgen van een buitengerechtelijke vernietiging, bestaan specifieke regelingen die een vernietiging voorkomen en alternatieve oplossingen bieden. Zo regelt artikel 3:54 BW in gevallen van misbruik van omstandigheden dat de vernietigingsbevoegdheid vervalt indien de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt die het nadeel op afdoende wijze

26 P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:49 BW, aant. 15.1 onder 4.

27 P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:49 BW, aant. 15.1 onder 4 met verwijzing naar een onterecht uitgebrachte ontbindingsverklaring. F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Monografieën Nieuw BW nr. B58), nr. 15 en F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 140; *Asser/Hartkamp II*, nr. 518 en *Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III** 2010, nr. 687-688. Zie voor een illustratie Rb. Rotterdam 22 juli 1994, S&S 1995/79 (*Binda/ABN Assurantiën*), r.o. 4.1.4.

28 Vgl. bijvoorbeeld J.S. Kooij, 'Forumshoppen voor een negatieve verklaring voor recht bij een dreigende schadeclaim?', *TCR* 2013, p. 53-59.

29 Zie W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 105 voor wat betreft de stel- en bewijslast ten aanzien van de verklaring en nr. 241 voor wat betreft de wilsgebreken.

30 Vgl. in die zin Rb. Gelderland 23 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3050, r.o. 3.14. Zie dan ook anders en terecht Rb. Oost-Brabant 5 november 2014, *RI* 2015/20 (*Hotel Tante Pietje*) in het kader van een artikel 42 Fw vernietiging, waarbij overigens de wederpartij van de curator een kort geding was gestart.

opheft. Ook kan de rechter bij misbruik van omstandigheden de gevolgen van de rechtshandeling wijzigen ter opheffing van het nadeel. Ten aanzien van dwaling, kent artikel 6:230 BW een vergelijkbare regeling.³¹

Komt het niettemin tot een buitengerechtelijke vernietiging, dan ontstaan ongedaanmakingsverbintenissen. Het kan voorkomen dat een restitutie niet mogelijk blijkt. Hier moeten twee gevallen worden onderscheiden, namelijk restitutie is onmogelijk of restitutie is bezwaarlijk.

Bij onmogelijkheid gaat het enerzijds om een situatie waarin de prestatie naar haar aard onvatbaar is voor restitutie. Anderzijds kan het voorkomen dat een prestatie naar haar aard wel, maar als gevolg van later ingetreden omstandigheden feitelijk niet meer ongedaan gemaakt kan worden.³² Deze problematiek wordt opgelost via afdeling 6.4.2 van Boek 6 BW respectievelijk de algemene regels van afdeling 6.1.9 van Boek 6 BW omtrent het niet-nakomen van (in dit geval: de ongedaanmakings)verbintenis.³³ Als de prestatie naar haar aard onvatbaar is voor restitutie, zal de ontvanger veelal gehouden zijn de waarde van de prestatie te vergoeden binnen de grenzen van artikel 6:210 BW.³⁴ Als de prestatie naar haar aard wel vatbaar is voor restitutie, maar feitelijk niet ongedaan gemaakt kan worden, is de ontvanger schadevergoeding verschuldigd indien de onmogelijkheid van (correcte) restitutie hem kan worden toegerekend.³⁵

Zie omtrent ongedaanmakingsverbintenissen na een geslaagde buitengerechtelijke vernietiging ter illustratie de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in de zaak *Vano/Foreburghstaete*. In deze zaak speelt een buitengerechtelijke vernietiging op grond van dwaling van een koopovereenkomst ten aanzien van een pand, welke overeenkomst tussen twee professionele vastgoedinvesteerders was gesloten. In dat geval kon de koper die succesvol buitengerechtelijk had vernietigd naar verwachting het pand niet zonder daarop rustende hypotheekrechten van te goeder trouw zijnde banken ter beschikking stellen aan de verkoper. Bovendien dreigde er een executieverkoop door de hypotheekhouders. Aldus nam het hof aan dat de koper vermoedelijk tekort zou schieten in de nakoming van haar ongedaanmakingsverbintenis jegens de verkoper en aldus schadeplichtig zal zijn. Om die

31 P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:53 BW, aant. 12.2. De Hoge Raad heeft al meermaals overwogen in het kader van buitengerechtelijke vernietigingen van koopovereenkomsten op grond van dwaling, dat de negatieve gevolgen van de vernietiging tussen partijen worden verdeeld via aanpassing van de overeenkomst. Zie bijvoorbeeld HR 28 november 1997, *NJ* 1998/659, m.nt. W.M. Kleijn onder *NJ* 1998/657 (*Luycks/Kroonenberg*) en HR 18 januari 2002, *NJ* 2002/106 (*Ruinemans/Heijmeijer*). Zie over de aanpassingsmogelijkheid bij dwaling ook M.B. Krestin, 'Is er bij uitsluiting van een beroep op vernietiging wegens dwaling in overnamecontracten nog ruimte voor wijziging ex artikel 6:230 BW', *V&O* 2012, p. 145-148.

32 Zie *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/638-639.

33 Zie *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/638.

34 Zie *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/638.

35 Zie *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/638 onder verwijzing naar *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV** 2011/437 e.v. en *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 805, 811 e.v. en 816 e.v.

reden wees het hof bij incident een voorlopige voorziening toe die erop neerkomt dat de terugbetaling van de koopprijs door de verkoper gelet op het restitutierisico aan de zijde van de koper werd opgeschort.³⁶

In het geval de reeds ingetreden gevolgen van de SPA bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt, kent artikel 3:53 lid 2 BW de mogelijkheid dat een rechter in dat geval desgevraagd aan de buitengerechtelijke vernietiging geheel of ten dele haar werking ontzegt.³⁷ De wetgever heeft hier het oog op reeds ingetreden feitelijke gevolgen (*fait accompli*).³⁸ Ook kan de rechter de partij die “daardoor” (dat wil zeggen: door het ontzeggen van de terugwerking) onbillijk wordt beoordeeld, de verplichting opleggen tot het doen van “een uitkering in geld aan de partij die benadeeld wordt”. Soms zal het voldoende zijn aan de vernietiging alleen haar terugwerkende kracht te ontnemen. In andere gevallen zal de rechter verder moeten gaan en het ontstaan van de restitutieplichting(en) geheel of ten dele moeten beletten.³⁹

Aldus is het van de omstandigheden van het geval afhankelijk of de restitutie van een goed als een mogelijke (doch bezwaarlijke) of als een onmogelijke prestatie moet worden beschouwd.⁴⁰ Praktische problemen hoeven hiervan niet te worden gevreesd, omdat de toepassing van artikel 3:53 BW en die van artikel 6:74 BW e.v. tot dezelfde resultaten kunnen leiden.⁴¹

3 Enkele gevolgen van een vernietiging op het niveau van de koper en verkoper

Door de terugwerkende kracht van de buitengerechtelijke vernietiging treden diverse verstreckende rechtsgevolgen in. De meest in het oog springende gevolgen

36 Zie Hof 's-Hertogenbosch 24 juni 2014, RN 2014/86 (in verwijzing na HR 11 oktober 2013, NJ 2013/492 (*Vano/Foreburghstaete*)).

37 Vgl. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/639; P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:53 BW, aant. 5-13.

38 Zie Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:53 BW, aant. 3b. C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Monografieën Nieuw BW nr. A11), Deventer: Kluwer 2003, nr. 30, geeft als voorbeeld van toepassing van artikel 3:53 lid 2 BW een geval waarin een koopovereenkomst met betrekking tot een onderneming die inmiddels verlies draait twee jaar later buitengerechtelijk wordt vernietigd. De vernietigingsgrond is gelegen in het verzwijgen van een bepaalde (beperkte) waardedrukkend effect voorafgaand aan de contractsluiting. In dat geval ziet hij ruimte om de gevolgen van de vernietiging te beperken tot compensatie voor het verzwegen beperkte waardedrukkende effect, aangezien de overeenkomst ook bij bekendheid van dat ‘detailpunt’ zou zijn gesloten.

39 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/639.

40 Vgl. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/639 en *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I** 2012/382 en *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II** 2013/343.

41 Vgl. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/638-639 onder verwijzing naar A.R. Bloembergen, ‘Gebrekkige rechtshandelingen in het gewijzigd ontwerp boek 3 N.B.W.’, *WPNR* 1972, 5190, p. 429.

voor de aandelentransactie zijn dat de koopprijs voor de aandelen onverschuldigd is betaald en de aandelen zonder geldige titel zijn geleverd. Het terugdraaien van deze gevolgen lijkt betrekkelijk eenvoudig. De aandelen bestaan in de regel nog en de koper krijgt de door hem betaalde koopprijs van de verkoper terug.

De Hoge Raad volgde deze op het oog eenvoudige lijn ten aanzien van de buitengerechtelijke vernietiging van effectenleaseovereenkomsten op grond van de ontbrekende toestemming van de echtgenoot. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn arrest *Dexia/Van Tuijl c.s.* dat het niet bezwaarlijk was om de desbetreffende effectenleaseovereenkomsten terug te draaien: de bank betaalt de koopprijs terug en de lessee levert de aan hem afgeleverde effecten, of een gelijk aantal effecten van dezelfde soort, terug en draagt de eventueel op die effecten daadwerkelijk ontvangen dividenden en andere baten aan de bank af.⁴² De Hoge Raad wees het beroep van Dexia op artikel 6:278 BW (stoot tot ongedaanmaking),⁴³ 3:53 lid 2 BW (ongedaanmaking bezwaarlijk) en 6:210 lid 2 BW (onverschuldigde betaling) af. Ook Hijma concludeert in zijn noot onder dit arrest dat ongedaanmaking van een effectenleaseovereenkomst niet bezwaarlijk is nu “zowel de aandelen als de geldsommen zonder veel moeite en zonder problematische consequenties [kunnen] worden gerestitueerd”.

Het is de vraag of deze redenering van de Hoge Raad ook kan worden toegepast bij (1) een buitengerechtelijke vernietiging van een SPA; (2) op grond van andere vernietigingsgronden. Denkelijk – gezien de overeenkomstige aard van de prestaties – zal het restitueren van de aandelen en de koopsom op zichzelf niet als bezwaarlijk worden aangemerkt als bedoeld in artikel 3:53 lid 2 BW. In de praktijk kan het terugdraaien van een aandelentransactie echter tot (zeer) gecompliceerde situaties leiden die zeer bezwaarlijk kunnen zijn, niet in de laatste plaats omdat er belangen spelen van derden, namelijk de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, die op haar beurt is gebonden aan externe rechten en verplichtingen.⁴⁴

Met het oog op een buitengerechtelijke vernietiging van een SPA belichten wij de volgende (juridische) complicaties: (i) de vennootschap waarvan de aandelen zijn overgedragen, is gefuseerd met een andere concernvennootschap in het kopende concern; (ii) de aandelen zijn in de periode tussen de overdracht en het moment van vernietiging in waarde veranderd; (iii) er zijn dividenden uitgekeerd; en (iv) de gedreven onderneming is niet meer dezelfde.

42 HR 28 maart 2008, *NJ* 2009/578, m.nt. Jac. Hijma (*Dexia/Van Tuijl c.s.*), r.o. 4.9 en 4.10. Ook bevestigd door A-G De Vries Lentsch-Kostense, § 40 conclusie.

43 Met name ten aanzien van artikel 6:278 BW is dat opmerkelijk, aangezien dat artikel ertoe strekt te voorkomen dat met behulp van figuren als ontbinding en vernietiging “op onaanvaardbare wijze ten koste van de tegenpartij kan worden gespeculeerd”, zie *MvA II, Parl. Gesch. NBW Boek 6*, p. 1026.

44 Zie ook Hijma, diss. p. 105-109 en P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:53 BW, aant. 7: “De rechtsgevolgen van de vernietiging kunnen bezwaarlijk zijn voor de vernietigingsbevoegde, de wederpartij of derden.”

Ad (i): de vennootschap gaat op in het concern van de koper: bezwaarlijk?

Wat voorkomt, is dat ná het aangaan van de SPA, de betrokken vennootschap integreert in het concern van de koper door een juridische fusie met een concernvennootschap van de koper.⁴⁵ In die situatie valt teruggave van de aandelen niet meer te realiseren. De aandelen in de gekochte – weggefuseerde – vennootschap bestaan immers niet meer en zijn vervangen door aandelen in de verkrijgende vennootschap, of een groepsmaatschappij daarvan.⁴⁶ Denkbaar is nog dat de aandelen via een splitsing weer beschikbaar komen om te restitueren aan de verkoper, maar denkelijk zijn dit niet ‘dezelfde’ aandelen. In die situatie ligt het voor de hand dat de prestatie (het teruggeven van de aandelen) weliswaar in abstracto ongedaan gemaakt kan worden (‘aandelen kunnen worden teruggegeven’), maar feitelijk niet. In dat geval komt het aan op de algemene regels omtrent de tekortkoming in de nakoming van een ongedaanmakingsverbintenis (een mogelijke schadevergoeding).⁴⁷ Voor zover de ongedaanmaking als (objectief) bezwaarlijk kan worden aangemerkt, zou de rechter op grond van artikel 3:53 lid 2 BW de terugwerkende kracht aan de vernietiging kunnen ontnemen en daarvoor in de plaats een vergoeding kunnen toekennen aan de partij die door het onthouden van de terugwerkende kracht van de vernietiging is benadeeld.

Ad (ii): waardeverandering van de aandelen

Na de vernietiging kan de oorspronkelijke verkoper zich geconfronteerd zien met de teruggave van aandelen die aanzienlijk minder waard zijn. Andersom is voorstelbaar dat de koper aandelen moet teruggeven die juist in waarde zijn vermeerderd. Aangezien de terug te betalen koopprijs gelijk blijft, dringt zich de gedachte op dat één van beide partijen door de vernietiging verrijkt is.

Die gedachte lag ook ten grondslag aan het beroep van Dexia op artikel 6:278 BW in het hiervoor reeds genoemde arrest *Dexia/Van Tuijl c.s.* Daarin werd tot vernietiging door de echtgenoot van de huurkoper overgegaan nadat de waarde van de effecten aanzienlijk was gedaald. Dat beroep werd door de Hoge Raad niet gehonoreerd, omdat het niet valt te verenigen met de beschermingsgedachte van artikel 1:88 BW.

Bij de vernietiging van een SPA speelt deze bescherming echter geen rol. De vraag rijst dan of toch onder omstandigheden het waardeverschil kan worden verdisconteerd. Hijma lijkt er in zijn noot onder *Dexia/Van Tuijl c.s.* wel voor te

45 W.J. Oostwouder, *Unforgiven? Over nietigheid en vernietigbaarheid in het bedrijfsfinancieel recht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1996, p. 9.

46 Idem.

47 Vgl. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:210 BW, aant. 3b. Art. 6:210 lid 2 BW is dan niet aan de orde. Overigens zullen daarbij ook artikel 6:204-6:205 BW een rol spelen. Zie ook M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss.), Deventer: Kluwer 1997, § 5.2.2.1.

voelen, eventueel via de band van artikel 6:212 BW.⁴⁸ Het komt ons voorstelbaar voor dat een dergelijk waardeverschil in het geval van een buitengerechtelijke vernietiging van een SPA voor compensatie in aanmerking kan komen, zo nodig via de band van artikel 6:2, 6:74 en (eventueel via artikel 6:78 BW juncto) 6:212 BW.⁴⁹

Ad (iii): uitgekeerde dividenden

Indien na het aangaan van de SPA dividenden aan de koper zijn uitgekeerd en de SPA later buitengerechtelijk wordt vernietigd, kan de vraag opkomen of de koper deze bedragen mag houden indien de prestaties over en weer moeten worden teruggedraaid. Dit zal aankomen op de omstandigheden van het geval. Mogelijk overweegt de vennootschap op grond van onverschuldigde betaling de dividenden terug te vorderen van de koper, omdat het dividendbesluit nietig is. Deze problematiek zal wel in het licht moeten worden beoordeeld van het feit dat een koper te goeder trouw op grond van artikel 6:206 juncto 3:120 BW ontvangen vruchten mag houden.⁵⁰ Volgens artikel 3:9 lid 2 BW kunnen dividenden als burgerlijke vruchten worden aangemerkt.⁵¹

Ad (iv): onderliggende onderneming gewijzigd

Veelal wordt de overgenomen onderneming na de verkoop gereorganiseerd en binnen de nieuwe organisatie geïntegreerd. Soms gaat dit gepaard met flinke investeringen. De vennootschap kan intussen gelet op een nieuwe strategie ook bijvoorbeeld acquisities of desinvesteringen hebben gedaan. Als gevolg van de buitengerechtelijke vernietiging van de SPA krijgt de verkoper wel dezelfde aandelen terug, maar een veranderde onderneming. Dat kan een ongewenste situatie opleveren voor zowel de koper als de verkoper.

48 De ongerechtvaardigde verrijking behelst immers in wezen een schadevergoeding, vgl. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, inleidende opmerkingen bij Afdeling 3 van Boek 6. Zie ook W.J. Oostwouder, *Unforgiven? Over nietigheid en vernietigbaarheid in het bedrijfsfinancieel recht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1996, p. 9, die de oplossing zoekt in het toerekenbaar tekortschieten van de koper in zijn ongedaanmakingsverbintenis jegens verkoper (op grond artikel 6:74 jo. 6:203 BW) of schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad vorderen (artikel 6:162 BW) alsook – voor zover de aandelen meer waard zijn geworden – in ongerechtvaardigde verrijking op grond van artikel 6:212 BW.

49 M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss.), Deventer: Kluwer 1997, § 5.2.2.2.

50 Zie ook M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss.), Deventer: Kluwer 1997, § 5.2.6. Immers, volgens verkeersopvattingen wordt een ontvanger te goeder trouw gestimuleerd om vruchten te kweken zodat winst wordt gecreëerd, terwijl dit redelijk wordt geacht omdat dit gebeurt in de veronderstelling dat de ontvanger het goed mag houden.

51 Zie ook M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss.), Deventer: Kluwer 1997, § 5.2.6.2 en P.A. Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:9 BW, aant. 3 en 10.

Een teruggave van aandelen in een dergelijk geval kan voor zowel de koper als de verkoper bijzonder onaantrekkelijk zijn.⁵² Ook in dit geval zien wij ruimte voor de toepassing van artikel 3:53 lid 2 BW. Op die manier kan met ontneming van de terugwerkende kracht van de vernietiging en een vergoeding aan de daardoor benadeelde partij maatwerk worden geboden voor de ontstane situatie.⁵³

Voor zover de route van artikel 3:53 lid 2 BW hier niet mogelijk is, zullen de algemene regels voor ongedaanmakingsverbintenissen gevolgd moeten worden. Ook daar is maatwerk mogelijk. Voor zover de aandelen dan terug zouden gaan naar de verkoper zou de koper te goeder trouw bijvoorbeeld voor wat betreft tussentijds gedane investeringen compensatie kunnen zoeken op de verkoper, aangezien deze koper recht heeft op vergoeding van alle kosten die voor het verkregen goed zijn gemaakt op grond van artikel 6:206 juncto 3:120 lid 2 BW.⁵⁴

4 De continuïteit van de onderneming tijdens een vernietigingsdebat

Naast vragen rondom (1) herstel van de precontractuele verhoudingen bij een geslaagde vernietiging; en (2) mogelijke correcties voor zich in de tussentijd voorgedane zaken die zowel bij een geslaagde als bij een mislukte buitengerechtelijke vernietiging aan de orde kunnen zijn, spelen daarnaast belangrijke vragen op het terrein van de governance binnen de vennootschappelijke structuur. De gevolgen van een buitengerechtelijke vernietiging van een SPA kunnen aanzienlijk zijn voor de vennootschap wier aandelen het betreft. Dat geldt met name in situaties waarin het verkochte belang het gehele aandelenkapitaal of meer dan 50% betrof.

Het is voor de vennootschap en de met haar verbonden onderneming natuurlijk van belang te weten wie haar (meerderheids)aandeelhouder is (geweest). Het antwoord op die vraag kan echter onzeker worden op het moment dat de koper en verkoper van de aandelen een debat voeren over de geldigheid van de buitengerechtelijke vernietiging van de SPA. Temeer wanneer dat debat in een declaratoire bodemzaak een beslag moet krijgen. In dat debat komt het immers aan op de beoordeling van de ingeroepen vernietigingsgrond. Is de vernietigingsgrond terecht ingeroepen, dan is de SPA op het moment van ontvangst van de verklaring vernietigd. Alsdan is met terugwerkende kracht de titel aan de aandelenoverdracht ontvallen. Is de vernietigingsgrond ten onrechte ingeroepen, dan is de verklaring nietig. Linksom of rechtsom ontstaat een

52 Vgl. W.J. Oostwouder, *Unforgiven? Over nietigheid en vernietigbaarheid in het bedrijfsfinancieel recht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1996, p. 9.

53 Zie voor deze oplossing in een eenvoudige zaak de Rb. Noord-Holland 14 november 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:10430.

54 Zie ook M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss.), Deventer: Kluwer 1997, § 5.2.6.2. Ter zake heeft de koper een retentierecht, vgl. artikel 6:206 jo. 3:120 lid 3 BW. Daarnaast biedt artikel 6:207 BW een opening om tussentijds gedane uitgaven gemaakt in verband met de ontvangst en teruggave van het goed te verhalen op de wederpartij. Vgl. Ter zake ook M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss.), Deventer: Kluwer 1997, § 5.2.7.3.

periode waarin partijen over het antwoord op deze vraag ongewis zijn waarbij beide partijen tegengestelde posities innemen omtrent het aandeelhouderschap.

4.1 Impasse na een buitengerechtelijke vernietiging

Een voorbeeld. De vennootschap en de met haar verbonden onderneming maken deel uit van een groep. De vennootschap maakt gebruik van binnen de groep aanwezige financiële middelen. Haar buitenlandse 100% aandeelhouder wenst op een gegeven moment de vennootschap om strategische redenen af te stoten en plaatst deze op een stand-alone-basis in de etalage. Een andere buitenlandse investeerder ziet mogelijkheden het bedrijfsonderdeel in te lijven en de activiteiten uit te bouwen. In de precontactuele fase blijkt dat kort na de beoogde overdracht circa 40% van de omzet van de onderneming zal wegvallen omdat belangrijke contracten niet zullen worden verlengd. Dit feit wordt kort voor het afronden van de onderhandelingen bekend bij de onderneming en de verkoper maar niet bij de koper. De SPA wordt gesloten en de aandelen geleverd. Ter gelegenheid van de overdracht wordt het bestuur van de vennootschap bestaande uit bestuurders vanuit de groep van de verkoper vervangen door bestuurders vanuit de groep van de koper. De ontvlechting uit de oude structuur is onderweg. De koper investeert in een nieuwe naam, nieuwe bedrijfsuitstraling etc. Na circa drie maanden komt echter aan het licht dat belangrijke business is weggevallen of dreigt weg te vallen en komt de koper te weten dat dit al voor de overdracht bekend was. De koper vernietigt de SPA buitengerechtelijk op grond van bedrog. De vernietiging wordt echter betwist door de verkoper, stellende dat helemaal niet zeker was of de contracten verlengd zouden worden en de koper onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de status van de contracten.

De volgende problemen doemen op. Zo rijst de vraag welke partij het voor het zeggen heeft (gehad) binnen de target. De koper die de buitengerechtelijke vernietiging heeft ingeroepen, meent dat de verkoper gelet op de vernietiging altijd aandeelhouder is gebleven. De verkoper betwist de buitengerechtelijke vernietiging en meent dat de koper de regie moet voeren. Bij de bestuurders van de vennootschap kunnen terechte vragen opkomen of zij dat nog wel zijn en de vennootschap kunnen vertegenwoordigen. Voorts rijst de vraag hoe de vennootschap aan middelen komt om – geconfronteerd met het feit dat 40% van de omzet wegvalt – haar operatie te versterken. Er dreigt een liquiditeitstekort dat moeilijk via externe financiering overbrugd kan worden. Een kapitaalinjectie door de aandeelhouder of nieuwe participanten lijkt de aangewezen weg. Echter, zowel de koper als de verkoper zijn gelet op hun strategisch ingenomen tegengestelde posities waarschijnlijk niet bereid de benodigde financiële middelen te fourneren of mee te werken aan een emissie.

Zo kan een gevaarlijke impasse ontstaan na de buitengerechtelijke vernietiging van de SPA. In een dergelijke situatie komt bovendien in de periode tussen de overdracht van de aandelen en de buitengerechtelijke vernietiging van de SPA tot stand gekomen besluitvorming op losse schroeven te staan. Is de vernietiging geslaagd, dan zijn besluiten genomen door een partij die geen aandeelhouder blijkt te zijn (geweest) nietig.⁵⁵ In dat geval heeft de koper in de periode tussen de overdracht en het inroepen van de buitengerechtelijke vernietiging bijvoorbeeld niet rechtsgeldig kunnen stemmen bij algemene vergaderingen. De nietige besluiten kunnen zowel interne, als (indirect) externe werking hebben gehad.⁵⁶

Ook de rechtsgeldigheid van het besluit van (onder meer) de koper tot benoeming van een nieuwe statutaire directie van de vennootschap komt ter discussie te staan.⁵⁷ Dit is een besluit met direct externe werking.⁵⁸ Zo komt ook de vraag op of

55 Dit loopt ons inziens eerst via de band van een nietige stem in de AvA van de vennootschap omdat bijvoorbeeld de koper geen aandeelhouder is geweest, vgl. Assink/Slagter 2013 (deel 1), p. 312 e.v. Van meet af aan wordt aan nietige besluiten van de organen van de rechtspersoon rechtsgevolg onthouden, vgl. Assink/Slagter 2013 (deel 1), p. 294-295 (in het kader van het onderscheid tussen non-existente besluiten en nietige besluiten). Een nietig besluit (van een orgaan van de rechtspersoon) is van meet af aan ongeldig, een belanghebbende kan een nietig besluit zonder meer naast zich neerleggen. Een procedure om dat vast te stellen, is mogelijk maar niet noodzakelijk. Vgl. Assink/Slagter 2013 (deel 1), p. 334. De nietigheid van een besluit dat in een onherroepelijke uitspraak is bevestigd waarbij de rechtspersoon partij is geweest, werkt *erga omnes*, zie artikel 2:16 lid 1 BW en Assink/Slagter 2013 (deel 1), p. 340. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 11 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:651 (*Yukos International UK B.V./OOO Promneftstroy*), r.o. 3.21. Hier speelt weliswaar geen buitengerechtelijke vernietiging van een SPA, maar gaat het om de vraag of de Russische curator bevoegd was om namens Yukos Oil het stemrecht uit te oefenen op de aandelen die Yukos Oil hield in Yukos Finance. Was hij dat niet, dan was volgens de rechtbank de besluitvorming nietig en in het verlengde daarvan de aandelenoverdracht. Zie ook OK 21 maart 2008, *ARO 2008/79 (Yukos Finance)*, r.o. 3.7. Bij de vernietiging van een SPA spelen vergelijkbare problemen.

56 Voor externe werking moet het besluit wel zijn 'uitgevoerd' met andere woorden moet de wilsuiting de geadresseerde hebben bereikt, vgl. ook HR 19 oktober 2001, *JOR 2002/1 (Stichting Het Utrechts Monumentenfonds/Timmermans)* en Assink/Slagter 2013 (deel 1), p. 305. Zie over interne en (indirect) externe werking onder meer Assink/Slagter 2013 (deel 1), § 17.2 en 17.7.

57 Vgl. Assink/Slagter 2013 (deel 1), p. 318 waar onder verwijzing naar HR 17 september 1982, *NJ 1983/195 (Sterk Baksteenmuur/Richters)* het voorbeeld wordt aangehaald dat een besluit tot ontslag van een bestuurder als nietig is aangemerkt omdat de enig aandeelhouder die het besluit heeft genomen rehtens nooit aandeelhouder is geworden.

58 Vgl. Asser/Maijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II**, nr. 431; Assink/Slagter 2013 (deel 1), p. 304-305; HR 10 november 2006, *NJ 2007/561 (Spee/Van den Boogaard)*; HR 30 november 2007, *NJ 2008/81 (Audilux)* en HR 26 november 2011, *NJ 2011/55 (Silver Lining Finance/Perstorp Waspik)*.

het bestuur vertegenwoordigingsbevoegd is (geweest) en de positie van derden.⁵⁹ Een en ander kan bepaald hoofdbrekers opleveren.⁶⁰

Aldus kan een buitengerechtelijke vernietiging van een SPA de positie van de target vennootschap en haar bestuur in gevaar brengen. Een periode van onzekerheid breekt aan die afhankelijk van de lengte van het debat tussen de koper en de verkoper een aanzienlijke tijd in beslag kan nemen. Dat is niet in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, maar uiteindelijk ook niet voor de rivaliserende koper en verkoper. Immers, een van hen is daadwerkelijk de aandeelhouder (geweest). Die partij heeft er belang bij dat zijn investering in de vennootschap bewaard blijft. Wij bespreken in dat kader enkele mogelijke richtingen om deze problematiek het hoofd te bieden.

4.2 *Oplossingsrichtingen in en buiten rechte*

De eerste, voor de hand liggende oplossingsrichting is die van een minnelijke afspraak tussen de koper, verkoper en de vennootschap (en mogelijk: andere aandeelhouders) over de ontstane situatie. Dergelijke minnelijke afspraken kunnen zien op de governance binnen de vennootschap voor de periode na de ingeroepen vernietiging van de SPA en een definitieve oplossing tussen de debatterende koper/verkoper over de aandeelhoudershoedanigheid. Dergelijke afspraken zijn met name voorstelbaar ten aanzien van het bestuur en inrichting van de vennootschap, maar

59 Zo worden derden, voor zover zij te goeder trouw zijn, beschermd tegen nietige besluiten (met externe werking), zie naast de algemene regels uit Boek 3 BW (met name artikel 3:35-3:36 en 3:61 lid 2 BW en in dat kader HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/390, m.nt. Tjong Tjin Tai; *JOR* 2012/101, m.nt. Schuijling (*Fujitsu/Excel*) ook (ten aanzien van wederpartijen) artikel 2:16 lid 2 BW. Hier bestaat wel een uitzondering voor de bestuurder of commissaris die de nietigheid van zijn benoemingsbesluit hoe dan ook tegen zich moet laten gelden, zo nodig onder vergoeding van diens schade als de functionaris het gebrek in het besluit kende noch behoefde te kennen. Zie ook Assink/Slagter 2013 (deel 1), p. 341-342. Zie voor een overzicht van vernietigde besluiten door de Ondernemingskamer en de externe werking daarvan richting derden F. Eikelboom, 'Derden en het vernietigen van besluiten met externe werking in het kader van een enquêteprocedure', *WPNR* 2014, 7017, p. 412-418. Assink/Slagter 2013 (deel 1), p. 346 wijst op grond van HR 21 maart 2008, *NJ* 2008/297 (*Nieuwe Steen*) erop dat in het geval de rechtspersoon door één of meer daartoe onbevoegde bestuurders is vertegenwoordigd tegenover een wederpartij door middel van een externe rechtshandeling, niet zijnde een besluit, de desbetreffende rechtshandeling ten opzichte van de rechtspersoon nietig is en dat de rechtspersoon deze vertegenwoordigingsbevoegdheid in beginsel kan tegenwerpen aan de betrokken wederpartij, in welk geval niet aan artikelen 2:14-2:16 BW wordt toegekomen. Heeft een bestuurder of commissaris wiens benoeming wegens nietigheid van het benoemingsbesluit wegvalt voor de rechtspersoon rechtshandelingen verricht, dan kunnen deze worden beoordeeld naar artikel 3:36 en 3:61 lid 2 BW (zie MvA, *Kamerstukken II* 17725, 7, p. 18 en Lennarts/Roest, *T&C Ondernemingsrecht*, art. 2:16 BW, aant. 3), maar ook kan een beroep van de vennootschap jegens de wederpartij op de ontbrekende vertegenwoordigingsbevoegdheid naar maatschaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (vgl. Assink/Slagter 2013 (deel 1), p. 358 met verwijzing naar HR 21 maart 2008, *NJ* 2008/297 (*Nieuwe Steen*)).

60 Zie voor een selectie van die hoofdbrekers Assink/Slagter 2013 (deel 1), p. 342-347.

ook op het gebied van bijvoorbeeld financiering. Zo kunnen de koper en verkoper in overleg met de target (en mogelijk: andere aandeelhouders) tot een benoeming komen van een bestuur dat de steun van de debatterende koper en verkoper geniet. Ook afspraken die zijn gericht op het bewaren van de status-quo liggen voor de hand, bijvoorbeeld door af te spreken dat de statuten van de vennootschap niet zullen worden gewijzigd en mogelijke winsten die aan de aandelen toevallen waarover koper en verkoper debatteren niet zullen worden uitgekeerd, behouders overeenstemming daarover tussen de debatterende koper en verkoper.

Een dergelijke oplossingsrichting verdient in zijn algemeenheid de voorkeur, maar zal op grond van de gerezen verhoudingen lang niet altijd mogelijk zijn. Immers, indien een partij een SPA buitengerechtelijk vernietigt, zal vaak iets behoorlijk zijn misgegaan. Dit volgt immers uit het karakter van de gronden die aan een buitengerechtelijke vernietiging ten grondslag kunnen worden gelegd. Dit zal in de regel niet leiden tot een vruchtbare bodem voor minnelijk oplossingsgericht handelen. In dergelijke omstandigheden is het ons inziens ook niet zo dat de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 2:8 BW of de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 en 6:248 BW nopen tot een minnelijke oplossing.

Bovendien zal een minnelijke oplossingsrichting in gevallen waarin de vennootschap en de met haar verbonden onderneming vrij autonoom kunnen opereren van haar aandeelhouder(s) naar verwachting eerder mogelijk zijn dan wanneer dat niet het geval is. Bijvoorbeeld indien de vennootschap in lastige financiële omstandigheden verkeert en aanvullende middelen nodig heeft. Dit kan temeer een complicerende factor vormen voor een minnelijke oplossing als men bedenkt dat een vernietiging op grond van bijvoorbeeld bedrog van de verkoper vaak direct verband zal houden met de eigenschappen van de gekochte zaak, in dit geval de (tegenvallende) toestand binnen de vennootschap.

Indien een minnelijke oplossing onhaalbaar blijkt, dan zal de impasse gelet op het gevaar voor de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming moeten worden doorbroken. In dergelijke omstandigheden liggen ons inziens drie wegen voor de hand. De eerste weg is die van een of meer voorziening(en) in kort geding. De tweede weg is die van een of meer voorziening(en) in een incident in een bodemzaak. De derde weg is die van een of meer onmiddellijke voorziening(en) via een OK-procedure.

Een kort geding biedt op zichzelf voldoende ruimte om een op maat gesneden oplossing te vinden voor de ontstane problematiek. Op grond van artikel 254 Rv kan de voorzieningenrechter immers in spoedeisende zaken elke doeltreffende rechtsmaatregel treffen, mits dit maar geen declaratoir behelst.⁶¹ Dat betekent dat in kort geding geen verklaring voor recht kan worden gevraagd dat de buitengerechtelijke

⁶¹ Zie *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2011/228.

vernietiging al dan niet is geslaagd.⁶² Wel kunnen voorzieningen worden gevraagd die erop zijn gericht om de governance en de continuïteit van de rechtspersoon te waarborgen.⁶³

In dat kader kan een voorzieningenrechter acht slaan op het debat ten gronde ten aanzien van de ingeroepen vernietigingsgrond en zich daarover in een voorlopig oordeel uitlaten (zij het uiteraard niet in het dictum).⁶⁴ Zo kan de voorzieningenrechter zich in een voorlopig oordeel erover uitlaten dat de buitengerechtelijke vernietiging terecht is geweest, en aldus een aantal voorzieningen treffen die het waarborgen van de continuïteit van de vennootschap volledig bij de verkoper legt, of andersom, namelijk dat de buitengerechtelijke vernietiging onterecht is geweest en aldus een aantal voorzieningen treffen die het waarborgen van de continuïteit van de vennootschap volledig bij de koper legt. Een dergelijke voorlopig oordeel is echter niet altijd makkelijk te geven. De omstandigheid dat een rechtsvraag in het geding is waarop het antwoord misschien niet evident is, kan leiden tot behoedzaamheid van de rechter.⁶⁵

Het ontlocken van een uitspraak over de geldigheid van een buitengerechtelijke vernietiging lijkt ook minder snel noodzakelijk bij een voorziening in de governance omdat dergelijke voorzieningen relatief ‘neutraal’ voor de koper en de verkoper ingevuld kunnen worden. Daarmee doelen wij erop dat het voor een rechter niet per se nodig is om een (voorlopig) oordeel te geven over de ingeroepen vernietigingsgrond omdat de vennootschap gedurende die discussie hoe dan ook belang heeft bij een passende oplossing. Een rechter kan ter zake ervoor kiezen aan te sturen op het bewaren van een status-quo zonder zich al te diep in te laten met het debat ten gronde tussen de koper en de verkoper. Zo zou de voorzieningenrechter bijvoorbeeld alleen een tijdelijke bestuurder kunnen benoemen en ‘neutrale’ voorzieningen treffen die zien op het aandeelhouderschap van de vennootschap. Daarnaast is denkbaar dat partijen ertoe worden gedwongen te dulden dat nieuwe financiers (bijvoorbeeld als nieuwe aandeelhouders via een emissie dan wel als externe financiers) ten tonele verschijnen.⁶⁶

62 Vgl. Rb. Oost-Brabant 5 november 2014, *RI* 2015/20 (*Hotel Tante Pietje*), r.o. 5.9 en 5.20. In dit geval gaf de voorzieningenrechter een voorlopig oordeel dat de vernietiging is geslaagd en dat de aandelen vooralsnog toevallen aan de oorspronkelijke verkoper. Aldus kon de curator namens de oorspronkelijk verkoper op grond van artikel 68 Fw de aandeelhoudersrechter in de vennootschap uitoefenen. Dat had de curator ook gedaan door een AvA bijeen te roepen en gedeeltelijk het bestuur van de vennootschap te schorsen.

63 Zie bijvoorbeeld HR 19 februari 2010, *JOR* 2010/92, m.nt. E. Schmieman (*A. Fuldauerstichting*) inzake een kort geding over (onder meer) een tijdelijk benoemde stichtingsbestuurder.

64 Zie ook voetnoot 62. Een dergelijke vordering is niet voorlopig van aard.

65 In ieder geval leidt de ingewikkeldheid van de rechtsvraag niet zonder meer tot het oordeel dat de zaak zich niet voor een beslissing in kort geding leent wegens het gebrek aan een spoedeisend belang, zie *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2011/225; HR 29 juni 2001, *NJ* 2001/602 (*Impag/Marvin Glass*); HR 29 november 2002, *NJ* 2003/78 (*Gemeente Rotterdam/Reilman*).

66 Vgl. ten aanzien van dergelijke noodzaakfinancieringen *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme* 2-IIa 2013/131.

Vergelijkbare regels zijn op grond van artikel 233 Rv van toepassing op een voorlopige voorziening die tijdens een aanhangige bodemprocedure wordt gevorderd. Een provisionele vordering (1) moet betrekking hebben op de problematiek die in de hoofdzaak aan de orde is; (2) heeft net als een voorziening in kort geding het karakter van een ordemaatregel; en (3) kan geen declaratoir zijn.⁶⁷ De grootste verschillen met het kort geding liggen in de omstandigheden dat (a) de voorziening enkel geldt voor de duur van het geding; (b) alleen een belang en geen spoedeisend belang is vereist; en (c) bij een provisionele vordering om uitvoerbaarheid bij voorraad te worden gevraagd, aangezien de rechter anders dan bij het kort geding niet een ambtshalve bevoegdheid heeft om dat te doen.⁶⁸ Het ligt ons inziens voor de hand dat provisionele voorzieningen die zijn gericht op de governance en continuïteit van de vennootschap in een bodemprocedure tussen koper en verkoper over de buitengerechtelijke vernietiging van een SPA kunnen worden getroffen, omdat deze vragen juist zijn gerezen als gevolg van het debat rondom de al of niet vernietigde SPA.

De derde route die voor de hand ligt om governance-problematiek het hoofd te bieden, is het lanceren van een OK-procedure en in dat kader de Ondernemingskamer te verzoeken om onmiddellijke voorzieningen te treffen. De basis hiervoor ligt in artikel 2:345 juncto 2:349a BW. De Ondernemingskamer zal op grond van artikel 2:350 BW moeten beoordelen in hoeverre er gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen. In elke stand van het geding, ook als er nog geen onderzoek is gelast, kan de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen treffen.⁶⁹ In onze optiek valt een impasse als gevolg van een buitengerechtelijke vernietiging van een SPA binnen de kaders van het enquêterecht. Dat is immers ook gericht op sanering en herstel van de gezonde verhoudingen binnen de vennootschap.⁷⁰ De onmiddellijke voorzieningen die zich in de problematiek van de casus aandienen, zien onder meer op een (tijdelijke) bestuursbenoeming door de Ondernemingskamer, zo nodig een overdracht van de aandelen waarover koper en verkoper debatteren ten titel van beheer, een mogelijke standstill of andere werkbare oplossingen ten aanzien van de statuten en maatregelen die zien op de mogelijke noodzaakfinanciering van de vennootschap.⁷¹

67 Zie *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2011/199-200; G. Sniijders, *Burgerlijke Rechtsvordering*, artikel 223, aantekening 4.

68 Zie *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2011/199-200; G. Sniijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 223 Rv, aant. 4, 8, 10 en 12.

69 Zie artikel 2:349a BW.

70 Zie HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ogem*), r.o. 4.1. Zie ook B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 2), Deventer: Kluwer 2013, p. 1608.

71 Zie voor een niet-limitatief overzicht van onmiddellijke voorzieningen *Asser/Maijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II**, nr. 772.

4.3 *Processuele aspecten in een civiele en OK-procedure*

Een specifieke vraag bij deze drie geïdentificeerde litigieuze routes is de vraag welke partij de zaak entameert en als procespartij kan optreden. Immers, gelet op de ontstane impasse tussen koper en verkoper, is het voorstelbaar dat zij beiden minder geneigd zullen zijn ten aanzien van de governance een kort geding te starten, een incident te openen in een lopende procedure over de buitengerechtelijke vernietiging van de SPA of een enquêteprocedure beginnen. Zij kunnen beiden menen dat dit op de weg ligt van de ander.

Bij een dergelijke houding spint de vennootschap geen garen. De vennootschap heeft ons inziens in ieder geval een spoedeisend belang om in rechte voorzieningen te bewerkstelligen die haar in staat stelt om aan gerezen onduidelijkheid (tijdelijk) een eind te maken en haar continuïteit te bewaken. Een uitspraak die zich richt tot de koper, verkoper en de vennootschap is gewenst zodat zij daaraan tegelijk zijn gebonden. Het is dan ook nastrevenswaardig dat alle partijen als partij deelnemen in het kort geding, in het incident in de bodemzaak of de enquêteprocedure. Maar juist op dit processuele vlak kunnen problemen rijzen, vooral wanneer één van de voorliggende vragen juist ziet op de benoeming van de bestuurders door een koper die de SPA buitengerechtelijk heeft vernietigd. Kan de vennootschap nog wel in rechte worden vertegenwoordigd?⁷² Wij zien ter zake een aantal praktische oplossingen.

Ons inziens kan de onzekere ‘bestuurder’ op grond van zaakwaarneming de vennootschap in gewone civiele zaken vertegenwoordigen.⁷³ Zaakwaarneming ziet volgens artikel 6:198 BW op het zich willens en wetens en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlenen. Aldus kan de vennootschap zelf een kort geding starten. Ook kan de vennootschap in een lopende procedure tussen de koper en de verkoper gaan deelnemen. Dit kan via een vordering tot tussenkomst of voeging op grond van artikel 217 Rv, dan wel verschijnen na een oproeping van de vennootschap als derde op grond van artikel 118 Rv. Op die manier kan de vennootschap in een lopende procedure een incident openen om een provisionele voorziening te bewerkstelligen. Mocht bijvoorbeeld de ‘onzekere’ bestuurder dit niet aandurven of inmiddels zijn afgetreden, dan kan ons inziens ook de koper, de verkoper, en/of mogelijke andere aandeelhouders op grond van zaakwaarneming de vennootschap in rechte vertegenwoordigen.

Daarnaast kan ons inziens naar analogie bij impassezaken ten overstaan van de Ondernemingskamer worden betoogd dat een in beginsel onbevoegde bestuurder

72 Hierbij gaan wij ervan uit dat er geen ander orgaan een alternatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft, zoals een RvC, vgl. Assink/Slagter 2013 (deel 2), p. 1610.

73 Deze oplossing is geaccepteerd door de Rb. Amsterdam in een niet-gepubliceerd kortgedingvonnis (KG ZA 13-1104SP/MRSB).

bevoegd wordt geacht om in dit geval de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen.⁷⁴ Wij wijzen in dit verband op de vaste leer van de Ondernemingskamer in gevallen waarin een tweehandtekeningenstelsel binnen de vennootschap van toepassing is. Aldus kan een bestuurder in beginsel niet zonder de andere bestuurder de vennootschap vertegenwoordigen. Juist bij zaken waarin op aandeelhouders- en bestuursniveau een impasse is ontstaan, zou dit ertoe leiden dat de ene bestuurder de andere ervan zou kunnen weerhouden om de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen. De Ondernemingskamer acht die situatie onwenselijk en meent dat de vennootschap in dit soort situaties kan worden vertegenwoordigd door één van haar bestuurders.⁷⁵ Een vergelijkbare regel zou ons inziens kunnen opgaan in het geval van een impasse tussen de koper en verkoper ontstaan door een buitengerechtigde vernietiging van een SPA, in welk geval de ‘onzekere’ bestuurder namens de vennootschap kan optreden.

Beide constructies maken het mogelijk dat de vennootschap gelet op de gerezen onzekerheid zo nodig zelf een rechtelijke oplossing kan uitlokken. Bovendien kan de problematiek op een relatief ‘neutrale’ manier aan de rechter worden voorgelegd. Op het niveau van de vennootschap kan een maatregel worden getroffen zonder dat direct een (voorlopig) oordeel nodig is over welke partij gelet op de uitgebrachte vernietigingsverklaring als aandeelhouder moet worden aangemerkt.

Ook bij een te entameren enquêteprocedure kan de vraag rijzen welke partij deze procedure start of kan starten. Ten eerste de vraag hoe het zit met de koper en de verkoper die debatteren over de vraag wie aandeelhouder is (gebleven). Er dient zich een interessante ontvankelijkheidsvraag aan nu immers op grond van artikel 2:346 BW alleen de partij die aandeelhouder is een OK-procedure kan starten, terwijl die vraag nu juist tussen partijen in debat is.

In de *Yukos*-zaak heeft de Ondernemingskamer vooropgesteld dat het niet aan haar maar aan de gewone civiele rechter is om te bepalen wie de aandeelhouder van een NV of BV is aangezien dit een vraag is van puur vermogensrechtelijke aard.⁷⁶ In de *Yukos*-zaak had de rechtbank een bodemoordeel gegeven dat de curator niet bevoegd was om namens de aandeelhouder van Yukos Finance bepaalde besluiten te nemen. Promnefstroy, de veilingkoper van de aandelen, was echter geen partij in die rechtbankprocedure. Promnefstroy diende een enquêteverzoek in.⁷⁷ Om aan deze problematiek tegemoet te komen, onderzocht de Ondernemingskamer in hoeverre

74 Vgl. Rb. Almelo 28 juni 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX1420, r.o. 4.3. In deze zaak werd een stichting zonder bestuur in het kort geding waar het onder meer ging om de benoeming van een stichtingsbestuur vertegenwoordigd door twee oud-bestuurders.

75 Zie OK 15 mei 1997, *NJ* 1998/517 (*Hoffmann*); OK 5 februari 1998, *NJ* 1998/560 (*Leefers*); Gerechtshof Amsterdam 25 april 2002, *JOR* 2002/219 (*Kai San Holding*); en recentelijk: OK 3 juni 2013, ECLI:GHAMS:2013:CA3555, *JOR* 2013/241 (*Interfisc*), r.o. 3.23.

76 OK 21 maart 2008, *ARO* 2008/79 (*Yukos Finance*). Zie ook OK 11 maart 2010, *ARO* 2010/50 (*Comos International*).

77 Overigens samen met Yukos Finance vertegenwoordigd door de bestuurders die de curator had benoemd.

Promnefstroy als verzoekende partij als aandeelhouder in de OK-procedure kon worden aangemerkt. Niettemin richtte de Ondernemingskamer zich daarbij op de uitspraak die de rechtbank in de bodemzaak had gedaan en achtte Promnefstroy niet-ontvankelijk in haar verzoek.

De Ondernemingskamer gaat dus in een zaak waar de gewone civiele bodemrechter al een uitspraak heeft gedaan over het aandeelhouderschap niet zover dat het praktisch bezien voor de ontvankelijkheidsvraag beide partijen als aandeelhouder beschouwt.⁷⁸ In dat geval doet de Ondernemingskamer dus zelf een (voorlopig) onderzoek naar de vraag of de verzoekende aandeelhouder als aandeelhouder kan worden aangemerkt. Wij sluiten niet uit dat de Ondernemingskamer in het geval dat de bodemrechter zich daarover nog niet heeft uitgelaten en dus de Ondernemingskamer aan zet is, in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming voor een praktische aanpak kiest en zo nodig de verzoekende partij (koper/verkoper) als aandeelhouder beschouwt en de andere partij (koper/verkoper, zo die verschijnt) als belanghebbende. Dit sluit aan bij de aanpak die de Ondernemingskamer koos in de *Sense Makers*-beschikking.⁷⁹ Daarin overwoog de Ondernemingskamer dat in een situatie waarin een ongeldige aandelenoverdracht niet in rechte was vastgesteld, de beweerdelijke ongeldigheid niet kan worden ingeroepen ter afwering van de ontvankelijkheid van een enquêteverzoek.⁸⁰

Ten tweede de situatie dat er andere aandeelhouders zijn met een voldoende belang in de vennootschap. Duidelijk is dat zij voldoen aan het ontvankelijkheidsvereiste van artikel 2:346 BW. Zij kunnen dus een enquête verzoeken en onmiddellijke voorzieningen vragen.

Ten derde de positie van de vennootschap zelf die een enquête verzoekt. Te dien aanzien is volgens ons een analogie pleitbaar met de redenering die de Ondernemingskamer hanteert voor de vertegenwoordigingsproblematiek bij een tweehandtekeningensstelsel althans de hiervoor geschetste route van zaakwaarneming. Het is ons inziens wenselijk dat de Ondernemingskamer de bestuurder die als zodanig fungeerde tot en met de vernietigingsverklaring bevoegd acht om de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen.⁸¹ Op die manier kan deze bestuurder de vennootschap vertegenwoordigen om zelf een enquête te verzoeken.

78 Bijvoorbeeld via een redenering die aansluit bij de gedachte dat sprake is van een onverdeeldheid waarbij de mede-eigenaren bevoegd zijn tot het indienen van een verzoekschrift, vgl. OK 8 september 1988, *NJ* 1989/292 (*Vrijthof*).

79 OK 1 april 2011, *ARO* 2011/64.

80 Deze gedachte past ook in de situatie dat de Ondernemingskamer een verwaterde minderheidsaandeelhouder ontvankelijk acht als het verzoek ook op die verwatering betrekking heeft, vgl. OK 14 februari 2011, *ARO* 2011/36 (*Amtrada Holding*).

81 Indien er een RvC is, is die gelijkelijk bevoegd: artikel 2:346 lid 2 BW.

4.4 Van 'onzekere' naar (tijdelijke) bestuurder

We belichten kort de positie van een bestuurder van de target die betrokken raakt bij een buitengerechterlijke vernietiging van een SPA.

De bestuurder die is benoemd in de periode tussen de aanvankelijke overdracht en het moment waarop de buitengerechterlijke vernietiging is ingeroepen, zal direct nadat de buitengerechterlijke vernietigingsverklaring is uitgebracht, kunnen twijfelen over de vraag in hoeverre die ingeroepen vernietiging zijn positie als bestuurder raakt. Immers, een benoemingsbesluit van de enig- of meerderheidsaandeelhouder die is weggefallen vanwege de buitengerechterlijke vernietiging, is nietig. Bovendien kunnen loyaliteitsvragen opkomen richting de partij die hem als bestuurder heeft benoemd en die de buitengerechterlijke vernietiging heeft ingeroepen.

Als er geen andere bestuurders zijn wier positie niet onzeker is geworden, ligt het ons inziens op de weg van de 'onzekere' bestuurder gelet op zijn taak jegens de vennootschap en de met haar verbonden onderneming in actie te komen en te onderzoeken in hoeverre er ten aanzien van zijn positie tussen de debatterende koper en verkoper (en mogelijke andere aandeelhouders) een minnelijke oplossing bereikt kan worden. Mocht dat niet mogelijk zijn, dan is een alternatief dat de bestuurder (formeel) aftreedt. Dit is echter vanuit het perspectief van de vennootschap een onwenselijke situatie omdat in dat geval een stuurloze vennootschap dreigt. Het is dan ook in onze visie wenselijker dat de onzekere bestuurder actie onderneemt in rechte langs de lijnen die wij hierboven hebben geschetst. Het ligt volgens ons voor de hand dat zolang er nog geen minnelijke of rechterlijke oplossing is gevonden, de bestuurder beide partijen beschouwt als aandeelhouder en hen op de hoogte stelt van de gebeurtenissen binnen de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Op die manier beperkt de bestuurder het risico dat hij gedurende het debat tussen verkoper en koper achteraf gezien (namelijk als een rechter zich ten gronde heeft uitgelaten) verkeerd partij kiest. De andere partij zal dan mogelijk de bestuurder daarop aanspreken.

Nadat een bestuurder een 'back-up' van de rechter heeft gekregen, fungeert deze als een gewone bestuurder met de bijbehorende wettelijke en statutaire bevoegdheden. Het is mogelijk dat een rechter aanvullende bevoegdheden beveelt,⁸² maar ook dat de rechter beperkingen oplegt.⁸³ Het is niet zo dat de tijdelijke bestuurder zich – behoudens bijzondere omstandigheden – steeds dient te beperken tot het nemen van besluiten die geen uitstel verdragen.⁸⁴ Bij het uitoefenen van zijn taak en

82 Vgl. HR 19 februari 2010, *JOR* 2010/92, m.nt. E. Schmieman (*A. Fuldauerstichting*) en M.H.C. Sinninghe Damsté, 'De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', *TOP* 2014, nr. 5. Zie ook Gerechtshof Amsterdam 5 december 2013, *JOR* 2013/337, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Novero*), r.o. 3.27, nadien bevestigd in HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/389, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Novero*).

83 Vgl. Gerechtshof Amsterdam 5 december 2013, *JOR* 2013/337, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Novero*), r.o. 3.27.

84 Vgl. HR 19 februari 2010, *JOR* 2010/92, m.nt. E. Schmieman (*A. Fuldauerstichting*).

het in verband daarmee gebruikmaken – of niet gebruikmaken – van zijn bevoegdheden dient de bestuurder alle relevante omstandigheden en belangen in aanmerking te nemen. Tot die omstandigheden en belangen behoren onder meer de omstandigheid dat het gaat om een tijdelijke benoeming respectievelijk het belang van betrokkenen, in het bijzonder van diegenen wier rechten of bevoegdheden door de getroffen voorzieningen rechtstreeks zijn geraakt.⁸⁵ Daarbij geldt dat een tijdelijke bestuurder van zijn bevoegdheden in zoverre een terughoudend gebruik dient te maken 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.⁸⁶ Deze hoofdregels gelden volgens ons zowel voor een bestuurder die tijdelijk is aangesteld via een onmiddellijke voorziening door de Ondernemingskamer als voor een (tijdelijke) bestuurder die is aangesteld via een voorziening in kort geding of in een incident in een bodemzaak.⁸⁷

Een dergelijke door de rechter benoemde (tijdelijke) bestuurder heeft dus een ruime beoordelingsmarge hoe hij te werk gaat in het licht van de vaak lastige omstandigheden waarmee een dergelijke bestuurder te maken krijgt. Bovendien kunnen partijen die het oneens zijn met de acties van de tijdelijke bestuurder zich tot de rechter wenden en *de facto* de rechter vragen het gedrag van de functionaris te toetsen.⁸⁸ De Ondernemingskamer heeft in dat verband recent enkele malen overwogen, in reactie op verzoeken om vervanging van dergelijke tijdelijke functionarissen, dat dit moet worden beoordeeld in het licht van de taken van de bestuurder en de omstandigheden waaronder hij die taken dient te verrichten. Volgens de Ondernemingskamer past bij die beoordeling terughoudendheid. Ten aanzien van tijdelijke bestuurders redeneert de Ondernemingskamer dat zij niet zelf bestuurt en de door haar benoemde bestuurder zijn taak in beginsel zelfstandig verricht. Bezwaren tegen de wijze waarop de bestuurder zijn taak uitoefent, kunnen slechts leiden tot ontheffing van de bestuurder uit zijn functie door de Ondernemingskamer, indien de bestuurder kennelijk onredelijk heeft gehandeld of – naar

85 Zie Gerechtshof Amsterdam 5 december 2013, *JOR* 2013/337, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Novero*), r.o. 3.27.

86 Vgl. HR 19 februari 2010, *JOR* 2010/92, m.nt. E. Schmieman (*A. Fuldauerstichting*) en M.H.C. Sinninghe Damsté, 'De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', *TOP* 2014, nr. 5.

87 Immers, de zaak die leidde tot het arrest HR 19 februari 2010, *JOR* 2010/92, m.nt. E. Schmieman (*A. Fuldauerstichting*), betrof een voorziening waarbij een stichtingsbestuurder in kort geding is aangesteld door de voorzieningenrechter. In dat arrest zet de Hoge Raad het bestuurskader uiteen voor een dergelijke ('voorlopige' of 'tijdelijke') bestuurder, hetgeen vervolgens zijn weerslag vindt in de rechtspraak van de Ondernemingskamer.

88 Vgl. ten aanzien van een tijdelijke OK-functionaris M.H.C. Sinninghe Damsté, 'De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', *TOP* 2014, nr. 5.

redelijkerwijs te verwachten is – zal handelen.⁸⁹ Andersom kan ook de functionaris zelf de rechter benaderen om *de facto* een fiat te vragen voor bepaalde handelingen. Dat is ook een extra manier voor een dergelijke functionaris om aansprakelijkheidsrisico's verder te beperken.⁹⁰

De 'back-up' door de rechter en de lastige omstandigheden waarin een tijdelijke bestuurder moet functioneren, zullen dan ook een aanzienlijk beperkend effect hebben op de eventuele aansprakelijkheid van een dergelijke tijdelijke bestuurder.⁹¹ Zulke bestuurders kunnen – ook volgens de recente wetsgeschiedenis – voor hun bestuurshandelen aansprakelijk zijn.⁹² De vraag is gerezen of de maatstaf daarvoor het gewone onbehoorlijk bestuur is of dat hier gelet op de bijzondere omstandigheden waarin dergelijke bestuurders moeten opereren een beperking zou moeten gelden tot gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid.⁹³ Vooralsnog geldt de maatstaf van de persoonlijke ernstige verwijtbaarheid die in dit geval uiteraard al terughoudend wordt ingekleurd door relevante, moeilijke omstandigheden van het geval die immers bij de beoordeling van een persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder doorslaggevend zijn.⁹⁴ Wij sluiten ons wat dat betreft aan bij de algemeen geuite wens dat voorkomen moet worden, gelet op dreigende aansprakelijkheden, dat er geen bestuurders meer te vinden zijn die bereid zijn de vennoot-

89 Zie de OK zelf in Gerechtshof Amsterdam 5 december 2013, *JOR* 2013/337, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Novero*) bij de terughoudende beoordeling van een verzochte vervanging van functionarissen die de OK zelf heeft benoemd (r.o. 3.7). Een vergelijkbaar oordeel is onder verwijzing naar de bevestiging van deze *Novero*-beschikking in HR 18 juli 2014, *NJ* 2014/389, m.nt. P. van Schilfgaarde herhaald in Gerechtshof Amsterdam 30 oktober 2014, *JOR* 2015/6, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Schierstins Beheer/Depron e.a.*).

90 Zie M.H.C. Sinninghe Damsté, 'De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', *TOP* 2014, nr. 5 en meer in het algemeen M. Kroeze, *Bange bestuurders*, Deventer, Kluwer 2005.

91 Wij laten andere mogelijkheden voor de bescherming van de tijdelijke bestuurder zoals het bedingen van een vrijwaring en het afsluiten van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering door de vennootschap ten behoeve van de tijdelijke bestuurder hier verder buiten beschouwing.

92 *Kamerstukken II* 2010/2011, 32887, nr. 3, p. 39.

93 M.H.C. Sinninghe Damsté, 'De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', *TOP* 2014, nr. 5, bepleit dit laatste en signaleert dat de Minister in het Voorontwerp voor het Wetsvoorstel Bestuur & Toezicht Rechtspersonen, waarin wordt voorgesteld artikel 2:138/2:248 BW te verplaatsen naar een nieuw artikel 106a Fw, opmerkt dat in dat kader geen vordering kan worden ingesteld tegen een tijdelijke bestuurder die door de Ondernemingskamer is aangesteld.

94 Zie reeds HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maijer (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1 inzake de aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:9 BW, waarin onder meer wordt aangesloten wat bij wat van een goed handelend bestuurder mag worden verwacht voor zijn taak in het licht van alle omstandigheden van het geval (in casu: een bestuurstaak die hem is opgelegd door een rechter die hij onder zeer moeilijke omstandigheden dient uit te oefenen), zie ook HR 29 november 2002, *NJ* 2003/455 (*Berghuizer Papierfabriek*). Die maatstaf geldt ook als een aandeelhouder een bestuurder aanspreekt op grond van artikel 6:162 BW, zie HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21, m.nt. J.M.M. Maijer (*Willemsen/NOM*).

schap te besturen.⁹⁵ Dat is niet in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. In dat licht, alsook gezien de terughoudende maatstaf ten aanzien van de aansprakelijkheid van onderzoekers die door de OK zijn aangesteld die inmiddels in de wet is verankerd,⁹⁶ past terughoudendheid bij het aannemen van aansprakelijkheid van (tijdelijke) bestuurders die door een rechter zijn aangesteld wanneer de vennootschap in moeilijkheden verkeert als gevolg van een buitengerechtelijk vernietigde SPA.

5 Moet buitengerechtelijke vernietiging van een SPA mogelijk zijn?

Gelet op de hierboven beschreven gevolgen kan men zich de principiële vraag stellen in hoeverre een SPA als meezijdige rechtshandeling buitengerechtelijk vernietigd moet kunnen worden. Immers, een vernietiging kan gelet op de onmiddellijke werking en terugwerkende kracht ingrijpende gevolgen hebben voor partijen bij de SPA en de rechtspersoon als lijdend voorwerp. Die vraag klemt temeer in het licht dat niet alle rechtshandelingen zomaar buitengerechtelijk kunnen worden vernietigd. Zo werkt ingevolge artikel 3:50 lid 2 BW een buitengerechtelijke vernietiging van registergoederen alleen indien alle partijen in de vernietiging berusten.

Daarnaast heeft in het verleden – meer in het algemeen – discussie plaatsgevonden over de vraag in hoeverre het mogelijk moet zijn rechtshandelingen buitengerechtelijk te vernietigen. Onder het oude recht bestond geen algemene mogelijkheid om buitengerechtelijk te vernietigen.⁹⁷ Onder meer buitengerechtelijke vernietiging op grond van wilsgebreken was niet mogelijk: daarvoor moest men langs de rechter. De voorstanders van de algemene buitengerechtelijke vernietigingsmogelijkheid wezen onder meer op het aansluiten bij rechtsontwikkelingen onder het oude recht, aansluiting bij andere landen, rechtszekerheid, aansluiting bij de buitengerechtelijke ontbinding en dat de vernietigbaarheid ligt in het wilsrecht van degene die een beroep op de vernietigingsgrond kan doen om wel of niet te vernietigen.⁹⁸ De tegenstanders van de algemene buitengerechtelijke vernietigingsmogelijkheid wezen onder meer op elementen van eigenrichting, rechtsonzekerheid (met name over het bestaan van een vernietigingsgrond), gebrek aan praktisch nut omdat partijen toch wel naar de rechter gaan en een vrees voor

⁹⁵ Zie de Ondernemingskamer in (en Josephus Jitta in zijn noot onder) OK 14 december 2007, *JOR* 2008/34, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*e-Traction*); H.C. Sinninghe Damsté, 'De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', *TOP* 2014, nr. 5, en al eerder onder meer P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, Deventer, Kluwer 2004, p. 298-301 en A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Verlengstuk van de vennootschap of van de rechter?', in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de vereniging Corporate Litigation*, Deventer: Kluwer 2008, p. 228-231.

⁹⁶ Zie artikel 2:351 lid 5 jo. artikel 2:350 lid 3 BW.

⁹⁷ Zie P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:49 BW, aant. 15.2 met verdere verwijzingen.

⁹⁸ Zie P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:49 BW, aant. 15.2.

toename van het aantal vernietigingen.⁹⁹ De algemene tendens was dat de voordelen opwogen tegen de nadelen. De algemene buitengerechtelijke vernietigingsmogelijkheid deed aldus haar intrede in het Burgerlijk Wetboek.

Hoewel een oplossingsrichting zoals die geldt bij de buitengerechtelijke vernietiging ten aanzien van een rechtshandeling die betrekking heeft op een registergoed op grond van artikel 3:50 lid 2 BW denkbaar is, moet het naar onze mening mogelijk zijn een SPA buitengerechtelijk te vernietigen, ook als niet alle partijen daarin berusten. Het gaat juist bij een buitengerechtelijke vernietiging om principiële zaken zoals een wilsgebrek bij de totstandkoming van een SPA dan wel benadeling van schuldeisers. Op de dwaling na,¹⁰⁰ staat buiten kijf dat een dergelijk beroep niet kan worden uitgesloten in een SPA wegens strijd met de goede zeden.¹⁰¹ De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 2 BW kan voorts aan het invoeren van een clause die een dwalingsberoep uitsluit in de weg staan.¹⁰² Het is dogmatisch begrijpelijk dat een partij die gebonden is aan een in de SPA opgenomen uitsluiting van bepaalde wettelijke remedies niet wordt gedwongen om een rechtbankprocedure te doorlopen voordat zij kan worden verlost van de SPA. De vraag blijft echter steeds of de vernietigingsgrond terecht is ingeroepen. Blijkt dat niet het geval te zijn geweest, dan is de vernietigingsverklaring op haar beurt nietig. Eventuele onzekerheden in de periode dat de vernietigingsverklaring wordt betwist, kunnen zo nodig met behulp van tussentijdse rechterlijke maatregelen worden opgevangen. Daarnaast biedt de wet voldoende ruimte om na een buitengerechtelijke vernietiging tegemoet te komen aan de gerechtvaardigde belangen van koper, verkoper en vennootschap.

6 Conclusie

Wij hebben in onze bijdrage aandacht besteed aan een buitengerechtelijke vernietiging van een SPA naar Nederlands recht ten aanzien van aandelen in een besloten

99 Zie P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:49 BW, aant. 15.3 met verdere verwijzingen.

100 Tegen pleiten onder meer Van Rossum, diss., p. 97-98 en W.M. Kleijn, 'Bescherming van kopers van woningen', Preadvies Vereniging voor Bouwrecht, Deventer 1985, p. 96. Voor de mogelijkheid van uitsluiting pleiten Van Mierlo, in: *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, p. 128-129 en *AA* 2002, p. 95; A-G Bakels in zijn conclusie nr. 2.30 voor HR 13 april 2001, *NJ* 2001/326, m.nt. Hijma), in *Asser/Hijma 5-I* 2007/244 en art. 6:228 BW, aant. 25; *Asser/Hartkamp II*, nr. 195; *Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III** 2010/243-244; Pitlo/Cahen, p. 128 en M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss. Amsterdam VU), Den Haag 1999, p. 58-59.

101 Ingevolge artikel 3:40 lid 1 BW.

102 Wij laten de discussie in hoeverre de vernietigingsbevoegdheid op grond van dwaling in een SPA kan worden 'weggecontracteerd' rusten. De discussie ziet op de vraag in hoeverre een dergelijke afspraak van rechtswege nietig is. Zie voor een samenvatting van de voor- en tegenstanders M.B. Krestin, 'Is er bij uitsluiting van een beroep op vernietiging wegens dwaling in overnamecontracten nog ruimte voor wijziging ex artikel 6:230 BW', *V&O* 2012, p. 145-146.

vennootschap. Daarbij hebben wij uiteengezet hoe een buitengerechtelijke vernietiging in zijn werk gaat. Er moet sprake zijn van een verklaring die de wederpartij(en) heeft bereikt en van een geldige vernietigingsgrond. Een geslaagde buitengerechtelijke vernietiging van een SPA heeft tot gevolg dat met terugwerkende kracht de rechtstitel aan de overdracht van de aandelen is ontvallen, hetgeen direct goederenrechtelijk effect heeft. Ook zijn wij ingegaan op de vraag hoe de gevolgen van een vernietiging volgens het wettelijke systeem kunnen worden opgevangen. Wij hebben daarbij gewezen op het onderscheid tussen ongedaanmakingsverbintenissen die volgens het gewone regime van Boek 6 BW worden afgewikkeld en de mogelijkheid om in bezwaarlijke gevallen via artikel 3:53 lid 2 BW de gevolgen van een buitengerechtelijke vernietiging te kanaliseren, bijvoorbeeld door gedeeltelijk de terugwerkende kracht aan de vernietiging te ontfangen en/of een vergoeding in geld uit te keren aan de partij die daardoor is benadeeld. Daarna bespraken wij enkele specifieke problemen die spelen tussen de koper en de verkoper bij een geslaagde buitengerechtelijke vernietiging van een SPA. Het enkele restitueren van de aandelen en de betaalde koopsom is in dit soort gevallen vaak ontoereikend. Aansluitend hebben wij de positie van de vennootschap en haar bestuur belicht in de situatie dat de koper en verkoper een debat voeren over het slagen van de buitengerechtelijke vernietiging van een SPA. In dergelijke omstandigheden ligt het voor de hand dat een tussentijdse oplossing wordt nagestreefd voor de positie van de vennootschap. Bij voorkeur via een minnelijke weg, maar zo nodig via een procedure. In dat kader hebben wij ook enkele processuele aspecten belicht in een mogelijke civiele actie en een OK-procedure. In het verlengde daarvan hebben wij de positie van een door de rechter benoemde tijdelijke bestuurder belicht, waaronder de terughoudend in te vullen aansprakelijkheidsnorm. Tot slot zijn wij ingegaan op de vraag in hoeverre de buitengerechtelijke vernietiging van een SPA een nastrevenswaardig juridisch product is en hebben wij geconcludeerd dat dit principieel mogelijk moet zijn.