

ANNOTATIE

‘Ik ben overal tegen. Tot ik een besluit neem, dan ben ik ervoor. Lijkt me logisch.’ (Johan Cruijff)

D.J.F.F.M. Duynstee

*Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam, 07-02-2012,
ECLI:NL:GHAMS:2012:BV3011 (OR-2012-0172)*

Inleiding

1. Kort gezegd ziet het arrest op de vraag of er gebreken kleven aan de besluitvorming binnen de Raad van Commissarissen van AFC Ajax N.V. (‘Ajax’) ten aanzien van nieuw te benoemen bestuurders (o.a. Van Gaal). Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend (Hof Amsterdam 7 februari 2012, JOR 2012/76 m.nt. J.M. Blanco Fernández).

Feiten

2. Het onderliggende feitencomplex laat zich als volgt kort schetsen. Ajax is volledig onderworpen aan het structuurregime en plaatste bij haar beursgang in 1998 27% van haar aandelen bij externe aandeelhouders. De overige 73% van de aandelen in het kapitaal van Ajax is in handen van de vereniging Amsterdamsche Football Club Ajax (de ‘Vereniging’). Binnen de Raad van Commissarissen van Ajax (de ‘RvC’), bestaande uit in totaal vijf leden, heeft de nodige discussie plaatsgehad over de invulling van de positie van voorzitter van de hoofddirectie. In de media is dit breed uitgemeten, denk bijvoorbeeld aan Van Basten die het uiteindelijk toch niet werd en de discussie rondom Cruijffs lieveling La Ling. Er zijn door de voorzitter van de RvC, buiten medeweten van het vijfde lid van de RvC (Cruijff) om, gesprekken gevoerd met Van Gaal. Bekend uit de media is dat Cruijff en Van Gaal bepaald geen vrienden zijn en zij een verschil van mening zouden hebben over voetbal (ik vertaal vrij:

de topvoetballer die coach wordt tegen de 'gymleraar' die coach wordt). Deze besprekingen leidden uiteindelijk tot overeenstemming met Van Gaal over de positie van voorzitter van de hoofddirectie. Wat die overeenstemming precies inhield, is mij overigens niet duidelijk.

3. Op grond van het reglement van de RvC (art. 5.2) dient de oproeping voor een vergadering van de RvC te geschieden niet later dan zes werkdagen voorafgaand aan de vergadering. Bij e-mailbericht in de ochtend van 16 november 2011 (6:59 uur) heeft de voorzitter van de RvC de RvC bijeengeroepen voor een vergadering, nog diezelfde dag om 16:00 uur te houden.

Onderwerp van deze vergadering zou zijn 'rapportage commissie en voortgang samenstelling directie'. Uit die e-mail blijkt ook dat (1) de voorzitter van de RvC Cruijff heeft proberen te bellen om een afspraak te plannen, maar dat Cruijff daar niet op heeft gereageerd en (2) de voorzitter aangaf indien Cruijff niet in Nederland zou zijn hij kon inbellen of gebruik kon maken van een videosysteem om de vergadering op die wijze toch bij te wonen. Cruijff reageert later die dag (per e-mail 13:28 uur) dat hij, mede gezien de korte oproepingstermijn, niet aanwezig kan zijn.

4. De vier overige commissarissen besluiten tijdens deze RvC-vergadering tot de voorgenomen benoeming van Van Gaal en Sturkenboom en tot goedkeuring en aanstelling van enkele functionarissen. Zij stellen Cruijff daarvan diezelfde avond op de hoogte en roepen hem op voor een RvC-vergadering te houden op 25 november 2011. Het lijkt erop dat deze tweede RvC-vergadering bijeen werd geroepen omdat de voorzitter van de RvC, de secretaris of de betrokken (juridisch) adviseurs zich realiseerden dat de wel heel korte oproepingstermijn wellicht later de toets der kritiek niet zou kunnen doorstaan. De oproeping voor de tweede RvC-vergadering vindt plaats binnen de zes werkdagen-termijn en wordt conform artikel 5.2 van het reglement van de RvC dit keer door de secretaris gedaan (en niet zoals bij de eerste vergadering door de voorzitter van de RvC).

5. Op de volgende RvC-vergadering van 25 november 2011 worden de hierboven genoemde besluiten nogmaals genomen c.q. bevestigd. Cruijff is wederom niet aanwezig. In een vergadering van de Vereniging (grootaandeelhouder in het kapitaal van Ajax) op 28 november 2011 is het vertrouwen in de voltallige RvC opgezegd.

Kort geding

6. In de door Cruijff c.s. geëntameerde procedure bij de Voorzieningenrechter Amsterdam heeft de Voorzieningenrechter op 12 december 2011 geoordeeld dat aan het besluit van 16 november 2011 gebreken kleven, maar dat het besluit alsnog op 25 november 2011 rechtsgeldig tot stand is gekomen. Zij het dat de algemene vergadering van aandeelhouders (de 'AVA'), alvorens de besluiten genomen door de RvC zouden kunnen worden geïmplementeerd, zich

eerst zou moeten kunnen uitspreken over een eventueel ontslag van de gehele RvC. Als gevolg van het toepasselijke structuurregime kan de AVA geen individuele commissarissen ontslaan, maar kan de AVA wel het vertrouwen opzeggen in de gehele RvC. Die kans was aanzienlijk, omdat de Vereniging het vertrouwen in de voltallige RvC ook inmiddels had opgezegd.

7. Naar mijn mening een onwenselijke uitkomst van dit kort geding, omdat dit tot gevolg zou kunnen hebben dat de RvC bij elk belangrijk (benoemings)besluit door een partij gedwongen zou kunnen worden eerst te moeten afwachten of de AVA (lees de meerderheidsaandeelhouder) haar niet in zijn geheel heen zal zenden op de eerstvolgende aandeelhoudersvergadering. Dat is in strijd met de vennootschappelijke rolverdeling binnen de vennootschap: het bestuur bestuurt en bepaalt de strategie, de RvC houdt daar toezicht op en de AVA kan haar opvattingen ter zake tot uitdrukking brengen door uitoefening van haar rechten (HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 (ABN AMRO)). Bovendien bestaat dan het gevaar dat de RvC zich teveel richt op de belangen van de AVA (lees: de Vereniging) in plaats van op de belangen van de vennootschap en haar overige stakeholders.

8. Een andere overweging van de Voorzieningenrechter over de rol van de AVA lijkt mij ook niet in overeenstemming met het ABN AMRO-arrest.

‘Het vorenstaande geeft grond voor een ordemaatregel zoals in kort geding kan worden gegeven. De Voorzieningenrechter is van oordeel dat de hierna te vermelden ordemaatregel moet worden getroffen om de keuze voor de “lijn Cruijff” of voor de “lijn Van Gaal”, indien en voor zover daadwerkelijk van een tegenstelling sprake is, in handen van de aandeelhouders te leggen. Deze keuze hoort thuis bij de AvA als het hoogste orgaan van Ajax.’ (r.o. 4.12)

9. De vraag of de ‘lijn Cruijff’ of de ‘lijn Van Gaal’ moet worden gevolgd, lijkt mij bij uitstek een strategische beslissing die dus bij het bestuur ligt en niet thuis hoort ‘bij de AvA als het hoogste orgaan van Ajax’. Daar komt bij dat de benoeming (van bijvoorbeeld Van Gaal) op grond van de statuten van Ajax (art. 15) ‘slechts’ ter kennisgeving aan de AvA dient te worden voorgelegd.

Hoger beroep

10. Het Hof volgt – in mijn ogen terecht – deze redenering van de Voorzieningenrechter niet. In hoger beroep buigt het Hof zich onder andere wederom over de vraag of het voorgenomen besluit tot benoeming van Van Gaal en Sturkenboom tot statutair directeur en het besluit tot goedkeuring van de titulaire benoemingen ad interim van Sturkenboom en Blind geldig zijn.

11. Het Hof concludeert dat de besluiten van de vergadering van 16 november 2011 vernietigbaar zijn op grond van artikel 2:15 BW, door een combinatie van (1) een te korte

oproepingstermijn en (2) een onduidelijke aankondiging van de te behandelen besluiten. Zulks komt mij voor als juist. Zeker punt (2) het verzwijgen van het feit dat het agendapunt de benoeming van Van Gaal zou inhouden, lijkt mij in strijd met artikel 2:8 BW. Het Hof neemt niet mee in zijn overweging dat Cruijff de week ervoor niet heeft gereageerd op pogingen tot contact door de voorzitter van de RvC en ook niet heeft gereageerd op de mogelijkheid dat Cruijff kan inbellen (zoals dat eerder kennelijk wel is gebeurd). De korte oproepingstermijn en het verzwijgen van de voorgenomen benoeming wegen zwaarder. Dat lijkt mij terecht.

12. Anders dan de Voorzieningenrechter komt het Hof tot de conclusie dat, nu de uitvoering van deze besluiten reeds in gang is gezet alvorens de tweede vergadering van 25 november 2011 had plaatsgevonden, het in redelijkheid als onmogelijk moet worden beschouwd dat op de besluiten van 16 november 2011, na onderlinge gedachtewisseling, nog teruggekomen kon worden. Cruijff is volgens het Hof in het geheel niet in de gelegenheid gesteld om, 'op een moment dat nog zinvol was' aan overleg over de besluiten deel te nemen: de besluiten waren geen vrucht van onderling overleg (r.o. 3.14 e.v.). Ook de besluiten van de tweede vergadering zouden derhalve vernietigbaar zijn (het Hof laat in het midden of sprake is geweest van bevestiging van de eerdere besluiten of van nieuwe besluiten). Dit anders dan de Voorzieningenrechter die op dit punt oordeelde dat de besluiten van 25 november 2011 wel op rechtsgeldige wijze tot stand zijn gekomen.

13. Deze laatste overweging van het Hof steunt op de leer volgend uit de Wijsmuller-beschikking dat in een meerhoofdig orgaan van een rechtspersoon een besluit 'tot stand komt als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen' (HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 m.nt. GJS (Wijsmuller)). Alle leden van het orgaan die zulks wensen dienen dus in de gelegenheid te worden gesteld aan het overleg deel te nemen; de regel impliceert geen verplichting om daadwerkelijk deel te nemen. Er zijn goede argumenten voor de stelling dat het bewust niet gebruikmaken van dit recht door Cruijff om de tweede RvC-vergadering (en in mindere mate ook de eerste RvC-vergadering, bijvoorbeeld telefonisch) niet bij te wonen voor zijn eigen rekening zou moeten komen. Vgl. de 'weinig coöperatieve houding' van Cruijff, die kennelijk moeilijk te bereiken was en op één RvC-vergadering met een ongenode gast (La Ling) verscheen.

14. Een en ander lijkt mij zich moeizaam te verhouden tot de constatering van het Hof dat Cruijff niet in de gelegenheid is gesteld om 'op een moment dat nog zinvol was' aan overleg deel te nemen. Moeilijk valt dan immers in te zien hoe na 16 november 2011 deze besluiten alsnog geldig genomen konden worden. Dit heeft Ajax ook aangevoerd. Het Hof meent echter dat:

‘Niet valt in te zien waarom, na ongedaanmaking – voor zover nodig – van hetgeen ongeldig/ontijdig is verricht, deze besluiten, na een geldige oproeping van alle commissarissen en na (het mogelijk maken van) een open gedachtenwisseling binnen de RvC, waarin zowel de bedoelde besluiten als mogelijke alternatieven onder ogen worden gezien, niet alsnog binnen zeer afzienbare termijn geldig genomen kunnen worden.’ (r.o. 3.13).

15. Maar waarom kon hiervan geen sprake zijn bij de vergadering van 25 november 2011? Ook het Hof moet immers erkennen dat Cruijff zich bepaald niet coöperatief heeft opgesteld. Het had dan toch op de weg van Cruijff gelegen zijn standpunten uiteen te zetten op de tweede vergadering van 25 november 2011. Zoals de Voorzieningenrechter in mijn ogen terecht constateerde:

‘Voorts geldt dat in de vergadering van 25 november 2011, in ieder geval in theorie, de mogelijkheid bestond tot het voeren van overleg binnen de RvC, als bedoeld in artikel 11.11 van het reglement van de RvC, met de eveneens theoretische mogelijkheid om tot een ander besluit te komen. Blijkens de overgelegde e-mailcorrespondentie tussen Cruijff en Ten Have met betrekking tot de vergadering van 25 november 2011, heeft de voorzitter van de RvC voldoende aangedrongen op het belang van aanwezigheid van de voltallige RvC, is voorafgaand aan de vergadering de gelegenheid geboden de vergadering te verplaatsen en was Cruijff blijkens het e-mailbericht van 25 november 2011, zoals genoemd onder 2.20, op de hoogte van de geplande vergadering.’ (r.o. 4.5)

16. Mij overtuigt deze overweging. Het Hof is echter niet overtuigd en is van mening dat: ‘Cruijff in het geheel niet in de gelegenheid is gesteld om, op een moment dat dat nog zinvol was, aan overleg over de litigieuze besluiten deel te nemen.’ (r.o. 3.14).

Slot

17. Onlangs zijn alle commissarissen van Ajax gefaseerd afgetreden. Tijdens de Buitengewone Algemene vergadering van Aandeelhouders van 14 juni 2012 zullen naar alle waarschijnlijkheid drie nieuwe commissarissen worden benoemd. De tumultueuze ontwikkelingen binnen Ajax hebben geen effect gehad op de sportieve prestaties van Ajax dat in mei 2012 voor de 31ste keer landskampioen werd.