

# Besluitvorming en corporate governance bij AFC Ajax NV

‘De Goede Clubgeest zal ons schragen  
D’Eendracht maakt ons hecht en sterk’

Wilco Oostwouder<sup>1</sup>

Het conflict tussen Johan Crujff en zijn medecommissarissen bij Ajax is de afgelopen maanden breed uitgemeten in het nieuws. Op 7 februari 2012 deelde het Hof Amsterdam een rode kaart uit aan de medecommissarissen voor het bewust buitenspel zetten van Crujff bij hun besluitvorming inzake de benoeming van een aantal directeuren. Wat ging er fout en hoe moet het nu verder?

Het commissarissenreglement moet worden aangepast, het wetsvoorstel Wijzing Enquêterecht kan soelaas bieden, maar de voetbalclub kan ook gewoon weer een vereniging worden.

## 1. Inleiding

De afgelopen twee maanden werd het (voetbal)nieuws gedomineerd door de controverse tussen Johan Crujff en de overige vier leden van de Raad van Commissarissen (hierna: ‘RvC’) van AFC Ajax NV (hierna: ‘Ajax’) waaronder de voorzitter, Steven ten Have.

De achtergrond van dit conflict is de wens van Crujff om grip te houden op de te varen koers met betrekking tot het technisch beleid bij Ajax. In maart 2011 is het *Rapport Technisch Platform Deel 1: voetbalontwikkeling ‘Op weg naar een georganiseerde chaos, op weg naar succes’* (hierna: ‘het Rapport’) door Crujff opgesteld en ondertekend. Ook Van den Boog, destijds algemeen directeur van Ajax, ondertekende het Rapport dat de route aangeeft om te komen tot een optimale jeugdopleiding bij Ajax. Ter uitwerking van het Rapport is het *Implementatieplan ‘Op weg naar succes’* (hierna: ‘het Plan’) gedateerd juli 2011 opgesteld. Sinds 1 juli 2011 zijn dertien personen bij Ajax aangesteld onder meer als jeugdtrainers, manager boven-

bouw en assistent-trainer van het eerste elftal (hierna ‘Kreek c.s.’ en samen met Crujff aangeduid als ‘Crujff c.s.’).

Het conflict is ontstaan doordat de RvC op 16 november 2011 het voornemen heeft aangekondigd om Louis van Gaal uiterlijk per 1 juli 2012 te benoemen tot statutair directeur van Ajax en tevens voorzitter van de Hoofddirectie alsmede om Danny Blind en Martin Sturkenboom zo snel mogelijk aan te (laten) stellen tot interim-directeuren. Het was de bedoeling om Sturkenboom uiterlijk per 1 juli 2012 tot statutair directeur met de portefeuille algemene zaken (later aangeduid als ‘operationele zaken’) te benoemen.

Crujff c.s. hebben de geldigheid van de met deze aankondiging samenhangende besluitvorming betwist. Zij stelden dat de desbetreffende (voorgenomen) besluiten niet rechtsgeldig zijn genomen en derhalve nietig of vernietigbaar zijn. Daarnaast zouden de (voorgenomen) besluiten door hun wijze van totstandkoming in strijd zijn met de redelijkheid en de billijkheid ex art. 2:8 BW

Zij achtten de besluiten in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid omdat Crujff bewust buiten de voorbereiding is gehouden, de besluiten achter zijn rug zijn genomen en de benoemingen het Plan ondermijnen

alsmede met de Nederlandse Corporate Governance Code. Voorts achtten zij de besluiten in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid omdat Cruijff bewust buiten de voorbereiding is gehouden, de besluiten achter zijn rug zijn genomen en de (voorgenomen) benoemingen het Plan ondermijnen, terwijl er juist dertien personen zijn aangesteld om het Plan tot uitvoering te brengen.

## 2. De corporate governance van Ajax

### 2.1. De beursnotering

Tot 1998 waren de voetbalactiviteiten van Ajax de werkzaamheden van de vereniging Amsterdamsche Football Club Ajax (hierna: 'de Vereniging'). Bij professioneel voetbal kunnen deze activiteiten worden gekwalificeerd als een onderneming. In 1998 heeft de Vereniging in het kader van haar wens een beursnotering te realiseren haar activa en passiva – met uitzondering van de licentie van de KNVB – overgedragen aan Ajax. Hiermee veranderde de governancestructuur van de onderneming van Ajax. Voorheen hield de vereniging de onderneming in stand. Sinds deze transactie houdt een naamloze vennootschap (hierna: 'NV') die onderworpen is aan het volledig structuurregime de onderneming in stand.

Ajax plaatste bij haar beursgang 4,8 miljoen aandelen (27%) bij externe aandeelhouders. Bij een introductiekoers van f 25 (€ 11,34) leverde dit € 54,4 miljoen op.

De Vereniging houdt 73% van de gewone aandelen in Ajax en een bijzonder aandeel waaraan bepaalde extra zeggenschapsrechten verbonden zijn (hierna: 'prioriteitsaandeel').

### 2.2. Relevante bevoegdheden van de Hoofddirectie

De statuten van Ajax bepalen dat het 'bestuur van de vennootschap wordt gevormd door een Hoofddirectie, bestaande uit één of meer leden.' De belangrijkste taak van ieder vennootschapsbestuur is het besturen van de vennootschap. De bestuursbevoegdheid moet ruim worden opgevat. Hieronder valt niet alleen het geven van leiding aan de dagelijkse werkzaamheden maar ook het bepalen<sup>2</sup> en vervolgens uitvoeren van de strategie van de vennootschap.

De voor het bestuur van Ajax (hierna: 'Hoofddirectie') onmisbare vertegenwoordigingsbevoegdheid vloeit voort uit art. 2:130 BW: 'Het bestuur vertegenwoordigt de vennootschap, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.'

De statuten bepalen dat de Hoofddirectie zich in haar taak kan doen bijstaan door functionarissen met een persoonlijke titel waarin het woord directeur deel uitmaakt en dat de aanwijzing geschiedt door de Hoofddirectie. Dit zijn de zogenoemde titulair directeurs. De Hoofddirectie was derhalve bevoegd tot de aanstelling van Sturkenboom en Blind als titulair directeur.

### 2.3. Relevante bevoegdheden van de RvC

De RvC was op grond van het volledige structuurregime en de statuten exclusief bevoegd om Van Gaal en Sturkenboom te benoemen tot lid van de Hoofddirectie (statutair bestuurder). De RvC moest de AvA op grond van art. 2:162 BW en de statuten wel (tijdig) in kennis stellen van de voorgenomen benoeming. Het ontbreken van deze kennisgeving leidt op grond van art. 2:14 jo. 16 lid 2 BW tot nietigheid van de benoeming.<sup>3</sup>

Daarnaast heeft de RvC op grond van het structuurregime ten aanzien van een aantal categorieën bestuursbesluiten de bevoegdheid om hier al dan niet goedkeuring aan te verlenen. Zonder deze goedkeuring zijn de betrokken bestuursbesluiten op grond van art. 2:14 BW nietig. De nietigheid van deze besluiten heeft echter niet tot gevolg dat de externe rechtshandelingen ter uitvoering van deze besluiten ook nietig zijn.<sup>4</sup>

Ditzelfde geldt voor de categorieën bestuursbesluiten ten aanzien waarvan de statuten van Ajax bepalen dat de RvC een goedkeuringsbevoegdheid heeft zonder dat deze bevoegdheid uit de wet voortvloeit.<sup>5</sup>

Hieronder vallen directiebesluiten om functionarissen aan te stellen die de titel van directeur voeren maar geen lid van de Hoofddirectie zijn en directiebesluiten tot het vaststellen van 'beleidsvoornemens betreffende de operationele en financiële doelstellingen (...), de strategie die moet leiden tot het realiseren van de doelstellingen en de randvoorwaarden die bij de strategie worden gehanteerd'.

### 2.4. Relevante bevoegdheden van de AvA

De AvA heeft de uiteindelijke macht in een NV.<sup>6</sup> Bij een NV waarvoor het gewone regime geldt, komt deze macht tot uiting door de bevoegdheid van de AvA om bestuurders en commissarissen te benoemen en te ontslaan. Daarnaast heeft de AvA zowel onder het volledig structuurregime als onder het gewone regime belangrijke bevoegdheden. Zo heeft zij een beslissende stem ten aanzien van de statuten, de kapitaalstructuur en de rechten en verplichtingen van aandeelhouders.<sup>7</sup> De AvA heeft bovendien recht op informatie van het bestuur en de RvC. Het bestuur en RvC mogen deze informatie slechts weigeren indien een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet.<sup>8</sup>

Bij Ajax heeft de AvA vanwege het toepasselijke volledige structuurregime niet de bevoegdheid om bestuurders te ontslaan of te benoemen. Deze bevoegdheid komt toe aan de RvC. Ook kan de AvA de individuele commissarissen niet ontslaan maar kan zij wel het vertrouwen in de gehele RvC opzeggen waardoor deze het veld moet ruimen. In dat geval wordt door de ondernemingskamer een tijdelijke RvC benoemd die zorg moet dragen voor de benoeming van een nieuwe reguliere RvC. In het commissarissenreglement is opgenomen dat de meerderheid van

#### Auteur

1. Prof. mr. W.J. Oostwouder is hoogleraar Bedrijfsfinancieel recht aan de Universiteit Utrecht. De ondertitel van dit artikel is een passage uit het officiële Ajax clubbed aangetrokken in: *Ajax, de weg naar winst, rap-*

#### port onderzoekscommissie 10 jaar beleid

Ajax, Amsterdam, 17 februari 2008 (hierna: 'rapport-Coroneel').

#### Noten

2. HR 13 juli 2007, NJ 2007/434 m.nt.

J.M.M. Maeijer (ABN AMRO).

3. R.G.J. Nowak, *JOR* 2012/7 en de door hem aangehaalde literatuur.

4. Art. 2:164 lid 2 BW lid 2 BW.

5. Art. 2:130 lid 3 BW.

6. W.C.L. van der Grinten, Van der Heijden

& Van der Grinten 1992, nr. 200 en Asser/

Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 316.

7. Van der Grinten t.a.p.

8. Art. 2:107 BW.



Amsterdam ArenA © Peter Adams/Corbis

de commissarissen het bijzondere vertrouwen van de Vereniging geniet. Als zodanig zijn in het reglement de volgende drie commissarissen aangewezen: Crujff, Olfers en Davids.

**2.5. De bevoegdheden van de Vereniging als houder van het prioriteitsaandeel**

Naast het bovengenoemde omvangrijke aandelenpakket heeft de Vereniging ook een prioriteitsaandeel. De statuten bepalen dat acht categorieën besluiten van het bestuur onderworpen zijn aan de goedkeuring van de houder van dit aandeel. Voor de controversen zijn de volgende categorieën van belang:

- e. wijziging in de structuur van de op topvoetbal gerichte jeugdopleiding alsmede wijzigingen in de ten behoeve van deze jeugdopleiding gebruikte faciliteiten;
- f. wezenlijke wijzigingen in de structuur van het functioneren van jeugd- en amateurftallen;

**2.6. De governancestructuur van de Vereniging**

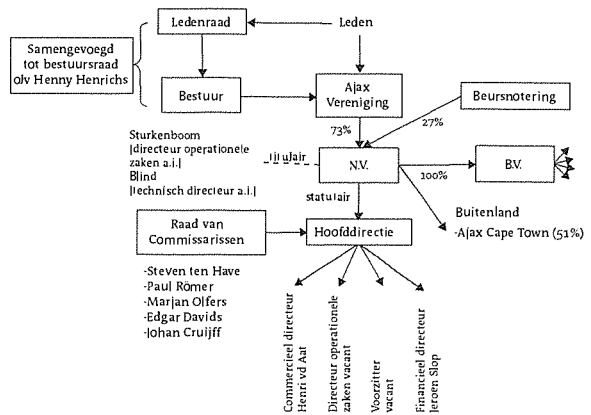
De Vereniging kende tot 11 december 2011 drie organen: het bestuur, de ledenraad en de algemene ledenvergadering.

De algemene ledenvergadering (hierna: 'ALV') wordt gevormd door alle niet geschorste leden van de Vereniging. Dit orgaan is het enige dat bevoegd is tot het wijzigen van de statuten. Voorts benoemde en ontsloeg zij de 24 leden van de ledenraad.

De ledenraad benoemde en ontsloeg het bestuur van de Vereniging en werd in de praktijk geraadpleegd bij belangrijke beslissingen van het bestuur van de Vereniging. Het bestuur gaf leiding aan de Vereniging en was

belast met de uitvoering van de besluiten van de ledenraad en van de algemene ledenvergadering. De ledenraad en het bestuur van de Vereniging zijn thans vervangen door een uit zeven leden bestaande bestuursraad. De bestuursraad zal de Vereniging vertegenwoordigen bij aandeelhoudersvergaderingen van Ajax. Op de ALV van 23 december 2011 zijn vijf leden van de bestuursraad gekozen.<sup>9</sup>

**2.7. Schema governancestructuur van de N.V. Ajax en de Vereniging op 7 februari 2012<sup>10</sup>**



**2.8. De besluitvorming in de RvC en de reactie daarop**  
 Binnen de RvC van Ajax bestond al geruime tijd onenigheid over de te benoemen voorzitter van de Hoofddirectie. Op 15 november 2011 heeft de ondernemingsraad een nadrukkelijk beroep op de RvC gedaan om op zeer korte

termijn 'de bestuurlijke en organisatorische wanorde die er al enige tijd heerst binnen Ajax' op te lossen. De dag daarna vond een vergadering van de RvC van Ajax plaats waarbij de omstreden (voorgenomen) besluiten tot benoeming van Van Gaal, Blind en Sturkenboom werden genomen. De voorzitter van de RvC heeft Cruijff pas op de dag van de vergadering per e-mail opgeroepen. De benoeming van nieuwe leden van de Hoofddirectie was al enige tijd een vast agendapunt. Cruijff wist echter niet dat op deze vergadering bovengenoemde voornemens met deze namen aan de orde zouden komen. De oproepingsmail vermeldde slechts 'voortgang samenstelling directie'.

Het commissarissenreglement bepaalt dat de oproeping door de secretaris – behoudens spoedeisende gevallen – niet later dan zes werkdagen voor de vergadering geschiedt en dat bij oproepingsbrief de te behandelen onderwerpen steeds worden vermeld. Ook volgt uit dit reglement dat de werkzaamheden met betrekking tot de samenstelling en de selectie van nieuwe leden van de Hoofddirectie worden voorbereid en gecoördineerd door de RvC als geheel.

Waarschijnlijk omdat ook de overige leden van de RvC (hierna: 'Ten Have c.s.') wel inzagen dat de oproeping niet geheel vlekkeloos was verlopen, heeft de secretaris Cruijff en de overige commissarissen met gedetailleerde vermelding van de te behandelen onderwerpen op 17 november 2011 per e-mail opgeroepen voor een nieuwe vergadering op 25 november 2011.

Eveneens op 17 november 2011 hebben Ten Have c.s. aan de agenda voor de AvA van 12 december 2011 een nieuw agendapunt toegevoegd waarbij de voorgenomen benoeming van Van Gaal en Sturkenboom werd aangekondigd.

De OR heeft op 23 november 2011 positief geadviseerd over de aanstellingen van Sturkenboom en Blind tot directeur ad interim. Op 1 december 2011 hebben de leden van de Hoofddirectie, Slop en Van der Aat, een besluit van de Hoofddirectie d.d. 16 november 2011 ondertekend waarbij Sturkenboom en Blind met ingang van 18 november 2011 werden aangesteld.

In de vergadering van 25 november 2011 bevestigden Ten Have c.s. dat zij akkoord zijn met de voorgenomen benoeming van Van Gaal en Sturkenboom tot statutair directeur. Ook stemden zij in met de directiebesluiten om Blind en Sturkenboom tot titulair directeur te benoemen. Cruijff was bij deze vergadering niet aanwezig.

## Cruijff werd pas op de dag van de vergadering opgeroepen

Op 28 november 2011 heeft de ledenraad van de Vereniging het vertrouwen in de gehele RvC opgezegd en de leden van de RvC verzocht vrijwillig op te stappen.

Op 12 december 2011 diende het kort geding van Cruijff c.s. tegen Ajax en Ten Have c.s. (hierna samen: 'Ajax c.s.'). De vorderingen van Cruijff c.s. kunnen als volgt worden samengevat:

- a. opschorting van het besluit van de RvC tot voorgenomen benoeming van Van Gaal en Sturkenboom tot statutair directeur totdat deze besluiten zouden zijn genomen door een RvC die het bijzonder vertrouwen geniet van de Vereniging zoals bedoeld in het commissarissenreglement en de kennisgeving van deze besluiten aan de AvA van Ajax zou hebben plaatsgevonden; en
- b. opschorting van het besluit van de Hoofddirectie tot benoeming van Sturkenboom en Blind tot titulair directeur totdat dit besluit rechtsgeldig zou zijn genomen na een rechtsgeldig goedkeuringsbesluit van een RvC die het bijzonder vertrouwen geniet van de Vereniging zoals bedoeld in het commissarissenreglement.

### 3. Het vonnis van de voorzieningenrechter

De voorzieningenrechter achtte slechts de onder a genoemde vordering gedeeltelijk toewijsbaar en schorste het RvC-besluit tot de voorgenomen benoeming van Van Gaal en Sturkenboom voor een periode van drie maanden indien de vennootschap een AvA bijeen zou roepen met als agendapunt het al dan niet opzeggen van het vertrouwen in de RvC, dan wel voor een periode van vijf maanden indien de aandeelhouders hiertoe het initiatief zouden moeten nemen.<sup>9</sup>

De voorzieningenrechter constateerde dat de voorgenomen benoemingen slechts ter kennisgeving aan de AvA moesten worden voorgelegd. Daarom kon de AvA de benoeming niet zelf tegenhouden maar kon zich daarover slechts uitlaten. De aandeelhouders konden de voorgenomen benoemingen alleen tegenhouden door het opzeggen van het vertrouwen in de gehele RvC.

Op grond van de wettelijke regeling van het agenderingsrecht moet een agenderingsverzoek door aandeelhouders uiterlijk zestig dagen voor de datum van de vergadering worden ingediend. Aangezien het gewraakte voorgenomen besluit was genomen op een datum minder dan zestig dagen voor deze vergadering kon de Vereniging het opzeggen van het vertrouwen niet meer tijdig op de agenda van de AvA van 12 december 2011 laten zetten. De voorzieningenrechter oordeelde dat het onrechtmatig zou zijn indien de RvC het (voorgenomen) besluit tot benoeming zou nemen 'terwijl de aandeelhouders mogelijkheid is onthouden om dit besluit tegen te gaan door middel van het opzeggen van het vertrouwen in de RvC'.

Geoordeeld werd dat dit Cruijff c.s. voldoende belang gaf bij een vordering tot schorsing van het voorgenomen besluit.

De voorzieningenrechter plaatste voorts vraagtekens bij de zeer korte termijn van de oproeping voor de vergadering van de RvC van 16 november 2011 (op de dag zelf). Omdat Cruijff wel tijdig en op de juiste wijze voor de vergadering van 25 november 2011 was opgeroepen waar over dezelfde onderwerpen (voorgenomen) besluiten zouden zijn genomen, achtte de voorzieningenrechter de betrokken (voorgenomen) besluiten echter niet nietig of vernietigbaar.

Tegen het vonnis van de voorzieningenrechter werd door Ajax c.s. hoger beroep ingesteld.

9. NRC Handelsblad 23 december 2011.

10. Dit schema is gebaseerd op het schema dat als bijlage bij het rapport Coronel is gevoegd.

11. Rb. Amsterdam 12 december 2011, JOR 2012/7 m.nt. Nowak.

### 4. Het arrest van het Hof Amsterdam

Het hof<sup>12</sup> beoordeelde in het principaal appel eerst de belangen van degenen die ter uitvoering van het Plan bij Ajax zijn aangesteld (hierna: 'Kreek c.s.'). Het gegeven dat de (voorgenomen) besluiten ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor hun werkzaamheden (en toekomst) bij Ajax maakte hen nog geen belanghebbende in deze zin van de wet. Volgens het hof werden hun belangen al door de ondernemingsraad behartigd. Het hof oordeelde op grond hiervan dat de vorderingen van Kreek c.s. moesten worden afgewezen omdat de normen die volgens Kreek c.s. geschonden waren niet strekken tot de bescherming van Kreek c.s.

Vervolgens ging het hof in op de belangen van Cruijff. Daarbij kwam vraag aan de orde of het definitief maken van de voorgenomen benoemingen voordat de AvA zich heeft kunnen uitspreken over het vertrouwen in de RvC onrechtmatig was jegens Cruijff. Het hof oordeelde dat zelfs al zou deze handelswijze onrechtmatig zijn jegens de aandeelhouders dit nog geen onrechtmatigheid opleverde jegens Cruijff. De in art. 2:161a BW neergelegde (en in de statuten herhaalde) norm, 'waarin aan de AvA de bevoegdheid is gegeven het vertrouwen in de voltallige RvC op te zeggen, beoogt de belangen van de aandeelhouders en niet die van een afzonderlijke commissaris te beschermen.'<sup>13</sup> Cruijff had echter als lid van de RvC wel een rechtens relevant belang bij een juiste en zorgvuldige wijze totstandkoming van besluiten van dit orgaan.

Het hof oordeelde in het door Cruijff c.s. ingestelde incidenteel appel dat niet alleen aan de op 16 november 2011 genomen besluiten ernstige gebreken kleven maar dat ook de besluitvorming op 25 november 2011 ondeugdelijk is. Overwogen wordt 'dat de uitvoering van de besluiten op 16 november onmiddellijk na de vergadering, nog dezelfde dag, zo definitief in gang is gezet dat het in redelijkheid als onmogelijk moet worden geacht dat op de besluiten, na onderlinge gedachtewisseling, nog teruggekomen kon worden. Tegen deze achtergrond diende de bijeenkomst van 25 november daarom geen redelijk doel'. Het hof oordeelde vervolgens 'dat, voor zover op die bijeenkomst nieuwe besluiten zouden zijn genomen, of deze nu worden gezien als een bevestiging van de besluiten van 16 november dan wel als nieuwe besluiten, hetzij aan deze besluiten geen betekenis kan toekomen hetzij deze besluiten eveneens vernietigbaar zijn'.

Voorts beantwoordde het hof de vraag of de beslissing van de RvC tot de voorgenomen benoeming die in de procedure wordt aangeduid als een 'voorgenomen besluit' wel een besluit in de zin van Boek 2 BW is en derhalve voor vernietiging in aanmerking komt. Het hof oordeelde dat deze term niet betekent dat de betrokken 'besluitvorming in de RvC nog niet een – in beginsel – definitief karakter draagt'. Het besluit van de RvC draagt slechts 'in het systeem van de wet de naam van een "voorgenomen besluit" omdat het besluit, alvorens dat definitief kan worden, op grond van artikel 30 WOR eerst ter advisering aan de OR moet worden voorgelegd en tevens omdat van het besluit eerst kennis moet worden gegeven aan de AvA, op grond van artikel 2:162 BW'. Hieruit kan worden afgeleid dat het hof van mening is dat het voorgenomen besluit voldoende definitief is om als besluit in de zin van Boek 2 BW te gelden en als zodanig ook kan worden vernietigd.<sup>14</sup>

Het hof verwierp het betoog van Ajax c.s. dat een redelijk belang van Cruijff bij de vernietiging ontbreekt omdat indien hij wel mee zou hebben gestemd, dat niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Hieraan stond volgens het hof in de weg dat 'voldoende aannemelijk is dat Cruijff door Ten Have c.s. bewust buiten spel is gezet. In zodanige omstandigheden zou honorering van het door Ajax c.s. verdedigde standpunt vooral in meerhoofdige organen van geringe omvang waarin temeer geldt dat besluitvorming de vrucht van onderling overleg behoort te zijn tot onaanvaardbare gevolgen leiden'.<sup>15</sup>

Ajax c.s. beriepen zich nog op de zeer moeilijke omstandigheden waarin de overige commissarissen hoofdzakelijk door de weinig coöperatieve opstelling van Cruijff, onder meer met betrekking tot de eerdere kandidaten Ling en Van Basten, waren gebracht. Maar dit

### Ajax c.s. beriepen zich op de zeer moeilijke omstandigheden waarin de overige commissarissen door de weinig coöperatieve opstelling van Cruijff waren gebracht

beroep werd verworpen. 'Hoe zwaarwegend deze omstandigheden ook mogen zijn, zij rechtvaardigen naar het oordeel van het hof niet dat Ten Have c.s. Cruijff de mogelijkheid van daadwerkelijke invloed op de zeer gewichtige besluitvorming hebben onthouden.'

Tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de vordering tot schorsing van de besluiten tot aanstelling van Sturkenboom en Blind als titulair directeur moest worden afgewezen omdat deze werknemers niet in de procedure zijn betrokken, hebben Cruijff c.s. geen grief gericht. Daarom wees ook het hof deze vordering af. Ten overvloede overwoog het hof dat deze kwestie in verband met art. 2:164 lid 2 BW (dat bepaalt dat het ontbreken van een goedkeuring van de RvC van zo'n besluit de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders niet aantast) van minder belang is.

Het hof heeft Ten Have c.s. op straffe van een dwangsom verboden om enige verdere uitvoering te geven aan de besluiten van 16 en/of 25 november 2011 tot voorgenomen benoeming van Van Gaal en Sturkenboom.

### 5. Wat ging er fout?

Allereerst kunnen vraagtekens worden gezet bij de governancestructuur van Ajax. De Vereniging heeft een onevenredig grote invloed op Ajax. Zij houdt 73% van de aandelen en een bijzonder aandeel waaraan extra zeggenschap is verbonden en kan de commissarissen onder druk zetten om haar visie te volgen, ook als dit niet strookt met het vennootschappelijk belang van Ajax.

De bepaling in het commissarissenreglement dat de kleinst mogelijke meerderheid van de RvC bestaat uit per-

sonen die het bijzonder vertrouwen genieten van de Vereniging en dat een zodanige samenstelling naar het oordeel van de RvC in het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming en alle daarbij betrokkenen is, geeft de commissarissen een verkeerde prikkel.<sup>16</sup> Cruijff c.s. vorderden in eerste instantie opschorting van de voorgenomen besluiten totdat rechtsgeldig besluiten zouden zijn genomen door een RvC die het bijzonder vertrouwen geniet van de Vereniging. Daarbij gingen zij er kennelijk vanuit dat zodra de RvC dit vertrouwen niet meer geniet, deze de voorgenomen besluiten niet meer rechtmatig zou kunnen nemen of uitvoeren. De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat deze vordering 'gelet op de onbepaaldheid niet voor toewijzing in aanmerking' komt.

Dit oordeel is juist omdat toewijzing tot gevolg zou hebben dat de RvC voordat zij een belangrijk besluit neemt of uitvoert, telkens zou moeten controleren of zij daarmee het vertrouwen van de Vereniging niet verliest. Dit is niet alleen onwerkbaar, maar ook in strijd met de heersende opvatting in de literatuur dat commissarissen naar eigen inzicht en in onafhankelijkheid moeten functioneren. Van Solinge en Nieuwe Weme<sup>17</sup> wijzen erop dat commissarissen niet worden benoemd ter behartiging van specifieke deelbelangen. De Hoge Raad besliste reeds in het *Doetinchemse IJzergieterij*-arrest uit 1949<sup>18</sup> dat de commissarissen bij de uitoefening van hun bevoegdheden zich moeten 'richten naar het belang der vennootschap en dit moeten doen overwegen, indien dit naar hun oordeel in botsing komt met belangen van welken aandeelhouder ook'.

Dit richtsnoer is vastgelegd in de wet (art. 2:140/250 BW): 'Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.' Dit 'richten' is een dynamisch proces. Telkens moeten de commissarissen bezien of hun handelen in het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming is. Het commissarissenreglement van Ajax bepaalt dat het vertrouwen van de Vereniging in de kleinst mogelijke meerderheid van de RvC in het belang van Ajax en de met haar verbonden onderneming is. Dit kan echter niet voor de toekomst of voor alle omstandigheden als bindend voor de RvC worden beschouwd. Deze bepaling dient mijns inziens zo snel mogelijk uit het commissarissenreglement geschrapt te worden.

Bij het benoemen van een commissaris moet niet alleen worden gekeken naar zijn specifieke deskundigheid, maar ook naar zijn geschiktheid als commissaris van een beursgenoteerde vennootschap. Een persoon is alleen geschikt als commissaris indien hij voldoende coöperatief is om te functioneren in een team, bereid is om

zich te verdiepen in voor de vennootschap relevante kwesties die niet zijn specifieke deskundigheid betreffen en zich op het vennootschappelijk belang wil richten.

## Een persoon is alleen geschikt als commissaris indien hij voldoende coöperatief is om te functioneren in een team

Het functioneren van de diverse leden van een RvC heeft het volgende gemeen met de voetbalsport: het spel moet volgens de regels gespeeld worden. Hoezeer men zich ook ergert aan de opstelling van een medespeler, men moet zich niet laten verleiden tot overtreding van de regels. Voor het bewust buiten spel zetten (in het vennootschapsrecht is dit anders dan in het voetbal ongeoorloofd) van Cruijff heeft de rechter terecht een rode kaart uitgedeeld.

### 6. Hoe nu verder?

Ten Have c.s. hebben op 9 februari 2012 aangekondigd dat zij gefaseerd terug zullen treden. De AvA van 10 februari waar het opzeggen van het vertrouwen in de RvC op de agenda stond, is afgelast. Door het gefaseerd terugtreden wordt de uitvoering van besluiten van de Hoofddirectie Ajax waarvoor de goedkeuring van de RvC is vereist, niet belemmerd. Ook kunnen de zittende leden van de RvC meewerken aan de benoeming van de nieuwe leden van de RvC.

Hoe gaat dit bij een structuurvennootschap als Ajax in zijn werk?<sup>19</sup> De RvC moet aan de AvA en de OR tijdig meedelen welke vacatures vervuld moeten worden en aan welk profiel de te benoemen commissarissen moeten voldoen. Vervolgens kunnen de AvA en de OR personen aanbevelen om als commissaris te worden voorgedragen. Voor een derde deel (naar beneden afgerond) van het aantal leden van de RvC heeft de OR een 'versterkt' aanbevelingsrecht. Omdat de RvC van Ajax vijf leden heeft, geldt dit versterkte recht voor één commissaris. De RvC stelt de voordracht op en legt deze voor aan de AvA. Dit orgaan kan de voordracht slechts bij volstreekte meerderheid van de stemmen die tenminste een derde van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen afwijzen. Na een eventuele afwijzing begint de benoemingsprocedure weer van voren af aan. Om te voorkomen dat voor de benoeming van nieuwe com-

12. Hof Amsterdam, 7 februari 2012, *LIN* BV3011, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

13. Dit sluit aan bij het in art. 6:163 BW opgenomen relativiteitsvereiste. Zie over dit vereiste: K.J.O. Jansen, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer, art. 163-1-41.

14. In Asser/*Van der Grinten & Maeijer* 2-II, Deventer: Kluwer 1997, nr. 125 wordt

opgemerkt dat een besluit is gericht op het tot stand brengen of wijzigen van de rechtsbetrekkingen binnen de rechtsper-  
soon. Met Nowak t.a.p. ben ik van mening dat de beslissing houdende het voornemen tot benoeming zelf een besluit is in de zin van art. 2:14 en 15 BW.

15. Vergelijk HR 15 juli 1968, *NJ* 1969/101

(Wijsmuller).

16. J.W. Winter, 'Voetbalaandelen', *TVVS* 1998/7, p. 192-193 heeft kort na de beursgang kritiek geuit op deze bepaling en de machtsverhoudingen bij Ajax.

17. A.w., nr. 489.

18. HR 1 april 1949, *NJ* 1949/465.

19. Zie voor deze in art. 2:15B BW vastge-

legde benoemingsprocedure (kort) M.M.

Mendel & W.J. Oostwouder, *Hoofdzaken NV en BV*, Deventer: Kluwer 2007, p. 72-73 en (uitgebreid) Asser/*Maeijer*, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 561-576.



missarissen minimaal twee AvA's moeten worden gehouden wordt het volgende 'telescoopsysteem' toegepast. De agenda van één AvA bevat de volgende punten: de vacatures, de mogelijkheid om kandidaten aan te bevelen en voor het geval er geen aanbeveling wordt gedaan de namen van de kandidaten die de RvC wenst te benoemen.<sup>20</sup> De RvC van Ajax zal waarschijnlijk binnenkort met de bestuursraad van de Vereniging (die 73% van de aandelen in Ajax houdt) en de OR om de tafel gaan zitten. Indien zij overeenstemming bereiken over de kandidaten zullen de OR en de AvA geen gebruikmaken van hun aanbevelingsrechten en kan de benoemingsprocedure in één AvA worden afgerond.

De nieuwe RvC zal bij de selectie van de nieuwe leden van de Hoofddirectie personen zoeken die zich moeten richten naar het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.<sup>21</sup> Het is bepaald niet denkbeeldig dat daarbij wederom een controverse tussen de door de Vereniging nagestreefde doelen en het ven-

### Het is bepaald niet denkbeeldig dat wederom een controverse tussen de door de Vereniging nagestreefde doelen en het vennootschappelijk belang van Ajax ontstaat

nootschappelijk belang van Ajax ontstaat. De bepaling in het commissarissenreglement dat de kleinst mogelijke meerderheid van de RvC het bijzonder vertrouwen moet hebben van de Vereniging is immers nog niet geschrapt. Het ligt voor de hand dat de bestuursraad zal aandringen op benoeming van commissarissen (in ieder geval de kleinst mogelijke meerderheid) die zich hieraan willen conformeren. Dit kan conflicten opleveren met commissarissen die zich conform hun wettelijke plicht willen richten naar het vennootschappelijk belang van Ajax. De corporate governance structuur van Ajax biedt onvoldoende mogelijkheden om deze conflicten op te lossen. Art. 2:161 BW biedt weliswaar de RvC de mogelijkheid om de ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (hierna: 'OK') te verzoeken om een commissaris te ontslaan, maar dit kan slechts op een zeer beperkt aantal gronden. Er moet dan sprake zijn van verwaarlozing van de taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens een ingrijpende wijziging van de omstandigheden. Het is niet waarschijnlijk dat de OK zal oordelen dat een meningsverschil over het technisch beleid of de te benoemen voorzitter van de Hoofddirectie voldoende grond is voor een dergelijk ontslag.

Voorts ligt het voor de hand dat bij een dergelijk verzoek de Vereniging via de AvA de gehele RvC weer de wacht aanzegt. Kan dit worden opgelost?

De eerste oplossing wordt mogelijk na invoering van het Wetsvoorstel Wijziging Enquêterecht.<sup>22</sup> In het nieuwe art. 2:346 lid 2 BW wordt bepaald dat het enquêteverzoek ook namens de vennootschap kan worden ingediend door de RvC of het bestuur. Indien dit leidt tot vaststelling van wanbeleid kan de OK bij definitieve voorziening na een daartoe strekkend verzoek onder meer:

- a. commissarissen die het verenigingsbelang laten prevaleren boven het vennootschappelijk belang van Ajax ontslaan;
- b. tijdelijk nieuwe commissarissen aanstellen; en
- c. de aandelen die de Vereniging in Ajax houdt tijdelijk ten titel van beheer aan een derde overdragen om te voorkomen dat de Vereniging haar macht gebruikt om bij Ajax het verenigingsbelang te laten prevaleren boven het vennootschappelijk belang.

De tweede oplossing voor een toekomstig conflict tussen het Verenigingsbelang en het vennootschappelijk belang van Ajax is dat op de aandelen van Ajax die via de beurs zijn verhandeld een openbaar bod wordt gedaan door de Vereniging. Bij een geslaagd bod kan de beursnotering worden beëindigd.

Dit sluit aan bij het advies van de commissie-Coronel<sup>23</sup> uit 2008 om een 'delisting' te overwegen. Na een 'delisting' kan de Vereniging de activiteiten van de NV overnemen en is men af van externe aandeelhouders, discussies over het vennootschappelijk belang en het structuurregime. De bestuursraad van de Vereniging heeft dan veel meer ruimte om de ideeën van Cruijff te realiseren. Omdat de Vereniging nog 73% van de aandelen in Ajax houdt en de beurskoers van de aandelen Ajax relatief laag is (rond de € 7) zijn de kosten van zo'n openbaar bod te overzien. In een artikel in *NRC Next* van 18 februari 2008 werd het bedrag dat de Vereniging daarvoor nodig had geschat op € 35 miljoen plus een overnamepremie. Nu is de koers van het aandeel lager en dus ook het benodigde bedrag. De kans dat Ajax dit bedrag van een bank of een sponsor kan lenen, is echter beduidend kleiner dan destijds. Maar wellicht kunnen Cruijff c.s. en hun relaties de helpende hand bieden. Met een succesvolle jeugdopleiding moet dit bedrag toch binnen een redelijke termijn terug te verdienen zijn. De Britten hebben daar een mooi gezegde voor: 'Put your money where your mouth is'. •

20. Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 566.

21. Uit HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/134 m. J.M.M. Maeijer (*ABN AMRO*) volgt dat het bestuur zich ook naar dit belang moet richten. Bij invoering van de Wet bestuur en toezicht, *Stb.* 2011, 275, wordt deze norm

in art. 2:9 lid 5 BW vastgelegd.

22. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 887, nr.

2. Het bestuur van Ajax kan het enquête-recht nu al aan derden zoals de OR toekennen. Zie art. 2:346 onderdeel c BW en OK 5 oktober 2005, *JOR* 2005/296.

23. A.w., p. B