

MEMO



AAN Provincie Gelderland
[redacted]

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
KOPIE AAN

VAN [redacted]
kandidaat-notaris/ partner
TELEFOON +31 88 [redacted]
FAX +31 88 [redacted]
E-MAIL [redacted]@akd.nl

ONDERWERP Advies inzake juridische structuur Topfonds Gelderland

Geachte [redacted]
Beste [redacted]

1. Inleiding en vraagstelling

Doel van dit memorandum is om in hoofdlijnen een antwoord te geven van de vennootschapsrechtelijke vragen in de e-mail van 19 oktober jl. betreffende de voorgestelde juridische structuur voor het nieuw op te zetten B.V. Topfonds Gelderland ('TG').

Dit memorandum pretendeert geen volledigheid, mede gezien de vele facetten en/of onderwerpen die bij de beantwoording betrokken dienen te worden. Indien nadere uitwerking van een of meerdere onderwerpen gewenst is, verneem ik dat graag van u.

Voorts wijs ik er uitdrukkelijk op dat de fiscale gevolgen van de gekozen/ gewenste structuur, mede afhankelijke van de specifieke wensen, nadere toelichting vereisen en door een fiscalist bekeken dienen te worden alvorens een definitieve keuze gemaakt zal worden.

2. Globale beantwoording van de vragen in de e-mail de dato 19 oktober 2012

- A. *Als de provincie prioriteitsaandelen in TG krijgt, welke bijzonder bevoegdheden kunnen daaraan worden gekoppeld?*

Prioriteitsaandelen zijn aandelen waaraan specifieke in de statuten omschreven rechten zijn verbonden die liggen op het gebied van de zeggenschap. Ze worden met name gecreëerd om de macht van de algemene vergadering ('AV') te beperken.

Deze rechten kunnen verschillend van aard zijn, maar mogen in ieder geval niet in strijd komen met de dwingendrechtelijke bevoegdheden die aan een orgaan van de vennootschap

AKD N.V. is statutair gevestigd te Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Kwaliteitsrekening: 66.32.63.816. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 30/2012 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.nl

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 2 van 15

(bijvoorbeeld de AV, het bestuur of de RvC) zijn toegekend. Wel kunnen deze rechten worden beperkt door ze bijvoorbeeld te onderwerpen aan de voorafgaande goedkeuring van de vergadering van prioriteitsaandeelhouders ('**Prioriteit**').

Bedenk verder dat bij de structuurvennootschap (zou daar ooit sprake van zijn) minder bevoegdheden aan de Prioriteit kunnen worden toegekend, vanwege een aantal dwingendrechtelijke wettelijke bepalingen die gelden voor een structuurvennootschap.

Voor de bevoegdheden die kunnen worden toegekend aan de Prioriteit moet een onderscheid worden gemaakt tussen i) de bevoegdheden op het gebied van de vennootschappelijke structuur en/of het kapitaal van de vennootschap en ii) bevoegdheden die te maken hebben met het bestuur en/of de raad van commissarissen.

Bij de bevoegdheden als vermeld onder i) kan onder meer worden gedacht aan het verlenen van de bevoegdheid voorafgaande goedkeuring te (moeten) verlenen aan besluiten van de AV ter zake de emissie van aandelen, het afwijken van het voorkeursrecht bij de emissie van aandelen, statutenwijziging en/of ontbinding van de vennootschap.

Daarnaast kan eventueel de bevoegdheid tot winstreservering aan de Prioriteit worden toegekend, alsmede de bevoegdheid tot het doen van interim-uitkeringen en/of het bijeenroepen van de AV.

Bij de bevoegdheden als vermeld onder ii) kan onder meer worden gedacht aan: het recht het aantal leden van het bestuur en/of de RvC vast te stellen, het doen van een bindende voordracht voor de benoeming van bestuurders en/of leden van de RvC, het directe benoemingsrecht van een bestuurder of commissaris dat onder de nieuwe flex-wetgeving ook kan worden toegekend aan de Prioriteit (mits iedere aandeelhouder met stemrecht maar kan deelnemen aan de besluitvorming inzake de benoeming van ten minste één bestuurder/ commissaris). Het hiervoor bepaalde geldt ook voor het recht tot schorsing en ontslag. Verder kan worden gedacht aan de bevoegdheid bepaalde bestuursbesluiten aan de voorafgaande goedkeuring van de Prioriteit te onderwerpen en de bevoegdheid de bezoldiging van bestuurders en/of commissarissen vast te stellen.

Prioriteitsaandelen geven meestal maar een beperkt recht op de winst en/of het liquidatiesaldo. Een en ander kan echter statutair (anders) worden vormgegeven.

Voor de goede orde wil ik er op wijzen dat bepaalde prioriteitsrechten ook kunnen worden toegekend aan prioriteitsbewijzen (niet zijnde aandelen in het kapitaal van de vennootschap), maar de houders van prioriteitsbewijzen hebben echter minder invloed op de vennootschap, omdat volgens de wet bepaalde bevoegdheden slechts aan een orgaan van de vennootschap kunnen worden toegekend en daar vallen de houders van prioriteitsbewijzen niet onder. Daarnaast geven deze prioriteitsbewijzen geen recht op winst of het liquidatiesaldo.

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 3 van 15

Daarnaast wil ik er nog op wijzen dat het onder de huidige flex-wetgeving ook mogelijk is om met betrekking tot aandelen van een bepaalde soort of aanduiding statutair te bepalen dat verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, jegens de vennootschap of derden of tussen aandeelhouders, aan het aandeelhouderschap kunnen worden verbonden. Indien de betreffende aandeelhouder niet voldoet aan zijn verplichtingen kan daaraan statutair de sanctie worden verbonden dat de betreffende aandeelhouder dan zijn aandelen dient aan te bieden en/of dat het stemrecht, recht op uitkering en/of het vergaderrecht zijn opgeschort.

B. Is de hoeveelheid aandelen qua percentage van belang? Voldoet een paar procent?

Een aandeel geeft de rechtsverhouding weer waarin de aandeelhouder tot de vennootschap staat. Aan de aandelen zijn diverse rechten verbonden die liggen op het gebied van de financiën en op het gebied van de zeggenschap. De omvang van de kapitaaldeelname is (kan van belang zijn) voor de concrete invulling en uitvoering van deze rechten, alsmede voor eventuele verplichtingen (denk aan de stortingsplicht op aandelen).

Het percentage gehouden aandelen in een vennootschap is uiteindelijk van belang voor het stemrecht binnen de AV (heeft de betreffende aandeelhouder een doorslaggevend aantal stemmen in de AV?) en het recht op uitkeringen respectievelijk eventueel het liquidatiesaldo. Daarnaast is het van belang voor de concrete invulling van een eventueel quorum dat vereist is voor het nemen van bepaalde besluiten binnen de AV. Houders van elke soort aandelen maken immers onderdeel uit van de AV. Indien het gewenst is in alle gevallen een meerderheid binnen de totale AV te hebben is het van belang een navenant aantal aandelen te houden (tenzij gewerkt wordt - voor zover wettelijk mogelijk - met stemovereenkomsten of andere constructies, zie ook hiervoor en hierna).

Het percentage aandelen is echter niet (meteen) van belang op het moment dat er bijzondere rechten aan een bepaalde soort zijn gekoppeld (zoals vermeld onder A). Indien er maar één aandeelhouder is met prioriteitsaandelen (waar overigens maar slechts één aandeel van hoeft te zijn uitgegeven), heeft deze alle rechten die aan de Prioriteit toekomen.

C. Welke extra taken zouden (statutair) aan de raad van commissarissen ('RvC') of de investeringscommissie ('IC') kunnen worden opgelegd om de schijn van belangenverstrengeling bij het bestuur te vermijden?

In het navolgende wordt allereerst in hoofdlijnen een algemene uiteenzetting gegeven over verschillende aspecten van de RvC. Hierbij komen onder meer de rol, taken en bevoegdheden van de RvC, de verhouding ten opzichte van andere organen, de dubbele 'pettenproblematiek', de aansprakelijkheid van de leden van de RvC aan de orde. vervolgens zal kort in worden gegaan op de positie van de IC (wat in principe geen orgaan van de vennootschap is).

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 4 van 15

Voor deze uiteenzetting zijn naast literatuur en jurisprudentie en de Corporate Governance code (de '**Code**') geraadpleegd. Voor de goede orde wijs ik u er op dat er naast de in dit memorandum genoemde taken en bevoegdheden van de RvC, in voormelde documenten veel meer aanbevelingen met betrekking tot het functioneren van de RvC zijn gedaan.

Alvorens de diverse onderwerpen meer uitgebreid te behandelen geef ik u allereerst een "management summary".

De RvC dient naar eigen inzicht, zelfstandig en op onafhankelijke wijze, zijn taak uit te oefenen; de taken van de RvC worden bepaald door het belang van de vennootschap, de met haar verbonden onderneming en de daarbij betrokkenen en kunnen kort worden weergegeven als volgt:

- (1) toezicht houden op het beleid van het bestuur van de vennootschap en de met de vennootschap verbonden onderneming;
- (2) beoordelen van het beleid van het bestuur en de strategie die het bestuur voorstaat;
- (3) het gevraagd en ongevraagd geven van advies aan het bestuur;
- (4) het beoordelen van situaties van tegenstrijdig belang van bestuur met de vennootschap en eventueel het vertegenwoordigen van de vennootschap in deze situaties;

en voorts in veel gevallen, afhankelijk van de statutaire regelingen en de concrete situatie van de vennootschap:

- (5) het goedkeuren van belangrijke bestuursbesluiten;
- (6) vaststellen van de remuneratie van het bestuur
- (7) het oproepen van de algemene vergadering alsmede het leiden van die vergadering
- (8) het doen van (al dan niet bindende) voordrachten voor de benoeming van bestuurders.

Tot de taak van de raad van commissarissen behoort uitdrukkelijk NIET:

- (1) het (mede) besturen van de vennootschap
- (2) het vertegenwoordigen van de vennootschap, behalve in uitzonderlijke gevallen waarin het bestuur niet kan of mag optreden;
- (3) het bepalen van de strategie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming;
- (4) het onderhouden van contacten met een specifieke aandeelhouder indien de commissaris een speciale band met die aandeelhouder heeft of door of vanwege die aandeelhouder benoemd is.

De IC is in principe geen orgaan van de vennootschap; hiervoor zijn geen specifieke wettelijke bepalingen voorgeschreven.

Het vorenstaande wordt hierna nader toegelicht en uitgewerkt.

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 5 van 15

C.1. Rol, taken en bevoegdheden RvC

a. Algemeen

Het bestuur en de RvC zijn twee afzonderlijke vennootschappelijke organen waar eigen taken en bevoegdheden aan zijn toegekend.

De RvC heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De raad staat het bestuur met (gevraagd en ongevraagd) advies terzijde.

Slechts in bijzondere omstandigheden die van belang zijn voor het voortbestaan en de continuïteit van de onderneming (slechte financiële situatie, herstructurering, ingrijpende wijzigingen in het bestuur, etc.) dient de RvC nog scherper toezicht te houden. Dit wil zeggen dat de raad het toezicht moet intensiveren en meer geregeld overleg dient te voeren met het bestuur. De RvC mag echter nooit op de stoel van het bestuur gaan zitten.

Een RvC heeft niet de bevoegdheid de vennootschap te vertegenwoordigen. Aan commissarissen mag noch bij de statuten noch bij algemene procuratie vertegenwoordigingsbevoegdheid worden verleend, anders dan in de strikte gevallen in de wet voorzien of bij belet of ontstentenis van bestuurders.

Bij het uitoefenen van zijn taak kan de RvC zich op kosten van de vennootschap doen bijstaan door een of meer door hem aan te wijzen deskundigen; soms is dit nog eens uitdrukkelijk in de statuten bepaald.

Bij de vervulling van hun taak dienen de commissarissen zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De commissarissen dienen daarbij naar eigen inzicht, zelfstandig en op onafhankelijke wijze, hun taak uit te oefenen. Bij het vervullen van zijn taak is de RvC, gebonden aan de grenzen gesteld door de wet, de statuten, een reglement en door regels in het maatschappelijk verkeer. Commissarissen moeten zich verder ook gedragen overeenkomstig hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Met het hiervoor vermelde hangt samen dat commissarissen naar eigen zelfstandig inzicht op onafhankelijke wijze dienen te functioneren en zich dus niet door andere stakeholders dienen te laten leiden.

Naast de algemeen luidende wetsbepalingen, zijn er nog een aantal bijzondere wetsbepalingen waarin taken of bevoegdheden van de RvC en zijn leden zijn geregeld. Deze bijzonder wetsbepalingen betreffende onder meer: i) het verschaffen van inlichtingen aan de algemene vergadering, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet, ii) het bijeenroepen van de algemene vergadering, iii) het hebben van een raadgevende stem in de algemene vergadering, iv) het vertegenwoordigen van de vennootschap bij rechtshandelingen waarbij de bestuurder(s) een tegenstrijdig belang hebben met de vennootschap (hiervan kan worden afgeweken), v) de bevoegdheid om

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 6 van 15

iedere bestuurder te allen tijde te schorsen (hiervan kan worden afgeweken), vi) het verlenen van opdracht tot onderzoek van de jaarrekening aandeelhoudersvergadering zulks niet heeft gedaan, vii) het opmaken van een jaarverslag van de RvC en het mede-ondertekenen van de jaarrekening en viii) het goedkeuren en mede-ondertekenen van een voorstel tot juridische fusie danwel een voorstel tot juridische splitsing. Tevens kunnen (voor zover juridisch mogelijk) in de statuten aanvullende bepalingen met betrekking tot taken en bevoegdheden van de RvC worden opgenomen. Hierbij kan onder meer gedacht worden aan bepalingen over i) het doen van bindende voordrachten voor de benoeming van een bestuurder, ii) het geven van goedkeuring voor bepaalde bestuursbesluiten en/of een besluit tot statutenwijziging, iii) het bepalen van het aantal commissarissen of bestuurders en/of iv) het vaststellen van de bezoldiging van bestuurders.

Het bestuur van de vennootschap dient de RvC tijdig de voor de uitoefening van haar taak noodzakelijke gegevens en informatie te verschaffen. De RvC zal eisen moeten stellen aan de kwaliteit van de informatie. Zo nodig zal de raad zich actief moeten opstellen en zo nodig zelf noodzakelijk informatie vergaren.

b. De Code

De Code is strikt genomen alleen van toepassing op vennootschappen die aan de beurs zijn genoteerd. De Code bevat echter algemeen aanvaarde beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur en haar regels worden derhalve ook door niet beursvennootschappen breed toegepast. Indien de Code door de vennootschap en haar organen wordt nageleefd is een aantal bepalingen van belang voor de RvC. Op basis van de Code zijn het bestuur en de raad van commissarissen verantwoordelijk voor de corporate governance structuur en de naleving van de Code. Zij dienen hierover verantwoordelijkheid af te leggen aan de algemene vergadering en moeten afwijkingen van bepalingen uit de Code van een deugdelijke motivering voorzien.

Aan het zijn van commissaris wordt in de Code een aantal eisen gesteld. Zo dient iedere commissaris geschikt te zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te kunnen beoordelen en dient hij te beschikken over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak, binnen zijn rol in het kader van de profielschets van de raad. Tevens dient ten minste één lid financieel expert te zijn.

Het bestuur legt over haar besturen verantwoording af aan de RvC en rapporteert de RvC over de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, het beheersen van risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten en de financiering van de vennootschap.

Het toezicht van de RvC op het bestuur omvat onder meer de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, de strategie en risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten, de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 7 van 15

controlesystemen, het financiële verslaggevingsproces, de naleving van wet- en regelgeving, de verhouding met en ten opzichte van de aandeelhouders en de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen.

De RvC dient in beginsel goedkeuring te verlenen aan het bestuur van de vennootschap voor de operationele en financiële doelstellingen van de vennootschap, de strategie die moet leiden tot het realiseren van de doelstellingen, de randvoorwaarden die bij de strategie worden gehanteerd en de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen.

De RvC speelt een belangrijke rol bij de bezoldiging van bestuurders. Zo dient de raad de hoogte en de structuur van de bezoldiging van bestuurders vast te stellen, mede aan de hand van uitgevoerde scenario analyses en met inachtneming van de beloningsverhoudingen binnen de onderneming. De raad heeft de bevoegdheid om de variabele bezoldiging die is toegekend op basis van onjuiste (financiële) gegevens terug te vorderen van de bestuurder.

De RvC dient een jaarverslag op te stellen waarin hij verslag doet van zijn werkzaamheden in het boekjaar en vermeldt daarin tevens de specifieke opgaven en vermeldingen die de Code verlangt.

Ten minste eenmaal per jaar bespreekt de RvC, buiten aanwezigheid van het bestuur, haar eigen functioneren, het functioneren van de afzonderlijke commissies van de raad, en dat van de individuele commissarissen, en bespreekt zij de conclusies die hieraan moeten worden verbonden. Tevens bespreekt de raad ten minste eenmaal per jaar het functioneren van het bestuur en de bestuurders en de conclusies die daaraan moeten worden verbonden.

C.2. Verhouding RvC en andere organen

Wanneer de verhouding tussen de verschillende organen van een vennootschap wordt gezien heeft ieder orgaan zijn eigen taak en zijn eigen bevoegdheden. Ieder orgaan is in principe zelfstandig bij de uitoefening van zijn taak. Daarbij heeft de algemene vergadering formeel de hoogste macht binnen het vennootschappelijk verband en heeft de RvC een sterkere positie dan het bestuur. Gezien het feit echter dat het bestuur zich in het centrum van de kennis van het reilen en zeilen van de vennootschap bevindt zal haar positie feitelijk vaak sterk zijn.

C.3. Dubbele 'pettenproblematiek', onafhankelijkheid en belangenverstrengeling

Zoals eerder aangegeven mag de RvC zich slechts laten leiden door het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het enkel nastreven van (directe of indirecte) eigen belangen is in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 8 van 15

De RvC dient zodanig samengesteld te zijn dat de leden ten opzichte van elkaar, van het bestuur en welk deelbelang dan ook (bijvoorbeeld van de aandeelhouders) onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.

Alle leden van de RvC dienen dan ook onafhankelijk te zijn. In de Code worden hiervoor bepaalde regels gegeven. Indien aan bepaalde 'voorwaarden' wordt voldaan (bijvoorbeeld dat er een belangrijke zakelijke relatie is of is geweest met de vennootschap), kan/ mag een persoon geen commissaris worden van de vennootschap.

Een commissaris die uit een bindende voordracht is benoemd, dient zijn taak zonder last en ruggespraak van degene die hem heeft voorgedragen uit te voeren. Hij vervult zijn taak op persoonlijke titel en onafhankelijk van de bij de onderneming betrokken deelbelangen. Deze leden dienen de vertrouwelijkheid te bewaren naar de organisatie door wie zij zijn voorgedragen. Slechts indien in het kader van een joint venture uitdrukkelijk met alle betrokkenen anders is afgesproken kan een andere regel van toepassing zijn. Het verdient aanbeveling andersluidende afspraken uitdrukkelijk vast te leggen.

De commissaris die een dubbelrol vervult (bijvoorbeeld omdat hij ook de belangen van een aandeelhouder direct of indirect vertegenwoordigt), dient naast de drie algemene normen die op hem van toepassing zijn, te weten: i) het richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, ii) de behoorlijke taakvervulling en iii) de redelijkheid en billijkheid, ook een aantal andere spelregels in acht te nemen om te voorkomen dat de hierna te bespreking belangenverstrengeling zich voordoet. Hierbij kan gedacht worden aan:

1. een verhoogde mate van zorgvuldigheid;
2. openheid van zaken over het bestaan en de band met bijvoorbeeld de aandeelhouder;
3. het goed gescheiden houden van de te onderscheiden belangen;
4. de vertrouwelijkheid van het beraad binnen de RvC dient gewaarborgd te blijven. Zonder toestemming van de RvC mogen er geen inlichtingen aan derden worden verschaft, zoals de aandeelhouders.

Belangenverstrengeling/ tegenstrijdige belangen

De wet bevat (thans nog) geen bepalingen over wat moet geschieden bij een eventueel tegenstrijdig belang tussen een commissaris en de vennootschap (zie echter hierna onder C.6.).

Volgens de Code dient elke vorm van schijn van belangenverstrengeling tussen de vennootschap en een commissaris vermeden te worden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van commissarissen spelen, die van materiële

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 9 van 15

betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor de betreffende commissaris, behoeven de goedkeuring van de RvC. Elk direct of indirect tegenstrijdig voordeel dat voor de commissaris uit een transactie kan voortvloeien moet onder de bepaling worden begrepen. De RvC is verantwoordelijk voor de besluitvorming over de omgang met tegenstrijdig belangen bij bestuurders, commissarissen, (groot-)aandeelhouders en de externe accountant in relatie tot de vennootschap.

Een commissaris neemt niet deel aan de discussie en de besluitvorming over een onderwerp of transactie waarbij deze commissaris een tegenstrijdig belang heeft.

Een commissaris meldt een (potentieel) tegenstrijdig belang dat van materiële betekenis is voor de vennootschap en/of voor de desbetreffende commissaris terstond aan de voorzitter van de RvC en verschaft daarover alle relevante informatie als vermeld in de Code. Indien de voorzitter van de RvC een (potentieel) tegenstrijdig belang heeft dat van materiële betekenis is voor de vennootschap en/of voor zichzelf, meldt hij dit terstond aan de vicevoorzitter van de RvC. Aan de beoordeling van de RvC of sprake is van een tegenstrijdig belang neemt de desbetreffende commissaris niet deel.

Een tegenstrijdig belang bestaat in ieder geval wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon:

- i) waarin een commissaris persoonlijk een materieel financieel belang houdt;
- ii) waarvan een bestuurslid een familierechtelijke verhouding heeft met een commissaris van de vennootschap; of
- iii) waarbij een commissaris van de vennootschap een bestuurs- of toezichthoudende functie vervult.

Alle transacties waarbij tegenstrijdige belangen van commissarissen spelen dienen onder in de branche gebruikelijke condities overeengekomen te worden. Dergelijke transacties worden gepubliceerd in het jaarverslag met vermelding van het tegenstrijdig belang.

Hetzelfde geldt voor transacties tussen de vennootschap en natuurlijke of rechtspersonen die ten minste tien procent van de aandelen in de vennootschap houden.

In het reglement van de RvC (zie ook hierna) dienen regels opgenomen te worden ten aanzien van de omgang met (potentieel) tegenstrijdige belangen bij bestuurders, commissarissen en de externe accountant in relatie tot de vennootschap, en voor welke transacties goedkeuring van de RvC nodig is.

De vennootschap stelt tevens regels op voor het bezit van en transacties in effecten door bestuurders en commissarissen anders dan die uitgegeven door de "eigen" vennootschap.

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 10 van 15

C.4. Commissarissen/ feitelijk leidinggevers en aansprakelijkheid

a. Taakvervulling, verantwoording en (civielrechtelijke) aansprakelijkheid van een commissaris

Iedere commissaris is tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Hij is daarbij voor zijn taakvervulling in de eerste plaats verantwoording verschuldigd aan de RvC, als het college waarbinnen hij functioneert. Indien een commissaris niet naar behoren functioneert of zich onvoldoende verantwoordt, kan dit worden afgekeurd en kunnen maatregelen worden genomen als schorsing of ontslag door degene die bevoegd is tot de benoeming.

Een commissaris kan daarnaast persoonlijk aansprakelijk gesteld worden door de vennootschap in geval de vennootschap schade leidt ten gevolge van onbehoorlijke taakvervulling.

Er zijn overigens meerdere vormen van aansprakelijkheid van commissarissen te onderscheiden, zoals de aansprakelijkheid van een commissaris wegens onrechtmatige daad of op basis van misbruikwetgeving, maar het zou voor dit memorandum te ver voeren hier verder uitgebreid op in te gaan.

De aansprakelijkheid rust in beginsel op ieder lid van de RvC afzonderlijk, omdat het houden van toezicht op het werkterrein van iedere commissaris ligt en is derhalve in beginsel hoofdelijk. Indien een commissaris echter kan aantonen dat de tekortkoming niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen (van de tekortkoming) af te wenden, kan hij zich onder omstandigheden (bijvoorbeeld ten gevolge van een in een reglement neergelegde taakverdeling) disculperen.

b. Feitelijk leidinggeven

Indien een commissaris, krachtens statuten, krachtens besluit van de algemene vergadering of anderszins, daden van bestuur verricht en dus eigenlijk feitelijk leiding geeft, kan hij op dezelfde wijze aansprakelijk zijn jegens de vennootschap en derden als de bestuurders van de vennootschap zelf. De aansprakelijkheid van de commissaris wordt dan dus beoordeeld op grond van normen die gelden voor bestuurders (en die gaan verder dan die voor commissarissen). Al eerder is op diverse plaatsen aan de orde gekomen dat de RvC niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten.

C.5. Belang van een RvC reglement

Een reglement bevat hoofdzakelijk procedurele regels, bijvoorbeeld over de werkwijze, taken en bevoegdheden van bepaalde organen en/of de onderlinge omgangsnormen tussen de verschillende organen. Samengevat geeft het nadere regels over het functioneren van

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 11 van 15

(de organen van) de rechtspersoon. Reglementen kunnen, met inachtneming van de in de statuten en de reglementen vermelde regels, te allen tijde door het vaststellende orgaan worden ingetrokken of gewijzigd.

Indien de Code wordt gevolgd is de vennootschap verplicht de taakverdeling van de RvC, alsmede zijn werkwijze, in een reglement neer te leggen. In dit reglement dient de RvC een passage op te nemen voor zijn omgang met het bestuur, de algemene vergadering en de ondernemingsraad.

C.6. Nieuwe wetgeving

Recentelijk is het Wetsvoorstel bestuur en toezicht door de Eerste Kamer aangenomen. Naar verwachting zal deze wet op 1 januari 2013 in werking treden. Deze wet zal verschillende gevolgen (kunnen) hebben voor de bestuurders en commissarissen van vennootschappen. Het gaat te ver om in dit memorandum uitvoerig in te gaan op alle gevolgen die dit wetsvoorstel met zich meebrengt/ kan brengen voor de bestuurders en commissarissen, maar in het navolgende zullen een aantal zaken kort aan de orde komen.

a. One-tier board

Met de invoering van de wet bestuur en toezicht wordt het mogelijk om het bestuursmodel bij de statuten in te richten in het Angelsaksische model van een zgn. one tier board en daarmee personen met een toezichthoudende functie in het bestuur plaats te laten nemen. Er is hierbij integratie van bestuur en toezicht in één orgaan. De verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken, berust bij het bestuur; derhalve ook bij bestuurders met een toezichthoudende functie.

Binnen het bestuur kan een onderscheid worden gemaakt tussen:

- a. bestuurders die zich in het bijzonder gaan bezighouden met de dagelijkse leiding van de vennootschap (de uitvoerend bestuurders); en
- b. bestuurders aan wie geen specifieke uitvoerende taken zijn opgedragen en als hoofdtak het algemeen bestuur hebben, de hoofdlijnen van het beleid vaststellen en het uitoefenen van toezicht op de uitvoerend bestuurders (de niet-uitvoerend bestuurders).

Taken die niet aan één of meer bestuurders zijn toebedeeld komen toe aan het bestuur. Bepaalde taken kunnen niet aan uitvoerende bestuurders worden toegekend.

Alleen natuurlijke personen kunnen niet-uitvoerend bestuurder zijn.

In de Code is opgenomen dat, in geval van een one-tier bestuursstructuur, de samenstelling en het functioneren van het bestuur waarvan zowel bestuurders deel uitmaken die zijn belast met de dagelijkse gang van zaken, als bestuurders die daarmee niet zijn belast, zodanig moeten zijn dat een behoorlijk en onafhankelijk toezicht door laatstgenoemden is gewaarborgd.

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 12 van 15

Tevens mag de voorzitter van het bestuur niet tevens zijn belast met, noch belast zijn geweest met de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap. Opgemerkt moet worden dat niet uitvoerende bestuurders deel uitmaken van het bestuur, daarmee beter geïnformeerd zijn over het reilen en zeilen van de vennootschap maar daarmee ook een zwaardere aansprakelijkheid hebben dan commissarissen.

b. Tegenstrijdig belang

Ingevolge de wet bestuur en toezicht, zal er ook een tegenstrijdig belangregeling voor commissarissen in de wet worden opgenomen. In de wet wordt bepaald dat een commissaris niet deelneemt aan de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het vennootschappelijk belang. Wanneer de RvC hierdoor geen besluit kan nemen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. De regeling ziet alleen op gevallen waarin de RvC zelf tot besluitvorming komt. Indien de tegenstrijdig belang bepalingen niet worden nageleefd, is het besluit vernietigbaar en kan de betreffende commissaris aansprakelijk worden jegens de vennootschap.

c. Beperking toezichthoudende functies

Het aantal toezichthoudende functies van onder meer een commissaris van een B.V. die voldoet aan de in de wet opgenomen criteria (functies bij zogenaamde "grote rechtspersonen") wordt gelimiteerd en aan strengere regels onderworpen.

C.7. Rol, taken en bevoegdheden IC

Zoals hiervoor al aangegeven is de IC in principe geen orgaan van de vennootschap. Op grond van artikel 2:198a BW zijn enkel als organen van de vennootschap (in de zin van de wet) aan te merken: de AV, de vergadering van houders van een bepaalde soort of aanduiding, het bestuur, de RvC en de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de RvC. Aan de IC komen dan ook geen wettelijke rechten, plichten en/of bevoegdheden toe. De gewenste taken en bevoegdheden van de IC kunnen dan ook in de statuten en/of in reglementen naar eigen wens worden ingevuld en vastgesteld. Uiteraard mogen deze taken en bevoegdheden niet in strijd komen met dwingendrechtelijke taken en bevoegdheden die in de wet aan een bepaald orgaan van de vennootschap worden toegekend.

Ten aanzien van de inrichting, de wijze van toekenning van taken en bevoegdheden en de wijze van functioneren kan echter, om belangenverstrengeling en taakoverschrijding te voorkomen, in grote lijnen worden aangesloten hetgeen hiervoor voor de RvC is vermeld. De achterliggende gedachte is immers gelijk.

D. Wat is het voorstel ten aanzien van de statutaire aanwijzingsbevoegdheid?

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 13 van 15

Met de statutaire aanwijzingsbevoegdheid doelde ik op het bepaalde in artikel 2:239 lid 4 Burgerlijk Wetboek ('**BW**'). Hierin is thans bepaald dat statutair kan worden bepaald dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Het bestuur is gehouden deze aanwijzingen te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden ondernemingen. De aanwijzingen moeten wel de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen. Daarnaast geldt dat het bestuur de aanwijzingen niet zomaar mag volgen; zij dient eerst een zelfstandige belangenafweging te maken. Voldoende is om de algemene regeling in de statuten op te nemen.

E. Waar wordt aan gedacht bij de eenduidigheid in bestaande reglementen? Hoe verhoudt zich dat met de eigenstandige bevoegdheid van de RvC om reglementen op te stellen?

Reglementen bevatten hoofdzakelijk procedurele regels, bijvoorbeeld over de werkwijze van bepaalde organen en/of de onderlinge omgangsnormen tussen de verschillende organen. Reglementen kunnen met inachtneming van de in de statuten en de reglementen vermelde regels te allen tijde door het vaststellende orgaan worden ingetrokken of gewijzigd. Reglementaire bepalingen kunnen de rechtskracht van statuten echter niet terzijde stellen. Bepalingen in reglementen mogen niet in strijd zijn met de wet en/of de statuten.

Het is zaak dat de inhoud van (bestaande en/of nieuw op te maken) reglementen zoveel mogelijk op elkaar wordt afgestemd, zodat zij zoveel mogelijk gelijklopende zijn, zeker voor wat betreft de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de verschillende organen. Dit geldt te meer als gebruik wordt gemaakt van de getrapte besluitvorming zoals in het eerdere advies (de dato 26 september jl.) aan de orde is gekomen. Indien de provincie rechtstreeks aandeelhouder is van de TG, is de getrapte besluitvorming echter niet of in ieder geval in mindere mate aan de orde en is het enkel zaak om er voor zorg te dragen dat de statuten van TG en de eventuele reglementen voor de verschillende organen (zoveel mogelijk) op elkaar worden afgestemd. In de praktijk gebeurt dit meestal doordat het opstellen van de genoemde stukken (zoveel mogelijk) in één hand wordt gehouden, waarna de stukken worden besproken en daar waar nodig en mogelijk worden gewijzigd in overleg met de betreffende organen, alvorens deze worden vastgesteld. Basis voor het opstellen van de reglementen zijn uiteraard altijd de wet en de statuten. De reglementen zijn hier slechts een nadere uitwerking van. Het kan dus in ieder geval niet zo zijn dat in de reglementen zaken staan die in strijd zijn met wat in de statuten is vermeld.

3. Algemene beoordeling van de opdrachtbrief aan PPM Oost vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief

Ten aanzien van dit onderwerp zal ik slechts een paar algemene op- en/of aanmerkingen

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 14 van 15

geven over vennootschapsrechtelijke onderwerpen die in de opdrachtbrief zijn opgenomen. Ik zal deze puntsgewijs behandelen.

- a. Op pagina 2 van de brief staat onder "doel- en taakomschrijving" vermeld dat de oprichting voor onbepaalde tijd is. Voor de goede orde wijs ik er op dat dit niet meer opgenomen hoeft te worden in de brief en/of de statuten van de vennootschap (vroeger wel). Op grond van het bepaalde in artikel 2:17 BW wordt een rechtspersoon automatisch opgericht voor onbepaalde tijd.
- b. Op pagina 2 onder "specifieke provinciale zeggenschap" worden een aantal punten weergegeven waarop de zeggenschap in ieder geval toegespitst zou moeten worden. De eerste twee punten vallen uit te werken op de een van de wijze als eerder in dit memorandum of het advies van 26 september jl. vermeld.

Over het derde punt dient opgemerkt te worden dat een rechtspersoon kan worden ontbonden op de wijzen als vermeld in artikel 2:19 BW. Dit kan onder meer door een besluit van de AV of door het intreden van een gebeurtenis die volgens de statuten de ontbinding tot gevolg heeft en die niet een besluit of een op de ontbinding gerichte rechtshandeling is. In het eerste geval zou de provincie dan een doorslaggevende meerderheid moeten hebben in de AV. Eventueel kan het besluit wel worden beperkt door op te nemen dat voor het besluit het voorstel tot of de goedkeuring van bijvoorbeeld de Prioriteit vereist is. In het laatste geval zou een concrete gebeurtenis moeten worden opgenomen in de statuten (een besluit van de provincie is echter niet een gebeurtenis die kan worden opgenomen).

Ten aanzien van het vierde punt dient opgemerkt te worden dat in de statuten vermeld dient te worden wie recht hebben op het liquidatiesaldo van de vennootschap en hoe de verdeling hiervan dient plaats te vinden. Hierbij kan differentiatie plaatsvinden naar de verschillende soort aandelen. In beginsel wordt het recht van een aandeelhouder gerelateerd aan zijn nominale aandelenbezit. Hier zal dus een andere regeling opgenomen dienen te worden. Van belang is echter wel dat de algemene tendens is dat een aandeelhouder toch ten minste een aanspraak heeft op het overschot voor de nominale waarde van zijn aandelen. Het geheel uitsluiten van de andere aandeelhouder(s) is hiermee niet te rijmen.

- c. Ten aanzien van de nadere specificaties voor de RvC en de IC op pagina 3, verwijs ik naar hetgeen hiervoor in hoofdstuk 3 is opgenomen. De gewenste specificaties kunnen in principe wel op enigerlei wijze worden opgenomen/ verwerkt (in statuten en/of nadere reglementen).

Ten aanzien van de instructies die de provincie wenst te geven aan het

DATUM 25 oktober 2012
ONS KENMERK 247023/JB
PAGINA 15 van 15

fondsbestuur, verwijs ik naar het hiervoor onder 2.D. bepaalde en hetgeen op pagina 4, vierde alinea van het memorandum van 26 september jl. is vermeld. Het fondsbestuur heeft zijn eigen verantwoordelijkheid en dient daarbij het belang van de vennootschap in acht te nemen. Zij kan dus niet zonder meer gedwongen worden alle instructies uit te voeren.

- d. De fiscale aspecten dienen inderdaad goed uitgezocht te worden voordat de structuur wordt opgetuigd. Deze aspecten kunnen zeker van invloed zijn op de uiteindelijke structuur waarin TG zich zal bevinden/ zal worden opgericht.

4. Algemene op- en/of aanmerkingen; slot

Zoals aangegeven pretendeert deze notitie geen volledigheid.

Ik hoop dat in onderhavig memorandum - op dit moment - in ieder geval voldoende antwoord is gegeven op de door u gestelde vragen. Indien er op een of meerdere vragen uitgebreider ingegaan dient te worden, verneem ik dat graag van u.

Indien u verder nog vragen en/of opmerkingen heeft, kunt u uiteraard contact met mij opnemen. Uiteraard ben ik altijd graag bereid nadere vragen te beantwoorden of toelichting te verstrekken.

AKD

