

# Kroniek

# Vennootschaps- recht



2011

## INHOUD

ASMI » Enquêtebevoegdheid » Bestuurdersaansprakelijkheid »  
Noodzaakfinanciering » Tegenstrijdig belang » Bestuur en toezicht »  
Controle op rechtspersonen » Personenvennootschap »  
Overige wetsvoorstellen

Deze kroniek – de eerste over vennootschapsrecht – begint op een goed moment. De ontwikkelingen in het vennootschapsrecht gedurende het afgelopen jaar zijn zonder meer enerverend te noemen. Allereerst wordt aandacht besteed aan de belangrijkste rechterlijke uitspraken uit 2011. Vervolgens wordt stilgestaan bij nieuwe wetgeving die het afgelopen jaar in werking is getreden of thans in voorbereiding is. Opzienbarend was de intrekking van het wetsvoorstel voor de personenvennootschap waaraan lang was gewerkt.

Bas Visée<sup>1</sup>

## ASMI

Op 14 april 2011 deed de Ondernemingskamer (OK) uitspraak in een van de meest spraakmakende zaken van de afgelopen jaren: ASMI. Een aantal hedge funds (hierna: Hermes c.s.) heeft een substantieel belang genomen in deze beursvennootschap. Zij hebben kritiek op de strategie en de *corporate governance* van ASMI, waarbij zij onder meer moeite hebben met de dominante positie van de familie van oprichter en CEO Del Prado Sr. die ongeveer 21 procent van de aandelen van ASMI in handen heeft. In 2008 agenderen Hermes c.s. de vervanging van de CEO en nagenoeg de hele raad van commissarissen (rvc). In reactie daarop oefent de beschermingsstichting van ASMI de aan haar gegeven optie uit en verwerft daarmee ruim 29 procent van de stemmen. Dit vormt de aanleiding voor een enquêteprocedure waarin de OK vele beschikkingen wijst en meermalen voorlopige voorzieningen treft. In haar beschikking van 5 augustus 2009 oordeelt de OK uiteindelijk dat er sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen en gelast zij een onderzoek.<sup>2</sup> Op 9 juli 2010 vernietigt de Hoge Raad deze beschikking.<sup>3</sup>

Allereerst heeft de HR beslist dat het bepalen van de strategie in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur van de vennootschap. Het is aan het bestuur, onder toezicht van de rvc, te beoordelen of

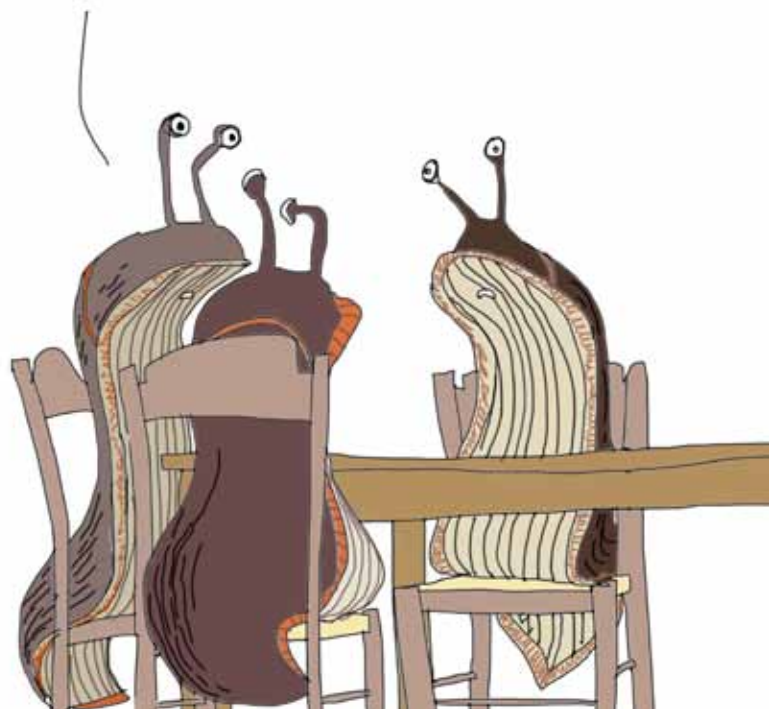
en in hoeverre, het wenselijk is daarover in overleg te treden met externe aandeelhouders. Met deze uitspraak benadrukt de HR de bestuursautonomie en verstevigt hij de positie van bestuurders die zich geconfronteerd zien met aandeelhouders die de strategie aanvallen.

Volgens de HR staat het elke vennootschap vrij haar (vennootschappelijke) organisatie naar eigen inzicht in te richten. Als een vennootschap conform de Nederlandse Corporate Governance Code (Code) eventuele afwijkingen uitlegt, moet de rechter in principe zeer terughoudend zijn met een oordeel over de gehanteerde governance. Het oordeel van de OK dat bij

ASMI sprake was van een gedateerd bestuursmodel vindt dan ook geen genade.

De HR gaat ook in op het informatierecht van aandeelhouders. Zowel het bestuur als de rvc is op grond van art. 2:107 lid 2 BW verplicht de aandeelhoudersvergadering (ava), behalve in het geval zwaarwichtige redenen bestaan, alle door haar avare verlangde inlichtingen te verschaffen. Iedere aandeelhouder heeft voorts ter vergadering zelfstandig het recht vragen te stellen – ongeacht of deze betrekking hebben op de agenda zijn vermeld – en de vennootschap dient die vragen te beantwoorden. Buiten de ava hebben aandeelhouders geen recht op het verstrekken door een

Zou de wetgever ook goed vinden dat wij ieder 50% vrouw en 50% man zijn?



<sup>1</sup> Partner bij Houthoff Buruma in Amsterdam.

<sup>2</sup> OK 5 augustus 2009, JOR 2009/254 met noot Hermans.

<sup>3</sup> HR 9 juli 2010, JOR 2010/228 met noot Van Ginneken.

vennootschap van door hen afzonderlijk gevraagde informatie. Het recht op nadere inlichtingen is een recht van de ava als orgaan van de vennootschap, verleend met het oog op vennootschappelijke rekening en verantwoording.

De HR heeft de door de OK aangenomen bemiddelende rol voor de rvc ondubbelzinnig afgewezen. Het staat de rvc wel vrij om te bemiddelen, maar een verplichting daartoe staat op gespannen voet met de beleidsvrijheid van de rvc.

Volgens de HR is het oordeel van de OK dat de Stichting Continuïteit ASMI (Stichting) wat betreft de uitoefening van haar optie-recht heeft te gelden als medebeleidsbepaler onjuist, omdat uitoefening van de optie niet het beleid van ASMI betreft en ook voor de doeleinden van het enquête-recht de Stichting niet als medebeleidsbepaler van ASMI kan gelden. De HR bedoelt hiermee dat de uitoefening van een calloptie door een beschermingsstichting niet in een enquêteprocedure kan worden beoordeeld.

Volgens de vernietigde beschikking van de OK moet het doel van uitgifte van beschermingsprefs worden beperkt tot het handhaven van de status-quo en het creëren van omstandigheden waaronder vruchtbaar overleg mogelijk wordt. De Stichting diende zich daarom onafhankelijk van het bestuur en de rvc van ASMI op te stellen, hetgeen zij volgens de OK niet heeft gedaan. De HR komt niet expliciet toe aan het oordeel van de OK over de rol van de Stichting.

In haar beschikking van 14 april 2011<sup>4</sup> heeft de OK geconcludeerd dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van ASMI te twijfelen ten aanzien van de informatieverschaffing aan de ava en ten aanzien van de gang van zaken bij de opvolging van Del Prado Sr. als CEO. Volgens de OK rechtvaardigen deze redenen echter niet afzonderlijk noch in onderling verband het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van ASMI.

Het enquêteverzoek wordt dus alsnog afgewezen.

Voor de beantwoording van de vraag of het vooralsnog handhaven van een beschermingsmaatregel gerechtvaardigd is, zal volgens de OK als maatstaf moeten gelden of deze maatregel in de gegeven omstandigheden bij een redelijke afweging van de in het geding zijnde belangen nog valt binnen de marges van een adequate en proportionele reactie op het dreigende gevaar van een ongewenste overname van de zeggenschap. Deze overweging is duidelijk ontleend aan de RNA-beschikking van de HR.<sup>5</sup> In dit geval beslist de OK dat de beschermingsmaatregel niet verder heeft gestrekt dan met het oog op het overleg tussen de betrokken partijen nodig was. Met deze beschikking van de OK is geen einde gekomen aan deze procedure. Inmiddels hebben Hermes c.s. opnieuw beroep in cassatie ingesteld. Wordt dus vervolgd.

## Enquête-bevoegdheid

Ondanks het feit dat Mark Bamford geen aandeelhouder is in TESN B.V. en dus op grond van de letter van art. 2:346 BW niet bevoegd is om een enquêteverzoek in te dienen, probeert hij de OK er toch toe te bewegen zijn verzoek ontvankelijk te achten: dat mislukt en ook het cassatieberoep OK wordt verworpen. De aandelen in TESN worden gehouden door twee Antilliaanse vennootschappen. Op hun beurt zijn de Antilliaanse aandelen in handen van Bermuda Trust Company Ltd. (BTCL): deze Bermudaanse vennootschap houdt de aandelen niet voor zichzelf maar in hoedanigheid van trustee van een viertal Bermudaanse trusts. Van twee van deze trusts is Bamford de *primary beneficiary*. Het gaat hierbij om *irrevocable discretionary trusts*: BTCL heeft een grote mate van vrijheid, of, wanneer, op welke wijze en ten behoeve van, respectievelijk aan wie van de *beneficiaries* zij (de opbrengsten uit)

het trustvermogen aanwendt of uitkeert. Bamford heeft zich op het standpunt gesteld dat hij, althans BTCL, naar de economische werkelijkheid gelijk is te stellen met een aandeelhouder (of certificaathouder) van TESN en derhalve bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek. De OK en de HR nemen dit standpunt niet over en achten Bamford niet-ontvankelijk in zijn enquêteverzoek.<sup>6</sup>

In eerdere zaken stelden de OK en de HR zich soepeler op. In de enquêteprocedure omtrent Scheipar B.V. stelt de HR de 'economisch rechthebbende' op certificaten van aandelen gelijk met de certificaathouder in de zin van art. 2:346 onder b BW.<sup>7</sup> De HR overwoog: 'Indien aan de economische certificaathouder in zijn verhouding tot de juridische certificaathouder alle bevoegdheden toekomen met betrekking tot de zeggenschap en de certificaten geheel en al voor rekening en risico van de economische certificaathouder worden gehouden, brengt de strekking van het enquête-recht mee dat de daardoor aan de kapitaalverschaffer verleende bescherming door de economische certificaathouder kan worden ingeroepen.' Daartoe is volgens de HR niet noodzakelijk dat tussen de economisch rechthebbende op de certificaten en de aandeelhouder een rechtstreekse contractuele band bestaat.

Daar waar de HR in de Scheipar-zaak twee vereisten stelt voor ontvankelijkheid van een enquêteverzoek: 1) economisch belang en 2) zeggenschap, lijkt uit de Butôt-zaak<sup>8</sup> te volgen dat om een enquêteverzoek te kunnen indienen niet langer is vereist dat aan de economische certificaathouder de zeggenschap toekomt. In deze zaak ging het om de vraag of een erfgenaam die deelgenoot is in een onverdeelde nalatenschap waartoe certificaten van aandelen behoren, bevoegd is zelfstandig een enquêteverzoek te doen. De HR oordeelde dat deze erfgenaam hiertoe bevoegd was en dat daaraan niet in de weg stond dat een executeur was benoemd die tot taak heeft

4 OK 14 april 2011, JOR 2011/179 met noot Hermans.

5 HR 18 april 2003, JOR 2003/110 met noot Blanco Fernandez.

6 HR 8 april 2011, JOR 2011/178 met noot Doorman.

7 HR 6 juni 2003, JOR 2003/161 met noot Josephus Jitta.

8 HR 10 september 2010, JOR 2010/337 met noot Brink.



de goederen van de nalatenschap, waartoe de certificaten van aandelen behoren, te beheren en de erfgenamen in en buiten rechte te vertegenwoordigen.

Uit de TESN-beschikking lijkt te volgen dat het zeggenschapsvereiste toch relevant blijft. Immers, de HR heeft vastgesteld dat de Antilliaanse aandelen zijn ondergebracht in *irrevocable discretionary trusts* en dat BTCL als trustee een grote mate van vrijheid toekomt. Tegelijkertijd kan worden geconstateerd dat in de TESN-zaak meer tussenschakels bestaan tussen de enquêteverzoeker en de vennootschap waartegen het enquêteverzoek is gericht dan in de zaken Scheipar en Butôt. Aldus strandt het beroep van Bamford op de 'economische werkelijkheid' in de TESN-zaak, daar waar dat beroep in de andere genoemde zaken slaagt.

Op 8 juli 2011 sprak de HR zich uit over de gevolgen van de intrekking door een van de verzoekers van een gemeenschappelijk enquêteverzoek voor de overblijvende verzoeker.<sup>9</sup> Rodolphe Hottinguer houdt 0,55 procent van het geplaatst aandelenkapitaal van Emba B.V. Dit correspondeert met een nominale waarde van 19.691 euro.

9 HR 8 juli 2011, JOR 2011/286 met kritische noot De Haan.

Rhodia N.V. houdt aandelen met een nominale waarde van in totaal 313.000 euro in het kapitaal van Emba; dit is een belang van 8,75 procent. Hottinguer en Rhodia dienen gezamenlijk een verzoek in bij de OK tot het gelasten van een enquête naar het beleid en de gang van zaken bij Emba. Voordat de OK op dit verzoek een beslissing heeft genomen, trekt Rhodia het verzoekschrift in voor zover het namens haar is ingediend. De OK verklaart Hottinguer, als enig overblijvende verzoeker, hierop niet-ontvankelijk in zijn verzoek omdat hij op het moment van indienen van het verzoek niet aan de vereisten van art. 2:346 onder b BW voldeed. Hottinguer baseerde zijn ontvankelijkheid met name op de Claybo-uitspraak.<sup>10</sup> Daar bepaalde de HR kort gezegd dat bij de beantwoording van de vraag of aan de kapitaaleis van art. 2:346 onder b BW wordt voldaan, de situatie ten tijde van de indiening van het enquêteverzoek beslissend is. De OK en de HR volgen deze redenering van Hottinguer niet. Weliswaar wordt Hottinguers ontvankelijkheid beoordeeld met inachtneming van zijn kapitaalbelang per het moment van indiening van het verzoekschrift, maar daarbij worden de aandelen van Rhodia buiten beschouwing gelaten. Derhalve is het gezamenlijk entameren

10 HR 9 mei 1990, NJ 1990/829.

van een enquêteprocedure onder omstandigheden bepaald risicovol. Als een van de verzoekers zich later terugtrekt, kan dat alsnog leiden tot niet-ontvankelijkheid van de andere verzoeker.

## Bestuurders-aansprakelijkheid

Op 28 januari 2011 deed de HR uitspraak<sup>11</sup> in een zaak over art. 2:180, lid 2, aanhef en onder a, BW dat bepaalt dat bestuurders van een bv naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elke rechtshandeling verricht voordat de vennootschap is ingeschreven in het handelsregister en een authentiek afschrift van de oprichtingsakte aldaar is neergelegd. Staalbankiers is op de dag van de oprichting van EDG Beheer B.V. een kredietovereenkomst met deze vennootschap aangegaan. Pas enkele dagen later is de vennootschap in het handelsregister ingeschreven. Na de faillietverklaring van EDG Beheer heeft Staalbankiers de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de uit de kredietovereenkomst resterende schuld van de vennootschap. De HR oordeelt dat het beroep van Staalbankiers op art. 2:180 lid 2, aanhef en onder a, BW in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat art. 180 lid 2 BW een regel van dwingend recht is, staat niet aan een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de weg; wel moeten hoge eisen worden gesteld aan de motivering van het rechterlijk oordeel ter zake.

Uit de rechtspraak<sup>12</sup> blijkt dat de onrechtmatige daadaansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in twee categorieën is te verdelen. Ten eerste zijn er gevallen waarin een bestuurder de vennootschap als het ware lichtvaardig heeft verbonden. De tweede categorie betreft

11 HR 28 januari 2011, JOR 2011/70 met een korte maar krachtige noot van Groffen. Overigens past de HR, anders dan Groffen stelt, volgens mij lid 2 en niet lid 1 van art. 6:2 BW toe.

12 HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger-Roelofsen)



situaties waarbij de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de optredende schade. Voor beide categorieën mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens derden onrechtmatig heeft gehandeld, waar hem een 'voldoende ernstig verwijt' kan worden gemaakt.

Op 8 juli 2011 wees de HR arrest over een tweede categorie aansprakelijkheid.<sup>13</sup> MeesPierson Trust (MPT) is bestuurder van Hilltop. De Ontvanger stelt de trustbestuurder aansprakelijk voor de voldoening van een naheffingsaanslag kapitaalbelasting. MPT was aangezocht door de belastingadviseur van de *beneficial owner* van Hilltop. Deze belastingadviseur had namens Hilltop om een vrijstelling kapitaalbelasting verzocht die ook werd verleend in verband met een Duitse transactie. Kort nadat MPT als bestuurder was aangetreden is Hilltop een andere transactie aangegaan waardoor deze vrijstelling kwam te vervallen. Nadat MPT als bestuurder was afgetreden heeft Hilltop een naheffingsaanslag kapitaalbelasting ontvangen die onbetaald is gebleven. De Ontvanger verwijt MPT dat zij heeft nagelaten na de tweede transactie aangifte van de alsnog door Hilltop verschuldigde kapitaalbelasting te doen en er geen zorg voor heeft gedragen dat de vennootschap daadwerkelijk in staat zou zijn haar hiermee verband houdende schuld aan de Ontvanger te voldoen. MPT heeft aangevoerd dat fiscale aangelegenheden uitdrukkelijk geen deel uitmaakten van de als trustbestuurder geboden diensten. MPT wist niet van het beroep op een vrijstelling bij de eerste transactie en evenmin dat de tweede transactie tot kapitaalbelasting zou leiden. MPT vindt dat zij mag afgaan op de door haar opdrachtgever ingeschakelde belastingadviseur die Hilltop niet op de verschuldigdheid van de belasting had gewezen. Volgens MPT is er ook geen sprake van een ernstig verwijt

omdat de achteraf verschuldigd gebleken kapitaalbelasting gezien de omstandigheden niet voorzienbaar was geweest voor de bestuurder. Zowel Rechtbank Amsterdam als Hof Amsterdam volgt de redeneringen van MPT niet en oordelen dat de trustbestuurder wel een ernstig verwijt treft. Het hof overweegt onder meer dat van een behoorlijk optredend bestuurder kan worden verlangd dat hij zich geïnformeerd houdt ten aanzien van de mogelijke fiscale gevolgen van activiteiten die binnen rechtspersoon worden ontplooid. Volgens het hof mocht MPT niet zonder meer afgaan op de door haar opdrachtgever ingeschakelde belastingadviseur en lag het wel degelijk op haar weg te onderzoeken wat de fiscale gevolgen voor de door haar bestuurde vennootschap konden zijn.

De HR vernietigt het arrest van het Hof Amsterdam en verwijst de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof Den Haag. Naar het oordeel van de HR speelt het aspect van de voorzienbaarheid van de schade een rol bij de beantwoording van de vraag of, in het geval als het onderhavige, de aangesproken bestuurder een persoonlijk en voldoende ernstig verwijt treft. Derhalve dient de vraag beantwoord te worden in hoeverre de bestuurder wetenschap had moeten dragen van de als gevolg van de tweede transactie verschuldigde kapitaalbelasting. De HR laat zich er niet over uit of daarbij op de bestuurder een onderzoeksplicht rust.

De artt. 2:11 en 2:248 BW kwamen aan de orde in een arrest van 18 maart 2011 waarin de HR ook een vraag van internationaal privaatrecht moest beantwoorden.<sup>14</sup> D Group, een in België gevestigde naamloze vennootschap naar Belgisch recht, was bestuurder en aandeelhouder van D Freight, een naar Nederlands recht opgerichte besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Laatstgenoemde vennootschap was op haar beurt bestuurder en aandeelhouder van vier Nederlandse vennootschappen. Drie van deze vier vennootschappen zijn failliet gegaan. De curator heeft D Group, in haar hoedanigheid

van bestuurder van de bestuurder van de failliete kleindochtervennootschappen aansprakelijk gesteld voor het tekort van de failliete boedels. De rechtbank heeft het betoog van de curator gevolgd en de aansprakelijkheid van D Group aangenomen op grond van art. 2:248 lid 2 BW. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd, overwegend dat de verwijten inzake de administratieplicht en de publicatieplicht onbelangrijke verzuimen waren. Het hof heeft geoordeeld dat er ten aanzien van één van de kleindochtervennootschappen op grond van art. 2:248 lid 1 BW wel sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling, omdat D Group heeft meegewerkt aan een voor deze kleindochter nadelige transactie ten gunste van de enige niet failliete kleindochter. Het hof nam vervolgens aan dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement en concludeerde tot bestuurdersaansprakelijkheid. De belangrijkste vraag die in cassatie aan de orde kwam was of art. 2:11 BW ook geldt indien de uiteindelijke bestuurder in het buitenland is gevestigd. De aangesproken bestuurder was immers een Belgische vennootschap. Het antwoord op deze vraag van internationaal privaatrecht luidt volgens de HR bevestigend. Op grond van art. 3, aanhef en onder e, Wet conflictenrecht corporaties<sup>15</sup> wordt de vraag wie naast de corporatie als bestuurder hoofdelijk verbonden is voor haar handelingen, beheerst door het recht dat op de corporatie van toepassing is, in dit geval Nederlands recht. Art. 2:11 BW stelt dus de aansprakelijkheid van D Group als bestuurder van de bestuurder van haar kleindochtervennootschap vast. Daarentegen zal deze Nederlandse bepaling niet kunnen doorwerken in de relatie tussen D Group en haar bestuurders, omdat deze verhouding wordt beheerst door Belgisch recht als het incorporatierecht van D Group.

<sup>13</sup> HR 8 juli 2011, JOR 2011/285 met noot Tekstra.

<sup>14</sup> HR 18 maart 2011, JOR 2011/144 met noot Van Solinge.

<sup>15</sup> Sinds 1 januari 2012 zijn de regels van internationaal privaatrecht ondergebracht in een nieuw Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek. In dat kader is art. 3 Wet conflictenrecht corporaties vervangen door het gelijkkluidende art. 10:119 BW.

## Noodzaak-financiering

Van noodzaakfinanciering wordt wel gesproken indien een vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert en dringend behoefte heeft aan additionele financiering met eigen vermogen. Indien de aandeelhouders geen contractuele of statutaire regelingen hebben getroffen die voorzien in het verschaffen van voortgezette financiering geldt, gelet op de artt. 2:81/192 BW, dat een aandeelhouder niet kan worden verplicht om zijn kapitaaldeelname uit te breiden bij een uitgifte van aandelen. Iets anders is dat aandeelhouders wel gehouden kunnen zijn om mee te werken aan de besluitvorming om uitgifte van aandelen te bewerkstelligen dan wel een dergelijke uitgifte moeten dulden, met verwatering van hun belang als gevolg. De rechter is onder omstandigheden bereid gebleken om de statutaire of contractuele bescherming van aandeelhouders tegen ongewenste verwatering van hun aandelenbelang opzij te zetten.<sup>16</sup>

Op 25 februari 2011 deed de HR uitspraak over de noodzaakfinanciering bij Inter Access Group (IAG) waarover de pers uitvoerig schreef.<sup>17</sup> De OK had vastgesteld dat IAG zich door haar verlieslatende bedrijfsvoering en het aanzienlijke negatieve vermogen in zeer slechte financiële omstandigheden bevindt, dat adequate (additionele) financiering op korte termijn dient plaats te vinden ter voorkoming van discontinuïteit en dat binnen de vennootschappelijke organen van IAG niet tot een oplossing wordt gekomen. De noodzaakfinanciering geschiedt door middel van uitgifte van aandelen aan Rabo Participaties dat dan circa 30 procent van de aandelen in IAG houdt en crediteur is van IAG.

Deze emissie vindt plaats met uitsluiting van het voorkeursrecht van de overige aandeelhouders waaronder Marigot dat tot dat moment ruim 59 procent van de aandelen houdt. Tevens converteert Rabo Participaties een aanzienlijk deel van haar vordering op IAG in aandelen IAG waardoor ze de controlerende aandeelhouder van IAG wordt ten koste van Marigot. De OK faciliteert de noodzaakfinanciering door het treffen van onmiddellijke voorzieningen ex art. 2:349a lid 2 BW. Onder meer wordt het bestuur van IAG de bevoegdheid toegekend de uitgifte uit te voeren zonder een daartoe strekkend aandeelhoudersbesluit als bedoeld in art. 2:206 lid 1 BW, maar wel onder goedkeuring van de rvc van IAG.

De HR verwerpt de cassatieklacht dat de door de OK bevolen verschuiving van de emissiebevoegdheid van de algemene vergadering naar het bestuur in strijd zou zijn met de dwingende bevoegdheidsbedeling tussen de organen van de vennootschap onderling en niet zou passen binnen de grenzen waarbinnen onmiddellijke voorzieningen dienen te blijven. De HR verwijst hierbij naar zijn eerdere uitspraken inzake Skygate en Versatel, waarin de voorwaarden zijn geformuleerd waaraan elke voorlopige voorziening moet voldoen. Allereerst moet de voorziening naar haar aard een voorlopige zijn, waarbij aan het treffen van een dergelijke voorziening niet zonder meer in de weg hoeft te staan dat deze kan leiden tot onomkeerbare gevolgen. Verder dient bij het treffen van een voorziening voldoende rekening te worden gehouden met de belangen van de betrokken partijen, waarbij een billijke afweging moet hebben plaatsgevonden. Ten derde dient de noodzaak van de voorziening voldoende te zijn gebleken, waarbij dat laatste met name ook het geval zal zijn als naar het oordeel van de OK een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn. Als aan deze voorwaarden is voldaan mag de OK ook de regel van art. 2:206 lid 1 BW opzijzetten door het geven van een onmiddellijke voorziening die neerkomt op het machtigen van het bestuur tot uitgifte van aandelen.

In cassatie wordt ook nog geklaagd dat de 'voorlopige' voorzieningen in strijd

zijn met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Daartoe wordt betoogd dat als gevolg van die voorzieningen een verwatering van dat aandelenbezit van Marigot is ontstaan, hetgeen een ontneming van eigendom danwel een regulering van eigendom is, die slechts onder strikte condities is goedgekeurd. De HR verwerpt de cassatieklacht omdat Marigot haar betoog bij de OK onvoldoende uitgewerkt naar voren heeft gebracht en het betoog niet voor het eerst in cassatie aan de orde kan komen. Advocaat-generaal Timmerman gaat in zijn conclusie wel uitgebreid in op deze cassatieklacht en meent dat van schending van art. 1 van het Eerste Protocol geen sprake is.

## Tegenstrijdig belang

Het leerstuk tegenstrijdig belang heeft de afgelopen jaren bijzonder veel jurisprudentie opgeleverd.<sup>18</sup> Volgens de eerste zin van art. 2:146/256 BW wordt de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen. Het doel is te voorkomen dat een bestuurder zich bij zijn handelen laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van het belang van de vennootschap. Er is volgens de rechtspraak pas sprake van een tegenstrijdig belang als op basis van een materiële toets concreet blijkt dat een bestuurder niet integer en niet objectief de belangen van de door hem vertegenwoordigde vennootschap behartigt. Slechts de vennootschap (in faillissement: de curator) kan een beroep doen op niet-gebondenheid van de vennootschap als gevolg van een tegenstrijdig belang. Een met een tegenstrijdig belang besmette rechtshandeling is nietig (en dus niet vernietigbaar).

De zojuist genoemde eerste zin van art. 2:146/256 BW is van regelend recht. In de statuten kan worden bepaald dat een be-

<sup>16</sup> Zie onder meer: HR 19 oktober 2001, *JOR* 2002/5 (Skygate) en OK 29 mei 2009, *JOR* 2009/319 (Triple E).

<sup>17</sup> HR 25 februari 2011, *JOR* 2011/115 met noot Doorman. Zie ook *Ondernemingsrecht* 2011/40 en 2011/72 met noten van Assink. In laatstgenoemde publicatie wordt de kernoverweging van de HR uit zijn herstelbeschikking van 27 mei 2011 integraal overgenomen. In deze herstelbeschikking wordt de eerdere beschikking van 25 februari 2011 op twee punten gecorrigeerd.

<sup>18</sup> De belangrijkste arresten zijn: HR 29 juni 2007, *JOR* 2007/169 (Bruil) met noten van Leijten en Bartman en HR 21 maart 2008, *JOR* 2008/124 (Nieuwe Steen) met noot Nowak.

stuurder ook in geval van een tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd is. De HR heeft al eerder bepaald dat de tweede zin van art. 2:146 en 2:256 BW van dwingend recht is. Volgens de tweede zin is de *ava* steeds bevoegd een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. In een arrest van 14 oktober 2011<sup>19</sup> heeft de HR de betekenis van deze tweede zin nog verder verduidelijkt. Om de *ava* in staat te stellen gebruik te maken van haar aanwijsbevoegdheid is het bestuur verplicht de *ava* tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang. De HR heeft nu beslist dat dit inhoudt dat alle vergadergerechtigden, dus ook houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten daarvan op de hoogte moeten worden gesteld. Voorts overweegt de HR dat indien de statuten van een vennootschap bepalen dat haar bestuurder ook in geval van tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen, die bestuurder weliswaar gehouden zal zijn de *ava* zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang dat deze in de gelegenheid is de haar in de tweede volzin van art. 2:256 BW toegekende bevoegdheid uit te oefenen, maar dat de bestuurder die na laat de *ava* aldus te informeren niet reeds daardoor wegens tegenstrijdig belang onbevoegd wordt de vennootschap te vertegenwoordigen.

Met deze laatste uitspraak is het leerstuk tegenstrijdig belang langzamerhand uitgekristalliseerd. Dat is opmerkelijk omdat de huidige tegenstrijdig belangregeling op het punt staat te verdwijnen. Naar verwachting treedt op 1 juli 2012 de hierna te bespreken Wet bestuur en toezicht in werking die een nieuwe regeling voor tegenstrijdige belangen van bestuurders en commissarissen bevat.

## Bestuur en toezicht

In de wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels

of bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen<sup>20</sup> vervallen de artt. 2:146/256 BW. Volgens het nieuwe lid 6 van art. 2:129/239 BW mag een bestuurder niet deelnemen aan de beraadslaging en de besluitvorming indien hij of zij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat strijdig is met het belang van de vennootschap of de met haar verbonden onderneming. Indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, wordt het besluit genomen door de rvc. Bij het ontbreken van een rvc, wordt het besluit genomen door de *ava*, tenzij de statuten anders bepalen. Een vergelijkbare regeling geldt voor commissarissen (zie het nieuwe lid 5 dat wordt toegevoegd aan de artt. 2:140/250 BW). De nieuwe regels voor tegenstrijdige belangen van bestuurders en commissarissen zijn geïnspireerd door de Code (II.3 en III.6).

De nieuwe wet faciliteert de *one-tier board*, een bestuur bestaande uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Deze structuur is een alternatief voor het dualistische stelsel met een raad van bestuur en een rvc. De *one-tier board* komt al geruime tijd in de Nederlandse praktijk voor, zoals bij Fortis (thans Ageas) en Unilever die het *one-tier* bestuursmodel in de statuten vastlegden. In de Code Tabaksblat uit 2003 werd erkend dat Nederlandse beursvennootschappen kunnen kiezen voor een *one-tier* bestuursstructuur (III.8 Code). In 2004 volgde de eerste wettelijke regeling: sindsdien kan een in Nederland opgerichte Europese vennootschap kiezen voor het monistische model.

De nieuwe Wet van 6 juni 2011 bevat regels voor de *one-tier board* bij een nv of bv. In het dualistische stelsel is de raad van bestuur verantwoordelijk voor zowel het voorbereiden en het vaststellen van de strategie van de vennootschap als het uitvoeren van het beleid. Een en ander gebeurt onder toezicht van de rvc die tevens een adviseerende rol heeft. In het monistische model zijn de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders gezamenlijk verantwoordelijk voor het ontwikkelen van de strategie. De uitvoering van het beleid ligt in handen van de *executive board members* on-

der toezicht van de *non-executives*. Om dit toezicht effectief te laten zijn bepaalt de Code (III.8.4) voor beursvennootschappen dat de voorzitter van de *one-tier board* en de meerderheid van de leden ervan niet-uitvoerend bestuurder moeten zijn.

Een niet-uitvoerend bestuurder heeft dus duidelijk een ruimere verantwoordelijkheid dan een commissaris. Daarmee lijkt het aansprakelijkheidsrisico van een niet-uitvoerend bestuurder ook groter te zijn dan dat van een commissaris. Sprekend over aansprakelijkheid is mede de taakverdeling tussen de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders van belang. Het wordt nog belangrijker die taakverdeling tussen de bestuurders duidelijk vast te leggen in de statuten of een reglement.

Het *one-tier* model kan de informatiever-schaffing, het onderling overleg en de snelheid van besluitvorming verbeteren. Doordat uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders deel uitmaken van één orgaan zal sneller het gevoel ontstaan dat beide groepen bestuurders er echt gezamenlijk voor staan. Anderzijds is het monistische model ook geen panacee.

De nieuwe wet introduceert ook een regeling die de participatie van vrouwen in raden van bestuur en raden van commissarissen moet bevorderen. De nieuwe regeling geldt alleen voor een nv of bv die kwalificeert als grote rechtspersoon; daarvan is sprake als deze voldoet aan ten minste twee van de volgende criteria:

- de waarde van de activa bedraagt meer dan 17,5 miljoen euro;
- de netto-omzet bedraagt meer dan 35 miljoen euro;
- het gemiddeld aantal werknemers bedraagt 250 of meer.

Als streefcijfer gaat gelden dat de zetels in de raad van bestuur en in de rvc voor ten minste dertig procent door vrouwen en voor ten minste dertig procent door mannen dienen te worden bekleed. Wordt daaraan niet voldaan, dan moet in het jaarverslag worden vermeld: de oorzaak daarvan, op welke wijze de vennootschap heeft getracht tot een evenwichtige verdeling te komen en hoe de vennootschap beoogt in de toekomst zo'n evenwichtige

<sup>19</sup> HR 14 oktober 2011, JOR 2001/363 (ME Beheer), met een zeer duidelijke noot van Leijten.

<sup>20</sup> Staatsblad 2011, 275.

Assu het mijn vraagt —  
ik heb inderdaad geen enkele behoefte  
aan nieuwe personenvennootschappen,  
Stelletje zakkenvullers...



verdeling te realiseren. De nieuwe artt. 2:166/276 BW over evenwichtige participatie van vrouwen en mannen vervallen met ingang van 1 januari 2016.

Ten slotte voorziet de nieuwe wet in een beperking van het aantal functies dat een bestuurder of toezichthouder bij een nv, bv of stichting die kwalificeert als een grote rechtspersoon (zie hiervoor) mag bekleeden. Een persoon kan geen bestuurder zijn van een grote rechtspersoon indien hij of zij meer dan twee toezichthoudende functies bekleedt bij een grote rechtspersoon. Voorts kan een persoon geen toezichthouder van een grote rechtspersoon zijn indien hij of zij vijf of meer toezichthoudende functies bekleedt bij grote rechtspersonen. Bij beide regels geldt dat het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan dubbel telt. De wet kent een overgangsregeling met eerbiedigende werking voor bestaande situaties. Een persoon die voor inwerkingtreding van de wet is benoemd in meer functies dan is toegestaan, kan die behouden. Bij een herbenoeming of nieuwe benoeming geldt de nieuwe regeling.

De wet van 6 juni 2011 is nog niet in werking getreden vanwege een wetsvoorstel dat thans aanhangig is in de Tweede Kamer en waarin de zojuist besproken regeling die voorziet in een beperking van het aantal bestuursfuncties en commissariaten wordt verduidelijkt.<sup>21</sup> Naar verwachting zullen de nieuwe wet en de hier bedoelde reparatiewet per 1 juli 2012 in werking treden.

21 TK, 2010–2011, 32873, nr 2. Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artt. 297a en 297b.

## Controle op rechtspersonen

Op 1 juli jl. is ingevoerd de nieuwe Wet controle op rechtspersonen (voorheen: Wet documentatie vennootschappen). Als gevolg daarvan kunnen oprichtingen, statutenwijzigingen en omzettingen van een bv of nv voortaan zonder verklaring van geen bezwaar van de Minister van Veiligheid en Justitie plaatsvinden. Tegelijkertijd is een nieuw systeem van doorlopende controle op rechtspersonen ingevoerd. Kort gezegd is derhalve het preventieve toezicht door de Minister van Veiligheid en Justitie vervangen door repressief toezicht, zulks ter voorkoming en bestrijding van misbruik van rechtspersonen.

In dit kader noem ik ook de initiatiefnota van de Tweede Kamerleden Groot en Recourt over een mogelijk centraal aandeelhoudersregister voor besloten en (niet-beursgenoteerde) naamloze vennootschappen; de Minister van Veiligheid en Justitie gaat dit nader onderzoeken.<sup>22</sup>

22 TK, 2010–2011, 32 608, nrs. 1, 2 en 3.

## Personenvennootschap

Al lang wordt gesproken over modernisering van de personenvennootschap. De huidige wettelijke regeling stamt uit 1838, is verspreid over boek 7A BW en het Wetboek van Koophandel en moeilijk leesbaar. Zonder kennisneming van handboeken en vaak oude rechtspraak is de huidige regeling niet goed te begrijpen. In december 2002 werd bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend waarbij de regeling van de personenvennootschap werd ondergebracht in een nieuwe titel 7.13 BW. Na een wetgevingsproces van bijna tien jaar heeft de Minister van Veiligheid en Justitie dit wetsvoorstel in december 2011 ingetrokken. Als reden voor de intrekking noemt de minister de kritische opmerkingen over het wetsvoorstel in de Eerste Kamer. Dat klinkt weinig overtuigend omdat die Kamer wel vaker kritische geluiden over wetsvoorstellen laat klinken waarmee veelal niets wordt gedaan. Voorts was er de lobby van VNO-NCW en MKB Nederland: volgens hen zouden de beoogde gebruikers van de nieuwe regeling voor de personenvennootschap, met





name ondernemers in het midden- en kleinbedrijf, geen behoefte hebben aan de nieuwe personenvennootschappen en bevreesd zijn voor de ermee gepaard gaande kosten. Echter geen van beide punten is aannemelijk gemaakt.

Het is zeer te betreuren dat de nieuwe titel 7.13 BW niet wordt ingevoerd. Het wetsvoorstel was zeker niet ideaal maar een sterke verbetering ten opzichte van de stokoude regeling waarmee wij het nu de komende jaren mee lijken te moeten doen. Het mooie van het ingetrokken wetsvoorstel was de mogelijkheid om de fiscale transparantie van een personenvennootschap te paren aan rechtspersoonlijkheid. Ook waren de beperkingen in de aansprakelijkheid van vennoten en de wisseling van vennoten beter geregeld.

## Overige wetsvoorstellen

In 2007 is het wetsontwerp tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, de zogenaamde Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht of kortweg de Flexwet bij de Tweede Kamer ingediend. Inmiddels ligt het wetsvoorstel in de Eerste Kamer en is het wachten op de memorie van antwoord van de regering.<sup>23</sup> Het wetsvoorstel maakt het eenvoudiger om een bv op te richten. Het minimumkapitaal van 18.000 euro wordt afgeschaft; er komt een nieuw systeem van crediteurenbescherming. Aandeelhouders krijgen meer vrijheid om de statuten 'op maat te maken.' Zo wordt het mogelijk dat aandeelhouders rechtstreeks één of meer bestuurders benoemen. De statuten kunnen voorzien in stemrechtloze en winstrechtloze aandelen. Tot slot voorziet het wetsvoorstel in een nieuwe, betere geschillenregeling.

Voor de volledigheid noem ik nog drie andere vennootschapsrechtelijke wets-

voorstellen die bij de Tweede Kamer aanhangig zijn. In 2009 werd het wetsvoorstel ingediend ter implementatie van het advies van de Commissie-Frijns uit mei 2007.<sup>24</sup> In 2010 is het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 BW en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers aan de Tweede Kamer aangeboden.<sup>25</sup> Tot slot is in september 2011 een voorstel tot wijziging van het enquêterecht ingediend.<sup>26</sup>

Over de Flexwet en de overige wetsvoorstellen valt natuurlijk veel meer te zeggen. Ik bewaar dat tot de volgende kroniek; dan is hopelijk ook duidelijk wanneer deze wetsvoorstellen in werking treden.

## Tot slot

We kunnen constateren dat 2011 veel interessante jurisprudentie heeft opgeleverd. Daartegenover staat dat het afgelopen jaar weinig vooruitgang is geboekt met de vernieuwing van de vennootschapsrechtelijke wetgeving. De zo nodige modernisering van het ondernemingsrecht staat politiek niet hoog op de agenda. Helaas is de Wet bestuur en toezicht nog steeds niet in werking getreden. Hetzelfde geldt voor de Flexwet die eerst nog moet worden aangenomen in de Eerste Kamer. Nog triester is de balans die wij kunnen opmaken bij de ingetrokken Wet personenvennootschap. Daar heeft het huidige kabinet de klok meer dan honderdvijftig jaar teruggezet: vooralsnog zullen wij het moeten doen met overwegend negentiende-eeuwse wetgeving. Het lijkt erop dat onze wetgever vooral bezig is met symboolwetgeving zoals het voorstel tot aanpassing en *claw back* van bonussen van bestuurders. <<

(advertentie)



### Vacature advocaat / jurist arbeids- en ambtenarenrecht

(32 - 40 uur per week)

*Aegis advocaten is een jong en gestaag groeiend kantoor dat zich met name toelegt op het gebied van arbeidsrecht, ambtenarenrecht en onderwijsrecht.*

*Aegis advocaten heeft vestigingen in Landsmeer, Almere en Haren (Gn.) en kan (overheids)werkgevers, rechtsbijstandsverzekeraars, werknemers en particulieren tot haar klanten rekenen.*

In verband met een toename van werkzaamheden is een vacature ontstaan op onze vestigingen te Landsmeer en te Haren.

Wij zoeken voor beide vestigingen **een deskundige advocaat of jurist** met minimaal drie jaar werkervaring op het gebied van arbeidsrecht.

Kennis van het ambtenarenrecht en onderwijsrecht is een pré.

Wij bieden concurrerende arbeidsvoorwaarden en een open en informele werksfeer.

Juristen in dienst van rechtsbijstandsverzekeraars met relevante ervaring worden nadrukkelijk verzocht te reageren.

Is uw belangstelling gewekt, reageer dan via Martin Horst (horst@aegisadvocaten.nl) Bellen kan ook: 020-4823141

<sup>23</sup> EK, 2009-2010, 31 058, A en EK, 2011-2012, 32 426, A (Invoeringswet)