

**ONDERNEMINGSRECHT**

AAK20126928

Mr. B.J. de Jong &amp; mr. A.W. van der Vegt (Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen)

PERIODE 1 JANUARI – 31 MAART 2012

**Regelgeving***Flexibilisering BV-recht*

In voorgaand *KwartaalSignaal* is ten aanzien van het wetsvoorstel Flex-BV (*Kamerstuk* 31 058) en de daarbij behorende invoeringswet (*Kamerstuk* 32 426) stilgestaan bij enkele vragen van leden van de Eerste Kamer inzake de praktische werking van enkele artikelen. In de onlangs verschenen memorie van antwoord (*Kamerstuk* 31 058, C) zijn deze vragen door de minister beantwoord. De eerste vraag hield verband met de in de voorgestelde regeling voor uitkeringen aan aandeelhouders geïntroduceerde goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur. Deze goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur is opgenomen in het voorgestelde artikel 2:216 BW en houdt in dat een bestuurder, wanneer deze weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de Flex-BV na de uitkering haar opeisbare schulden niet langer zal kunnen voldoen, zijn goedkeuring aan de bewuste uitkering dient te onthouden. De bestuurder die in strijd met deze bepaling toch zijn goedkeuring verleent, is jegens de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Omdat er tussen de daadwerkelijke uitkering in de vorm van betaalbaarstelling en de goedkeuring enige tijd kan zitten waarin zich ontwikkelingen kunnen voordoen die ertoe leiden dat de uitkering op het moment van betaalbaarstelling niet langer aan de genoemde uitkeringstest voldoet, vroegen enkele leden zich af op welk moment een uitkering aan de uitkeringstest dient te voldoen. De minister antwoordt hierop dat voor de aansprakelijkheid van het bestuur steeds beslissend is, het moment waarop het bestuur uitkeert c.q. betaalbaar stelt.

De tweede vraag zag op het voorgestelde artikel 2:192 BW; meer in het bijzonder op de mogelijkheid inhoudende dat aandeelhouders zich in de statuten hoofdelijk aansprakelijk kunnen stellen voor bepaalde of alle schulden van de Flex-BV. In dat kader vroegen enkele leden zich af of enkel de Flex-BV zelf hierop een beroep kan doen ofwel dat eveneens derden deze verplichting kunnen afdwingen. Volgens de minister kan een verplichting van de aandeelhouder van verbintenisrechtelijke aard door de derde rechtstreeks worden afdwongen.

De derde vraag van de leden was of de voorgestelde regeling in artikel 2:210 lid 5 BW het toelaat dat de statuten alsnog een afzonderlijk besluit tot kwijting vereisen. Deze

regeling houdt namelijk in dat de ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen – mits met instemming van alle vergadergerechtigden – tevens geldt als vaststelling van de jaarrekening. Tevens is bepaald dat deze vaststelling strekt tot kwijting van de betreffende bestuurders en commissarissen. Dit kan, zoals in het vorige *KwartaalSignaal* uiteen is gezet, leiden tot ongewenste kwijting van bestuurders. Volgens de minister staat het aandeelhouders vrij om hierover een nadere regeling te treffen in de statuten. Daarnaast kan op grond van de laatste zin van het voorgestelde lid 5 in de statuten worden bepaald dat de in artikel 2:210 BW bedoelde alternatieve wijze van vaststelling in het geheel niet van toepassing is. Inzake het verzoek om in de toekomst het NV-recht te moderniseren, stelt de minister ten slotte dat hij voornemens is om hiermee aan te vangen in 2012. In deze modernisering zal het onderscheid tussen de BV, de niet-beurs NV en de beurs NV nader worden bezien. De tijd zal het leren.

*Aanpassing enquête-recht*

In *KwartaalSignaal* 122 is eveneens nader ingegaan op het wetsvoorstel leidende tot aanpassing van het enquête-recht (*Kamerstuk* 32 887) en meer in het bijzonder op enkele vragen van leden van de Tweede Kamer hieromtrent (verslag, nr. 5). In de nota naar aanleiding van het verslag zijn onder meer deze vragen door de minister beantwoord (nr. 6). De eerste vraag van enkele leden, inhoudende of de middels het wetsvoorstel geïntroduceerde raadsheer-commissaris een actieve dan wel passieve rol dient te vervullen in zijn toezicht op het verloop van de procedure, beantwoordt de minister door te stellen dat een actieve rol van de raadsheer-commissaris wordt verwacht. Hij treedt immers op wanneer een belanghebbende daarom vraagt, waardoor zijn rol niet vergelijkbaar is met die van een toezichthouder die uit eigener beweging na zou moeten gaan of het onderzoek wel naar behoren verloopt. De raadsheer-commissaris kan blijkens de nota overigens op informele wijze worden benaderd. Het volgen van een juridische procedure daartoe zou de gang naar de raadsheer-commissaris immers onnodig verzwaren.

Ten aanzien van het voorstel de overdracht van aandelen als definitieve voorziening in artikel 2:356 BW op te nemen, merkt de minister allereerst op dat een verplichting tot definitieve overdracht van aandelen dient te worden beschouwd als een vorm van onteigening. Het fair trial beginsel van artikel 6 EVRM en het beginsel van ongestoord genot van eigendom van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM vereisen voor onteigening een procedure die met voldoende processuele waarborgen is omkleed. In dat kader dient een aandeelhouder die verplicht wordt zijn aandelen over te dragen in de procedure te zijn betrokken en zichzelf in rechte te kunnen verdedigen. Het enquêteverzoek richt zich echter tot de rechtspersoon en het is dan ook niet vanzelfsprekend dat

de aandeelhouder partij is in de procedure. De definitieve overdracht van aandelen lijkt dan ook strijdig met het EVRM. Aangezien in de geschillenregeling wel aandeelhouders als procespartij zijn betrokken, wil de minister bij de voorbereiding van een wetsvoorstel tot herziening van de geschillenregeling bezien of het oordeel wanbeleid in een enquêteprocedure kan leiden tot toegang tot een vereenvoudigde geschillenregeling die leidt tot een definitieve aandelenoverdracht.

De leden hebben vervolgens enkele vragen gesteld over de toegang tot de enquêteprocedure. In antwoord op de vraag waarom de ondernemingsraad geen toegang krijgt stelt de minister onder andere dat een samenloop met de Wet op de Ondernemingsraden (hierna WOR) en de enquêteprocedure dient te worden voorkomen. Daarnaast acht de minister het niet nodig dat het recht van enquête kan worden toegepast voor andere kwestie dan die waarvoor de WOR aan de ondernemingsraad advies- en beroepsrecht toekent. Voorts zou het toekennen van enquêterecht aan de ondernemingsraad voor andere kwesties dan die welke gedekt zijn door artikelen 25 en 26 WOR leiden tot een belangrijke wijziging van de positie van de ondernemingsraad. Een andere vraag van de leden in dit kader zag op het middels het wetsvoorstel toegekende recht van enquête aan dochtervennootschappen en meer specifiek of dit geen negatief effect zal hebben op het Nederlandse investeringsklimaat. Bij de beantwoording van deze vraag dient vooropgesteld te worden dat het langetermijn vennootschapsbelang dient te prevaleren boven alle andere belangen, dus ook het korte termijn aandeelhoudersbelang. In dit licht dient het bestuur van een dochtervennootschap zich dan ook niet klakkeloos te onderwerpen aan het concernbeleid en leidt het voorstel in de ogen van minister dan ook niet tot een verslechtering van het Nederlandse investeringsklimaat.

De laatste in het vorige *KwartaalSignaal* opgeworpen vraag van de leden betreft de onduidelijkheid over wie een verzoek tot schadevergoeding zou kunnen indienen wanneer de rechtspersoon op onredelijke grond om een enquête heeft verzocht. Zij vragen zich af of bijvoorbeeld de algemene vergadering van aandeelhouders of een individuele aandeelhouder schadevergoeding van de rechtspersoon kan eisen. De minister wijst bij beantwoording van deze vraag op artikel 2:354 lid 1 BW waaruit voortvloeit dat de rechtspersoon de door hem gemaakte kosten kan verhalen op de verzoekers van het onderzoek wanneer uit het onderzoeksverslag blijkt dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan. Genoemd artikel biedt echter volgens de minister geen grondslag voor een vordering van de algemene vergadering van aandeelhouders of een individuele aandeelhouder op de rechtspersoon, omdat de kosten van het onderzoek niet rechtstreeks op hen rusten. Wanneer het beroep van de rechtspersoon op het enquêterecht onrechtmatig is, omdat bijvoorbeeld om een enquête is verzocht ten aanzien van individuele aandeelhouders primair om hen in een kwaad daglicht te stellen, kunnen deze aandeelhouders een schadevordering baseren op artikel 6:162 BW.

Kort na de het verschijnen van de nota naar aanleiding van het verslag zijn middels een nota van wijziging (nr. 7) enkele wijzigingen in het wetsvoorstel doorgevoerd. Zonder tot in detail op deze wijzigingen in te gaan noemen wij de belangrijkste. In artikel 2:346 BW is bepaald wie bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek. In de huidige regeling konden alleen NV's en BV's ervoor kiezen om de toegang tot het enquêterecht te verruimen, door in de statuten van de wettelijke grensbedragen af te wijken. Deze mogelijkheid zal voor alle rechtspersonen genoemd in artikel 2:346 BW gaan gelden. In het voorgestelde lid 3 van genoemd artikel is bepaald dat ook een curator in geval van faillissement van de rechtspersoon om een enquête kan verzoeken. In de nota van wijziging is opgenomen dat wanneer dit het geval is, de curator niet eerst overeenkomstig artikel 2:349 BW zijn bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken aan het bestuur en de raad van commissarissen hoeft te melden. Daarnaast verduidelijkt de nota van wijziging dat wanneer nog geen onderzoek is gelast, de Ondernemingskamer geen onmiddellijke voorzieningen treft dan nadat voorlopig is geoordeeld dat er gegronde redenen zijn aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen.

## Rechtspraak

### *De Ajax-soap*

Voetbalfans zal niet zijn ontgaan dat het rommelt bij Ajax. In de media is breed uitgemeten hoe het 'kamp Crujff' en het 'kamp Ten Have' elkaar bestreden tot in de rechtszaal. Wat is er precies aan de hand? Wij zullen hier kort ingaan op de uitspraak Hof Amsterdam 7 februari 2012, *JOR* 2012/76 m.nt. Blanco Fernández. AFC Ajax NV is een beursgenoteerde structuurvennootschap. Sinds juli 2011 bestaat de raad van commissarissen (RvC) uit Crujff, Ten Have (voorzitter), Olfers, Römer en Davids. Eind 2011 bleek dat het bestuur van Ajax (in de statuten de 'hoofd-directie' genoemd) zeer dringend uitbreiding nodig had. Op grond van de statuten benoemt de RvC de leden van het bestuur. Ten Have stuurde 's ochtends 16 november 2011 een e-mail aan Crujff, dat er 's middags een vergadering van de RvC was gepland in de Arena. Onderwerp van de vergadering zou onder meer zijn de 'voortgang samenstelling directie'. Crujff liet enkele uren daarna weten de vergadering niet op zo'n korte termijn te kunnen inplannen. De vergadering is echter wel doorgegaan. De overige vier leden van de RvC hebben besloten tot de voorgenomen benoeming van Van Gaal en Sturkenboom als statutair directeur en tot goedkeuring van benoemingen van Sturkenboom en Blind als (titulaire) directeuren ad interim. Op 17 november 2011 is per e-mail de volgende vergadering van de RvC uitgeschreven voor 25 november 2011. Crujff liet vervolgens weten niet aanwezig te zullen zijn. Crujff en anderen hebben naar aanleiding van deze gang van zaken bij de voorzieningenrechter onder meer gevorderd dat het besluit tot de voorgenomen benoeming moet worden opgeschort. Kern van het geschil

is de rechtsgeldigheid van de besluiten van de RvC op 16 november en 25 november. Volgens het reglement voor de RvC is de normale oproepingstermijn namelijk minimaal zes werkdagen en dient de oproeping de te behandelen onderwerpen te vermelden.

Het hof oordeelt dat Ajax en Ten Have c.s. niet aannemelijk hebben kunnen maken dat de voorgeschreven termijn niet in acht genomen had kunnen worden, en evenmin dat er een noodzaak bestond de oproepingstermijn van Cruijff tot slechts enkele uren te beperken. Daarnaast acht het hof de aankondiging van het te behandelen onderwerp in de e-mail van 16 november volstrekt onvoldoende. Aan de op 16 november genomen besluiten kleven dan ook twee ernstige totstandkomingsgebreken, die de besluiten op grond van artikel 2:15 BW vernietigbaar maken. De gebreken maken aannemelijk dat er sprake is geweest van een vooropgezet plan om Cruijff buitenspel te zetten. Volgens het hof moet het in redelijkheid als onmogelijk worden beschouwd dat op de besluiten na onderlinge gedachtewisseling nog teruggekomen kon worden. Hierbij speelt mee dat de uitvoering van de besluiten op 16 november onmiddellijk in gang is gezet. In het kader van de besluitvorming diende de bijeenkomst van 25 november daarom geen redelijk doel. Voor zover op die datum opnieuw besluiten zijn genomen, dan wel de besluiten van 16 november zijn bevestigd, kan daaraan geen betekenis toekomen of zij zijn evenzeer vernietigbaar. Ajax c.s. had nog aangevoerd dat Cruijff geen redelijk belang had bij vernietiging van de besluiten omdat de stemming geen andere uitkomst gehad zou hebben als Cruijff aanwezig was geweest. Volgens het hof gaat dit betoog hier niet op. Voldoende aannemelijk is dat Cruijff buitenspel is gezet. Het standpunt van Ajax c.s. zou in zodanige omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen leiden, vooral in meerhoofdige organen van geringe omvang waarin temeer geldt dat besluitvorming de vrucht van onderling overleg behoort te zijn. Zie voor enkele kritische opmerkingen over dit laatste de noot van Blanco Fernández. Inmiddels hebben de leden van de RvC aangegeven af te zullen treden. Opvolgers zijn ten tijde van de afronding van dit *KwartaalSignaal* nog niet concreet in beeld... Wie durft?

#### *Aansprakelijkheid Fortis en leidinggevenden*

De dramatische ondergang van de Belgisch/Nederlandse bank Fortis in oktober 2008 heeft geleid tot rechtszaken van aandeelhouders die de waarde van hun aandelen hebben zien verdampen. Een belangrijke uitspraak die onmiddellijk de krant haalde, is Rb. Utrecht 15 februari 2012, LJN: BV3753. In het vonnis wordt geoordeeld dat Fortis en een van haar bestuurders – Votron – onrechtmatig hebben gehandeld jegens de aandeelhouders. Het onrechtmatig handelen betreft het manipuleren van de markt door positieve uitlatingen omtrent de solvabiliteit van Fortis (zie art. 5:58 lid 1 aanhef en onder d (oud) Wft) en het niet tijdig openbaar maken van koersgevoelige informatie (ex art. 5:59 (oud) Wet op het financieel toezicht). Het is niet mogelijk om het uitvoerige vonnis

hier op alle onderdelen te bespreken. Voor dit *KwartaalSignaal* is vooral interessant op welke wijze de rechtbank invulling geeft aan de aansprakelijkheid jegens derden van bestuurders in een zogenaamde *one-tier board*. Bij dit bestuursmodel zijn bestuur en toezicht in één orgaan geconcentreerd, doordat daarin zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders zitting hebben. Tegenover de *one-tier board* staat de *two-tier board*, die in Boek 2 BW is geregeld en waarbij bestuur en toezicht zijn verdeeld over twee organen (het bestuur en de RvC). In de toekomst zal Boek 2 BW ook de *one-tier board* regelen na inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht, waarover *KwartaalSignaal* 120.

De aandeelhouders hebben in de Fortis-zaak de heren Votron, Lippens en Mittler aansprakelijk gesteld. Votron was uitvoerend bestuurder (CEO) en Lippens was niet-uitvoerend bestuurder, tevens voorzitter van het bestuur (*chairman*). Mittler was de financiële man (CFO), maar was geen lid van het bestuur. Wij gaan hierna alleen in op de positie van Votron en Lippens. De rechtbank oordeelt in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad dat voor aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een aandeelhouder een hoge drempel geldt. Vereist is een persoonlijk ernstig verwijt, te beoordelen aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Volgens de rechtbank verschilt de normstelling voor een *one-tier board* in zijn systematiek niet van die voor *two-tier boards*. Wel dient die systematiek te worden ingevuld aan de hand van de positie die de desbetreffende bestuurder bekleedt, zowel volgens de formele taakverdeling als volgens de feitelijke gang van zaken. Volgens de rechtbank zal in zijn algemeenheid veel minder snel van een persoonlijk ernstig verwijt sprake zijn wanneer het gaat om een niet-uitvoerende bestuurder dan wanneer het gaat om een uitvoerend bestuurder.

In lijn met dit uitgangspunt gaat Lippens als niet-uitvoerende bestuurder en *chairman* vrijuit. Voor de rechtbank is van groot belang dat de rol van Lippens zich leek te beperken tot die van toezichthouder. De vraag kan worden gesteld of een niet-uitvoerende bestuurder – en zeker de *chairman* – in de uitzonderlijke omstandigheden die zich voordeden bij Fortis niet een actievere rol zal spelen, althans behoort te spelen. Votron wordt door de rechtbank aansprakelijk gehouden. Bepaalde mededelingen die hij deed kwalificeren als marktmanipulatie. Daarbij is volgens de rechtbank de drempel van ernstige verwijtbaarheid niet relevant, omdat de bepaling over marktmanipulatie voor eenieder geldt. Daarnaast oordeelt de rechtbank dat Votron koersgevoelige informatie niet tijdig openbaar heeft gemaakt. Dit alles is een *wake up call* voor bestuurders van beursvennootschappen. Zij hebben vrijwel dagelijks te maken met koersgevoelige informatie en lopen dus tamelijk grote aansprakelijkheidsrisico's. Een goede bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering is dan gewenst. Inmiddels is hoger beroep in deze zaak ingesteld, dus het is afwachten of het vonnis van de rechtbank stand houdt.

*Overige interessante uitspraken:*

- HR 6 januari 2012, *JOR* 2012/75, over de vraag of de raad van commissarissen bevoegd is een bezoldiging aan zijn eigen leden toe te kennen ter vergoeding van door die leden verrichte bestuurswerkzaamheden;
- OK 15 december 2011, *JOR* 2012/77, waarin de ondernemingskamer oordeelt dat er sprake was van wanbeleid bij Landis.

**Literatuur**

- W.J.L. Calkoen, *The One-Tier Board* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2012;
- P.J. van der Korst, R. Abma & G.T.M.J. Raaijmakers (red.), *Handboek onderneming en aandeelhouder* (Serie Onderneming en Recht, deel 69), Deventer: Kluwer 2012;
- G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige Rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Kluwer 2012.