

ONDERNEMINGSRECHT

AAK20126857

Mr. E.A. van Dooren (Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen)

PERIODE 1 OKTOBER – 31 DECEMBER 2011

Regelgeving*Flexibilisering BV-recht*

De in *KwartaalSignaal* 121 uitgesproken verwachting dat de Eerste Kamer het wetsvoorstel Flex-BV (*Kamerstuk* 31 058), evenals de daarbij behorende invoeringswet (*Kamerstuk* 32 426), spoedig zal aannemen, bestaat nog steeds. Maar voordat het zover is hebben de leden van de Eerste Kamer wel nog een drietal vragen over de praktische werking van enkele artikelen (Voorlopig verslag van de vaste commissie voor veiligheid en justitie, nr. B). Zo wordt in de voorgestelde regeling voor uitkeringen aan aandeelhouders een goedkeuringsbevoegdheid voor het bestuur geïntroduceerd. Op grond van het nieuwe artikel 2:216 BW dient een bestuurder zijn goedkeuring te onthouden aan een uitkering wanneer hij weet, of redelijkerwijs behoort te voorzien, dat de Flex-BV na de uitkering haar opeisbare schulden niet meer zal kunnen voldoen. De bestuurders die in zo'n geval toch goedkeuring geven, zijn jegens de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Aangezien het niet ondenkbaar is dat er enige tijd zit tussen het goedkeuringsbesluit en de daadwerkelijke uitkering, vraagt de Eerste Kamer zich af op welk moment een uitkering aan deze 'uitkeringstest' dient te voldoen.

In de tweede plaats wijzen enkele leden van de Eerste Kamer op de mogelijkheid uit artikel 2:192 BW, dat aandeelhouders zich in de statuten hoofdelijk aansprakelijk kunnen stellen voor bepaalde of alle schulden van de Flex-BV. De vraag is echter of derden deze verplichting rechtstreeks kunnen afdwingen, of dat alleen de Flex-BV zelf hier een beroep op kan doen.

Als laatste wordt er ook nog een kanttekening geplaatst bij de bepaling dat de ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen tevens geldt als vaststelling van deze jaarrekening (mits met instemming van alle vergadergerechtigden). Daarbij is namelijk bepaald dat deze vaststelling ook strekt tot kwijting van de betreffende bestuurders en commissarissen. Hierdoor kan het gebeuren dat een bestuurder of aandeelhouder en/of commissaris gedwongen is/zijn de jaarrekening te ondertekenen, omdat de wet hiertoe noopt gezien de daarvoor geldende termijnen. Maar dat deze desondanks van mening is/zijn dat één of meer betrokken bestuurders hun taken niet behoorlijk hebben vervuld. Het huidige artikel 2:210 lid 3, tweede volzin BW heeft juist tot doel deze spanning weg te nemen door de kwijting van bestuurders, onderscheidenlijk

commissarissen, los te koppelen van de vaststelling van de jaarrekening. Om deze reden wil de Eerste Kamer weten of de voorgestelde regeling het toelaat dat de statuten alsnog een afzonderlijk besluit tot kwijting vereisen.

Als uitsmijter wordt nog opgemerkt dat de invoering van het wetsvoorstel Flex-BV ertoe zal leiden dat hierdoor vreemde en uit systematisch oogpunt niet goed begrijpelijke verschillen ontstaan tussen de BV en de NV. Het verzoek dat de regering meekrijgt, is om in de toekomst ook de NV te moderniseren en daarbij het onderscheid tussen de NV en (Flex-)BV nader te bezien. Het recht is voortdurend in beweging! Overigens zal het NV-recht moeilijk(er) aan te passen zijn in verband met de verschillende Europese richtlijnen waar dit aan moet voldoen.

Reparatiewet bestuur en toezicht

Onderdeel van het wetsvoorstel ter verduidelijking van artikel 2:297a en 2:297b BW (*Kamerstuk* 32 873, ook wel *Reparatiewet bestuur en toezicht* genoemd), is de beperking van het aantal bestuursfuncties en commissariaten (of niet-uitvoerende bestuursfuncties) die een persoon tegelijkertijd mag vervullen bij verschillende rechtspersonen. Het gevolg van een overschrijding van het maximum aantal bestuursfuncties of commissariaten is dat de laatste benoeming nietig is. De belangrijkste vraag van de Tweede Kamer is wat dit betekent voor de genomen besluiten waar deze persoon aan heeft deelgenomen. Daarnaast is onduidelijk wat het peilmoment is voor de kwalificatie of een rechtspersoon onder het toepassingsbereik van deze regeling valt of niet (Verslag, nr. 4).

Ten aanzien van de eerste vraag heeft de minister besloten expliciet in de wet op te nemen dat de nietigheid van de benoeming geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan de benoemde bestuurder of commissaris deelneemt. Daarnaast geeft de minister aan dat deze regeling geldt voor rechtspersonen die op twee opeenvolgende balansdata niet voldoen aan ten minste twee van de vereisten zoals genoemd in artikel 2:397 lid 1 en 2 BW (Nota naar aanleiding van het verslag, nr. 5).

Vervolgens bevestigt de minister dat deze regeling ook van toepassing is op charitatieve, culturele, wetenschappelijke en kerkelijke stichtingen. Wel merkt hij op dat dit niet vaak het geval zal zijn aangezien zodanige niet-commerciële stichtingen over het algemeen niet verplicht zijn tot het opmaken van een jaarrekening. Hierdoor vallen zij buiten het bereik van deze regeling.

Ten slotte beantwoordt de minister de vraag waarom coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen niet onder de voorgestelde regeling vallen. Hij geeft aan dat het amendement, dat aan de regeling ten grondslag lag, hier niet op zag. En dat ook de Eerste Kamer, bij een verzoek tot reparatie van het amendement, hier niet op heeft aangedrongen. Een antwoord dat, naar mijn mening, meer vragen oproept dan het beantwoordt. Zo worden bijvoorbeeld geen argumenten gegeven voor de (on)wenselijkheid van deze

uitbreiding. Overigens zou de uitbreiding van deze regeling in mijn ogen in lijn zijn met haar ratio. Zeker in verband met de grote van enkele coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, waar ook de Tweede Kamer op wijst.

Aanpassing enquêterecht

Naar aanleiding van het wetsvoorstel tot aanpassing van het enquêterecht (*Kamerstuk 32 887*) heeft de Tweede Kamer vele vragen gesteld (verslag, nr. 5). Zo willen enkele leden weten of de nieuw geïntroduceerde raadsheer-commissaris een actieve of passieve rol dient te vervullen in zijn toezicht op het verloop van de procedure en op welke wijze partijen zich tot hem dienen te wenden. In de tweede plaats stellen de leden voor om in artikel 2:356 BW de overdracht van aandelen als definitieve voorziening op te nemen. Vervolgens komen enkele overwegingen aan bod met betrekking tot de vraag wie gerechtigd zijn tot het instellen van een enquêteprocedure. Zo wordt allereerst overwogen het enquêterecht ook aan de ondernemingsraad toe te kennen. Daarnaast vragen enkele Kamerleden zich af of de toekenning van het enquêterecht aan de dochtermaatschappij geen negatief effect heeft op het Nederlandse investeringsklimaat. Gevreesd wordt dat een moedermaatschappij moeilijker het bestuur van haar dochter kan ontslaan, wanneer deze bevoegd is dit ontslag aan te vechten middels een enquêteprocedure. Tot slot wordt er nog op gewezen dat, aangezien het wetsvoorstel de enquêtebevoegdheid ook aan de rechtspersoon zelf toekent, er onduidelijkheid bestaat over wie in een dergelijk geval een verzoek tot schadevergoeding (op grond van art. 2:350 lid 2 BW) zou kunnen indienen, wanneer deze enquêteprocedure niet op redelijke grond is verzocht.

Rechtspraak

Reddingsactie Fortis door de Nederlandse Staat

Op 18 mei 2011 heeft de Rechtbank Amsterdam, in twee verschillende uitspraken, antwoord gegeven op de vraag of de spraakmakende redding van Fortis door de Nederlandse Staat rechtmatig was jegens de betreffende beleggers of niet. Zoals bekend heeft de wereldwijde bancaire en financiële crisis (het bankbedrijf van) Fortis hard geraakt. Deze problemen bereikten in de week van 29 september tot en met 3 oktober 2008 voor Fortis hun hoogtepunt met als resultaat een liquiditeitspositie die tegen het kritieke punt aanschuurde. Om deze acute dreiging het hoofd te kunnen bieden was het van doorslaggevend belang dat het vertrouwen in de solvabiliteit van Fortis diende te worden hersteld. In beide zaken was dan ook niet in het geding dat Fortis het niet op eigen houtje zou kunnen redden en dat de Nederlandse, Belgische en Luxemburgse overheden als enige in staat en bereid waren de benodigde steun te bieden, maar werd wel geageerd tegen de wijze waarop dit was gebeurd.

Beide rechtszaken richten zich in het bijzonder tegen de overname van de Nederlandse onderdelen van Fortis (waaronder ABN-Amro) op 3 oktober 2008 door de Nederlandse Staat, middels een aandelenovername ter waarde van € 16,8 miljard. In de eerste uitspraak (Rb. Amsterdam

18 mei 2011, *JOR* 2011, 320 m.nt. Van Ravels) stelt (onder andere) de Stichting FortisEffect zich op het standpunt dat bij deze reddingsactie onvoldoende tegemoetgekomen is aan de rechten en belangen van de beleggers in Fortis. Zij is van mening dat hetzelfde resultaat ook bereikt had kunnen worden door middel van enkele in de Wet op het financieel toezicht (hierna: 'Wft') voorziene instrumenten, zoals de stille curatele en de noodregeling. Op grond hiervan is volgens de stichting de verkrijging van de Nederlandse onderdelen van Fortis door de Nederlandse Staat in strijd is met artikel 3:40 BW. Ten aanzien van de tweede rechtszaak (Rb. Amsterdam 18 mei 2011, *JOR* 2011, 321 m.nt. Van Ravels) wordt door (onder andere) de VEB bepleit dat de Staat der Nederlanden misbruik van de omstandigheden heeft gemaakt in de zin van artikel 3:44 lid 4 BW.

In beide gevallen krijgen de eisers echter nul op het rekest. De rechterbank wijst hierbij op de zeer grote tijdsdruk, de sleutelrol die de Fortis-groep binnen het financiële stelsel van de Benelux speelt en de dreiging van een eventueel domino-effect binnen dit financiële stelsel. In het licht van deze dreiging concludeert zij dat om het beoogde doel te bereiken, te weten de bescherming van de Nederlandse financiële sector en het voortbestaan van de Fortis-groep met haar Nederlandse onderdelen, drastische maatregelen noodzakelijk waren. In de eerste uitspraak oordeelt de rechtbank dat de Wft niet in zulke drastische maatregelen voorziet en wijst zij de strijdigheid met artikel 3:40 BW af. In de tweede uitspraak komt de rechter tot de conclusie dat er geen sprake is van misbruik van omstandigheden en dat de Nederlandse Staat zich, onder de gegeven omstandigheden, in redelijkheid niet van de genoemde reddingsactie had hoeven onthouden. Ook het door de Staat betaalde bedrag van € 16,8 miljard vond de rechtbank niet te laag.

Herroeping van ontbinding van een vennootschap

Een BV kan, op grond van artikel 2:19 lid 1 sub a BW, ontbonden worden door een beslissing van de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: 'AvA'). Wanneer een BV ten tijde van deze ontbinding nog baten heeft (denk bijvoorbeeld aan nog openstaande vorderingen, of een positief saldo op de bankrekening), schrijven lid 5 en 6 van artikel 2:19 BW voor dat de betreffende BV blijft bestaan tot de vereffening van deze baten. Maar wat als de AvA gedurende deze vereffening tot de conclusie komt dat zij de rechtspersoon alsnog wil laten voortbestaan. Is het voor haar mogelijk om terug te komen op haar eerder genomen ontbindingsbesluit?

In 2007 oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch, hoewel het Burgerlijk Wetboek de mogelijkheid van herroeping van een ontbindingsbesluit niet kent, dat er geen principiële bezwaren bestaan tegen een zodanige herroeping (Hof 's-Hertogenbosch 30 januari 2007, *JOR* 2007, 66). In verband met de bescherming van derden, evenals de praktische gang van zaken, koos het hof toen voor een door de rechter gecontroleerde herroeping. Het hof is van mening dat artikel 2:19 lid 2 BW hiervoor naar analogie kan worden toegepast. Op grond van dit artikel kan een verklaring voor recht worden verzocht in bepaalde gevallen dat de BV reeds ontbonden is.

In september 2011 is de herroeping van een ontbindingsbesluit opnieuw, bij twee verschillende beschikkingen, aan bod gekomen. De eerste beschikking was afkomstig van de Rechtbank Amsterdam die verklaarde dat de herroeping van het ontbindingsbesluit rechtsgeldig had plaatsgevonden (Rb. Amsterdam 11 september 2011, *JOR* 2011, 328 m.nt. Van der Hoek). In de tweede beschikking werd een dergelijk verzoek door het Hof 's-Gravenhage afgewezen (Hof 's-Gravenhage 23 september 2011, *JOR* 2011, 327, m.nt. Van der Hoek bij *JOR* 2011, 328).

In het Amsterdamse geval gaat het om een moedermaatschappij en enig aandeelhouder van een BV die een verklaring voor recht verzoekt dat haar ontbindingsbesluit rechtsgeldig is herroepen. Met de beschikking van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2007 in het achterhoofd stelt de rechtbank dat de herroeping van de ontbinding in beginsel is toegestaan. Maar dat voor de beoordeling hiervan moet worden vastgesteld (i) of en in hoeverre hierdoor de belangen van derden in het gedrang (kunnen) komen, evenals (ii) of en in hoeverre het oorspronkelijke ontbindingsbesluit verder gevolgen heeft gehad. In casu heeft de BV geen andere schuldeisers dan haar eigen moedermaatschappij en twee zustermaatschappijen van de moeder. Daarnaast geven die beide zustermaatschappijen aan akkoord te zijn met de herroeping van de ontbinding. En tot slot verklaart de moedermaatschappij alle eventuele schade te willen vergoeden die derden als gevolg van de herroeping zullen lijden. Op basis hiervan oordeelt de rechtbank dat door de herroeping van de ontbinding geen belangen van derden worden geschaad en dat de ontbinding verder geen gevolgen heeft gehad. Zij verklaart daarom voor recht dat de herroeping rechtmatig is geschied.

Ongeveer twee weken na de Amsterdamse beschikking spreekt het Hof 's-Gravenhage zich uit. Ook hier betreft het een verzoek van de AvA van een ontbonden BV om een verklaring voor recht dat haar ontbindingsbesluit rechtmatig is herroepen. Evenals de Amsterdamse Rechtbank is het Haagse Hof van mening dat de belangen van derden een belangrijke factor zijn voor de beoordeling of een herroeping mogelijk is. Maar het hof gebruikt andere criteria dan de Rechtbank Amsterdam, te weten: (i) het herroepingsbesluit moet rechtsgeldig en binnen een kort tijdsbestek na de ontbinding zijn genomen, (ii) de ontbonden BV dient nog te bestaan en (iii) de belangen van derden mogen als gevolg van de herroeping niet (in onaanvaardbare mate) worden geschaad. In casu wordt het verzoek afgewezen omdat niet wordt voldaan aan het derde vereiste. Niet alleen is het hof van mening dat de mededeling dat 'nagenoeg alle betrokken partijen' bekend zijn met de herroeping onvoldoende. Maar ook de toezegging van één van de twee aandeelhouders dat zij aantoonbare schade van derden zal vergoeden, vindt het hof te vaag aangezien hieruit niets blijkt over de financiële gegoedheid om deze belofte na te komen.

Bij vergelijking van de vereisten die beide rechterlijke instanties noemen voor de herroeping van een ontbindingsbesluit concludeer ik dat het Hof 's-Gravenhage in dit opzicht strenger is dan de Rechtbank Amsterdam. Ik vraag mij dan ook af of de Amsterdamse zaak ook in 's-Gravenhage tot een verklaring voor recht zou hebben geleid dat de herroeping

rechtsgeldig is geschied. In de eerste plaats vraag ik mij af of het herroepingsbesluit binnen een 'kort tijdsbestek' heeft plaatsgevonden aangezien in Amsterdam bijna vier jaren waren verstreken sinds de ontbinding van de BV. Maar vooral het feit dat de rechtbank heeft nagelaten te onderzoeken of de moedermaatschappij wel in staat is om de eventuele schade op grond van de herroeping te vergoeden, wekt bij mij enige verbazing.

Tot slot merk ik nog op dat ik mijn twijfels heb bij de relevantie van het vereiste van het Hof 's-Gravenhage dat het herroepingsbesluit binnen een kort tijdsbestek moet zijn genomen. Naar mijn mening dient voor de beoordeling of de herroeping van een ontbindingsbesluit rechtmatig is geschied, vooral bekeken te worden of de belangen van derden niet onevenredig zijn benadeeld. Hierbij lijkt mij de termijn waarbinnen de eventuele schending van deze belangen heeft plaatsgevonden niet relevant.

Overeenkomst van maatschap op grond van gedragingen
 'Ben ik vennoot binnen een maatschap?', wellicht geen alledaagse vraag, maar één die in het licht van een recent arrest van de Hoge Raad zeker aan betekenis heeft gewonnen (Hoge Raad 2 september 2011, *JOR* 2011, 361 m.nt. Stokkermans).

Artikel 7A:1655 BW omschrijft een maatschap als een overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstane voordeel met elkaar te delen. Het arrest van de Hoge Raad betreft een samenwerkingsverband waarbij partijen geen (expliciete) schriftelijke overeenkomst hebben gesloten omtrent de inhoud en aard van hun activiteiten. Als een gevolg hiervan krijgen zij een verschil van mening over de kwalificatie van hun samenwerking. Eén partij stelt zich op het standpunt dat sprake is van een maatschap. De ander vindt echter dat het hooguit gaat om overeenkomsten van opdracht, of overeenkomsten *sui generis*.

In hoger beroep oordeelt het Hof 's-Hertogenbosch (Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2009, *JOR* 2009, 315, m.nt. Stokkermans) dat een overeenkomst van maatschap een vormvrije overeenkomst betreft die, eventueel stilzwijgend, op grond van gedragingen van partijen tot stand kan komen. Om te beoordelen of hiervan sprake is dienen volgens het hof deze gedragingen getoetst te worden aan de materiële elementen van een maatschap, te weten: 'overeenkomst', 'samenwerking: gelijkheid/gelijkwaardigheid', 'verdeling van voordeel', 'inbreng' en 'gerichtheid op voordeel voor alle deelnemers'. De Hoge Raad laat deze bewoording in stand en oordeelt dat de invulling van deze elementen in casu leidt tot een gelijkwaardige samenwerking, zoals bij vennoten in een maatschap. En dat partijen hiertoe de wil bezitten. Concluderend is dus sprake van een stilzwijgend aangegane maatschapsovereenkomst.

Hoewel dit arrest geen golf van verbazing zal opwekken, onderstreept het wel weer het belang aan van een duidelijke specificatie van de samenwerking tussen partijen. Want voor je het weet kwalificeer je samenwerking als een maatschapsovereenkomst.

Literatuur

- L.A. van Amsterdam & A.M. van Amsterdam, *De ondernemingskamer – de ondernemingskamer en het Nederlandse ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011;
- B.F. Assink, Y. Borrius, V. Van den Brink e.a., *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 76), Deventer: Kluwer 2011;
- B. Bierens, *Handboek beursgang* (Serie Onderneming & Recht, deel 68), Deventer: Kluwer 2011;
- F.G.B. Graaf & R.A. Stegeman, *Regulering van de otc-derivatenmarkten in de EU en de VS : ontmanteling van de ‘financiële massavernietigingswapens’ of ‘regulatory overkill’?: preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2011* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 111), Deventer: Kluwer 2011;
- J.B.S. Hijink, M.A. Verbrugh e.a., *Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 75), Deventer: Kluwer 2011;
- G. van Solinge & C.J.J.M. Klaassen, *Onderneming en ADR* (Serie Onderneming & Recht, deel 66), Deventer: Kluwer 2011;