

**SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT**

**ONDERNEMINGSRECHT**

AKK20127075

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

PERIODE 1 JULI – 30 SEPTEMBER 2012

**Regelgeving**

*Flexibilisering BV-recht*

Vele grote wetgevingsprojecten hebben recent de eindstreep gehaald. Zoals in *KwartaalSignaal* 124 al was te lezen heeft de Eerste Kamer het Wetsvoorstel flexibilisering BV-recht (*Kamerstuk* 31 058) en de Invoeringswet (*Kamerstuk* 32 426) aangenomen. De Wet en de Invoeringswet (*Stb.* 2012, 299 respectievelijk 300) zijn op 1 oktober 2012 in werking getreden (*Stb.* 2012, 301). Al in november 2003 is er een begin gemaakt met het ontwerp van deze wet door de oprichting van de Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht. Onder leiding van prof. mr. De Kluiver presenteerde deze Expertgroep op 6 mei 2004 haar rapport aan de Minister van Justitie. Nu, acht jaar, vier maanden en 25 dagen later is de wet uiteindelijk af. Voor een uitgebreid overzicht van de complete ontstaansgeschiedenis van de totaal nieuwe regeling voor de BV verwijst ik naar F.J.P. Van den Ingh & R.G.J. Nowak, *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel I, de pre-parlementaire geschiedenis* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 85), Deventer: Kluwer 2006 en R.G.J. Nowak & A.M. Mennens, *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel II, de parlementaire geschiedenis* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 86), Deventer: Kluwer 2012. Zie voor een overzicht van de belangrijkste wijzigingen: P.H.N. Quist, 'Topmodel met alle opties; een preview van de Flex-BV', *TOP* 2010-3, p. 94-99 en P.H.N. Quist, 'Topmodel met alle opties (II); een facelift voor de Flex-BV', *TOP* 2012-1, p. 37-45.

*Bestuur en toezicht en aanpassing enquêterecht*

Na het aannemen van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht (*Kamerstuk* 31 763) in 2011 (*Stb.* 2011, 275), heeft de Eerste Kamer nu ook het Wetsvoorstel ter verduidelijking van artikel 2:297a en 2:297b BW (*Kamerstuk* 32 873, ook wel Reparatiewet bestuur en toezicht genoemd) aangenomen (*Stb.* 2012, 440). De verwachting is dat beide wetsvoorstellen op 1 januari 2013 in werking zullen treden. Zoals ook al in *KwartaalSignaal* 124 te lezen was treedt op deze datum ook het Wetsvoorstel tot aanpassing van het enquêterecht in werking (*Kamerstuk* 32 887 en *Stb.* 2012, 274 en 305).

*Wft, Wge en BW*

Het Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op financieel toezicht, de Wet giraal effecten verkeer en het Burgerlijk Wetboek naar aanleiding van het advies van de Monito-

ring Commissie Corporate Governance Code van 30 mei 2007 (*Kamerstuk* 32 014) is door de Tweede Kamer aangenomen. De vaste commissie voor financiën van de Eerste Kamer heeft het wetsvoorstel reeds bekeken en enkele vragen gesteld. Zo is het onduidelijk hoe het begrip 'shortpositie' dient te worden uitgelegd en of hier ook indirecte shortposities onder vallen. Daarnaast vraagt de commissie zich ten aanzien van het toekennen van het agenderingsrecht aan aandeelhouders af waarom gekozen is voor een drempel van 3%. En tot slot wordt opgemerkt dat de termen 'investeerder' en 'belegger' in verschillende wetten door elkaar worden gebruikt. In verband met de duidelijkheid en consistentie van de wetten stelt de commissie daarom voor de term 'investeerder' in de Wet giraal effectenverkeer te vervangen door 'belegger'.

**Rechtspraak**

*Vereffening vereniging*

Wanneer een vereniging met een wisselend ledenbestand wordt ontbonden, die gedurende haar bestaan een positief eigen vermogen heeft opgebouwd, is het onvermijdelijk dat er discussie bestaat over de vraag aan wie dit vermogen toekomt. Artikel 2:23b lid 1 BW schrijft voor dat, tenzij de statuten iets anders vermelden, dit overschot toekomt aan de leden van de vereniging ten tijde van de ontbinding. Hierdoor ontstaat een opmerkelijke situatie. Het zijn namelijk in de praktijk vaak de oud-leden die in beginsel het meeste hebben bijgedragen aan het vermogen van de vereniging. Zij zijn langer lid geweest in de periode dat dit vermogen is opgebouwd en zij hebben ook meer contributie betaald aan de vereniging. Is het dan niet meer dan normaal dat zij ook meedelen in het vermogen dat zij hebben helpen opbouwen?

De Rechtbank Groningen heeft onlangs antwoord gegeven op deze vraag (Rb. Groningen 6 juni 2012, *JOR* 2012/248 m.nt. Blanco Fernández (*Agema / Vereniging D.G. Noord-Oost*)). Zij oordeelde dat uit de aard van de rechtspersoon 'vereniging' voortvloeit dat toetredende leden er rekening mee moeten houden dat zij niet zullen delen in het vermogen als hun lidmaatschap tussentijds eindigt. Slechts als in de statuten expliciet een afwijkende regeling is neergelegd mogen zij iets anders verwachten. De rechtbank erkent dat hierin een zekere oneerlijkheid schuilt en dat hierdoor zelfs de situatie kan ontstaan dat er uiteindelijk nog één lid overblijft die het gehele resterende vermogen verkrijgt. Aan de andere kant: hoe ver in het ledenbestand moet je terug gaan voor een eerlijke verdeling? In principe hebben alle leden vanaf de oprichting bijgedragen aan de opbouw van het vermogen van de vereniging. En moet er dan ook nog een onderscheid worden gemaakt naar hoe lang iemand lid is geweest?

Ik ben het met annotator Blanco Fernández eens dat de rechtszekerheid op dit punt moet prevaleren. Alleen onder bijzondere omstandigheden lijkt mij een beroep op de re-

delijkheid en billijkheid geoorloofd. Blanco Fernández geeft het voorbeeld dat een weldoener bijdragen heeft geschonken met het oogmerk om het doel van de vereniging te verwezenlijken en niet om het vermogensrechtelijke belang van haar leden te helpen.

#### *Enquêterecht; aansprakelijkheid op grond van wanbeleid?*

Als uit een enquêteprocedure blijkt dat er sprake is (geweest) van wanbeleid bij een rechtspersoon, kan het een vervolgstap zijn om de bestuurders van deze rechtspersoon aan te spreken op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De vraag die centraal stond bij een uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad van 27 juni 2012 was in hoeverre de kwalificatie van 'wanbeleid' in een enquêteprocedure doorwerkt in een civiele aansprakelijkheidsprocedure (Rb. Zwolle-Lelystad 27 juni 2012, *JOR* 2012/249 m.nt. Jager (*Meepo Holding / Meefout*)). In casu werd de betreffende bestuurder aangesproken door de rechtspersoon zelf op grond van artikel 2:9 BW, de zogenoemde 'interne aansprakelijkheid'.

In een enquêteprocedure is voor de kwalificatie wanbeleid volgens de Hoge Raad vereist dat er sprake is van een 'schending van elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap' (HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 m.nt. Maeijer (*Ogem*)). Een bestuurder is daarentegen aansprakelijk ex artikel 2:9 BW voor onbehoorlijke taakvervulling als hem een 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt (HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. Maeijer (*Staleman / Van de Ven*)). Hoewel beide definities een zeker verwantschap lijken te bezitten, is het vaste rechtspraak dat aan het oordeel wanbeleid geen 'één-op-één betekenis' wordt toegekend in een civiele aansprakelijkheidsprocedure. Ik verwijs in dit verband naar de verhouding tussen wanbeleid en aansprakelijkheid zoals de Hoge Raad die in de *Laurus*-beschikking formuleerde en de bijbehorende noot van Van Solinge die in dit opzicht ingaat op het onderscheid tussen externe en interne bestuurdersaansprakelijkheid (HR 8 april 2005, *NJ* 2006, 443 m.nt. Van Solinge (*Laurus*)). De rechter zal zelf moeten vaststellen of aan alle vereisten van artikel 2:9 BW is voldaan.

De rechtbank merkt nog op dat de ondernemingskamer in een enquêteprocedure andere maatstaven en processuele regels hanteert dan in een 'normale' civiele procedure gelden. Dit onderscheid komt voort uit de verschillen tussen een verzoekschrift- en dagvaardingsprocedure. Annotator Jager geeft aan dat in een civiele procedure feiten moeten worden 'bewezen', terwijl een enquêteprocedure slechts vereist dat zij '(voldoende) aannemelijk' worden gemaakt. Deze lichtere eis aan de bewijsvoering is volgens hem niet verwonderlijk gelet op de spoed waarmee de ondernemingskamer een enquêteprocedure moet behandelen. In verband met dit onderscheid ziet de rechtbank geen aanleiding om onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder aan te nemen op grond van het in de enquêteprocedure vastgestelde wanbeleid.

#### *Perikelen rond Fortis NV*

Het is gebruikelijk dat de dagelijkse gang van zaken van een vennootschap in handen is van het bestuur (art. 2:129/239 BW) en dat er daarnaast een RvC is die toezicht houdt op het beleid van het bestuur en deze met raad ter

zijde staat (art. 2:140/250 BW). Deze regeling met een bestuur en RvC, wordt ook wel een *two-tier board* genoemd. Hoewel de *Fortis*-uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 15 februari 2012 in principe een normale procedure over bestuurdersaansprakelijkheid is, verdient deze toch bijzondere aandacht (Rb. Utrecht 15 februari 2012, *JOR* 2012/243 m.nt. Willems (*Fortis*)). Bij *Fortis* was er namelijk geen sprake van een *two-tier board*, maar van een zogenoemde *one-tier board*. Hierbij is er geen afzonderlijke RvC maar bestaat er binnen het bestuur een onderscheid tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Bij een *one-tier board* dragen de uitvoerende bestuurders zorg voor de dagelijkse gang van zaken en houden de niet-uitvoerende bestuurders hier toezicht op. *Fortis* NV had voor deze bestuursvariant gekozen in navolging van haar Belgische zustervenootschap *Fortis NV/SA*. In België bestaat de mogelijkheid van de *one-tier board* al langere tijd.

Hoewel het nu al mogelijk is om een zekere taakverdeling te maken binnen het bestuur, kent de Nederlandse wet het model van de *one-tier board* nog niet. Daar komt op 1 januari 2013 verandering in, met de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht, waarin expliciet gesproken wordt van een onderscheid tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders (art. 2:129a/239a BW). Hierdoor geeft de uitspraak van de Rechtbank Utrecht ons alvast een mooi kijkje in de keuken van volgend jaar.

In casu spraken enkele aandeelhouders van *Fortis* NV zowel een uitvoerende als een niet-uitvoerende bestuurder aan op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De rechtbank oordeelde dat de grond voor aansprakelijkheid van een bestuurslid van de *one-tier board* in zijn systematiek niet anders is dan bij een *two-tier board*. In beide gevallen zal voor een geslaagd beroep op artikel 6:162 BW sprake moeten zijn van een voldoende ernstig verwijt (HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger / Roelofsen*)). Deze systematiek dient vervolgens wel te worden ingevuld aan de hand van de taakomschrijving van het betreffende bestuurslid. Dit betekent dat bij een *one-tier board* als eerste moet worden bepaald of een bestuurslid een uitvoerende, dan wel niet-uitvoerende bestuurder is. Vervolgens dient bekeken te worden welke taken dit bestuurslid heeft binnen de groep uitvoerende of niet-uitvoerende bestuurders. En tot slot is van belang welke taken aan het bestuur gezamenlijk zijn toebedeeld.

Ten aanzien van de uitvoerende bestuurder gaf de Rechtbank Utrecht een verklaring voor recht af dat hij onrechtmatig had gehandeld jegens de aandeelhouders. Voor de niet-uitvoerende bestuurder oordeelde de rechtbank een stuk milder: hij was niet aansprakelijk in verband met zijn positie als toezichthouder, nu hij in die hoedanigheid niet was betrokken bij de dagelijkse gang van zaken. Annotator Willems noemt het oordeel van de rechtbank, dat de niet-uitvoerende bestuurder niet aansprakelijk is, opmerkelijk. Zijn belangrijkste kritiek ziet op het feit dat de aangelegenheden waar het in casu om ging uitvloeiselen waren van één van de grootste bancaire overnames ooit. Willems betwijfelt of dit nog tot 'de dagelijkse gang van zaken' hoort waarvan een niet-uitvoerende bestuurder afstand mag houden. Inmiddels is hoger beroep ingesteld.

Hoewel de uitkomst van het hoger beroep natuurlijk nog moet worden afgewacht heeft deze uitspraak ook invloed op de *one-tier board* die vanaf 1 januari 2013 in Nederland kan worden ingesteld. Geconcludeerd kan worden dat er in beginsel bij een niet-uitvoerende bestuurder minder snel sprake zal zijn van een voldoende ernstig verwijt aangezien het 'slechts' zijn taak is om toezicht te houden.

### **Boeken**

- R.G.J. Nowak & A.M. Mennens, *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel II, de parlementaire geschiedenis* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 86), Deventer: Kluwer 2012.
- T.M.C. Arons, *Cross-border Enforcement of Listed Companies' Duties to Inform* (Serie Instituut voor ondernemingsrecht, deel 87), Deventer: Kluwer 2012.
- M.C. Schouten, *The decoupling of voting and economic ownership* (Serie Instituut voor ondernemingsrecht, deel 88), Deventer: Kluwer 2012.
- A.F. Verdam (red.), *Ontwikkelingen rond pensioenen en pension fund governance* (ZIFO-reeks, deel 7), Deventer: Kluwer 2012.