

ONDERNEMINGSRECHT

 AAK20086131

T. Salemink en mr. C.D.J. Bulten (Van der Heijden
 Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen)

Periode 1 juli – 30 september 2008

Regelgeving

Grensoverschrijdende fusie

Inmiddels is de mogelijkheid grensoverschrijdend te fuseren in artikel 2:333b-333l BW opgenomen. De wet, behandeld onder Kamerstuknummer 30 929, trad op 15 juli 2008 in werking (zie *Stb.* 2008, 260 en 261). Het is nu dus wettelijk toegestaan om als Nederlandse NV te fuseren met een andere EU-kapitaalvennootschap, zoals een Franse SA (*Société Anonyme*). De twee vennootschappen ‘smelten samen’ tot een vennootschap naar keuze, dat kan dan bijvoorbeeld een kapitaalvennootschap naar Duits recht zijn, de AG (*Aktiengesellschaft*). Kortom: keuze te over. Ondoorzichtig blijft de regeling voor de werknemers van de fuseerende vennootschappen in artikel 2:333k BW. Daarnaast is de positie van de tegenstemmende aandeelhouder niet geheel duidelijk. Op grond van artikel 2:333h BW verliest hij zijn aandelen tegen betaling van een schadeloosstelling. In de praktijk kan deze regeling erop neer komen dat het voor de betreffende vennootschap niet mogelijk is grensoverschrijdend te fuseren.

SER-Advies Evenwichtig Ondernemingsbestuur

Van iets oudere datum, maar het vermelden waard, is het advies ‘Evenwichtig Ondernemingsbestuur’ van de Sociaal-Economische Raad (SER), vastgesteld op 15 februari 2008. Dit advies (nr. 2008/01) en andere relevante en interessante stukken zijn te vinden op de website van de SER, www.ser.nl/publicaties/adviezen.

Met de positie van werknemers bij Nederlandse beurs-NV’s is niets mis, aldus (geparafraseerd) de SER. Er is geen aanleiding de bestaande medezeggenschapsregelingen, zoals de WOR en de invloed van de ondernemingsraad (OR) in een structuurvennootschap ex artikel 2:158 BW, ‘fundamenteel te herzien’. Wel doet de SER enkele aanbevelingen met betrekking tot de positie van de werknemers. Eén daarvan betreft het spreekrecht voor de OR in de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA). Dit spreekrecht moet gelden bij (i) belangrijke bestuursbesluiten ten aanzien waarvan de AVA op grond van artikel 2:107a BW een goedkeuringsrecht heeft, en (ii) bij benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen. Het kabinet deelt het standpunt van de SER, zie *Kamerstukken II 2007-2008*, 31 083, nr. 22, p. 8. Overigens was er al een wetsvoorstel betreffende het spreekrecht voor de OR in de maak. Dit wetsvoorstel zag op het spreekrecht van de OR ten aanzien van het bezoldigingsbeleid van het bestuur, zie ook *Katern* 107. Bovengenoemde spreekrechten komen daar dus bij.

De SER doet ook nog een drietal aanbevelingen tot aanpassing van het enquêterecht (art. 2:344-359 BW), al heeft dat niet direct iets te maken met de positie van werknemers. Hij is van oordeel dat het enquêterecht twee feitelijke instanties moet kennen. Nu is slechts de ondernemingskamer (OK) van het gerechtshof Amsterdam de enige feitenrechter, artikel 2:345 lid 1 BW. De tweede aanbeveling ziet op het ingrijpen door de OK bij een vennootschap. Zij kan namelijk ex artikel 2:349a lid 2 BW onmiddellijke voorzieningen treffen. De OK maakt in de praktijk veelvuldig gebruik van deze mogelijkheid. De SER wil dat er een redelijke afweging van de belangen van partijen plaatsvindt, indien de OK van oordeel is dat ‘de toestand van de rechtspersoon’ een onmiddellijke voorziening rechtvaardigt. De SER ziet hier op dezelfde lijn als de Hoge Raad in de ABN AMRO-beschikking, in zoverre dus niets nieuws. Zie HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 m.nt. Nieuwe Weme, waarover *Katern* 105. De laatste aanbeveling van de SER is een wat exotische: de enquêterechter zal in de toekomst moeten gaan toetsen aan de *business judgement rule*. Deze regel is overgewaaid uit Amerika en houdt in dat de rechter objectief beziet of het gedrag van het bestuur geen rationeel zakelijk doel heeft. De rechter moet zijn oordeel ‘diepgaand’ motiveren, vindt de SER. Overigens gaat het proefschrift van Assink uit 2007 uitgebreid in op het leerstuk van de *business judgement rule*. Zie B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, Deventer 2007, p. 225 ev.

Europese BV

In Brussel heeft men de smaak te pakken! Binnen de Europese Unie zijn er sinds 2000 twee nieuwe rechtsvormen ontwikkeld. Eerst werd de *Societas Europaea* (SE) bedacht. Deze Europese NV wordt niet beheerst door het recht van één EU-lidstaat, maar door eigen EU-regels, neergelegd in Verordening nr. 2157/2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE). Ondanks deze harmonisatiepoging gelden toch ook nog veel nationale regels van een lidstaat voor de SE met een zetel in die lidstaat. Zie de Nederlandse Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap uit 2005. Vervolgens werd de Europese Coöperatieve Vennootschap, de SCE, ontworpen. Ook de SCE kent een eigen Statuut, zie Verordening nr. 1435/2003 betreffende het statuut voor een Europese coöperatieve vennootschap (SCE). De SCE is in 2006 in Nederland geïmplementeerd (Uitvoeringswet verordening Europese coöperatieve vennootschap). In de praktijk komen SE’s en SCE’s nauwelijks voor omdat de regelingen erg ingewikkeld zijn.

Toch acht Brussel de tijd rijp voor nóg een Europese rechtsvorm. Er is een voorstel gedaan voor een kleine vennootschap, de Europese BV ofwel de *Societas Privata Europaea* (SPE). Ik wijs op het Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap (COM(2008) 396). De idee is hetzelfde als bij de SE: ook de SPE heeft straks een eigen EU-Statuut. Daarnaast gelden er nationale regels van het land waarin de SPE haar zetel heeft. De Gecombineerde Com-

missie Vennootschapsrecht heeft alvast een voorschot genomen en is kritisch over de invoering van een SPE en de voorgestelde verordening. Haar advies van 16 september 2008 is te vinden op www.notaris.nl/subsites/commissie/adviezen.htm. Wordt ongetwijfeld vervolgd.

Rechtspraak

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 en 6:162 BW
Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak, zegt de eerste zin van artikel 2:9 BW. Voor aansprakelijkheid op grond van dit artikel is nodig dat de bestuurder een ernstig verwijt gemaakt kan worden, aldus de Hoge Raad in hét standaardarrest Staleman/Van de Ven (HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. Ma). Of sprake is van een ernstig verwijt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Deze aansprakelijkheidslijn is door ons hoogste rechtscollege steeds vastgehouden, zie bijvoorbeeld de uitspraak inzake Schwandt/Berghuizer Papierfabriek, HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 m.nt. Bartman. Dit betekent dat de bestuurder enige bescherming geniet. Hij is niet voor ieder verwijtbaar handelen aansprakelijk, alleen wanneer hem een *ernstig* verwijt gemaakt kan worden.

Niet alleen de vennootschap kan een bestuurder aansprakelijk stellen. Ook een derde, zoals een schuldeiser van de vennootschap, kan een bestuurder aanspreken. Dit is een 'normale' onrechtmatige daadsvordering ex artikel 6:162 BW. In het ingewikkelde arrest Ontvanger/Roelofsen uit 2006 oordeelde de Hoge Raad dat in zo'n geval ongekwalificeerde verwijtbaarheid niet voldoende is. De onrechtmatigheid ex art. 6:162 BW van het bestuurs-handelen wordt 'ingekleurd' door de norm van art. 2:9 BW. Een 'voldoende ernstig verwijt' is ook hier noodzakelijk. Zie HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen).

In zijn uitspraak van 20 juni 2008 (*JOR* 2008/260 m.nt. Borrius) beantwoordt de HR een vraag die in het verlengde van Ontvanger/Roelofsen ligt: Welke aansprakelijkheidsnorm geldt wanneer niet de vennootschap, maar een individuele aandeelhouder de bestuurder aansprakelijk stelt op grond van onrechtmatige daad?

De casus is als volgt. Willemsen is bestuurder van Willemsen Beheer BV ('Beheer'), die op haar beurt bestuurder is van Willemsen Holding BV ('Holding'). Op een bepaald moment verwerft de NOM 49,9% van de aandelen in Holding en verstrekt NOM een lening van (toen nog) fl. 3 miljoen aan Holding. Ook worden de statuten van Holding gewijzigd en wordt er tussen NOM, Beheer en Holding een aandeelhoudersovereenkomst gesloten. De statuten in combinatie met de aandeelhoudersovereenkomst bepalen onder meer dat de AVA een goedkeuringsrecht heeft bij bestuursbesluiten 'betreffende aangifte van faillissement en aanvraag van surseance van betaling'. Bovendien heeft NOM een vetorecht. In 2002 komt Holding in financiële moeilijkheden en vraagt zij surseance van betaling

aan. Dit besluit wordt echter *niet* ter goedkeuring voorgelegd aan de AVA. Dan wordt het faillissement van Holding uitgesproken en stelt NOM zowel Beheer als Willemsen aansprakelijk. Aan haar vordering ligt ten grondslag dat Beheer in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst en de statuten van Holding heeft gehandeld. Dit is ex artikel 6:162 BW onrechtmatig jegens aandeelhouder NOM. Willemsen wordt via artikel 2:11 BW persoonlijk aansprakelijk gehouden voor het handelen van Beheer.

A-G Timmerman schrijft in zijn uitgebreide conclusie sub 5.8:

'Het ligt in de rede ligt dat bij een vordering van een individuele aandeelhouder tegen een bestuurder op grond van onrechtmatige daad (...), een vergelijkbare mate van verwijtbaarheid als bij toepassing van art. 2:9 BW te eisen'.

Hij stelt dat als een lichtere toets voor aansprakelijkheid voldoende is, dit op gespannen voet komt te staan met artikel 2:9 BW. Een aandeelhouder zal dan eerder zélf een procedure starten tegen een bestuurder en niet meer willen dat de vordering via de vennootschap wordt ingesteld.

'Voor bestuurdersaansprakelijkheid jegens de vennootschap zou (in beginsel) ernstig verwijtbaar handelen vereist zijn, terwijl de aandeelhouders bij minder ernstig verwijtbaar handelen hun schadevordering vergoed zou krijgen. Ik vind dat een onwenselijke situatie (overweging 5.8 slot)'.

De Hoge Raad deelt de mening van Timmerman. Hij beantwoordt de vraag of voor aansprakelijkheid van de bestuurder jegens een individuele aandeelhouder de norm van interne aansprakelijkheid van artikel 2:9 BW overeenkomstig van toepassing is, in r.o. 5.3. bevestigend:

'Gezien de zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders bij de gang van zaken binnen de vennootschap, brengen de in artikel 2:8 lid 1 BW bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid mee dat de hoge drempel van artikel 2:9 BW overeenkomstig van toepassing is bij een door een individuele aandeelhouder tegen een bestuurder aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure.'

Voor aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een aandeelhouder ex artikel 6:162 BW is dus ook een ernstig verwijt nodig. De Hoge Raad stelt voorts:

'Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen' (r.o. 5.3).

Volgens de Hoge Raad heeft de bestuurder dus enige mate van vrijheid heeft in zijn handelen. Het is niet de bedoeling dat de iedere actie leidt tot aansprakelijkheid. Een bestuurder moet niet slechts defensief optreden, maar actief kunnen ondernemen. Hiermee wordt het belang van de vennootschap en de onderneming gediend.

Een tweede belangrijke regel die uit dit arrest voortvloeit ziet op de invulling van het begrip '(voldoende) ernstig verwijt'. In casu handelde de bestuurder in strijd met een statutaire bepaling. Is dit een omstandigheid die meebrengt dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt? De Hoge Raad ziet het zo:

'Bij de vraag of er sprake is van een voldoende ernstig verwijt brengt de omstandigheid dat is gehandeld in strijd met de statutaire bepalingen die een individuele aandeelhouder beogen te beschermen, in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de individuele aandeelhouder met zich mee (r.o. 5.4).'

Hiermee is de kous nog niet af. De Hoge Raad vindt dat het Hof Leeuwarden onterecht is voorbijgegaan aan de door Willemsen aangevoerde disculperende omstandigheden. De zaak wordt verwezen naar het Hof Arnhem, waar men zich moet over de vraag moet buigen of Willemsen nu wel of niet een ernstig verwijt gemaakt kan worden.

Literatuur

- H. Beckman e.a., *Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 62), Deventer 2008
- J.M.M. Maeijer e.a., *Flexibele rechtsvormen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 98), Deventer 2008
- M.P. Nieuwe Weme e.a. (red.), *Handboek Openbaar Bod* (Serie Onderneming en Recht deel 46), Deventer 2008
- F.J. Oranje, Chr.M. Stokkermans, B. Bier en G.M. Portier, *Het nieuwe BV-recht voor de praktijk* (Preadvies KNB), Den Haag 2008
- L.G. Verburg, *De koers van de bestuurder* (Serie Onderneming en Recht deel 45), Deventer 2008