

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/129702>

Please be advised that this information was generated on 2021-01-24 and may be subject to change.

## Sociaal-economisch recht

### Ondernemingsrecht

Mw. mr. J.M.A. Wintgens-van Luyn, mr. G.J.C. Rensen (Van der Heijden Instituut KU Nijmegen)

#### Periode 1 januari – 31 maart 2002

##### Regelgeving

###### *Aanpassing structuurregeling*

Op 8 januari 2002 is het wetsvoorstel herziening van de structuurregeling bij de Tweede Kamer ingediend (*Kamerstukken* 28 179, nrs. 1-3). In dit wetsvoorstel is het advies van de Sociaal Economische Raad (waarover uitgebreid *Katern* nr. 80) in grote lijnen verwerkt. Zie het themanummer van het tijdschrift *Ondernemingsrecht* (afl. 2002-3/4).

###### *Leeftijdsgrens commissarissen*

Met ingang van 20 maart 2002 is de maximumleeftijd (72 jaar) voor commissarissen uit de wet (art. 2:142 (252) lid 4 BW voor de NV en BV, en artikel 2:57a lid 3 BW voor de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij) verdwenen. Zie de Wet van 7 maart 2002 in *Stb.* 2002, 142 (*Kamerstukken* 27 670). Dit neemt niet weg dat in de statuten een leeftijdsgrens (op grond van objectief gerechtvaardigde redenen) kan worden opgenomen.

###### *Staat als aandeelhouder*

In het vorige katern werd reeds melding gemaakt van de discussie over de positie van de Staat als aandeelhouder. In een aantal parlementaire stukken wordt hier verder op ingegaan. Wij noemen *Kamerstukken* 11 986, nr. 86 over de NS; *Kamerstukken* 28 000 IXB, nr. 21 over KPN; en *Kamerstukken* 28 074, nrs. 6-7 inzake de privatisering van Schiphol.

###### *Jaarrekeningenrecht*

In *Katern* 82 werden al enige opmerkingen gemaakt over de vele ontwikkelingen in het jaarrekeningenrecht. Op 5 februari 2002 is een wetsontwerp bij de Tweede Kamer ingediend dat ertoe strekt de toepassing van internationale jaar-

rekeningvoorschriften te vergemakkelijken door enkele discrepanties tussen het Nederlandse jaarrekeningenrecht en internationale standaarden weg te nemen (*Kamerstukken* 28 220, nrs. 1-3).

###### *Tegengaan misbruik van vennootschappen*

Ten behoeve van de afgifte van een verklaring van geen bezwaar bij oprichting van vennootschappen worden gegevens aangaande de vennootschap en/of haar bestuurders opgeslagen. Om misbruik van vennootschappen op efficiënte wijze te kunnen voorkomen en bestrijden, is het noodzakelijk om inzicht te krijgen in de verbanden die tussen vennootschappen, andere rechtspersonen en natuurlijke personen bestaan. Dat inzicht kan alleen worden verkregen indien gebruik gemaakt kan worden van deze gegevens. De belangen die zijn gemoeid met het tegengaan van het misbruik dienen op zorgvuldige wijze te worden afgewogen tegen het recht van betrokkenen op bescherming van hun persoonsgegevens. Deze afweging dient plaats te vinden binnen een specifiek wettelijk kader. Dit wetsvoorstel (*Kamerstukken* 28 217) strekt daartoe.

###### *Openbaar bod op effecten (Dertiende EG-richtlijn)*

Op 4 september 2001 heeft Europees commissaris Bolkestein een commissie onder voorzitterschap van de Rotterdamse hoogleraar J.W. Winter geïnstalleerd die de Europese Commissie moet adviseren over een aangepaste Dertiende EG-richtlijn. Het rapport van deze commissie is te vinden op [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). Over dit rapport J.N. Schutte-Veenstra, *Ondernemingsrecht* 2002/2, pp. 54-58.

###### *Effectenrecht*

Met ingang van 1 maart 2002 is de naam van de Stichting Toezicht Effectenverkeer gewijzigd in Autoriteit Financiële Markten (Autoriteit-FM).

Op 22 februari 2002 werd het verslag van een algemeen overleg vastgesteld, over de nota Hervorming van het toezicht op de financiële marktsector (*Kamerstukken* 28 122, nr. 3). In het overleg stellen leden van de vaste commissie voor Financiën vragen over de voorgestelde overgang van een sectoraal naar een functioneel toezichtmodel. De Minister van Financiën beantwoordt deze vragen. Volgens hem is de nieuwe toezicht-

structuur efficiënter. Er zal nog slechts één toezichthouder (Autoriteit-FM) verantwoordelijk zijn voor de bescherming van consumentenbelangen (onder andere de Financiële Bijsluiter).

## Rechtspraak

*Enquêterecht: bevoegdheid vennootschap om bij zichzelf enquête te onderzoeken?*

In meerdere zaken heeft de Ondernemingskamer ('OK') een vennootschap die een enquêteverzoek jegens zichzelf instelde, ontvankelijk verklaard, zie OK 15 november 2001, *JOR* 2002/6 (Decidewise/Decidewise, Actwise) en OK 20 april 2000, *JOR* 2000/124 (De Vries Robbé). In de cassatieprocedure van De Vries Robbé breekt de Hoge Raad deze jurisprudentie van de OK (HR 1 februari 2002, *JOR* 2002/29). Uit de tekst en strekking van artikel 2:346 BW volgt dat de daarin opgenomen opsomming van degenen die bevoegd zijn tot het indienen van een verzoek tot enquête limitatief is. Uit deze opsomming kan derhalve niet worden afgeleid dat deze bevoegdheid is verleend aan de rechtspersoon ten aanzien waarvan het onderzoek zou moeten worden ingesteld.

*Enquêterecht: limitatieve opsomming van voorzieningen (art. 2:356 BW)*

In een aantal uitspraken heeft de OK bij wijze van voorziening een commissaris aangesteld die de bevoegdheden toekomt als bedoeld in afdeling 6, titel 5 van Boek 2 BW (structuurregeling). Zie: OK 2 november 2000, *JOR* 2001/6 (Vos e.a./Cohere Holding BV, Sogyo Information Engineering BV e.a.); OK 23 november 2000, *JOR* 2001/10 (Langedijk/Gebroeders Langedijk BV); en OK 30 november 2000, *JOR* 2001/4 (Zwagerman/Zwagerman Beheer BV).

De Hoge Raad heeft op 1 maart 2002, *RvdW* 2002, 54 (Zwagerman Beheer BV/Zwagerman) bepaald dat uit de limitatieve opsomming van voorzieningen in artikel 2:356 BW blijkt, dat de OK bij het toekennen van bijzondere bevoegdheden aan een door haar ex artikel 2:356 sub c BW aangestelde commissaris niet kan volstaan met een verwijzing naar de regeling inzake de RvC bij structuurvennootschappen. De OK moet volgens de Hoge Raad aangeven welke bevoegdheden zij aan de door haar benoemde commissaris wil toekennen en van welke statutaire bepalingen daardoor tijdelijk op grond van sub d van artikel 2:356 BW wordt afgeweken. Voor

het verschil in voorzieningen ex artikel 2:356 BW en onmiddellijke voorzieningen ex artikel 2:349a lid 2 BW, verwijzen wij naar *Katern* nr. 82.

*Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement: boekhoudplicht artikel 2:10 BW*

Ook buitenlandse bestuurders moeten zich net als hun Nederlandse collega's houden aan de voorgeschreven boekhoudplicht ex artikel 2:10 op straffe van mogelijke aansprakelijkheid, zo blijkt uit Rb. Amsterdam 5 december 2001, *JOR* 2002/53 (Verhagen en Van Hees q.q./Van Tienen e.a.). Het feit dat de administratie van een vennootschap niet in Nederland gevoerd werd, heeft niet tot gevolg dat niet voldaan is aan de boekhoudplicht. De wet stelt immers in artikel 2:10 BW niet als eis dat de administratie in Nederland aanwezig moet zijn. Ook al staat kennelijk onbehoorlijk bestuur vast op grond van schending van de publicatieplicht van de jaarrekening, het al dan niet voldaan hebben aan de boekhoudplicht in de zin van artikel 2:10 zal een rol spelen bij de beoordeling van het tegenbewijs van het wettelijk vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW.

*Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad*

Dat een bestuurder onrechtmatig handelt jegens de wederpartij van de vennootschap indien hij namens de vennootschap een overeenkomst aangaat terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat deze overeenkomst niet zou kunnen worden nagekomen is vaste jurisprudentie (zie *Katern* nr. 75). In de zaak HR 18 januari 2002, *RvdW* 2002, 19 (Steins/Textile Company APS) ging het echter niet om onrechtmatig handelen jegens de wederpartij van de vennootschap, maar jegens een tussenpersoon, zijnde de vervoerder van de van de wederpartij gekochte zaken. De vervoerder in deze zaak had in strijd met de vervoersovereenkomst de gekochte zaken afgegeven zonder afgifte van cognossement te verlangen. De koper betaalde niet en weigerde tevens de betreffende zaken terug te geven. De verkoper vorderde met succes vergoeding van de schade door de vervoerder. De vervoerder eist vervolgens op zijn beurt schadevergoeding van de koper. Aangezien de bestuurder van de vennootschap, mede gezien zijn betrokkenheid bij de transactie, wist dat de afgeleverde zaken niet werden betaald noch teruggegeven, terwijl hij wel in de positie was deze terug te geven, en hij, gezien het feit dat de vennootschap vervolgens in staat van

faillissement was verklaard, wist dat het onwaarschijnlijk was dat de koopprijs alsnog zou worden voldaan, treft hem een persoonlijk verwijt en heeft hij aldus een onrechtmatige daad jegens de vervoerder gepleegd.

Ten aanzien van aansprakelijkheid van een (bestuurder van een) moedervennootschap jegens de schuldeisers van haar dochter, noemen wij HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 (Sobi/Hurks). Hierin werd — gelet op de hechte aard van de concernstructuur: de moeder was houder van alle aandelen van de dochter en fungeerde als financier — een plicht tot actief toezicht van de moeder op de dochter aangenomen op grond waarvan de moeder was gehouden zich de belangen van schuldeisers van haar dochter aan te trekken. Ook al bestond er in casu geen statutaire bindende instructiebevoegdheid van de moeder ten aanzien van haar dochter, de moeder had wel de feitelijke macht (ontslaan van bestuurders van de dochter) om naleving van instructies af te dwingen. Vanaf het tijdstip dat de moeder had behoren te onderkennen en te beseffen dat de dochter geen of onvoldoende verhaal bood aan haar schuldeisers, was de moeder volgens de Hoge Raad gehouden zich de belangen van die schuldeisers aan te trekken, onder meer door hen te waarschuwen dan wel door surseance van betaling aan te vragen. De bestuurder van de moeder is persoonlijk aansprakelijk omdat hem persoonlijke verwijtbaarheid treft nu hij roekeloos te werk is gegaan ten aanzien van de schuldeisers van de dochter. Vergelijk HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 (Albada Jelgersma/Inza).

*Wet op de ondernemingsraden: primaat van de politiek*

Met betrekking tot artikel 46d WOR overwoog de Hoge Raad reeds eerder (zie *Katern* 75, HR van 26 januari 2000, *NJ* 2000, 223 m.nt. J.M.M. Maeijer (Provincie Zuid-Holland) dat ten aanzien van besluiten waaraan personele gevolgen inherent zijn, maar die niet in het bijzonder strekken tot regeling van die gevolgen, naar de bedoeling van de wetgever geen adviesrecht aan de OR toekomt. De Hoge Raad herhaalt nu deze overweging en voegt daaraan toe dat de bepaling van artikel 46d WOR niet alleen geldt voor besluiten die tot stand komen als onderdeel van een politiek proces in democratische organen met (mede)wetgevende bevoegdheid, maar ook voor de desbetreffende besluiten van andere

*democratisch gecontroleerde overheidsorganen*. Zie: HR 1 maart 2002, *RvdW* 2002, 53 (Staat der Nederlanden/OR Rijksrecherche).

*Uitgifte aandelen: weigering minderheidsaandeelhouder om mee te werken*

In een zaak voor de rechtbank Amsterdam, Pres. Rb. Amsterdam 20 december 2001, *JOR* 2002/26 (Gorillapark BV/Trailblazer Ventures BV), wordt een minderheidsaandeelhouder gedwongen mee te werken aan een financieringsconstructie waardoor zijn belang in de vennootschap zal verwateren. De weigering van de aandeelhouder om aan de door de vennootschap gekozen constructie mee te werken, zal tot gevolg hebben dat de beoogde financiering niet zal plaatsvinden, waardoor het faillissement van de vennootschap onafwendbaar lijkt te worden. Vermoed wordt dat de weigering van de aandeelhouder ten doel heeft om een gunstigere regeling voor haar af te dwingen dan geldt voor de overige aandeelhouders. Daarmee beoogt zij de paritas van de aandeelhouders in haar voordeel te doorbreken. Dit acht de president in strijd met de redelijkheid en billijkheid die immers ook geldt tussen aandeelhouders.

Een ander geval waarin door een impasse in de AVA omtrent de financiering van de vennootschap, het voortbestaan van de vennootschap werd bedreigd betrof OK 15 november 2001, *JOR* 2002/6 (Decidewise/Decidewise, Actwise). In deze enquêtezaak is naar het voorlopig oordeel van de OK sprake van gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen. De OK treft onmiddellijke voorzieningen die inhouden dat het bestuur bevoegd is tot uitgifte van aandelen zonder dat daarvoor een besluit van de AVA noodzakelijk is en met terzijdestelling van de aandeelhoudersovereenkomst die voor een dergelijke uitgifte een gekwalificeerde meerderheid van 81% vereist. Vanwege het voorkeursrecht van de bestaande aandeelhouders hoeft de uitgifte geen wijziging in te houden van de zeggenschapsverhoudingen binnen de vennootschap.

*Westfield/Rodamco*

*Katern* 82 bevatte een uitvoerige uiteenzetting van de Westfield/Rodamco-zaak. Het stuk werd afgesloten met de woorden 'wordt vervolgd?' En inderdaad. Kort voordat de algemene vergadering zou plaatsvinden waarin zou worden besloten over de overdracht van de activa van Rodamco North America ('RNA'), dienden de VEB en anderen een verzoek in bij de OK ex ar-

tikel 2:349a lid 2 BW tot het treffen van voorlopige voorzieningen. Zij wilden onder meer de besluitvorming opgeschort zien en een schorsing van het stemrecht op de aandelen van de Stichting RNA. De OK komt hen daarin bij beschikking van 22 februari 2002 (*JOR* 2002/63) tegemoet. Op 22 maart 2002 doet de OK vervolgens uitspraak over de kwestie of de gedragingen van Rodamco als wanbeleid kunnen worden gekwalificeerd. De OK verklaart voor recht dat sprake is van wanbeleid van RNA op drie punten: (1) de oprichting van beschermingsstichting Stichting RNA gevolgd door uitgifte van aandelen aan deze stichting, (2) het verlenen van financiële steun aan een stichting (SBBR) die de belangen van beleggers in RNA beoogt te behartigen, en (3) wijziging van de arbeidsovereenkomsten ten voordele van bestuursleden. De OK treft op grond van artikel 2:356 BW één voorziening, namelijk de vernietiging van de besluiten die hebben geleid tot de onder 3 genoemde wijziging van de arbeidsovereenkomsten.

Inmiddels heeft de AVA op 25 maart jl. met ruime meerderheid (zie *Het Financieele Dagblad* 26 maart 2002) besloten tot overdracht van de activa in bovengenoemde zin en daarmee tot liquidatie van RNA. Hiermee lijkt een voorlopig einde te zijn gekomen aan deze 'oorlog'.

#### *Verenigingsrecht; over democratie binnen de vereniging*

In een recente zaak — HR 8 maart 2002, *JOR* 2002/81 (St. Willibrordus/Posthuma e.a.) — was de vraag aan de orde of de ontslagen bestuurders van een vereniging na hun ontslag nog een beroep kunnen doen op het recht om een referendum uit te schrijven voor de leden op grond van een statutaire bepaling. Deze bepaling luidt als volgt:

'Artikel 15 lid 1

Het bestuur behoudt zich het recht van referendum op alle leden voor, indien de ledenvergadering een besluit heeft genomen, waarmee de meerderheid van het bestuur zich niet kan verenigen.'

De eerste vraag is of deze statutaire bepaling wel voldoet aan artikel 2:39 lid 2 BW waarin — kort gezegd — staat dat de statuten *bepaalde* besluiten aan een referendum kunnen onderwerpen. De Hoge Raad overweegt dat de tekst noch de strekking van deze wettelijke bepaling dwingt tot een beperkende uitleg in die zin dat in de statuten onderscheid zou moeten worden gemaakt

tussen besluiten die wel en besluiten die niet aan een referendum kunnen worden onderworpen. Een (limitatieve) opsomming in de statuten van de gevallen waarin tot een referendum kan worden besloten, wordt door artikel 2:39 lid 2 BW niet geëist.

De tweede vraag is of het niet in strijd is met de onmiddellijke werking van het ontslagbesluit — zoals dat is geregeld in het dwingendrechtelijke artikel 2:37 lid 6 BW — dat de bestuursleden die zijn ontslagen het ontslagbesluit van de ledenvergadering (tijdelijk) zouden kunnen frustreren door tot een referendum te besluiten. De Hoge Raad overweegt dat uit de wetsgeschiedenis van laatstgenoemde bepaling blijkt dat alleen methoden welke het democratische karakter van de vereniging aantasten dwingendrechtelijk worden tegengegaan. Een referendumregeling als hier aan de orde leidt niet tot aantasting van het democratisch karakter van de vereniging. Zeer de moeite waard om te lezen is de conclusie van A-G Mok in deze zaak.

#### Literatuur

- D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. M.R. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*. Kluwer, Deventer 2002;
- P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*. Vierde druk, Gouda Quint, Deventer 2002;
- C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door het effectenrecht, Beschouwingen omtrent Nederlands effectenrecht*. Schoordijk Instituut, Center for Company Law, vierde druk, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2002;
- J.B. Huizink, *Een adequaat vehikel?*, inaugurale rede Vrije Universiteit Amsterdam, Kluwer, Deventer 2002;
- M.M. Mendel, *Hoofdzaken NV en BV*. Derde druk, Kluwer, Deventer 2002;
- G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 68, Kluwer, Deventer 2002.