

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/2066/129778>

Please be advised that this information was generated on 2019-02-20 and may be subject to change.

Ondernemingsrecht

Prof.mr. G. van Solinge

Periode 1 oktober — 31 december 2000

Regelgeving

Openbaar bod op effecten (Wetsvoorstel 27 172)

In de Tweede Kamer is in behandeling wetsvoorstel 27 172 tot opnemings in de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995) van een nieuwe regeling betreffende het openbaar bod op effecten. De wetgever beoogt in de eerste fase van het wetgevingsproces de biedingsregels, zoals nu vastgelegd in hoofdstuk I van de SER Fusiecode, over te hevelen naar de Wte 1995 en het Besluit toezicht effectenverkeer 1995 (Bte 1995). In een tweede (latere) fase worden deze regels aangepast aan — onder meer — de Dertiende Richtlijn inzake overnamebiedingen, zoals die dan naar verwachting is vastgesteld (zie hieronder). Nu, in de eerste fase, is op 11 oktober 2000 een AMvB tot wijziging van het Bte 1995 in concept gestuurd naar de Tweede Kamer in het kader van een zogenaamde ‘voorhangprocedure’ (*Kamerstukken II*, 27 172, nr. 5). In verband met de benodigde wetswijzigingen in de Wte 1995 verschenen een Nota naar aanleiding van het Verslag (nr. 6) en een Nota van wijziging (nr. 7).

Openbaar bod op effecten (Dertiende Richtlijn)

Na vele jaren van eindeloos gediscussieer werd op 21 juni 1999 een tekst vastgesteld voor een voorstel voor een Dertiende Richtlijn die de regels voor overnamebiedingen in de Europese Unie op een lijn zou moeten brengen. Voor Nederland zou deze richtlijn grote gevolgen hebben, bijvoorbeeld door de invoering van het verplicht bod en door het verbod tot het treffen van beschermingsmaatregelen nadat het bod is uitgebracht. In de verslagperiode werden in het Europese Parlement vele amendementen op het voorstel ingediend. Vele van die amendementen hebben de strekking de desbetreffende bepaling in tegengestelde zin te veranderen, onder meer ten aanzien van de beschermingsmaatregelen. Thans is niet duidelijk hoe een en ander zal uit-

pakken. Niet denkbeeldig is dat de gehele Dertiende Richtlijn van tafel verdwijnt als gevolg van de stroperige procedure op grond van artikel 251 EU-Verdrag. Wordt vervolgd.

Jaarrekening en decharge

Aanhangig is Wetsvoorstel 27 483 (op 11 december 2000 verscheen *Kamerstuk II*, nr. 4). Het wetsvoorstel beoogt een einde te maken aan de thans bestaande praktijk dat met de vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening automatisch decharge (kwijting van aansprakelijkheid) wordt verleend aan bestuurders en commissarissen voor het gevoerde beleid en gehouden toezicht. Voortaan zullen deze besluiten afzonderlijk op de agenda van de algemene vergadering verschijnen. Dit wetsvoorstel is een uitvloeisel van de aanbevelingen van de commissie Peters inzake *corporate governance*.

Effectenrecht

In *Katern 77* maakte ik melding van wetsvoorstel 27 225 inzake de nieuwe regels voor beurs-introducties (denk aan World Online!). In dat dossier verscheen *Kamerstuk II*, nr. 2, inhoudende een verslag van het overleg tussen de minister en de vaste Kamercommissie. Ook maakte ik in dat *Katern* melding van wetsvoorstel 27 241 inzake de coördinatie van het toezicht op de financiële sector. In dat dossier verschenen *Kamerstukken II*, nrs. 4 en 5 met verbeteringen en Kamervragen.

Jurisprudentie

Rechtspersoon en rechtspersoonlijkheid

De rechtspersoon is een intrigerend verschijnsel in ons recht. De wet stelt de rechtspersoon gelijk aan de natuurlijke persoon voor wat het vermogensrecht betreft (art. 2:5 BW). Dit betekent dat de rechtspersoon net als een mens van vlees en bloed kan kopen en verkopen, huren en verhuuren, zekerheid kan verlenen, beslag kan leggen en beslagen kan worden, enzovoort. De gelijkstelling geldt niet voor het familierecht. De rechtspersoon kan niet trouwen, scheiden, kinderen krijgen of overlijden, al leiden typisch rechtspersonenrechtelijke figuren als fusie, splitsing, oprichting van een dochtervennootschap en ontbinding tot een vergelijkbaar resultaat. De erf-

rechtelijke bevoegdheid is een eenzijdige: de rechtspersoon kan wel erven of legaten verkrijgen, maar niet als erfflater optreden. Procesrechtelijk is de positie weer wel gelijk: de rechtspersoon kan als eiser en gedaagde, verzoeker en gerekestreerde, maar ook als belanghebbende optreden. De rechtspersoon is dus drager van eigen rechten en verplichtingen: hij is een rechtssubject. Zonder natuurlijke personen kan een rechtspersoon echter niet bestaan of handelen. Het zijn natuurlijke personen (leden, aandeelhouders, bestuurders, commissarissen) die door besluitvorming of vertegenwoordigingshandelingen de rechtspersoon in juridische zin tot leven wekken en kunnen binden. Als gevolg van de rechtssubjectiviteit, de *rechtspersoonlijkheid*, zijn de natuurlijke personen achter de rechtspersoon in beginsel niet aansprakelijk voor de schulden of andere verplichtingen van de rechtspersoon voortvloeiend uit een overeenkomst of uit de wet (bijvoorbeeld onrechtmatige daad). De leden, aandeelhouders, bestuurders en commissarissen van een NV, BV, vereniging of stichting weten zich aldus beschermd door het schild van rechtspersoonlijkheid ('corporate veil'). Andersom werkt het schild ook: de wederpartij (derde) van een rechtspersoon hoeft niet te vrezen dat een lid, aandeelhouder, bestuurder of commissaris hem aanspreekt uit hoofde van een verbintenis tussen de rechtspersoon en de derde. De natuurlijke persoon achter de rechtspersoon kan zich dus niet rechtstreeks verhalen op de wederpartij van de rechtspersoon. Kortom: rechtspersoonlijkheid biedt lusten én lasten, zowel voor derden als voor de natuurlijke personen achter de rechtspersoon.

Toch zijn er gevallen waarin de rechtssubjectiviteit moet worden gerelativeerd, het schild van de rechtspersoonlijkheid wordt dan doorbroken of zelfs genegeerd. Daarvoor zijn in de rechtspraak verschillende methoden ontwikkeld: doorbraak (direct en indirect) van aansprakelijkheid, vereenzelviging en toerekening. Op 13 oktober 2000 deed de Hoge Raad twee uitspraken die voor de rechtsontwikkeling op dit punt van belang zijn.

Vordering van leden of aandeelhouders tegen wederpartij van rechtspersoon?

Om te beginnen de lasten van rechtspersoonlijkheid, althans de lasten bezien vanuit het perspectief van de natuurlijke personen achter de rechtspersoon. In het beroemde arrest inzake Poot/ABP (HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 m.nt. Maeijer) heeft de Hoge Raad uitgemaakt

dat een aandeelhouder van een failliete vennootschap niet het recht heeft de schade te vorderen die de vennootschap heeft geleden doordat een wederpartij van de vennootschap wanprestatie heeft gepleegd. Slechts de rechtspersoon — als rechtssubject betrokken in de rechtsverhouding tot die wederpartij — komt die vordering toe. De aandeelhouder zal, zolang die schade aan de vennootschap niet wordt vergoed, zelf ook schade leiden door de waardevermindering van zijn aandelen. De aandeelhouder heeft daarvoor echter geen eigen vordering. Men zegt dat de aandeelhouder voor zijn afgeleide schade (waardevermindering van zijn aandelen) geen afgeleide actie heeft. De enige weg die de aandeelhouder dan nog openstaat is de rechtspersoon ertoe zien te bewegen de schadevordering in te stellen. Zie over dit onderwerp: L. Timmerman, Van afgeleide schade naar afgeleide actie, in: *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 62 (2000), pp. 15-27 en 137-140.

Recent kreeg de Hoge Raad een vergelijkbaar geval te berechten in HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 699 m.nt. Maeijer (Sijtsema en Rietveld/SOBI). In deze zaak ging het om leden van de coöperatie Heino Krause die verhaal zochten voor de schade als gevolg van het slechte management van de directeur van de coöperatie. Deze directeur was werknemer, maar geen statutair bestuurder van de rechtspersoon. Hij stond dus als een derde in een contractuele verhouding (arbeidsovereenkomst) tot de coöperatie. De Hoge Raad overwoog dat de rechtspersoon daarom de directeur op grond van de arbeidsovereenkomst (art. 7:661 BW) moet aanspreken voor de schade als gevolg van zijn beleid. De Hoge Raad ging ervan uit dat de schade niet is geleden door de leden, maar door de rechtspersoon, omdat de rechtspersoon het rechtssubject is dat de onderneming drijft. In deze zaak was het echter zo dat de leden deze schade onmiddellijk kregen doorberekend in de vorm van een verlaging van het melkgeld (de vergoeding voor de door hen geleverde melk). Bovendien wijs ik erop dat de wet bepaalt dat de coöperatie het bedrijf uitoefent ten behoeve van haar leden en hun bedrijven (art. 2:53 BW). De coöperatie is daarmee als het ware een verlengstuk van het bedrijf van de leden. De Hoge Raad erkent dat de bedrijfsresultaten (ook de negatieve) van een coöperatie uiteindelijk ten goede (of ten laste) van de leden komen, maar meent dat er geen sprake kan zijn van een rechtstreekse bena-

deling van de leden. Kortom: in lijn met het arrest Poot/ABP bepaalt de Hoge Raad dat de schade in kwestie geen rechtstreekse schade van de leden is, maar een afgeleide schade. De leden komt terzake geen (afgeleide) actie toe. Volgens de Hoge Raad had het Hof (en ook A-G Hartkamp) ten onrechte aangenomen dat de directeur aansprakelijk is wegens het schenden van een specifieke zorgvuldigheidsplicht jegens de leden. De Hoge Raad meent dat de directeur die zorgvuldigheidsplicht slechts jegens de rechtspersoon heeft en niet jegens de leden. De leden hebben in hun verhouding tot de coöperatie (zowel een lidmaatschapsverhouding als een contractuele verhouding) voldoende wegen om de coöperatie aan te sporen om stappen te ondernemen tegen de directeur (de Hoge Raad formuleert hier enigszins onzuiver: 'De leden kunnen de coöperatie onder omstandigheden verantwoordelijk houden voor het wanbeleid van Sijtsema', zie slot van r.o. 3.5). De coöperatie is een zelfstandig rechtssubject en moet haar eigen boontjes doppen, zo lijkt de Hoge Raad te zeggen. Anders wordt het maar een zootje met al die rechtsvorderingen langs het schild van de rechtspersoonlijkheid heen (zie het *obiter dictum* in r.o. 3.7). De leden mogen de rechtspersoon wel proberen te bewegen om de schade op de directeur te verhalen. In dit geval zal dat niet gemakkelijk zijn, want de coöperatie Heino Krause was door een fusie inmiddels opgegaan in het veel grotere Coberco. De stemmen van de leden van het vroegere Heino Krause zinken in het niet binnen het grotere geheel van Coberco. Bovendien zou de opbrengst van de schadevordering — als zij al zou worden ingesteld door Coberco — door alle leden van Coberco worden gedeeld. De Hoge Raad is dus streng in de leer, maar de leden van de coöperatie staan in hun hemd.

Vereenzelviging?

Nu dan de lusten van rechtspersoonlijkheid, althans de lusten bezien vanuit het perspectief van de natuurlijke persoon achter de rechtspersoon. Koeriersbedrijf Démarrage BV had een forse, onbetaalde belastingschuld. Toen het Démarrage BV te heet onder de voeten werd deed het zijn koeriersactiviteiten over aan een Engelse vennootschap, Rainbow Products Ltd. Ogenschijnlijk veranderde er in het geheel niets in de bedrijfsvoering, met uitzondering van de naam. Een zekere De Wit had het in beide vennootschappen voor het zeggen. Verder is hier van belang dat Rainbow aanvankelijk geen vergoeding

voor de goodwill heeft betaald bij de 'overname' van de onderneming (van een werkelijke overname was dan ook geen sprake). Na deze manoeuvre had de Ontvanger der Rijksbelastingen derdenbeslag laten leggen onder enkele debiteuren van Rainbow ter zake van de belastingschuld van Démarrage. Rainbow had hier volgens de Ontvanger te gelden 'als verschijningsvorm van Démarrage'. Hiermee leek de Ontvanger zich te beroepen op het leerstuk van de vereenzelviging. Alvorens het recente arrest van HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698 (Rainbow Products Ltd./Ontvanger) m.nt. Maeijer, te bespreken, ga ik kort in op het leerstuk van vereenzelviging.

Met vereenzelviging wordt bedoeld het volledig wegdenken van het identiteitsverschil tussen de ene rechtspersoon en een andere rechtspersoon. Of vereenzelviging kan worden toegepast, hangt sterk af van de feiten. Zo kunnen onder meer in aanmerking komen de gevallen waarin de twee rechtspersonen een zelfde aandeelhouder en bestuurder hebben, als ook dezelfde activiteiten ontplooiën. In een standaardarrest van enige jaren geleden heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat van het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen die door dezelfde persoon worden beheerst, misbruik kan worden gemaakt en dat zodanig misbruik in rechte niet behoef te worden gehonoreerd. In de toen berechte zaak was het oogmerk ook het frustreren van een beslaglegging ten nade van de beslaglegger (HR 9 juni 1995, *NJ* 1995, *NJ* 1996, 213 (Krijger/Citco) m.nt. Maeijer). Naar aanleiding van dit arrest werd wel aangenomen dat de Hoge Raad de deur ruim open had gezet voor toepassing van het leerstuk van vereenzelviging. Als gevolg daarvan kan een schuldeiser de tweede rechtspersoon (die wordt vereenzelvigd met de oorspronkelijke debiteur) rechtstreeks aanspreken. In de lagere rechtspraak verschenen dan ook diverse uitspraken in die lijn. In datzelfde jaar deed de Hoge Raad een uitspraak die de toepassingsmogelijkheden van vereenzelviging iets hebben aangescherpt (HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215 (Roco/Staat) m.nt. Maeijer). Het Hof had in de toen berechte zaak de onderneming van een vennootschap en de voordien als eenmanszaak geëxploiteerde onderneming vereenzelvigd, met als resultaat dat de Staat de vennootschap rechtstreeks kon aanspreken op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad overwoog dat vereenzelviging slechts mogelijk is tussen rechtssubjecten (natuurlijke en rechtspersonen), en niet tussen ondernemingen. Ondernemingen zijn im-

mers geen rechtssubjecten, het Nederlandse recht erkent de onderneming niet als een zelfstandige draagster van rechten verplichtingen.

In het hierboven al kort geschetste geval van Rainbow Products/Ontvanger heeft de Hoge Raad de toepassing van vereenzelviging verder beperkt. De Hoge Raad overwoog om te beginnen weer eens dat misbruik van het identiteitsverschil niet in rechte behoeft te worden gehonoreerd (vergelijk arrest Krijger/Citco). Maar dan vervolgt de Hoge Raad met de overweging dat een zodanig misbruik in de regel een onrechtmatige daad is en slechts onder uitzonderlijke omstandigheden sprake kan zijn van vereenzelviging. Voorbeelden van zulke uitzonderlijke omstandigheden noemt de Hoge Raad niet. Hij verwijst slechts naar zijn arrest inzake Krijger/Citco. Volgens de Hoge Raad had Démarrage/Rainbow met de operatie geen ander oogmerk dan benadeling van de fiscus als crediteur (verijdelen van de mogelijkheid tot verhaal door de Ontvanger). Dit is een onrechtmatige gedraging jegens de Ontvanger en verplicht Démarrage/Rainbow en/of De Wit tot vergoeding van de schade die de Ontvanger daardoor lijdt. Enigszins raadselachtig overweegt de Hoge Raad dan nog: 'Dit betekent echter niet dat de omvang van deze schade zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal wilde verijdelen. Reeds hierom is een vereenzelviging als door het Hof in het onderhavige geval voor mogelijk werd gehouden, een vorm van redres die te ver gaat.' Zie r.o. 3.5 (laatste alinea). Echt duidelijk is dit niet. Bij vereenzelviging is de omvang van de schade wel gelijk aan het bedrag van de vordering, er wordt immers voorbijgegaan aan het identiteitsverschil: de ene rechtspersoon wordt voor het verhaal van de schuld volledig gelijkgesteld aan de andere rechtspersoon. Is er geen plaats voor vereenzelviging, zoals door de Hoge Raad bepaald in het onderhavige geval, dan moet de weg van de vordering uit onrechtmatige daad worden gevolgd. Vermoedelijk bedoelt de Hoge Raad dat via die actie slechts verhaal kan worden gezocht, voor zover het gaat om schade die is ontstaan als gevolg van de onrechtmatige gedraging jegens de crediteur. Met andere woorden: via vereenzelviging zijn de schadebedragen gelijk, via de onrechtmatige daad kan er een verschil zijn.

In ieder geval is duidelijk dat de Hoge Raad de deur naar vereenzelviging nog iets verder dicht heeft gedaan. Net als in het hierboven besproken arrest inzake Heino Krause, is de Hoge

Raad streng in de leer: de rechtspersoonlijkheid is een pijler van ons rechtstelsel en niet te snel moet worden aangenomen dat aantasting daarvan mogelijk is. Een begrijpelijk standpunt, al zal de Ontvanger der Rijksbelastingen daarover andere gedachten hebben. De weg die de Hoge Raad in dit arrest heeft gewezen is dat in geval van misbruik van identiteitsverschil de schuldeiser zich allereerst dient te baseren op onrechtmatige daad en subsidiair op vereenzelviging. Aldus ook Maeijer in zijn noot, waarin nog wordt ingegaan op enkele andere aspecten van dit arrest.

Literatuur

Op 8 november 2000 nam prof. mr. P. van Schilf-gaarde wegens het bereiken van de pensioenge-rechtigde leeftijd afscheid als hoogleraar in Utrecht. Ter gelegenheid daarvan werd een con-gres gehouden met als thema *Ius Vigilantibus* (het recht is voor de waakzamen). De voor-drachten zijn gepubliceerd in *WPNR* 6428 (2001). Van Schilf-gaarde kreeg die dag een liber amicorum aangeboden met als titel 'A-T-D'. Daarin zijn vele opstellen opgenomen op het ge-bied van het ondernemingsrecht in ruimste zin, het algemeen vermogensrecht en de snijvlakken daarvan. Dit is een ware schatkist voor studen-ten die op zoek zijn naar scriptie-onderwerpen. Verder kreeg Van Schilf-gaarde van de Groning-se faculteit, waar hij van 1970 tot 1988 hoogle-raar was, een bundel aangeboden met een bloem-lezing van zijn eigen — mede door hem zelf ge-selecteerde — werk, met als titel: *Peter van Schilf-gaarde select* (Uitgaven vanwege het Insti-tuut voor Ondernemingsrecht RU Groningen, deel 35). Al met al bepaald niet te veel eer voor een man die drie decennia lang de discussie in wetenschap en praktijk op de genoemde rechts-terreinen mede heeft bepaald (en overigens niet van zins lijkt daarmee op te houden).

In Groningen promoveerde op 12 oktober 2000 mevrouw mr. E.E.G. Gepken-Jager op een proefschrift met als titel *Vertegenwoordiging bij NV en BV. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de uitvoering van art. 9 van de eerste EG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht*. Het boek ver-scheen als deel 34 in de eerder genoemde Gro-ningse reeks.

Vanwege de Vereeniging 'Handelsrecht' ver-schenen twee preadviezen die werden verdedigd op haar vergadering van 29 september 2000. Het

eerste preadvies handelt over *Het eigen gezicht van het handelsrecht* en is van de hand van R.J.Q. Klomp, M.M. Mendel, C.E. du Perron en A.C. van Schaick. Het tweede preadvies heeft als titel *Implementatie van de Dertiende Richtlijn. Een terreinverkenning* en is van de hand van L.J. Hijmans van den Bergh en G. van Solinge.

Een voortreffelijke (en goed betaalbare) inleiding in het vennootschapsrecht zoals dat geldt in de Verenigde Staten is: R.W. Hamilton, *A Law of Corporations in a Nutshell*, waarvan de vijfde druk verscheen (West Nutshell Series, West Group 2000).

Verder noem ik:

- M.E. Engelaar, *Organisatie en financiering van de coöperatie*. Cahier Privaatrecht, deel 9, Ars Aequi Libri 2000;
- R.C.J. Galle, *Onderneming en ethiek*, Boom Juridische Uitgevers 2000;
- G.J. Niezen e.a. (red.) *Ongebonden recht bedrijven*. Bedrijfsjuridische opstellen op de grens van het derde millennium, eerste druk, Kluwer 2000.