

Ondernemingsrecht

Prof. mr. G. van Solinge

Periode 1 januari — 30 juni 2001

Regelgeving

SER-advies over de toekomst van de structuurregeling

Op 19 januari 2001 verscheen het lang verwachte advies van de SER over de toekomst van het structuurregime. Het is uiteindelijk een unaniem advies geworden. De sporen van het compromis tussen werkgevers en werknemers zijn duidelijk waarneembaar. Een aantal dingen vallen op. Allereerst is het opmerkelijk dat de SER zich niet heeft afgevraagd of het structuurregime niet beter afgeschaft kan worden. Zie kritisch daarover: F.J.P. van den Ingh, Requiem voor de structuurregeling, *Ondernemingsrecht* 2001-8, pp. 226-228. De SER adviseert om het systeem van de zogenaamde 'gecontroleerde coöptatie' bij benoemingen van commissarissen van een structuurvennootschap te vervangen door een systeem waarin de aandeelhoudersvergadering (ava) de commissarissen benoemt op voordracht van de raad van commissarissen (rvc). De ava kan de voordracht doorbreken met 2/3 van de stemmen op een vergadering waar 1/3 van het kapitaal is vertegenwoordigd. Gezien het absentisme op vergaderingen zal zo'n doorbreking in de praktijk wel zelden voorkomen. Echt nieuw is het voorstel van de SER dat de ondernemingsraad (OR) voor 1/3 van de zetels in de rvc een bijzonder voordrachtsrecht geeft. In beginsel moet de rvc de voordracht van zo'n OR-commissaris overnemen, tenzij verwacht wordt dat de kandidaat ongeschikt is voor zijn taak of indien de rvc na de benoeming niet naar behoren zal zijn samengesteld. De rvc kan worden ontslagen door de ava, maar slechts de rvc als geheel. Individuele commissarissen kunnen net als thans het geval is worden ontslagen door de ondernemingskamer. Zie verder hierover: R.H. van het Kaar, *Ondernemingsrecht* 2001-8, pp. 228-232. Het is opmerkelijk dat de positie van de aandeelhouders in het SER-advies toch aanzienlijk wordt

versterkt. Nog opmerkelijker is dat de certificaathouders in het SER-advies kunnen rekenen op stemrecht bij een aantal belangrijke besluiten, zoals benoeming van commissarissen en de vaststelling van de jaarrekening. De SER twijfelt of certificaathouders ook stemrecht moeten krijgen in 'oorlogstijd', bijvoorbeeld wanneer een vijandig bod is uitgebracht op de (certificaten van) aandelen. Downloaden van het SER-advies is mogelijk via www.ser.nl. Zie ook *Kamerstukken II*, 25 732, nr. 17. Het kabinet heeft onmiddellijk laten weten het SER-advies te omarmen en thans wordt wetgeving voorbereid. Zie *Kamerstukken II*, 25 732, nr. 19.

Europese vennootschap

Als een duveltje uit een doosje verscheen tijdens de Eurotop in Nice plotseling een Verordening van de Raad betreffende het Statuut van de Europese vennootschap (SE). Hierdoor lijkt de SE toch weer wat dichterbij gekomen. Problemen blijven bestaan ten aanzien van de toepasselijkheid van het recht van de zetel naast het eigen, communautaire SE-recht en de rechten van werknemers, die nu in een afzonderlijke richtlijn zijn ondergebracht. Zie over de SE uitvoerig het themanummer van *Ondernemingsrecht* 2001-7.

Openbaar bod op effecten (Wetsvoorstel 27 172)

De wet van 22 maart 2001 tot opnemning in de Wet toezicht effectenverkeer 1995 van bepalingen betreffende openbare biedingen op effecten verscheen in *Stb.* 2001, 181. De wet zal in werking treden op 1 september 2001. De materiële biedingsregels die nu in hoofdstuk I van de SER-Fusiegedragsregels staan, zullen krachtens deze wet worden opgenomen in het Besluit toezicht effectenverkeer 1995. Zie eerder *Katern* 78.

Openbaar bod op effecten (Dertiende Richtlijn)

Op 6 juni 2001 is door het bemiddelingscomité in het kader van de conciliatieprocedure de tekst van het ontwerp van de Dertiende EG-richtlijn vastgesteld. Zie *Katern* 78. Het bereikte compromis houdt op enkele punten een wijziging in van de tekst van het gemeenschappelijk standpunt. Artikel 9 Richtlijn (verbod van beschermingsmaatregelen) is op enkele onderdelen aangepast. Voorts zijn er aanvullende waarborgen opgenomen ter bescherming van de belangen van werk-

nemers. Uiteindelijk is de voorgestelde richtlijn op 4 juli 2001 weggestemd in het Europees Parlement met 273 tegen 273 stemmen. Euro-commissaris Bolkestein heeft aangekondigd al snel met een nieuw voorstel te komen. Wordt vervolgd.

Wetsvoorstel beschermingsconstructies

Dit dossier (*Kamerstukken I*, 25 732) blijft maar groeien terwijl de behandeling van het wetsvoorstel zelf nauwelijks in beweging komt. Zie eerder *Katern 77*. Verschenen zijn: Nota naar aanleiding van nader verslag (nr. 16), het SER-advies over de toekomst van de structuurregeling (nr. 17), waarover de ministers van Financiën en Justitie een brief stuurden, met als conclusie dat SER-advies geen gevolgen heeft voor het wetsvoorstel (nr. 19). Eerder stuurde de minister van Justitie een brief aan de Tweede Kamer waaruit blijkt dat het kabinet het SER-advies overneemt en op basis daarvan een wetsvoorstel voorbereidt (nr. 18).

Jaarrekening en decharge

Op 29 januari 2001 verscheen de Nota naar aanleiding van verslag, *Kamerstukken II*, 27 483, nr. 4. Zie *Katern 78*.

Rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen

Aanhangig is wetsvoorstel 27 469 ter uitvoering van de Richtlijn 98/50/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 tot wijziging van de Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen. Na veel gekrakeel in de Tweede Kamer over de pensioenproblematiek van artikel 7:662 lid 2 BW (zie *Kamerstukken II*, nrs. 6, 8, 10, 11, 12) verscheen op 16 mei 2001 een nota van wijziging (nr. 13). Deze nota betreft uitsluitend een technische aanpassing van het wetsvoorstel.

Machtigingswet KPN

Het rommelt in en rondom KPN, dat zucht onder een enorme schuldenlast. De staat bezit nog steeds een groot belang, maar wil daar eigenlijk wel van af. KPN wordt rijp gemaakt voor een fusie of overname. De Belgische evenknie Belgacom is een veelgenoemde kandidaat. Eerst moeten wat hindernissen worden opgeruimd, zoals het bij bijzondere Machtigingswet opgelegd

structuurregime en het bijzonder aandeel ('Golden Share') van de Staat. Wetsvoorstel 27 604 strekt daartoe. Inmiddels verschenen: wetsvoorstel (nrs. 1 en 2), Memorie van Toelichting (nr. 3), verslag van de vaste kamercommissie voor Verkeer & Waterstaat (nr. 4) en Nota naar aanleiding van verslag (nr. 5). De Kamerstukken geven een inkijkje in het leven, streven en sneven van het voormalig staatsbedrijf.

Statuten in het Fries

Het Fries is de tweede officiële taal in het Koninkrijk der Nederlanden en bijgevolg wordt het in de toekomst mogelijk de statuten van een vereniging, stichting, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in het Fries op te stellen. Voor de liefhebber: zie wetsvoorstel 27 647.

Effectenrecht

In de verslagperiode vormde de voorbereiding van de beursnotering van Euronext NV, de fusiebeurs van de beurzen in Parijs, Amsterdam en Brussel steeds belangrijk nieuws. Op 6 juli 2001 was het zover: de notering aan de beurs van Parijs was een feit. De aandelen worden ook in Amsterdam en Brussel verhandeld. Bij een introductiekoers van 24 euro haalde het fonds bijna 700 mln. euro uit de markt. Het aandeel ging als snel na de introductie onderuit. Bankiers en handelaren spraken van een flop. Toch lijkt de fusiebeurs wel een redelijk succes. Er is belangstelling voor aansluiting door beurzen uit Portugal en Polen. Een uniforme regelgeving vormt nog een niet geringe opgave. Men begint van onderaf: eerst de handelssystemen, dan de clearing en settlement en ten slotte de noteringseisen. Zie: Euronext Mededeling 2001-055 van 22 juni 2001.

Op 15 februari 2001 bracht de commissie-Lamfalussy een rapport uit over de regulering van Europese effectenmarkten. Beoogd wordt een snellere en flexibelere methode van regelgeving op Europees niveau teneinde tegemoet te kunnen komen aan de razendsnelle ontwikkelingen op de internationale kapitaalmarkt. De Europese Unie heeft daarvoor een actieplan ontworpen: Actieplan Financiële Diensten. Zie nader: J.M. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2001-1, pp. 38-39 en B.J. Drijber, *Ondernemingsrecht* 2001-6, pp. 163-165 (met in noot 1 het downloadadres).

Een terugkerend thema is de maar niet van de grond komende samenwerking tussen de drie toezichthouders in de financiële sector: De Nederlandsche Bank, Stichting Toezicht Effecten-

verkeer en de Pensioen- en Verzekeringskamer. In het Verenigd Koninkrijk bestaat sinds vorig jaar wel één *Financial Services Authority*. Zie daarover: R.J. Botter, *Ondernemingsrecht* 2001-3, pp. 54-58.

Op 22 november 2000 trad de gewijzigde Wet giraal effectenverkeer in werking (*Stb.* 2000, 485). De belangrijkste wijzigingen zijn dat voortaan ook aandelen op naam in girale effectensysteem kunnen worden opgenomen en dat uitgevende instellingen het onmogelijk kunnen maken dat zij op verzoek van een deelgenoot in het verzamel- of girodepot de aandelen waartoe hij gerechtigd is, fysiek moeten uitleveren. Zie nader: J.M. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2001-6, pp. 146-153.

Provincies en gemeenten die beleggertje spelen met overtollige gemeenschapsgelden kwamen vaak in het nieuws. Vooral als het slecht ging. De regeling die daaraan voorwaarden stelt is gewijzigd. Nu geldt dat openbare lichamen overtollige gelden mogen beleggen, mits de hoofdsom gegarandeerd is en niet in aandelen wordt belegd. Met deze wijziging, die op 1 juli 2001 in werking trad, wordt in de Regeling een apart regime voor de zogenoemde 'nazorgfondsen' opgenomen. Dit zijn rechtspersonen die provincies op grond van de nazorgbepalingen in de Wet milieubeheer moeten oprichten voor de nazorg van afvalstortplaatsen. Op grond van het aparte regime, onder meer gebaseerd op de zeer lange horizon van de risico's in deze sector, mogen nazorgfondsen onder omstandigheden wel in aandelen beleggen. Zie Wijziging Regeling uitzettingen en derivaten decentrale overheden, *Stert.* 29 juni 2001, nr. 123, p. 79.

De minister van Financiën vreest dat effecten aan toonder worden gebruikt voor onder andere witwaspraktijken. Deze kwetsbaarheid komt voort uit de anonimiteit die toonderstukken verschaffen aan de houders of *beneficial owners* daarvan. Is er gelet op de tendens naar dematerialisatie van effecten nog behoefte aan effecten aan toonder? De minister gaat een werkgroep in het leven roepen, die de mogelijkheden voor (verdere) dematerialisatie van het effectenverkeer moet gaan onderzoeken. Zie *Kamerstukken II*, 17 050, nr. 218, en *Kamerstukken II*, 27 555.

Jurisprudentie

Europese ondernemingsraden (Richtlijn 94/45/EG)
De OR van een Duitse vennootschap behorend tot een Europees concern vraagt de ondernemer om informatie over het aantal werknemers en de structuur van de ondernemingen van het concern. De OR heeft deze informatie nodig bij de voorbereiding van de oprichting van een Europese OR ('EOR'). De ondernemer stelt dat dit slechts zou moeten indien er sprake is van een concern met een communautaire dimensie waarbij de zeggenschap uitoefende onderneming in Duitsland gevestigd is en dat is volgens hem in casu niet het geval. Naar aanleiding van prejudiciële vragen overweegt het HvJ EG dat, wil de richtlijn inzake de EOR nuttig effect hebben, het noodzakelijk is dat werknemers toegang hebben tot de informatie op grond waarvan zij kunnen beoordelen of zij aanspraak hebben op het openen van onderhandelingen over de oprichting van de EOR tussen het hoofdbestuur en de werknemersvertegenwoordigers. Om te kunnen beoordelen of een EOR kan worden ingesteld moeten zij onder andere weten of een bepaald bestuur het bestuur van een zeggenschap uitoefende onderneming is en dient de ondernemer tevens desgevraagd informatie te verstrekken over de structuur of organisatie van een concern, waaronder informatie over de aantallen werknemers. Zie HvJ EG 29 maart 2001, *JAR* 2001/83; *SEW* 2001/5-katern, p. 17; *SR* 2001/5, pp. 154-155 met commentaar Y. Konijn (Betriebsrat der Bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co KG/Bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co KG).

Afgeleide schade/afgeleide actie

In *Katern* 78 besprak ik uitvoerig de (on)mogelijkheden voor aandeelhouders en leden om een derde aan te spreken voor de schade die zij lijden als gevolg van de vermogensschade die de rechtspersoon heeft geleden door wanprestatie of onrechtmatige daad van de derde. Sinds het arrest HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 (Poot/ABP) weten we dat dergelijke schade voor de aandeelhouder een (van het vermogen van de vennootschap) afgeleide schade vormt en dat hem de vordering terzake niet toekomt. De vordering moet worden ingesteld door de vennootschap; de aandeelhouder heeft dus geen afgeleide actie. De gedachte hierachter is dat de aandeelhouder het in zijn macht heeft om, met de middelen die het vennootschapsrecht hem biedt,

de vennootschap ertoe te bewegen de aan haar toekomende vordering in te stellen. In de Heino Krause-zaak (HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 699) besliste de Hoge Raad vergelijkbaar ten aanzien van een coöperatie. De aandeelhouder heeft wel, zo volgt uit Poot/ABP, een directe actie tegen de derde indien deze een specifieke zorgvuldigheidsnorm in de verhouding tot de aandeelhouder heeft geschonden. De aandeelhouder kan dan echter niet volstaan met het stellen van wanprestatie of onrechtmatige daad. Zou er tevens sprake zijn van een onrechtmatig handelen jegens de aandeelhouder in privé, dan moet hij behalve de schade wegens waardevermindering ook andere schade vorderen.

Aldus de vaste rechtspraak. Onlangs heeft de Hoge Raad weer een arrest gewezen dat past in de Poot/ABP-doctrine. De Hoge Raad overwoog dat de aandeelhouder evenmin zijn gemiste koerswinst kan verhalen op de derde. Verder overwoog de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid dat de vennootschap de derde niet tot vergoeding van de door haar geleden schade aanspreekt, niet meebrengt dat de gedraging van de derde als onrechtmatig jegens de aandeelhouder(s) van de vennootschap moet worden aangemerkt. Zie HR 15 juni 2001, *JOL* 2001, 380 (Chipshol BV, Pentalaria BV, Unihome BV/Firma A en Firma B).

Enquêterecht

Er was ook in de verslagperiode weer een niet aflatende stroom van enquêtezaken. Een van de meest geruchtmakende van de afgelopen jaren is die in de Gucci-zaak. Zie eerder *Katern* 72 en 77. In HR 27 september 2000, *JOR* 2000/217, *NJ* 2000, 487 is uitgemaakt dat het onderzoek de kern van het enquêterecht is; pas nadat het verslag van het onderzoek is neergelegd kan de ondernemingskamer (OK) zich desverzocht uitspreken over de vraag of er sprake is van wanbeleid en eventueel voorzieningen treffen. De Hoge Raad verwees de zaak terug naar de OK, die op 8 maart 2001 (*JOR* 2001/55 m.nt. M. Brink) alsnog een enquête heeft gelast. De OK kon het niet nalaten bij de benoeming van de drie enquêteurs een voorschot te nemen op hun conclusies. Ook opmerkelijk is dat de OK aan de enquêteurs de opdracht meegeeft (zij 'mogen tot hun taak rekenen') om zich uit te laten over de vraag of hier sprake is geweest van wanbeleid en voorstellen te doen voor eventueel te treffen voorzieningen. Is dat nou juist niet veeleer de taak van de OK zelf? Wordt vervolgd.

De laatste tijd is een ontwikkeling zichtbaar in de enquêtebeschikkingen van de OK die lijkt op de eerste contouren van bescherming van minderheidsaandeelhouders in het Nederlandse recht. In toenemende mate laat de OK in de beschikkingen meewegen dat de vennootschap of een meerderheidsaandeelhouder zich de belangen van een minderheidsaandeelhouder moet aantrekken, hem voldoende informatie moet verschaffen of een bijzondere (verzwaarde) zorgplicht heeft, bijvoorbeeld bij belangenverstrengeling. Zonder naar volledigheid te streven noem ik uit de verslagperiode: OK 22 december 2000, *JOR* 2001/32; OK 18 januari 2001, *JOR* 2001/34; OK 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 en OK 22 maart 2001, *JOR* 2001/130.

Weigerachtige stichtingsbestuurder

De statuten van een stichting bepalen dat in een bestuursvergadering waarin niet alle bestuursleden aanwezig of vertegenwoordigd zijn, geen rechtsgeldige besluiten kunnen worden genomen. Een bestuurder weigert op bestuursvergaderingen te verschijnen. Het Hof Den Haag bepaalt met een beroep op de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 dat de bestuurder die bepaling niet kan gebruiken om algehele besluitvorming binnen de stichting te blokkeren zonder dat daarvoor een geldige reden bestaat. Niet valt in te zien waarom een bestuurder niet tot nakoming van zijn verplichtingen (waaronder die tot bijwoning van bestuursvergaderingen) kan worden veroordeeld zolang hij niet van de mogelijkheid als zodanig ontslag te nemen, gebruik heeft gemaakt. Voorts ligt voor de hand dat het rechterlijk bevel tot bijwoning van bestuursvergaderingen niet aan ontslagname in de weg staat. Zie: Hof 's-Gravenhage 27 maart 2001, *JOR* 2001/127 (Van Mook/Stichting Prioriteitsaandelen De Vries Robbé Groep).

Effectenrecht

In de nasleep van het geruchtmakende Daf-failissement kwam het tot een voorlopig hoogtepunt op 23 maart 2001 toen de Hoge Raad in een reeks van zeven arresten talloze vragen beantwoordde. Vijf arresten zijn afgedrukt in *JOR* 2001/116-120. Hoewel voor het effectenrecht zeker van belang, zal ik deze zaken hier verder niet bespreken. Ik verwijs naar de noot van R.D. Vriensdorp in *AA* 2001, pp. 566-573 en de noot van Th.A.L. Kliebisch in de *JOR*.

Literatuur

Er verschenen enkele interessante preadviezen in deze verslagperiode:

- J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman en F.K. Buijn, *De ontwikkelingen van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*. Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging 2000, Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging, 2001;
- E.F. Feitsma, V.N.G. van Leeuwen, L.A.G. Moelker en W. de Jong, *Effectenverkeer via internet*. Preadviezen Vereniging voor Effectenrecht 2001, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 66, Kluwer, Deventer 2001;
- R.E. van Esch, J.W. Winter en G.J. van der Ziel, *Afscheid van papier, Handelsrecht en moderne technologie*. Preadvis van de Vereniging 'Handelsrecht' 2001, W.E.J. Tjeenk Wilink, Deventer 2001;
- Verslag van de vergaderingen van de Vereniging 'Handelsrecht' 24 september 1999 & 29 september 2000, Bedrijfsgeheimen (Ch. Gielen), Het eigen gezicht van het handelsrecht (Klomp, Mendel, Du Perron en Van Schaick), Implementatie van de Dertiende Richtlijn, een terreinverkenning (Hijmans van den Bergh en Van Solinge), W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001.

Verder noem ik:

- S. Rammeloo, *Corporations in Private International Law*. Oxford Monographs in Private Law, Oxford University Press, 2001;
- P.L. Wery, *Hoofdzaken maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*. Kluwer, Deventer 2001;
- F.G.B. Graaf en W.A.K. Rank (red.), *Internationaal privaatrecht en financiële transacties*. NIBE Bankjuridische reeks, nr. 41, Amsterdam 2001;
- H.M. Vletter-van Dort, *Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking*. Diss. Utrecht 2001, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 37, Kluwer, Deventer 2001;
- B. Hoogenboom/P. Kalma, *Ondernemen of overnemen, Corporate Governance en de sociaal-democratie*. PvdA-brochures, Wiarda Beckman Stichting, Amsterdam 2001.

Tot slot wijs ik op een bijzonder nummer van het tijdschrift *Ondernemingsrecht* (nr. 2000-1/2) ter

ere van hoofdredacteur Harry Honée, (oud-) hoogleraar te Nijmegen en Rotterdam, die na 30 jaar afscheid nam van het tijdschrift. Het nummer heeft als titel 'Van oude boeken die niet voorbijgaan' en is gewijd aan de geschiedenis van het ondernemingsrecht.