

Ondernemingsrecht

Prof. mr. G. van Solinge

Periode 1 januari-31 maart 1999

Wetgeving

Algemeen

Op 17 februari 1999 trad in werking, althans voor het grootste gedeelte, de Wet herstel van wetstechnische gebreken en leemten in diverse wetten alsmede intrekking van enkele wetten die geen betekenis meer hebben (Reparatiewet I, *Stb.* 1999, 30). Zie *Katern* 68.

Herziening preventief toezicht bij oprichting en statutenwijziging

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie heeft op 22 maart 1999 aan beide organisaties gerapporteerd met betrekking tot het aanhangige wetsvoorstel 26 277 inzake de herziening van het preventief toezicht (zie *Katern* 70). De Gecombineerde Commissie is het eens met de strekking van het wetsvoorstel, aangezien zij met de wetgever meent dat het technisch-juridische toezicht geen taak van de overheid dient te zijn, maar dat de zorg voor correcte statuten bij het notariaat behoort te liggen.

Medezeggenschap (Europese regelgeving)

Een verdere uitwerking van het medezeggenschapsrecht van werknemers op Europees niveau wordt beoogd met het ingediende Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot instelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap, *PbEG* 5 januari 1999, C 2, pp. 3-38.

Effectenrecht

Op 1 januari 1999 trad een aantal wetten in werking (zie *Katern* 70), waaronder de Wet vervanging referentierentes (*Stb.* 1998, 716). Daaraan kan nog worden toegevoegd: de Wet tot wijzi-

ging van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995), teneinde de effectiviteit te verbeteren op het gebied van het gebruik van voorwetenschap (*Stb.* 1998, 320) en de daarmee samenhangende uitvoeringsregelingen (*Stb.* 1998, 717 en *Stcrt.* 1999, nr. 5). De eerstgenoemde wet heeft onder andere geleid tot een nieuw artikel 2a in de Wte 1995, waarin is bepaald dat *repurchase agreements* (*repo's*) niet worden getroffen door het fiduciaverbod ex artikel 3:84 lid 3 BW (zie daarover *Katern* 68). De als tweede genoemde wet heeft geleid tot de nieuwe artikelen 46 tot en met 46d in de Wte 1995, als gevolg waarvan er eerder sprake is van strafbaar handelen en van een lichtere bewijslast met betrekking tot de handel in effecten met voorwetenschap.

Per 1 februari 1999 zijn in werking getreden (*Stb.* 1999, 31) de Wet van 1 juli 1998 tot wijziging van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 met het oog op de ontwikkelingen in de organisatie van het toezicht op het effectenverkeer (*Stb.* 1998, 483) en het daarbij behorende Besluit van 20 juli 1998 (*Stb.* 1998, 515).

Aanhangig zijn onder andere:

- Wetsvoorstel 25 821, Opneming in de Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht natuuraanvaartverzekeringsbedrijf, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet inzake wisselkantoren, de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996 en de Wet financiële betrekkingen buitenland 1994, van bepalingen betreffende handhaving door middel van een dwangsom of een bestuurlijke boete en van bepalingen betreffende de rechtsgang. Op 22 februari werden ontvangen de nota naar aanleiding van het verslag van de vaste kamercommissie (nr. 5) en een nota van wijziging (nr. 6). Op 23 maart werd ontvangen een tweede nota van wijziging (nr. 7);
- Wetsvoorstel 26 130, Wijziging van de Wet toezicht kredietwezen 1992 teneinde de verstrekking van informatie aan het publiek te verbeteren. Zie *Katern* 69. Het gewijzigd voorstel van wet (Eerste Kamer, nr. 211) is gedateerd 16 maart 1999. Het eindverslag van

de vaste commissie voor Financiën (Eerste Kamer, nr. 211a) is vastgesteld op 23 maart 1999.

Jurisprudentie

In de NJ verschenen geannoteerd: HR 11 september 1998, *NJ* 1999, 171 ('Mediasafe') met een noot van J.M.M. Maeijer en HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 101 (Stichting Pensioenfonds voor de Bandenbranche/Bridgestone-Firestone Nederland BV) met een noot van A.R. Bloembergen (zie ook: *JOR* 1999/27 m.nt. G. van Solinge). De eerste zaak werd eerder gesignaleerd in *Katern* 67 en 69, de tweede in *Katern* 70.

Heropening vereffening

Artikel 2:23c lid 1 BW bepaalt dat indien na de ontbinding van de rechtspersoon nog een schuldeiser of een gerechtigde tot het liquidatiesaldo opkomt, de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening kan heropenen. De Hoge Raad heeft uitgemaakt welke eisen bij de beoordeling van zo'n verzoek moeten worden gesteld aan de bekendheid van de vereffenaar en van de verzoeker met die bate ten tijde van de beëindiging van de vereffening.

De Hoge Raad overwoog dat voor heropening van de vereffening niet slechts plaats is indien de bate die grond voor de heropening biedt, ten tijde van de eerdere vereffening (of de opheffing van het faillissement) geheel onbekend was aan de vereffenaar (of de curator), maar ook indien toen hetgeen aan de vereffenaar (of de curator) bekend was omtrent het bestaan dan wel de mogelijkheid van verwezenlijking van de betreffende bate door hem onvoldoende is geoordeeld om de bate als reëel bestaand aan te merken. Kortom: ook een bekende bate kan een nagekomen bate zijn. Verder is niet van belang of de verzoeker tot heropening van de vereffening indertijd wellicht een verdergaande kennis omtrent het bestaan of de mogelijkheid van verwezenlijking van de betreffende bate heeft gehad en wellicht onvoldoende in het werk heeft gesteld om de betreffende bate in dat stadium te doen verwezenlijken. De Hoge Raad herhaalt (vgl. *NJ* 1992, 132) dat de rechter een verzoek tot heropening met terughoudendheid — dat wil zeggen: niet te streng — moet toetsen. Aldus: HR 20 oktober 1998, *NJ* 1999, 194 m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 1998/165 m.nt. Van den Ingh (Vereniging Industriebond FNV/Ventaz Engineering NV).

Vereenzelviging

Voor zijn vordering op een debiteur zoekt een crediteur verhaal op de activa van een vennootschap, die zelf geen debiteur is, maar waarvan de debiteur enig aandeelhouder is. In deze Antilliaanse zaak wijst de Hoge Raad een dergelijke vorm van vereenzelviging van aandeelhouder en vennootschap af. De stelling dat de debiteur enig aandeelhouder van de vennootschap is en hij de activa in de vennootschap onderbrengt teneinde deze aan het verhaal te onttrekken is onvoldoende voor een verhaalsrecht op de activa van de vennootschap, aldus: HR 15 januari 1999, *JOR* 1999/57 m.nt. C.R. Huiskes (Gipstein/Erato en Anguilla Jean Paul Company Ltd).

Aansprakelijkheid in concernverhoudingen

Sinds het arrest Romme/Bakker (*NJ* 1994, 766) weten wij dat voor een benadeelde crediteur van een dochtervennootschap die met bewijsproblemen kampt, de bewijslast kan worden omgekeerd indien hij kan aantonen dat de aangesproken bestuurder (of moedervennootschap) volledige zeggenschap over de betrokken vennootschap-debitrice had en zich verder bijzondere omstandigheden voordeden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de dochtervennootschap binnen het concern geen enkele vrijheid wordt gelaten. In het onderhavige geval deed zich niet een dergelijke situatie voor. Voor onrechtmatig handelen van bestuurders is onder meer van belang de vraag of zij bij het sluiten van de overeenkomst wisten of behoorden te weten dat de vennootschap de overeengekomen verplichtingen niet zou nakomen. Het belang van het onderhavige arrest is onder meer gelegen in de overweging dat van bestuurders niet kan worden gevergd dat zij de gehele periode waarvoor de overeenkomst werd aangegaan, konden overzien. Zie: HR 20 november 1998, *JOR* 1999/9 m.nt. Van den Ingh (Simon Møkster Shipping AS/Wijsmuller Groep Holding BV).

Enquêterecht

Gedurende deze verslagperiode was er weer veel te doen in het enquêterecht. Hieronder een greep uit de door de Ondernemingskamer bij het Gerechtshof te Amsterdam (OK) gegeven beschikkingen.

In de geruchtmakende affaire rondom de bouw van het businesspark Chipshol nabij Schiphol werd een verzoek tot het houden van een enquête ingesteld (artikel 2:344 e.v. BW). De Onder-

nemingskamer overwoog dat het feit dat de grootaandeelhouders en de vennootschap (en de daarbij betrokken personen onderling) voortdurend tegen elkaar procederen en ook verder rollend over straat gaan, zodanig uitzonderlijk is dat reeds daarin gronden zijn gelegen om aan een juist beleid van de vennootschap te twijfelen, zodat een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap is aangewezen. Nu het verzoek is toegewezen, kan van een onredelijk verzoek in de zin van artikel 2:350 lid 2 BW geen sprake zijn. Zie: OK 31 december 1998, *JOR* 1999/62 (Chipshol Holding BV e.a./Forward Business Parks NV).

In een andere enquêteprocedure, OK 12 november 1998, *JOR* 1999/29 (Descamps-Spanoghe e.a./Uni-Invest NV e.a.), deed zich iets ongewoons voor. Het enquêteverzoek was toegewezen en de OK had een enquête gelast en onderzoekers benoemd. Nadien trokken verzoekers het verzoek in en troffen zij met verweerster c.s. (Uni-Invest NV, een beursgenoteerde vennootschap en de verschenen belanghebbenden) een dadingsovereenkomst, inhoudende dat de onderzoekers zal worden gevraagd hun werkzaamheden met onmiddellijke ingang te staken. Na ondertekening van de dadingsovereenkomst weigerde Uni-Invest echter daaraan uitvoering te geven en verzocht zij de OK toch uitspraak te doen.

De OK overwoog dat intrekking van het verzoek niet — en zeker niet in alle gevallen — meebrengt dat reeds daardoor de procedure is beëindigd en voor de OK geen taak meer is weggelegd. Of dat gevolg intreedt, staat ter beoordeling van de OK. Nu voldoende aannemelijk is dat rond de vennootschap en de daarbij betrokkenen grote onrust is ontstaan en dat de vennootschap groot belang erbij heeft dat (alsnog) opening van zaken wordt gegeven, en gezien het feit dat de vennootschap een beursgenoteerde vennootschap is, is de OK van oordeel dat het onderzoeksverslag ter inzage dient te worden gelegd.

De OK overwoog verder dat er weliswaar voor haar geen taak meer is weggelegd, indien de rechtspersoon en de verschenen belanghebbenden instemmen met de beëindiging van de procedure, maar dat dit anders is wanneer de rechtspersoon (zoals i.c.) uitdrukkelijk het tegendeel heeft te kennen gegeven. Dat Uni-Invest daarmee mogelijk heeft gehandeld in strijd met de dadingsovereenkomst maakt dit — althans in de gegeven omstandigheden — niet anders en staat overigens niet ter beoordeling van de OK.

Ten slotte herhaalde de OK het oordeel dat de rechtspersoon ook zelf bevoegd is tot het doen van een verzoek ex artikel 2:355 BW, vgl. OK 23 april 1998, *JOR* 1998/92, waarover reeds in *Katern* 68.

In een enigszins vergelijkbaar geval, berecht in: OK 10 september 1998, *JOR* 1999/3 (Vision Courage & Confidence BV/Visser Stroopwafels BV), hadden partijen hun geschillen in der minne geregeld en afgesproken dat zij over en weer niets meer van elkaar te vorderen hebben.

Verzoekster deelde aan OK mede dat zij het enquêteverzoek intrekt, ervan uitgaande dat elke partij de eigen kosten zou dragen. De vennootschap ging in deze zaak wél akkoord met de intrekking. De OK oordeelde dat iedere partij haar eigen kosten draagt en dat het salaris en de kosten van de door de OK benoemde personen ten laste van de vennootschap blijven.

De vennootschap kan op een bestuurder of commissaris de kosten van de enquête geheel of gedeeltelijk verhalen indien uit het enquêteverslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid (artikel 2:354 BW). Uit recente jurisprudentie blijkt dat deze bepaling steeds meer als een quasi-aansprakelijkheidsprocedure gaat fungeren, waarbij vooral de curator gebaat lijkt (zie daarover mijn oratie, Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid, in: *Drie Nijmeegse redes*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 59, p. 52 e.v.). Een fraai voorbeeld daarvan is: OK 10 december 1998, *JOR* 1999/32 m.nt. Josephus Jitta (mr. Stibbe q.q./Tinga en Kushnir). Volgens de OK hadden bestuurders zodanig bijgedragen aan het onjuiste beleid dat de één voor het geheel en de ander voor 1/3 hoofdelijk aansprakelijk is voor de kosten van het onderzoek. Mij dunkt dat de OK hier hoofdelijkheid (artikel 6:6 en 6:7 BW) en draagplicht door elkaar haalt.

In de laatste hier te bespreken enquêtezaak ging het om de enquêtebevoegdheid in concernverhoudingen. Op grond van de wet kan een aandeelhouder slechts een enquête verzoeken naar het beleid en de gang van zaken in de vennootschap waarin hij aandelen houdt en niet met betrekking tot een dochtervennootschap van die vennootschap. Recente uitspraken van de OK lijken echter een andere kant op te gaan, zoals: OK 12 november 1998, *JOR* 1999/30 (J.J.A. de Blok Holding BV/BV Houdstermaatschappij De

Zuider Ster en BV De Zuider Ster). Weliswaar verklaart de OK verzoekster in haar enquêteverzoek jegens de dochtervennootschap niet-ontvankelijk, maar de OK machtigt de onderzoeker op voorhand de dochtervennootschap in het onderzoek te betrekken, als bedoeld in artikel 2:351 BW.

Wet op de ondernemingsraden

De laatste tijd is veel commotie over de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad (OR) bij publiekrechtelijke rechtspersonen. Net als bij het enquêterecht speelt de rechtspraak van de OK op dit terrein een centrale rol.

In de provincie Zuid-Holland spelen plannen over een herindeling van enkele gemeenten rondom Den Haag. Een voorstel tot een dergelijk besluit van Gedeputeerde Staten (niet-beslissingsbevoegd orgaan) aan Provinciale Staten (beslissingsbevoegd orgaan) kan als een adviesplichtig besluit in de zin van artikel 25 (1)(d) WOR worden beschouwd. In de zin van de WOR moet zo'n voorstel worden gezien als een reeds genomen besluit, omdat bij een andere zienswijze tekort zou worden gedaan aan de medezeggenschapsrechten van de OR van de gemeente, die immers op zodanig tijdstip zich een oordeel moet kunnen vormen en advies moet kunnen geven dat het oordeel en het advies nog van wezenlijke invloed kunnen zijn op het te nemen besluit. Aldus: OK 5 november 1998, *JOR* 1999/7 (OR Gemeente Rijswijk/Gemeente Rijswijk en Provincie Zuid-Holland; e.a.).

In het verlengde daarvan heeft de OK uitgemaakt dat een besluit tot voordracht gemeentelijke herindeling voor beroep vatbaar is op grond van artikel 25 lid 5 WOR, ook voordat Provinciale Staten daarover hebben besloten. De adviesaanvraag voldeed in casu niet aan de daaraan te stellen vereisten. De Provincie stelde dat zij daartoe niet in staat was geweest, omdat de gemeenten haar niet tijdig van informatie hadden voorzien en verder dat het om een nieuwe en onduidelijke wettelijke regeling ging. De OK schoof dit terzijde met de overweging dat zulks nu eenmaal in de risicosfeer van de ondernemer (i.c. de Provincie) ligt. Een en ander bracht naar het voorlopige oordeel van de OK mee dat moet worden vastgesteld dat de Provincie bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot het thans bestreden besluit heeft kunnen komen. Zie: OK 26 november 1998, *JOR* 1999/8 (OR Gemeente Leidschendam

e.a./Gemeente Leidschendam, Provincie Zuid-Holland e.a.; e.a.).

Effectenrecht/i.p.r.

Het arrest van het Hof Amsterdam 14 januari 1999, *JOR* 1999/35 m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol (Cogenius GmbH, thans Premium Brokers Anlageberatung-Vermittlung GmbH/Schotthorst BV) is onder meer van belang voor de toepasselijkheid (van de civielrechtelijke gevolgen van overtreding) van artikel 6 Wte 1995 in internationale gevallen.

Het Hof overwoog dat met de Wte wordt gestreefd naar (1) een adequate functionering van de effectenmarkten, (2) bescherming van beleggers en spaarders tegen malafide aanbiedingen, onvoldoende informatie en ondeskundig optreden. Deze belangen zouden onvoldoende worden beschermd, indien een gemaakte rechtskeuze aan de toepassing van artikel 6 Wte in de weg zou staan. Derhalve is dit artikel als een bepaling van bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 7 lid 2 EVO aan te merken en is zij — als voorangsregel — van toepassing ondanks de door partijen gemaakte keuze voor Duits recht.

Literatuur

Voor een visionaire blik verwijs ik naar: L. Timmerman, Over de toekomst van het vennootschapsrecht, *RM Themis* 1999/2, pp. 43-51. Een greep uit de andere literatuur:

- H.G. van Everdingen, C.M. Grundmann-van de Krol en H.J. Sachse, *Aspecten van toezicht. Beschouwingen over het toezicht op de financiële sector*, preadviezen Vereniging voor Effectenrecht 1999. Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 61, Kluwer, Deventer 1999;
- R.C.J. Galle en G.J.H. van der Sangen (red.), *De coöperatieve onderneming. Vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie*. Schoordijk Instituut, Center for Company Law, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999;
- P.C. van den Hoek e.a., *Corporate Governance voor juristen*. Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 30, Kluwer, Deventer 1998;
- H.J.M.N. Honée (red.), *Privaatrecht in de 21e eeuw. Ondernemingsfinancieringsrecht*. Kluwer, Deventer 1999;

-
- H.-J. de Kluiver en J. Wouters (red.), *Begin-selen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief, Vergelijkende beschouwingen naar Belgisch en Nederlands recht*. Ius Commune Europaeum Reeks, deel 26, Intersentia, Antwerpen-Groningen 1998;
 - J.A. van Manen, *Monitor in het belang van de vennootschap, Een analyse van de functie van commissarissen* (diss.). Elsevier, Den Haag 1999;
 - H. Pasman e.a. (red.), *Overnemen: een hele onderneming* (Wijn & Stael-bundel). Kluwer, Deventer 1998;
 - M.J.G.C. Raaijmakers (red.), *Personenvennootschap en onderneming*. Schoordijk Instituut, Center for Company Law, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999;
 - G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie. Een onderzoek naar de civielrechtelijke kenmerken van de coöperatie in het licht van de vraag of daaruit beperkingen voortvloeien voor de financiering van haar ondernemingsactiviteiten* (diss.). Schoordijk Instituut, Center for Company Law, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999;
 - L.C.J. Sprengers, *De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid*. Monografieën Sociaal Recht, deel 12, Kluwer, Deventer 1998;
 - W. Zeilstra, *De vernieuwde Wet op de ondernemingsraden. Handleiding voor de praktijk*. Kluwer, Deventer 1998.