

## SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

## ONDERNEMINGSRECHT

AAK20137146

Mr. A.W. van der Vegt (Van der Heijden Instituut &amp; Instituut voor Financieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen)

PERIODE 1 OKTOBER – 31 DECEMBER 2012

## Regelgeving

*Reparatiewet bestuur en toezicht*

Ondanks dat de vaste commissie voor Veiligheid & Justitie op 11 september jl. het eindverslag heeft vastgesteld inzake het wetsvoorstel *Reparatiewet bestuur en toezicht* (*Kamerstuk 32 873*), heeft zij in de uitleg van het wetsvoorstel een ongerijmdheid geconstateerd die zij op 25 september aan de minister heeft voorgelegd (*Kamerstukken I, 2012/13, 32 873, C*).

Ten tijde van het wetgevingsoverleg in de Tweede Kamer afgelopen zomer is gesproken over de status van de bestuurder waarvan op enig moment blijkt dat hij niet langer aan de wettelijke eisen voor benoeming voldoet. De minister heeft hieromtrent te kennen gegeven dat de benoeming van de bestuurder in een dergelijk geval weliswaar nietig is, maar dat zulks niet geldt voor het besluit waaraan hij zijn medewerking heeft verleend. In het verlengde hiervan heeft de minister opgemerkt dat voor de 'nietig benoemde bestuurder' de bestuurdersaansprakelijkheid ingevolge artikel 2:248 BW niet geldt. Een dergelijke bestuurder zou volgens de minister wel op basis van artikel 6:162 BW kunnen worden aangesproken. Volgens de commissie betreft de ongerijmdheid het door de minister gestelde omtrent de niet-toepasselijkheid van artikel 2:248 BW, afgezet tegen het in lid 7 van dat artikel bepaalde. Artikel 2:248 lid 7 BW bepaalt namelijk dat voor de toepassing van artikel 2:248 BW 'degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder' met een 'bestuurder' gelijk wordt gesteld. De commissie vindt het in dat opzicht voor de hand liggen om deelnemen aan de besluitvorming te scharen onder 'meebepalen van het beleid' in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW in het geval een bestuurder – wiens benoeming nietig is – bij de besluitvorming zijn stem heeft uitgebracht. De nietig benoemde bestuurder kan met andere woorden door deelname aan de besluitvorming in de visie van de commissie aansprakelijk worden gehouden krachtens artikel 2:248 BW vanwege het in lid 7 van dat artikel bepaalde.

In zijn antwoord stelt de minister allereerst dat de status van een rechtsgeldig benoemde bestuurder, die op enig moment niet meer aan de wettelijke voorwaarden voldoet omdat hij te veel functies bekleedt, niet door de regeling wordt getroffen. Personen die bij een nieuw voorgenomen of herbenoeming reeds te veel functies vervullen, worden daarentegen wel door de regeling getroffen met als resul-

taat dat een dergelijke benoeming nietig is. Omdat deze personen geen bestuurder zijn kunnen zij ook niet als zodanig aansprakelijk worden gesteld. De minister verduidelijkt op dit punt dat hij in het wetgevingsoverleg heeft aangegeven dat het hierbij om de interne aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de rechtspersoon ingevolge artikel 2:9 BW gaat. Bij de aansprakelijkheid waar de commissie op doelt, de aansprakelijkheid jegens de boedel in geval van faillissement, kan worden onderscheiden in aansprakelijkheid van bestuurders krachtens lid 1 en in aansprakelijkheid van feitelijk beleidsbepalers krachtens lid 7 van artikel 2:248 BW. De minister stelt verder dat hij in het wetgevingsoverleg enkel stil heeft gestaan bij de situatie waarin degene die wordt aangesproken niet rechtsgeldig is benoemd en dus geen bestuurder is, waardoor een beroep op lid 1 van genoemd artikel is uitgesloten. De situatie waarin de aansprakelijkheidstelling is gegrond op lid 7 van artikel 2:248 BW is niet aan de orde geweest, met als gevolg dat er geen sprake kan zijn van een ongerijmdheid op dit punt zoals door de commissie gesteld. De minister besluit met de opmerking dat de mogelijkheid van aansprakelijkheidstelling vanwege het optreden als feitelijke beleidsbepaler naar zijn mening in casu wel bestaat. In het kader van de evaluatie van het Wetsvoorstel *bestuur en toezicht* (*Kamerstuk 31 763*) en het Wetsvoorstel *reparatiewet bestuur en toezicht* (*Kamerstuk 32 873*), drie jaar na inwerkingtreding van eerstgenoemd wetsvoorstel, zal dan ook aandacht worden geschonken aan de vraag of de regeling op dit punt naar behoren werkt.

*Wft, Wge en BW*

Op 29 oktober jl. heeft de minister onder andere de in *KwartaalSignaal 125* beschreven vragen van de vaste commissie voor financiën van de Eerste Kamer over het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet giraal effectenverkeer en het Burgerlijk Wetboek naar aanleiding van het advies van de Monitoring Commissie Corporate Governance van 30 mei 2007 (*Kamerstuk 32 014*) beantwoord.

Ten aanzien van de gesignaleerde onduidelijkheid over het begrip 'shortpositie' merkt de minister in de Memorie van Antwoord (*Kamerstukken I, 2012/13, 32 014, C*) op dat voor de definitie van dit begrip aangesloten zal worden bij de definitie zoals genoemd in de Verordening betreffende short selling en bepaalde aspecten van kredietverzuimswaps (Verordening 236/2012/EU). Met betrekking tot de rechtvaardiging voor een agenderingsdrempel van 3%, is de minister van mening dat aandeelhouders onderwerpen moeten kunnen agenderen maar dat hier wel grenzen aan verboden moeten worden vanwege de vereiste *checks and balances* binnen de onderneming. De keuze voor de grens van 3% voldoet aan de grens genoemd in de Richtlijn aandeelhoudersrechten (Richtlijn 2007/36/EG) waaraan Nederland gebonden is. Daarnaast stemt zij overeen met de voorgestelde verlaging van de eerste drempel voor het melden van zeggenschap.

In antwoord op de laatste vraag waarom de term ‘investeerder’ niet vervangen wordt door de term ‘belegger’ in de Wge, stelt de minister dat laatstgenoemde term niet wordt gedefinieerd in de Wft. Omdat de definitie van ‘investeerder’ in overwegende mate aansluit bij de definitie van ‘aandeelhouder’ in artikel 5:25a Wft, stelt de minister voor om de term ‘aandeelhouder’ in de Wge te introduceren. Het wetsvoorstel zal op 1 juli 2013 in werking treden (*Stb.* 2012, 693).

## Rechtspraak

### *Toestaan van een grensoverschrijdende omzetting*

VALE Costruzioni SrL, een Italiaanse vennootschap ingeschreven in het handelsregister te Rome, had de wens haar zetel en activiteiten naar Hongarije te verplaatsten. Een vennootschap naar Hongaars recht werd opgericht in de vorm van VALE Építési en het kapitaal werd volgestort voor zover Hongaars recht dat vereiste. De Hongaarse handelsrechtbank weigerde echter de Hongaarse vennootschap in te schrijven in het handelsregister met een vermelding van haar Italiaanse rechtsvoorganger. Ook in tweede aanleg werd dit geweigerd in de vorm van een bevestiging van de afwijzingsbeschikking door het regionale hof in Boedapest. Daarop is door Vale Építési cassatieberoep ingesteld stellende dat de beschikking in kwestie strijdig is met de rechtsreeks toepasselijke bepalingen van artikel 49 en 54 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), welke de lidstaten grofweg verbieden de vrijheid van vestiging van onderdanen en vennootschappen te beperken. De Hongaarse cassatierechter bevestigde de voorgaande beoordelingen in eerste en tweede aanleg, opmerkende dat de gevraagde zetelverplaatsing van een Italiaanse vennootschap met een heroprichting van een Hongaarse vennootschap en vermelding van de Italiaanse rechtsvoorganger naar Hongaars recht niet kan worden aanvaard als een omzetting. De Hongaarse bepalingen omtrent omzetting zijn namelijk enkel op interne situaties toepasselijk. Omdat de cassatierechter zich afvroeg of deze wettelijke bepalingen in strijd zijn met de vrijheid van vestiging, stelde hij het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna Hof) enkele prejudiciële vragen welke door het Hof zijn beantwoord in de uitspraak van 12 juli 2012 (zaak C-378/10, *JOR* 2012/285 m.nt. Vossestein).

Met de eerste twee prejudiciële vragen wenste de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 49 en 54 VWEU aldus dienen te worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling die niet toestaat dat een vennootschap vallende onder het recht van een andere lidstaat wordt omgezet in een vennootschap naar nationaal recht door de oprichting van een dergelijke vennootschap, terwijl vennootschappen naar binnenlands recht wél mogen worden omgezet. Nadat het Hof heeft geconcludeerd dat een nationale regeling die enkel binnenlandse omzettingen toestaat binnen de werkingssfeer van de artikel 49 en 54 VWEU valt, oordeelt het Hof dat de genoemde artikelen zich verzetten tegen een dergelijke na-

tionale regeling welke niet op algemene wijze toestaat dat een grensoverschrijdende omzetting plaatsvindt, terwijl een nationale omzetting wel geoorloofd is.

Verskil met de reeds eerder door het Hof gewezen *Cartesio*-uitspraak (HvJ EU 16 december 2008, C-210/06, *JOR* 2009/35 m.nt. Vossestein), waarin het Hof grofweg heeft bepaald dat een lidstaat een volgens zijn recht opgerichte vennootschap in beginsel niet mag beletten zich om te zetten in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat voor zover diens recht dit toestaat, is, dat de *Cartesio*-uitspraak een verplichting voor de lidstaat van oprichting behelst en onderhavige uitspraak een verplichting voor de lidstaat van ontvangst.

Nu de gewraakte nationale regeling onder de werkingssfeer van de artikel 49 en 54 VWEU valt, wenste de verwijzende rechter eveneens te vernemen of deze artikelen aldus moet worden uitgelegd dat het de lidstaat van ontvangst geoorloofd is het voor de grensoverschrijdende omzetting relevante nationale recht te bepalen en in het verlengde daarvan, of het de lidstaat geoorloofd is hierbij de bepalingen van het nationale recht inzake binnenlandse omzettingen toe te passen die de oprichting en werking van de vennootschap regelen. Ondanks dat het Hof beide vragen positief beantwoordt, verzetten in de visie van het Hof het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel zich ertegen dat de lidstaat van ontvangst: (i) weigert om in geval van een grensoverschrijdende omzetting de vennootschap die om omzetting heeft verzocht als ‘rechtsvoorganger’ in het handelsregister te vermelden indien deze mogelijkheid wel bestaat voor binnenlandse omzettingen, en (ii) weigert om gedurende de inschrijvingsprocedure van de vennootschap naar behoren rekening te houden met documenten afkomstig van de autoriteiten van de lidstaat van oorsprong.

Onderhavige uitspraak leert ons dan ook kort gezegd dat een lidstaat die binnenlandse omzettingen toestaat, vennootschappen naar het recht van een andere lidstaat de mogelijkheid moet bieden zich om te zetten in binnenlandse vennootschappen. Daarbij mag de lidstaat van ontvangst het voor deze verrichting relevante nationale recht bepalen en, in het verlengde hiervan, de bepalingen van zijn nationale recht inzake binnenlandse omzetting die de oprichting en werking van een vennootschap regelen toepassen, mits dit geschiedt op een wijze die niet strijdig is met het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel.

Met annotator Vossestein ben ik van mening dat deze uitspraak voor Nederland tot gevolg heeft dat rechtspersonen uit andere lidstaten gebruik moeten kunnen maken van de regeling tot omzetting opgenomen in artikel 2:18 BW waarbij het niet van belang is of grensoverschrijdende omzetting plaatsvindt in eenzelfde type rechtspersoon. Het Hof maakt in de uitspraak immers geen onderscheid tussen grensoverschrijdende omzettingen in eenzelfde type rechtspersoon en grensoverschrijdende omzettingen in een ander type rechtspersoon. Voor een uitgebreidere beschrijving van de VALE uitspraak en de implicaties hiervan voor de Nederlandse rechtspraktijk verwijs ik tot slot naar E.R. Roelofs, ‘Het Vale-arrest:

een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting', *WPNR* 2012/6950, p. 792-798, H. Schutte-Veenstra, 'Grensoverschrijdende omzetting en de vrijheid van vestiging ex artikel 49 en 54 VWEU', *Ondernemingsrecht* 2012-13, p. 593-597 en de noot van G.J. Vossestein onder deze uitspraak in *JOR* 2012/285.

### Literatuur

- G.H.G.M. van Berkel & G.C. van Daal (red.), *Burgerlijk Wetboek Boek 2: Flex-BV: tekst en uitleg: bestuur en toezicht, enquêterecht* (bijgewerkt t/m 15 juli 2012), Den Haag: Sdu Uitgevers 2012;
- C.D.J. Bulten, G.C. van Eck, H.M. de Mol van Otterloo & J.H.M. Willems, *Verslag van de vergadering van de Vereniging 'Handelsrecht', De nieuwe geschillenregeling*, Deventer: Kluwer 2012;
- L.L. van Gulik, *Tegenstrijdige belangen bij corporate oppurtunities: bestuurdersaansprakelijkheid na de toewijding van corporate oppurtunities*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2012;
- M. van Hooijdonk & P. Eijssvoegel, *Litigation in the Netherlands: civil procedure, administration and administrative litigation*, Den Haag: Kluwer Law International 2012;
- J. van der Kraan, *Groepsvrijstelling op basis van artikel 2:403 BW: aansprakelijkheid van de moeder vennootschap en de positie van schuldeisers*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2012;
- M.L. Lennarts (e.a.), *Europa! Europa? De invloed van het Europese vennootschaps- en effectenrecht nu en in de toekomst* (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'), Deventer: Kluwer 2012;
- M. Lückcrath-Rovers & B. Bier (red.), *Jaarboek Corporate Governance*, Deventer: Kluwer 2012;
- G.T.K. Meussen (e.a.), *Het nieuwe BV-recht: civiel- en fiscaalrechtelijke aspecten van de Flex-BV*, Deventer: Kluwer 2012;
- M. Olaerts, J.J.A. Hamers & B.T.M. Steins Bisschop (red.), *Tien tinten Schwarz, bundel bij gelegenheid van het 25-jarig ambtsjubileum van prof. mr. C.A. Schwarz*, Den Haag: BJu 2012;
- M. van Olffen, H.J. de Kluiver & M.H. Legein, *Flex-BV en Wet bestuur en toezicht: een praktische handleiding*, Den Haag: BJu 2012;
- C.H.C. Overes & W.J.M. van Veen (red.), *Met recht betrokken, opstellen aangeboden aan prof. mr. T.J. van der Ploeg*, Deventer: Kluwer 2012;
- A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 91), Deventer: Kluwer 2012.