

## SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

## ONDERNEMINGSRECHT

📁 AAK20116731

Mr. P. Laaper & mr. G.V. Naber (Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen)

PERIODE 1 APRIL 2011 – 30 JUNI 2011

### Regelgeving

De in *KwartaalSignaal* 118 geconstateerde Haagse impasse lijkt doorbroken. Er zit beweging in een van de grote ondernemingsrechtelijke dossiers, het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht is aangenomen door de Eerste Kamer (zie hieronder). Het wachten is nog steeds op beweging in een aantal andere belangrijke dossiers, waaronder de flexibilisering van het BV-recht (*Kamerstukken* 31 058) en de invoering van titel 7.13 BW over de personenvennootschap (*Kamerstukken* 28 746).

#### *Bestuur en toezicht*

Op 31 mei 2011 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht aangenomen, waarna het is gepubliceerd (*Stb.* 2011, 275). De wetwijziging voorziet onder meer in de invoering van het monistisch stelsel. In het monistisch stelsel maken uitvoerende bestuurders en toezichthoudende (niet-uitvoerende) bestuurders deel uit van één orgaan, de *one tier-board*. Het huidige wettelijke systeem gaat uit van een dualistisch stelsel. Daarnaast worden de regels over het handelen door een bestuurder met een tegenstrijdig belang gewijzigd. Artikel 2:146/256 BW over de beperking van de vertegenwoordiging bij een tegenstrijdig belang (extern werkend) worden geschrapt, daarvoor in de plaats komen nieuwe bepalingen over de besluitvorming bij een tegenstrijdig belang (intern werkend). Een derde noemenswaardige wetwijziging is het maximum dat gesteld wordt aan het aantal bestuurstaken en commissariaten (of niet-uitvoerende bestuurstaken) dat een persoon tegelijkertijd mag vervullen. Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer zegde de minister Opstelten ten aanzien van dit maximum overigens een reparatiewet toe. Stichtingen, die primair bijvoorbeeld kerkelijke, charitatieve en culturele doelstellingen hebben, komen buiten de regeling te vallen (*Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. 28-IV, p. 20). Het wetsvoorstel is eerder besproken in *Katern* 107, 110 en 111. De datum van inwerkingtreding is nog niet bekend, maar de minister gaf aan dat het waarschijnlijk 1 januari 2012 wordt.

#### *Afschaffing preventief toezicht*

De wetwijziging waarbij de verplichte verklaring van geen bezwaar wordt afgeschaft (het preventief toezicht, art. 2:4 lid 1 BW), en de doorlopende controle op rechtspersonen wordt ingevoerd (*Stb.* 2010, 280), treedt per 1 juli 2011 in werking (*Stb.* 2011, 194). Zie voor een bespreking van het wetsvoorstel *KwartaalSignaal* 118.

*Wijziging documentatieverplichtingen fusies en splitsingen*  
Het wetsvoorstel over documentatieverplichtingen bij fusies en splitsingen is aangenomen door de Eerste Kamer en vervolgens gepubliceerd (*Stb.* 2011, 234). De wet is op 1 juli 2011 in werking getreden (*Stb.* 2011, 294). Zie voor een bespreking van het wetsvoorstel *KwartaalSignaal* 119.

### Rechtspraak

#### *Overname Fortis door de Nederlandse Staat*

De rechtbank Amsterdam heeft uitspraak gedaan in twee procedures over de overname van de Nederlandse onderdelen van Fortis NV door de Staat der Nederlanden op 3 oktober 2008. We staan kort stil bij de voorgeschiedenis van de overname. Vervolgens bespreken we de twee procedures afzonderlijk.

In het najaar van 2008 raakt de Fortis-groep, een vooraf in de Benelux opererend bank- en verzekeringsbedrijf, in ernstige financiële problemen. De Nederlandse regering acht het voortbestaan van het Nederlandse deel van Fortis van belang voor de Nederlandse economie als geheel. Nadat een aantal andere reddingspogingen mislukt, grijpt de regering rigoureuus in. Op 3 oktober 2008 verwerft zij, namens de Staat, door middel van aandelentransacties met Fortis NV, de Nederlandse dochters van het bank- en verzekeringsbedrijf. De aandeelhouders van Fortis NV staan volledig buiten deze transactie. Een aantal van hen besluit te gaan procederen.

#### *Fortis I (Rechtbank Amsterdam 18 mei 2011, LJN: BQ4815)*

De eerste procedure gaat over het besluit van Fortis NV tot verkoop van het Nederlandse bank- en verzekeringsbedrijf aan de Staat. Wij bespreken de primaire stelling van de eisende aandeelhouders, inhoudende dat het besluit tot verkoop nietig is wegens strijd met artikel 2:107a lid 1 BW. De aandeelhouders stellen dat deze nietigheid mede aan de Staat tegengeworpen kan worden.

Artikel 2:107a lid 1 BW bepaalt – kort gezegd – dat belangrijke besluiten van het bestuur van een NV onderworpen zijn aan de goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering (hierna: AVA). De rechtbank overweegt dat het besluit tot verkoop van de Nederlandse Fortis-dochters in beginsel de goedkeuring van de AVA behoeft. De onmiddellijk dreigende ondergang van de Fortis-groep vroeg echter om een besluitvorming en uitvoering op zeer korte termijn waarbij de tijd ontbrak voor het bijeenroepen van een AVA. Onder deze omstandigheden was het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, zoals bedoeld in artikel 2:8 lid 2 BW, onaanvaardbaar van Fortis NV en de Staat te verlangen eerst goedkeuring aan de AVA te vragen, aldus de rechtbank (r.o. 4.3.4.4). Artikel 2:107a lid 1 BW blijft om die reden buiten toepassing. De vorderingen worden afgewezen.

Interessant is de wijze waarop de rechtbank in deze zaak de (besluitvormings)regel uit artikel 2:107a lid 1 BW toepast. De rechtbank overweegt dat Fortis NV *en de Staat*, in beginsel toepassing hadden dienen te geven aan deze regel. Wanneer de rechtbank dit overweegt ten aanzien van de Staat, geeft hij daarmee externe werking aan de besluitvormingsregel uit artikel 2:107a lid 1 BW. Dit is opmerkelijk omdat de Staat op geen enkele wijze betrokken is bij de besluitvorming binnen Fortis NV. Van de Staat wordt aldus gevergd dat, hoewel zij niet bij de besluitvorming is betrokken, zij de goedkeuring voor deze besluitvorming dient te vragen aan de AVA. Deze eis is lastig te begrijpen omdat op grond van artikel 2:107a lid 2 BW deze besluitvormingsregel geen externe werking heeft. Zie ook HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (*ABN Amro*). Omdat de rechtbank beslist dat in casu artikel 2:107a lid 1 BW geheel buiten toepassing blijft, heeft de toekenning van externe werking in dit geval geen gevolgen.

#### *Fortis II (Rb. Amsterdam 18 mei 2011, LJN: BQ4842)*

In de tweede Fortis-zaak staat de vraag naar de rechtmatigheid van het handelen van de Staat centraal. De eisende aandeelhouders stellen in deze procedure dat de Staat, bij de overname van de Fortis-dochters, misbruik van omstandigheden heeft gemaakt (art. 3:44 lid 4 BW) en aldus onrechtmatig heeft gehandeld jegens Fortis NV en haar aandeelhouders. Eisers verwijten de Staat dat zij het Nederlandse verzekeringsbedrijf heeft overgenomen terwijl de financiële problemen zich slechts bij het bankbedrijf voordeden. Daarnaast stellen eisers dat de Staat een te laag bedrag heeft betaald bij de overname.

De rechtbank overweegt dat bij Fortis, door de noodtoestand waarin zij verkeerde, sprake was van de door artikel 3:44 lid 4 BW vereiste bijzondere omstandigheden, waar de Staat van wist. Zonder deze noodtoestand zou de Staat niet eens gedacht hebben aan de gedane overname. Centraal staat de vraag of de Staat zich, gelet op deze noodtoestand, had dienen te onthouden van de overname. De rechtbank oordeelt dat de tijd ontbrak voor het opstellen van een grondige analyse over het opbreken van het bank- en verzekeringsbedrijf. Onder de gegeven omstandigheden heeft de Staat in redelijkheid tot de slotsom kunnen komen dat de noodzaak bestond het geheel van Nederlandse activiteiten over te nemen (r.o. 4.6.6). Daarnaast overweegt de rechtbank dat de betaalde prijs niet dusdanig laag was dat dit de Staat van de overname had dienen te weerhouden. De rechtbank concludeert dat de Staat geen misbruik heeft gemaakt van de voorliggende omstandigheden.

Het ingrijpen door de Staat bij Fortis vormt een van de dieptepunten van de recente financiële crisis. De wetgeving voorziet niet in een dergelijk ingrijpen bij financiële ondernemingen, het scenario was eenvoudigweg niet voorzien. Als reactie op de financiële crisis hebben de ministers van Financiën en van Veiligheid en Justitie geconcludeerd dat de Staat over meer middelen dient te beschikken wanneer financiële ondernemingen in de problemen komen. Bij een volgende crisis willen zij beter beslagen ten ijs komen. Zij hebben daartoe een wetsvoorstel ontworpen waar-

in de interventiemogelijkheden ten aanzien van financiële ondernemingen worden uitgebreid. Het ontwerp van deze wet is ter consultatie gepubliceerd (zie [www.internetconsultatie.nl/interventiewet](http://www.internetconsultatie.nl/interventiewet)). Zie over het ontwerp wetsvoorstel ook *KwartaalSignaal* 119 (Financieel Recht).

#### *Noodzaakfinanciering*

In HR 25 februari 2011, *JOR* 2011/115, m.nt. Doorman (*Inter Access*) draait het om Inter Access Groep BV (hierna: Inter Access). Inter Access dreigt te failleren. Ze heeft daarom dringend behoefte aan additionele financiering. Een oplossing wordt gevonden in de uitgifte van aandelen. Daarvoor is toestemming van de AVA nodig. Grootaandeelhouder Willemse (circa 60% van de stemmen) is tegen. Zijn meerderheidsbelang zou verwateren tot een minderheidsbelang, waardoor hij de controle over de vennootschap zou verliezen. Minderheidsaandeelhouder Marigot verzoekt daarom om een enquête en om bij wijze van onmiddellijke voorziening (zie art. 2:349a lid 2 BW) te bepalen dat het bestuur van Inter Access ook zonder toestemming van de AVA bevoegd is tot aandelenemissie. De OK wijst het enquêteverzoek en, nog veel belangrijker, de gevraagde voorziening toe (OK 31 december 2009, *JOR* 2010/60, m.nt. Doorman). Willemse gaat, om zijn positie veilig te stellen, in cassatie.

Hij klaagt dat de onmiddellijke voorziening waarbij de AVA haar emissiebevoegdheid wordt ontnomen in strijd is met het stelsel van de wet. Onder verwijzing naar HR 19 oktober 2001, *JOR* 2002/5 en *NJ* 2002, 92, m.nt. Maeijer (*Skygate*) stelt de HR voorop dat de OK de vrijheid heeft om onmiddellijke voorzieningen te treffen zoals zij die in verband met de toestand van de vennootschap noodzakelijk acht. Zij mag daarbij tijdelijk inbreuk maken op de geldende rechtsverhoudingen binnen de vennootschap. Zelfs mag de voorziening tot onomkeerbare gevolgen leiden, mits de voorziening naar haar aard een voorlopige is en er een billijke afweging heeft plaatsgevonden van de belangen van de betrokken partijen. De beslissing van de OK in *Inter Access* is hiermee in overeenstemming. (r.o. 3.10)

Voorts klaagt Willemse dat de onmiddellijke voorziening waardoor zijn aandelenbezit verwatert, een schending van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: EP) inhoudt. Dit artikel beschermt het recht op ongestoord genot van eigendom. Omdat dit betoog bij de OK niet gevoerd is, kon de HR aan deze klacht voorbij gaan. In de literatuur is hier wel aandacht aan besteed. In zijn noot bij dit arrest meent Doorman dat de voorziening niet in strijd zou komen met de voorwaarden waaronder een inbreuk op het eigendomsrecht mag worden gemaakt. Niesink (*V&O* 2010, p. 97-100) daarentegen betwijfelt dit. Artikel 2:349a lid 2 BW biedt weliswaar een wettelijke basis, maar is wel erg ruim geformuleerd. Is dan nog wel voldaan aan de eis dat voorzienbaar is dat deze wettelijke basis tot déze inmenging op het eigendomsrecht kan leiden?

Opmerkelijk is dat tussen partijen een aandeelhoudersovereenkomst bestond, waarin was afgesproken dat Willemse te allen tijde een meerderheid van de stemrechten moest behouden. De uitspraken van OK en HR gaan hier-

aan voorbij. Hoe verhoudt dit zich tot het beginsel van pacta sunt servanda? Voor de geïnteresseerde lezer: een andere zaak waarin een beroep op artikel 1 EP speelde, is OK 10 november 2010, *JOR* 2011/9 m.nt. Josephus Jitta (*E-traction*). Genoeg voer voor een scriptieonderwerp!

Opmerkelijk is voorts dat partijen in het geheel geen onderzoek, doch enkel voorzieningen wilden. De toegangsdeur naar deze onmiddellijke voorzieningen is niettemin het verzoek tot enquête. Daarom werd de OK gevraagd geen onderzoekers te benoemen. De opening van de enquêteprocedure maakt niettemin mogelijk dat de rechter diep en hard ingrijpt in een vennootschap. Deze beschikking, waarbij noodzaakfinanciering werd afgedwongen, is daar een voorbeeld van.

#### *Wel twijfel aan juist beleid, geen onderzoek*

Naar aanleiding van de beschikking van de HR op 9 juli 2010 (*JOR* 2010/228), schreef Van Ginneken dat hij zich niet kon voorstellen dat de OK nog ruimte zou zien om te twijfelen aan een juist beleid bij ASMI (zie ook *Kwartaal-Signaal* 118 voor een uitgebreide behandeling van de feiten). Na terugwijzing naar de OK, ziet de OK echter wel degelijk redenen om in deze zaak te twijfelen aan een juist beleid, maar wijst het enquêteverzoek toch af. (OK, 14 april 2011, *JOR* 2011/179, m.nt Hermans). Zij is van oordeel dat het tekort in de informatieverstrekking aan aandeelhouders weliswaar twijfel aan een juist beleid oproept (zie art. 2:350 lid 1 BW), maar dat het tekort minder groot is dan de verzoekende minderheidsaandeelhouders het hebben doen voorkomen. Een belangrijk bedrijfsonderdeel leed verliezen en werd feitelijk gefinancierd met winsten uit een ander bedrijfsonderdeel. Zelfs als betrokken wordt dat het verlieslatende bedrijfsonderdeel achterbleef bij soortgelijke ondernemingen, levert de weigering van het bestuur om een herstructurering te agenderen geen twijfel aan een juist beleid op. Wat wél gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid oplevert, is de schending van de jegens de AVA gewekte verwachting dat zij medezeggenschap zou krijgen ten aanzien van de opvolging van de bestuursvoorzitter. Voorts heeft naar het oordeel van de OK de handhaving van de beschermingsmaatregel niet zodanig verder gestrekt dan met het oog op het overleg tussen betrokken partijen nodig was, dat een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van ASMI geïndiceerd is. Omdat slechts een beperkt deel van de uitgebreide verwijten van verzoekers twijfel aan een juist beleid oproept en de gebreken in de informatievoorziening inmiddels (gedeeltelijk) zijn geheeld, oordeelt de OK dat het bevelen van een onderzoek te zeer aan belang heeft ingeboet. Op grond van haar discretionaire bevoegdheid wijst ze het verzoek daarom af. Daarmee lijkt een einde aan deze zaak te komen.

#### *Procesbevoegdheid Raad van Commissarissen*

Het afgelopen jaar heeft de dreigende sluiting van de researchafdeling van Organon NV veel stof doen opwaaien. De ondernemingsraad en de Raad van Commissarissen (hierna: RvC) van Organon sluiten een overeenkomst met

Merck (de Amerikaanse moederverenootschap van Organon). De overeenkomst behelst een gezamenlijke reddingspoging en bestond onder meer uit afspraken over overleg met en betrokkenheid van ondernemingsraad en RvC. Dit was nodig, omdat Amerikanen weinig affiniteit hebben met medezeggenschap van werknemers of de bevoegdheden van een RvC. Op grond van de overeenkomst is een *Advisory Body* opgericht, welke *Body* betrokken moest worden bij onderhandelingen met een derde over overname van Organon. Nadat Merck zonder overleg met de *Body* de onderhandelingen met een derde stopzet, vorderen OR en RvC nakoming van de overeenkomst (Rb. Amsterdam 11 maart 2011, *JOR* 2011/141 m.nt. Verburg). De zaak kent vele interessante aspecten, maar wij beperken ons tot de procesbevoegdheid van de RvC. Merck stelt dat de RvC, omdat haar geen bevoegdheid toekomt om de vennootschap te vertegenwoordigen, geen beroep bij de voorzieningenrechter kan instellen. De voorzieningenrechter echter acht de RvC wél ontvankelijk. Merck heeft de RvC destijds als contractspartij erkend. Daarom moet de RvC ook de mogelijkheid hebben om in rechte nakoming van die overeenkomst te vorderen.

#### **Literatuur**

- H.J.M.M. van Boxel, *Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 109, Deventer: Kluwer 2011;
- C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 108, Deventer: Kluwer 2011;
- M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 110, Deventer: Kluwer 2011;
- J.B. Huizink, J.M. de Jongh e.a., *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, ZIFO-reeks, deel 1, Deventer: Kluwer 2011;
- M. Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 83, Deventer: Kluwer 2011;
- W.J.M. van Veen, *Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit*, ZIFO-reeks, deel 2, Deventer: Kluwer 2011;
- Q. Wang, *Exit remedies for minority shareholders in close companies* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 82, Deventer: Kluwer 2011;
- P.M. van der Zanden e.a., *Vereniging Jaarrekeningenrecht: Bundel 2010-2011*, Den Haag: BJu 2011.