

## SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

## ONDERNEMINGSRECHT

📁 AAK20157862

Mw. mr. N. Kreileman (Van der Heijden Instituut, OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen)

### Regelgeving

In de signaalperiode hebben op het terrein van wet- en regelgeving geen vermeldenswaardige ontwikkelingen plaatsgevonden.

### Rechtspraak

#### *De hoofdelijke aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot*

De personenvennootschap (maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap) houdt de Hoge Raad de laatste maanden bezig. In *VDV Totaalbouw* bepaalde ons hoogste rechtscollege dat een faillissement van een vennootschap onder firma niet steeds en noodzakelijkerwijs leidt tot een faillissement van de vennoten (HR 6 februari 2015, *JOR* 2015/181). In HR 13 maart 2015, *NJ* 2015/241 (*Carlande*) stond de aansprakelijkheid van de vennoten voor schulden van een commanditaire vennootschap centraal. De Hoge Raad heeft zich thans wederom uitgelaten over de aansprakelijkheid van (commanditaire) vennoten (HR 29 mei 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1413* (*Lunchroom de Kattenrug*)). In dit te bespreken arrest stond hij in het bijzonder stil bij de sanctie van artikel 21 WvK.

Commanditaire vennoten mogen op grond van artikel 20 lid 2 WvK geen daden van beheer verrichten. Dit betekent dat zij geen handelingen mogen verrichten die onder het 'besturen' van de commanditaire vennootschap vallen. Doen zij dit toch, dan volgt krachtens artikel 21 WvK hoofdelijke aansprakelijkheid voor *alle* verbintenissen van de commanditaire vennootschap. Die aansprakelijkheid geldt ook voor de verbintenissen welke zijn ontstaan voor het tijdstip waarop het verbod werd overtreden, zie HR 24 april 1970, *NJ* 1970/406 (*Romano Import*); vgl. HR 13 maart 2015, *NJ* 2015/241 (*Carlande*). Deze sanctie beoogt te voorkomen dat commanditaire vennoten die op één van de in artikel 20 WvK vermelde manieren onduidelijkheid laten ontstaan over hun rechtspositie in de vennootschap, zich kunnen onttrekken aan de aansprakelijkheid waarin artikel 18 WvK voorziet voor de gewone vennoten, zie HR 11 april 1980, *NJ* 1981/377 (*SMS/Buis*).

Zoals ik hiervoor al schreef, liet de Hoge Raad zich in zijn arrest van 29 mei 2015 opnieuw uit over de sanctie van artikel 21 WvK. Voor aansprakelijkheid geldt nu een soort 'redelijkheidstoets'. Volgens de Hoge Raad is voor de 'ingrijpende en vergaande sanctie' slechts plaats indien en voor zover zij in overeenstemming is met haar strekking. De sanctie van artikel 21 WvK mag dan ook niet in een

onevenredige verhouding staan tot de aard en ernst van de overtreding van het beheersverbod ex artikel 20 lid 2 WvK. Zij dient achterwege te blijven indien en voor zover zij door het handelen van de commanditaire vennoot niet of niet ten volle wordt gerechtvaardigd. Dit brengt mee dat de rechter kan oordelen dat de sanctie niet gerechtvaardigd is of dat het gevolg daarvan dient te worden beperkt tot bepaalde verbintenissen van de commanditaire vennootschap. In afwijking van zijn vaste rechtspraak sinds het arrest *Walvius* (HR 15 januari 1943, *NJ* 1943/201), beslist de Hoge Raad dat bij deze beoordeling mede van belang kan zijn of bij derden redelijkerwijs een onjuiste indruk over de hoedanigheid van de commanditaire vennoot heeft kunnen ontstaan. Bij de hiervoor genoemde beoordeling is, zoals reeds in *SMS/Buis* (HR 11 april 1980, *NJ* 1981/377) is overwogen, in elk geval van belang dat voor de sanctie van artikel 21 WvK slechts plaats is als de commanditaire vennoot enig verwijt van zijn handelwijze is te maken.

Het arrest van de Hoge Raad is om twee redenen interessant. Allereerst oordeelt hij nu expliciet dat een overtreding van beheersverbod niet zonder meer leidt tot de zware sanctie van artikel 21 WvK. Verder komt de Hoge Raad terug van zijn arrest van 15 januari 1943, *NJ* 1943/201 (*Walvius*), waarin hij oordeelde dat niet van belang is of een wederpartij van de commanditaire vennootschap van de commanditaire hoedanigheid van de desbetreffende vennoot op de hoogte was of behoorde te zijn.

#### *Dading en de 403-verklaring*

In artikel 2:403-2:404 BW is het groepsregime geregeld. Voldoet een rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:360 BW aan de in artikel 2:403 BW gestelde vereisten, dan behoeft hij titel 9 van boek 2 BW niet toe te passen. Eén van die vereisten is dat de moedervennootschap zich schriftelijk hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van de dochtervennootschap voortvloeiende schulden, zie artikel 2:403 lid 1 onder f BW. Onlangs heeft de Hoge Raad arrest gewezen over deze zogeheten '403-verklaring'. In zijn arrest van 5 april 2015 stond de vraag centraal welke gevolgen een dading tussen een dochtervennootschap en een crediteur van die dochtervennootschap heeft voor de aansprakelijkheid van de moedervennootschap die zo'n 403-verklaring heeft afgelegd (HR 5 april 2015, *NJ* 2015/255 (*Eikendal q.q./Lentink*)).

In casu ging het om een schikking tussen de curator van de intussen gefailleerde dochtervennootschap en een crediteur van die dochtervennootschap. De curator had € 25.000 betaald aan de crediteur, waarna zij elkaar over en weer finale kwijting verleenden. Brengt dit mee dat de crediteur van de dochtervennootschap ook afstand heeft gedaan van het vorderingsrecht jegens de moedervennootschap en laatstgenoemde aldus uit haar verbintenis jegens de crediteur van de dochtervennootschap is bevrijd? De Hoge Raad beantwoordt deze vraag, in navolging van het hof, negatief. Hij motiveert zijn oordeel als volgt. Zoals in *Akzo Nobel*

ING (HR 28 juni 2002, NJ 2002/447) al is bepaald, kan de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 2:403 BW niet op één lijn worden gesteld met borgtocht. Artikel 6:7 e.v. BW zijn van toepassing in verband met de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moederverenootschap. Dit brengt mee dat haar aansprakelijkheid berust op een zelfstandige verbintenis jegens de crediteur van de dochterverenootschap, waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd. De door de dochterverenootschap en haar crediteur getroffen schikking brengt dus niet mee dat de crediteur ook afstand van zijn vorderingsrecht als bedoeld in artikel 6:9 lid 1 BW jegens de moederverenootschap heeft gedaan, aldus nog steeds de Hoge Raad. De dading leidt er op grond van artikel 6:7 lid 2 BW slechts toe dat de vordering is verminderd met het betaalde bedrag van € 25.000. De omstandigheid dat de Europese richtlijnen die aan artikel 2:403 BW ten grondslag liggen niet spreken van hoofdelijke aansprakelijkheid, maar slechts van het stellen van een garantie, leidt volgens de Hoge Raad niet tot een ander oordeel. De Europese richtlijnen geven immers slechts minimumvoorschriften en laten aan de nationale wetgever ruimte voor een verder strekkende aansprakelijkheid.

#### *Voorwaarden voor uittreding uit een coöperatie*

Vrijheid van uittreding, zoals geregeld in artikel 2:35 lid 1 en 2:36 lid 1 BW, is een wezenskenmerk van de vereniging. Op grond van de schakelbepaling in artikel 2:53a BW geldt deze vrijheid ook voor de coöperatie. Het alleen voor de coöperatie geldende artikel 2:60 BW staat echter onder strikte voorwaarden een uitzondering op de vrijheid van uittreding toe. Artikel 2:60 BW bepaalt:

‘Voor de coöperatie geldt voorts dat, met behoud der vrijheid van uittreding uit de coöperatie, daaraan bij de statuten voorwaarden, in overeenstemming met haar doel en strekking, kunnen worden verbonden. Een voorwaarde welke verder gaat dan geoorloofd is, wordt in zoverre voor niet geschreven gehouden.’

In de literatuur bestaat onzekerheid over het antwoord op de vraag wanneer aan de in artikel 2:60 BW gestelde eis dat de uittredingsvoorwaarde is opgenomen in de statuten, is voldaan. Moet de voorwaarde volledig in de statuten worden omschreven? Of volstaat een statutaire grondslag, terwijl voor een uitwerking van de voorwaarde en de eventuele uittredingsmaatstaf naar een huishoudelijk reglement wordt verwezen? In zijn arrest van 12 juni 2015 neemt de Hoge Raad deze onzekerheid (gedeeltelijk) weg (HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1601 (*Melkveehouders / Drentse Overijsselse Coöperatie Kaas B.A.*)).

In deze zaak is het volgende van belang. Enkele melkveehouders hebben hun lidmaatschap van de Drents Overijsselse Coöperatie Kaas B.A. (hierna: DOC) met inachtneming van de opzegtermijn per 1 januari 2008 opgezegd. Op grond van de statuten waren zij vanwege de opzegging een schadevergoeding verschuldigd. Het uitvoerige artikel 13 lid 1 van de statuten bepaalde namelijk:

‘Het gewone lid van wie het lidmaatschap, anders dan door overlijden van het lid natuurlijke persoon, is geëindigd, is verplicht op eerste schriftelijke aanmaning van de directie een schadevergoedingsbedrag aan de coöperatie te betalen. De omvang van het te betalen bedrag zal door een door de directie aan te wijzen

deskundige worden bepaald op het bedrag van de schade die de coöperatie ten gevolge van het uittreden van dat lid zal lijden, een en ander op basis van grondslagen die met inachtneming van relevante regelgeving c.q. jurisprudentie in het huishoudelijk reglement zullen worden vastgesteld met dien verstande dat de hoogte van dit bedrag maximaal vier procent van het melkgeld dat het betreffende lid gemiddeld per jaar in de vijf voorafgaande boekjaren heeft ontvangen kan bedragen en dat indien een lid met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste een jaar opzegt, geen schadevergoeding kan worden gevorderd.’

De grondslagen waar artikel 13 lid 1 van de statuten over rept, waren destijds niet in het huishoudelijk reglement vastgelegd. De omvang van de schadevergoeding als bedoeld in artikel 13 lid 1 van de statuten, is op verzoek van de directie van DOC door Ernst & Young Accountants bepaald.

Naar het oordeel van de Hoge Raad heeft het hof terecht overwogen dat aan de eis van artikel 2:60 BW dat de uittredingsvoorwaarde is opgenomen in de statuten, is voldaan als uit de statuten voor de leden deze voorwaarde kenbaar is en de aard en omvang van de daaruit voortvloeiende verplichtingen voor hen bepaalbaar zijn. Het oordeel van het hof dat uit de statuten van DOC voldoende kenbaar is dat sprake is van een verplichting tot vergoeding van de schade die DOC lijdt ten gevolge van de beëindiging van het lidmaatschap, dat deze schadevergoedingsverplichting voldoende bepaalbaar is en dat voorts voldoende duidelijk uit de statuten volgt hoe de schadevergoeding berekend moet worden, geeft volgens ons hoogste rechtscollege geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ondanks het ontbreken van de grondslagen van de schadevergoeding in het huishoudelijk reglement, oordeelt hij dat aan de eisen van artikel 2:60 BW is voldaan.

De Hoge Raad schetst in *Melkveehouders / Drentse Overijsselse Coöperatie Kaas B.A.* aldus een kader voor de beantwoording van de vraag wanneer aan de in artikel 2:60 BW gestelde eis dat de uittredingsvoorwaarde is opgenomen in de statuten, is voldaan. Hij overweegt dat artikel 2:60 BW niet vereist dat de uittredingsvoorwaarde in haar geheel in de statuten is opgenomen. Voldoende is dat de voorwaarde voor de leden uit de statuten kenbaar is en dat de aard en omvang van de daaruit voortvloeiende verplichtingen voor hen bepaalbaar zijn.

#### *Geen wanbeleid Slotervaartziekenhuis*

In haar beschikking van 13 mei 2015 heeft de Ondernemingskamer (hierna: OK) geoordeeld dat in het geschil tussen de voormalige aandeelhouders van het Slotervaartziekenhuis geen sprake is geweest van wanbeleid (Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1758). Hoewel het oordeel van de OK inhoudelijk niet baanbrekend is, is het toch de moeite waard hier kort aandacht aan te besteden. De Slotervaartziekenhuiszaak houdt de gemoederen immers bezig. Zo deed de Slotervaartbeschikking (HR 11 april 2014, JOR 2014/259 (*Slotervaartziekenhuis*)), besproken in *KwartaalSignaal* 134 (☞ AAK20157717), de nodige stof opwaaien. Ook werd er de afgelopen tijd veel gespeculeerd over het antwoord op de vraag of in het geschil tussen de voormalige aandeelhouders van het Slotervaartziekenhuis sprake is geweest van wanbeleid.

Zonder op de finesses in te gaan, speelde het volgende. De familie Erbudak was aandeelhouder van onder andere Meromi BV, enig aandeelhouder van Slotervaartziekenhuis BV. Pim Schram, bestuurder van Meromi BV, besloot op enig moment tot uitgifte van cumulatief preferente aandelen in Slotervaartziekenhuis BV aan Delta Onroerend Goed BV (hierna: Delta BV). Het frappante was dat Pim Schram een dubbele pet op had: enerzijds was hij bestuurder van Meromi BV en anderzijds was hij aandeelhouder van Delta BV. De uitgifte had tot gevolg dat het indirecte aandelenbelang van de familie Erbudak in Slotervaartziekenhuis BV verwaterde van 49% tot vrijwel 0%.

Kort gezegd ging het om de vraag of het besluit van Pim Schram in zijn hoedanigheid van bestuurder van Meromi BV, en als zodanig als enig aandeelhouder van Slotervaartziekenhuis BV, tot uitgifte van cumulatief preferente aandelen in Slotervaartziekenhuis BV aan Delta BV, kwalificeert als wanbeleid. De OK beoordeelt de uitgifte van de cumulatief preferente aandelen aan Delta BV tegen de achtergrond van de financiële en organisatorische crisis waarin Slotervaartziekenhuis BV zich indertijd (begin 2013) bevond. Van wanbeleid was, aldus de OK, geen sprake. De OK acht het begrijpelijk dat het bestuur van Meromi BV meende dat de aandelenemissie een essentiële, althans betekenisvolle stap was op de weg naar de oplossing van de crisis waarin het ziekenhuis zich bevond. Bovendien werd Delta BV niet financieel bevoordeeld door de emissie. Ook overweegt de OK dat de aandelenemissie weliswaar leidde tot een vermindering van de zeggenschap van de familie Erbudak, maar dat zij niet een verslechtering van de economische positie van de familie Erbudak ten opzichte van het ziekenhuis tot gevolg had.

## Literatuur

- B.F. Assink e.a. (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht. Het ondernemingsrecht van de toekomst* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 99), Deventer: Kluwer 2015;
- M.P. Bongard & W.J.M. van Veen, *Grensoverschrijdende juridische fusies. De verschillende grondslagen, mogelijkheden en beperkingen* (Serie Recht en Praktijk – Ondernemingsrecht, ONR7), Deventer: Kluwer 2015;
- A. Dorresteyn e.a., *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak* (ZIFO-reeks, deel 16), Deventer: Kluwer 2015;
- C.J.H. Jansen & J.J.J. Sillen (red.), *Mogen wij u even aanspreken? Acht aspecten van aansprakelijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015;
- G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme & A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015;
- F.W. Udo, *Bestuurdersaansprakelijkheid bij de ondernemende stichting*, Den Haag: BJu 2015;
- P.M. van der Zanden e.a., *Vereniging Jaarrekeningenrecht. Bundel 2014-2015*, Den Haag: BJu 2015.