

SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

ONDERNEMINGSRECHT

AAK20178275

Mr. K.A.M. van Vught (Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen)

Regelgeving

Nota voortgang modernisering ondernemingsrecht

Op de valreep mocht ondernemingsrechtelijk Nederland een cadeau in ontvangst nemen van de scheidend minister van Justitie. In zijn nota *Voortgang modernisering ondernemingsrecht* zet Van der Steur uiteen op welke terreinen de inspanningen van 's lands wetgevingsjuristen zich de komende jaren zullen richten. Eerst en vooral wil het departement de wet bij de tijd brengen op drie terreinen, te weten (1) het NV-recht, (2) de personenvennootschappen en (3) de mogelijkheden tot omzetting, fusie en splitsing. Zie voor de nota *Kamerstukken II 2016/17, 29752, 9*.

Vóór alles bevat de nota veel brede beschouwingen met een hoog enerzijds-anderzijdsgehalte. Enerzijds vindt de minister het bijvoorbeeld 'voorstelbaar' dat beursvennootschappen pogingen doen een stabiel aandeelhoudersbestand tot stand te brengen met het oog op de lange termijn. Anderzijds kunnen aan concentratie van zeggenschap bij een grootaandeelhouder 'risico's kleven'. Een en ander kan, aldus de minister, 'leiden tot een heroriëntatie inzake de verhoudingen' binnen de vennootschap.

Concrete plannen biedt de nota nauwelijks, of het moet de aanpassing van de in artikel 2:135 lid 7 BW vervatte afroomregeling zijn. Die regeling beoogt door bestuurders bij een overname gemaakte koerswinsten in mindering te brengen op hun bezoldiging, maar slaagt in dat streven nauwelijks en is bovendien – zo merkt ook de minister op – buitengewoon complex vormgegeven. De minister kondigt aan spoedig een wetsvoorstel ter consultatie aan te bieden. Ongetwijfeld zal een vereenvoudiging niet zonder slag of stoot gaan. Uiteindelijk vloeit de complexiteit van artikel 2:135 lid 7 BW voort uit niets anders dan het politieke verlangen om 'exhibitionistische zelfverrijking' met *hard and fast rules* aan banden te leggen. Wie de regeling wil versimpelen, kan dat denklijk slechts door een discretionaire bevoegdheid neer te leggen bij de raad van commissarissen. Het politieke vertrouwen dat commissarissen de bezoldiging van bestuurders in de hand zullen houden is evenwel niet groot – niet altijd geheel onterecht overigens. Zie over de afroomregeling ook het aan de nota gehechte evaluatierapport (J.B. Huizink e.a., *Inventarisatie werking van de regeling tot afoming koerswinst op aandelen*, Den Haag: WODC 2016).

Interessante departementale voornemens zijn verder de dematerialisatie van aandelen aan toonder in niet-beursvennootschappen en de al genoemde mogelijkheid tot

grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing. Maar het belangrijkste heb ik hiermee nog niet genoemd: de minister sluit zich in de nota aan bij het voorstel van de werkgroep-Van Olffen om het personenvennootschapsrecht gemoderniseerd onder te brengen in Boek 7 BW. Uitdrukkelijk ondersteunt de minister de keuze van de werkgroep om de bestaande soorten personenvennootschappen – de maatschap voor de uitoefening van een beroep en de vennootschap onder firma (VOF) voor de uitoefening van een bedrijf – te handhaven en om rechtspersoonlijkheid toe te kennen op grond van de inschrijving in het Handelsregister. Dat is opmerkelijk. Zeker het eerste is niet onomstreden. De voorgestelde regeling berust op het in de praktijk achterhaalde onderscheid tussen beroep en bedrijf, bedacht in het jaar waarin de postzegel is uitgevonden en de handel vooral per koets, trekschuit of stoomboot plaatsvond (1838). Waarom precies zijn advocaten in een maatschap slechts aansprakelijk voor gelijke delen, waar schilders in een VOF voor het geheel moeten opdraaien? Het behouden van de bestaande personenvennootschappen mag pragmatisch zijn, maar is anno 2017 moeilijk uit te leggen. Hopelijk vormt het voorstel-Van Olffen dan ook de aanzet tot een gedegen debat – een debat waarin niet de zucht naar draagvlak of de angst voor VNO-NCW de boventoon voeren maar het verlangen om een dogmatisch zuivere en praktisch werkbare regeling tot stand te brengen die de tand des tijds kan doorstaan.

Rechtspraak

Hoge Raad vernietigt Meavita-beschikking

Een gepensioneerde rechter is géén rechter. Zoveel is duidelijk na de cassatieprocedure inzake Meavita (HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2614). De Hoge Raad vernietigt de beschikking van de Ondernemingskamer, omdat een van de rechters reeds was gedefungeerd toen de beschikking werd gewezen. Deze *faux pas* maakt dat de Ondernemingskamer de Meavita-zaak 'volledig opnieuw' moet behandelen, dat wil zeggen in ieder geval de tweede fase van deze enquête moet overdoen. Of het zover komt is de vraag: partijen zullen de stand van de procedure wellicht aangrijpen om te schikken. Overigens gaat de beschikking van de Ondernemingskamer ook op een ander punt onderuit: de straffe veroordeling van de bestuurders en commissarissen in de kosten van het enquêteonderzoek kan niet door 's Hogen Raads beugel, nu de Ondernemingskamer verzuimd heeft de verwijtbaarheid van die betrokkenen specifiek in haar overwegingen te betrekken.

Verder overweegt de Hoge Raad nog dat aan het verhaal van de onderzoekskosten niet in de weg staat dat die kosten zijn 'voorgesloten' door anderen dan de rechtspersoon zelf. Artikel 2:350 lid 3 BW veronderstelt dat de rechtspersoon de onderzoekskosten betaalt. In de praktijk is dat

niet steeds het geval: als de rechtspersoon bijvoorbeeld insolvent is, betalen soms degene die bij een enquête belang hebben (lees: degenen die de uitkomst van het onderzoek willen aanwenden als munitie in een aansprakelijkheidsprocedure tegen de bestuurders). Het ligt dan in de rede dat diegenen ook een verzoek mogen doen tot verhaal van de kosten op degenen die voor het gevoerde wanbeleid verantwoordelijk zijn. In aanvulling op artikel 2:354 BW opent de Hoge Raad deze mogelijkheid.

Rechtsverwerking en een vervaltermijn in een enquête

Wie een enquête verzoekt, is niet-ontvankelijk als hij niet tevoren schriftelijk zijn bezwaren tegen het gevoerde beleid heeft kenbaar gemaakt. De ratio van deze regel staat in artikel 2:349 lid 1 BW zelf: de leiding van de rechtspersoon moet voldoende gelegenheid hebben om de aangevoerde bezwaren te onderzoeken en om maatregelen te nemen. Een enquête die de rechtspersoon als donderslag bij heldere hemel treft, heeft de wetgever duidelijk willen voorkomen.

Nu heeft deze klachtplicht in de kern weinig om het lijf. Het naar voren brengen van enige bezwaren op de algemene vergadering is voldoende, zo oordeelde ook het Gemeenschappelijk Hof van Justitie in de hier te signaleren Curaçaose enquêtezaak (ik bespreek de beschikking naar het goeddeels gelijklopende Nederlandse enquête-recht). Wel stond de vraag nog open hoe het daarna verder moest: hoelang mag de bezwaarmaker wachten met het aanhangig maken van een enquêteverzoek? Kan het recht om een enquête te verzoeken worden verwerkt? In casu lag bijna vijf jaar tussen het bezwaarmaken en de start van de enquête.

De Hoge Raad plaatst deze vragen in de sleutel van rechtsverwerking, een ongeschreven vermogensrechtelijk leerstuk dat berust op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In navolging van zijn vaste jurisprudentie oordeelt de Raad vervolgens dat enkel tijdsverloop niet tot rechtsverwerking kan leiden. Tijdsverloop speelt een rol, maar is op zich niet voldoende. In deze zin is de enquêteverzoeker dan ook ontvankelijk. De Hoge Raad casseert de beschikking van het hof (HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574, *JOR* 2017/2, m.nt. K. Spruitenburg (*Cordial*)). Het is mooi dat de Hoge Raad aansluit bij het algemeen vermogensrecht. Nu laten ook samenhangende vragen zich beantwoorden, bijvoorbeeld de vraag wanneer dan wél grond is voor rechtsverwerking. In lijn met de terughoudende toepassing van dit leerstuk zou ik denken dat hiervan ook in het enquête-recht slechts zeer zelden sprake van kan zijn: te denken valt aan een verzoeker die, na het maken van bezwaar, in woord of gedrag te kennen heeft gegeven het beleid van de rechtspersoon tóch te ondersteunen door bijvoorbeeld in de algemene vergadering vóór de goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten te stemmen. Eveneens voorstelbaar is een geval waarin de rechtspersoon schade lijdt door de lange tijd gedurende welke een enquêteverzoek uitdrukkelijk is aangekondigd maar uitblijft.

De *Cordial*-beschikking verdient om nog een andere reden vermelding. De Hoge Raad beslist dat de vervaltermijn voor het vernietigen van besluiten (art. 2:15 lid 5 BW) niet geldt binnen de enquêteprocedure. Ook na verstrijken van de termijn kan de Ondernemingskamer dus besluiten vernietigen. Dit oordeel verbaast niet. De Hoge Raad vat de reikwijdte van vervaltermijnen in het algemeen beperkt op. Bovendien oordeelde hij eerder al dat (het verstrijken van) de vervaltermijn van artikel 2:15 lid 5 BW niet in de weg staat aan een vordering uit onrechtmatige daad (HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1061, *JOR* 2016/233, m.nt. K.A.M. van Vught (*IMG*)). Het gaat ook bij de enquêteprocedure om een procedure die andere doelen dient en plaatsvindt binnen een andere context dan de procedure tot vernietiging van besluiten in de zin van artikel 2:15 BW.

Terinzagelegging = verzending

Tot slot een korte signalering van HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2740. Als de Ondernemingskamer ex artikel 2:353 lid 2 BW beslist dat het verslag van een enquêteonderzoek op de griffie ter inzage ligt, kan het ook per post aan derden worden verstrekt. Anno 2017 komt mij dat als een logische gedachte voor. De overwegingen van de Hoge Raad laten zelfs (!) ruimte voor toezending per e-mail.

Literatuur

De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht

Eén van de coryfeeën van het Nederlandse ondernemingsrecht, Peter van Schilfgaarde, leverde onlangs een monografie af over een van de kernpilaren van het ondernemingsrecht: de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW). Van Schilfgaarde plaatst de ondernemingsrechtelijke leerstukken, procedures en rechtsfiguren tegen de achtergrond van de redelijkheidsgedachte. Daarbij schetst hij geregeld de historische achtergrond en schuwt hij excursies naar het algemeen vermogensrecht niet. In een tijd van steeds verdergaande specialisatie – of wellicht ondernemingsrechtelijke blikvernaauwing? – zijn zulke visionaire vergezichten meer dan welkom. Een lezenswaardige aanrader.

Overige literatuur

- B.F. Assink e.a., *Modernisering personenvennootschappen* (Serie VHI, deel 137), Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- J.H.L. Beckers, *De acting in concert-regeling inzake het verplicht verbod op effecten* (Serie VHI, deel 136), Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- J.M. Blanco Fernández e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profit-sector* (preadviezen Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Paris 2016.
- M. Lückcrath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek corporate governance 2016-2017*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.