

SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT**ONDERNEMINGSRECHT**

AAK20178477

Mr. S.C.E.F. Moulen Janssen (Van der Heijden Instituut, OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen)

Regelgeving*Wettelijke basis voor Nederlandse Corporate Governance Code*

De herziene Corporate Governance Code die in december 2016 door de Monitoring Commissie Corporate Governance Code is gepubliceerd, heeft thans een wettelijke basis. De Code is aangewezen als een gedragscode in de zin van artikel 2:391 lid 5 BW (zie *Stert.* 45259, 21 augustus 2017).

Bevorderen langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders

De Richtlijn (EU) 2017/828 is in werking getreden op 9 juni 2017. Deze richtlijn wijzigt aandeelhoudersrichtlijn 2007/36/EG teneinde langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders te bevorderen. De aandeelhoudersrichtlijn is op een aantal punten gewijzigd nadat tekortkomingen in de *corporate governance* van Europese beursgenoteerde vennootschappen waren geconstateerd. De tekortkomingen zagen met name op een onvoldoende betrokkenheid van aandeelhouders en een gebrek aan adequate transparantie. De nieuwe richtlijn bevat onder meer een bepaling ten aanzien van het beloningsbeleid van bestuurders. Aandeelhouders mogen stemmen over het beloningsbeleid en dat beleid moet gepubliceerd worden. Daarnaast hebben institutionele beleggers en vermogensbeheerders de verplichting een beleid aangaande aandeelhoudersbetrokkenheid op te stellen. Het beleid dient in beginsel openbaar gemaakt te worden. Wanneer zij weigeren een beleid op te stellen, dan wel te publiceren, moet dit gemotiveerd worden. Een andere wijziging is dat aandeelhouders toestemming moeten geven wanneer een beursgenoteerde onderneming transacties aangaat met verbonden partijen die meer dan vijf procent van de activa vertegenwoordigen of aanzienlijke gevolgen kunnen hebben voor de winst of de omzet. Daarnaast moeten transacties kleiner dan één procent van de activa openbaar gemaakt worden. Voorts bevat de richtlijn bepalingen ten aanzien van de identificatie van aandeelhouders en de uitoefening van aandeelhoudersrechten door tussenpersonen. Het is afwachten of de nieuwe richtlijn daadwerkelijk tot meer langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders gaat leiden. Lidstaten hebben twee jaar de tijd de richtlijn te implementeren. De Nederlandse wetgever zal een aantal wettelijke aanpassingen moeten maken. Wel is in artikel 2:135 BW reeds opgenomen dat aandeelhouders invloed hebben op het beloningsbeleid.

Aanwijzing organisaties van openbaar belang

De minister van Financiën heeft aangekondigd netbeheerders, woningcorporaties, grote pensioenfondsen en een aantal instellingen voor het wetenschapsbeleid te willen aanmerken als organisaties van openbaar belang in de zin van de Wet toezicht accountantsorganisaties. In april heeft hierover een internetconsultatie plaatsgevonden. Een organisatie met een openbaarbelangstatus moet voldoen aan aanvullende wettelijke waarborgen ten aanzien van de kwaliteit van de accountantscontrole. Zo dient een dergelijke organisatie onder meer haar jaarrekening verplicht te laten controleren door een (regelmatig roulerende) accountantsorganisatie die daartoe een vergunning van de AFM heeft verkregen en een auditcommissie in te stellen. Daarnaast mag een accountantsorganisatie die controle-diensten verricht, geen andere (advies)werkzaamheden verrichten voor de organisatie.

Netherlands Commercial Court

Een wetsvoorstel voor de instelling van het Netherlands Commercial Court (NCC) ligt bij de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2016/17, 34761, 2). Het wetsvoorstel heeft als doel het mogelijk maken van Engelstalige rechtspraak bij de internationale handelskamers van de rechtbank Amsterdam (Netherlands Commercial Court) en het Gerechtshof Amsterdam (Netherlands Commercial Court of Appeal). Het NCC zal internationale handelsgeschillen in het Engels behandelen en tevens in het Engels uitspraak doen. Met de instelling van het NCC wordt tegemoet gekomen aan de behoefte uit de praktijk. Veel Nederlandse ondernemingen werken immers samen met Engelstalige partners. De instelling is ook van belang voor de handelspositie van Nederland. Een procedure in het Engels sluit aan bij de gangbare zakelijke praktijk en bespaart daarmee veel (vertaal- en communicatie)kosten en tijd. Ook moet de instelling van het NCC tot een verbeterde afhandeling van nationale zaken leiden. De mankracht en kosten die complexe internationale zaken normaliter eisen van de huidige kamers worden bespaard door behandeling door het NCC, die een verhoogd griffierecht kent.

Rechtspraak*AkzoNobel*

De juridische soap rondom AkzoNobel NV continueert. In het vorige *KwartaalSignaal* (144) kwam de uitspraak van de Ondernemingskamer van 29 mei jl. (ECLI:NL:GHAMS:2017:1965) aan bod (zie verder uitgebreid F.G.J. Overkleeft, 'AkzoNobel, PPG en de Ondernemingskamer', *MvO* 2017, afl. 5 & 6, p. 135-140 en M.J.G.C. Raaijmakers, 'AkzoNobel, Bestuursautonomie in beurs-NV: behoud stand-alone-strategie en afwijzing overnamevoorstel', *Ars Aequi* september 2017, p. 713-722 (AA20170713). Ik volsta met een korte herhaling van deze uitspraak als voorgeschiedenis van een nieuwe uitspraak van de voorzieningenrechter inzake AkzoNobel van 10 augustus 2017 (ECLI:NL:RBAMS:2017:5845). De activistische aandeelhouder

Elliott (tezamen met een aantal belanghebbenden) vroeg de Ondernemingskamer tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen bij AkzoNobel. Een drietal biedingen door PPG en de daaropvolgende afwijzingen van AkzoNobel gingen daaraan vooraf. De weigering van AkzoNobel in overleg te treden met PPG, schoot aandeelhouder Elliott in het verkeerde keelgat. Nadat het verzoek van Elliott tot het organiseren van een buitengewone algemene vergadering met als agendapunt het ontslag van president-commissaris Antony Burgmans – die de onderhandelingen volgens hem blokkeerde – niet werd ingewilligd, stapte Elliott naar de Ondernemingskamer. Via de enquêteprocedure verzocht hij alsnog om een buitengewone algemene vergadering met een verkorte oproepingstermijn met als agendapunt het ontslag van de president-commissaris en de benoeming van een ‘supercommissaris’ met een beslissende stem en toezicht aangaande de kwestie. De Ondernemingskamer wees de voorzieningen af omdat, sterk samengevat, de strategie, waaronder de positiebepaling ten aanzien van biedingen, een aangelegenheid is van de vennootschap en niet van de algemene vergadering. Elliott laat het er echter niet bij zitten en verzoekt opnieuw tot het bijeenroepen van een buitengewone algemene vergadering met het ontslag als agendering, ditmaal bij de voorzieningenrechter via artikel 2:110 BW en artikel 2:114a BW. AkzoNobel reageert daarop door zelf een buitengewone vergadering aan te kondigen voor 8 september 2017 en aan te geven dat Burgmans in april 2018, wanneer zijn derde termijn afloopt, zal aftreden. Saillant detail is dat tussen de aankondiging en de datum van de buitengewone vergadering minder dan zestig dagen zit. Tot maximaal zestig dagen voorafgaand aan een algemene vergadering kunnen aandeelhouders namelijk een punt agenderen (art. 2:114a BW). Op deze manier werd het verzoek van Elliott gedwarsboomd. En dit lukte ook. De voorzieningenrechter oordeelde dat het verzoek van Elliott moet worden afgewezen omdat het verzoek prematuur is en Elliott aldus geen redelijk belang heeft. Elliott moet de vergadering van 8 september eerst afwachten waarin AkzoNobel verantwoordelijk zal afleggen.

Na deze uitspraak hebben AkzoNobel en Elliott een *standstill* afgesproken. Een tweetal juridische aspecten aan de AkzoNobel-soap is nog interessant te bespreken. Allereerst, waarom volgde Elliott niet gelijk de route van artikel 2:114a/2:110 BW? Naast het feit dat de Ondernemingskamer bekendstaat om haar deskundigheid en snelheid, speelt een statutaire regeling bij AkzoNobel mogelijk een rol. Stichting AkzoNobel houdt alle prioriteitsaandelen en heeft in bijzondere gevallen een bindende voordracht bij de benoeming van bestuurders of commissarissen. Bij de onmiddellijke voorzieningen bij de Ondernemingskamer werd verzocht om een door de Ondernemingskamer benoemde commissaris. Bij een dergelijke benoeming kan het bindende voordrachtsrecht (waaruit wellicht weer een ‘tegen’ de overname zijnde persoon zou kunnen volgen) buiten toepassing gelaten worden. Het tweede aspect ziet op de vraag of het beperken van het recht tot bijeenroeping van een vergadering en het agenderingsrecht in strijd

is met artikel 6 van de Aandeelhoudersrichtlijn. Daarin staat dat lidstaten ervoor zorgen dat aandeelhouders het recht hebben om punten op de agenda te zetten. Lidstaten mogen het agenderingsrecht wel beperken tot de jaarlijkse vergadering, zolang aandeelhouders buiten de jaarlijkse vergadering om het recht hebben een vergadering bijeen te roepen. Door de ‘truc’ van AkzoNobel tot bijeenroeping van een buitengewone vergadering had Elliott noch het recht een onderwerp te agenderen, noch het recht een algemene vergadering bijeen te roepen (de rechter oordeelde immers dat Elliotts verzoek prematuur was en hij geen redelijk belang had), zie ook <https://corporatefinancelab.org/2017/08/22/the-second-episode-in-the-akzonobel-saga-activist-shareholders-lose-again-in-dutch-court-but-reach-settlement/>. Peters en Eikelboom (F.M. Peters & F. Eikelboom, ‘De strijd over het agenderingsrecht tussen Elliott en Akzo’, *WPNR* 2017, afl. 7156, p. 496-503) vragen zich in dat kader af hoe het agenderingsrecht zich verhoudt tot het recht om een algemene vergadering bijeen te roepen. Mogen lidstaten een extra beperking opwerpen door aandeelhouders te weigeren een vergadering bijeen te roepen omdat een redelijk belang ontbreekt? Het is de vraag of bij dringende aangelegenheden ook gewacht kan worden op een eerstvolgende aandeelhoudersvergadering. Feit blijft dat de uitspraken rondom AkzoNobel niet voordelig uitpakken voor (activistische) aandeelhouders.

Verjaring van een vordering op een niet meer bestaande rechtspersoon

Horeca Concept Building BV is failliet verklaard op 6 april 2005. Ongeveer een jaar later is het faillissement opgeheven vanwege een gebrek aan baten en is de vennootschap opgehouden te bestaan, zie artikel 2:19 lid 1 sub c jo lid 4 BW. Persoon X (zijnde eiser in cassatie) had zich borg gesteld voor een financieringsovereenkomst tussen Rabobank en Horeca Concept Building. Rabobank sprak (pas) in 2011 X aan tot voldoening van hetgeen hij verplicht was onder de borgtocht, ruim één ton. Eiser beriep zich vervolgens op de verjaringsbepaling van artikel 7:853 BW. In dat artikel staat dat door verjaring van de rechtsvordering tot nakoming van de verbintenis van de hoofdschuldenaar, de borgtocht tenietgaat. De vraag die speelt, is of de rechtsvordering van Rabobank op Horeca Concept Building aldus is verjaard. In eerste en tweede aanleg wordt de vordering van Rabobank toegewezen. De rechtsvordering is niet verjaard. X gaat vervolgens in cassatie. De Hoge Raad oordeelt op 30 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1182) dat het hof gelijk heeft. Zolang er geen sprake is van een heropening van de vereffening, blijft de verjaringstermijn (voor onbepaalde tijd) doorlopen en blijft een eventuele stuiting van de termijn daarom ook buiten beschouwing. Pas op het moment dat de vereffening weer wordt geopend, spelen de verlengingstermijnen van artikel 2:23c lid 2 BW en artikel 3:320 BW een rol en loopt de verjaringstermijn tot zes maanden na de heropening wanneer de oorspronkelijke verjaringstermijn is afgelopen in de periode wanneer de vennootschap is opgehouden te bestaan of binnen zes maanden na heropening.

Advisering commanditaire vennootschap

De Hoge Raad liet zich op 22 september jl. uit over de vraag of een advocaat aansprakelijk was voor zijn advisering aan een commanditaire vennootschap (HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444). De CV Euro American Warmond is in 2002 opgericht voor het werven van investeerders voor een vastgoedproject in Warmond. De commanditaire vennoten vormen de financiers van het project. De prospectus is opgesteld voor de CV door de beherend vennoot. De gemeente Warmond had een bouwvergunning verleend voor het stuk grond waarop het project moest plaatsvinden. Later wordt de vergunning echter herroepen door de gemeente wegens strijd met het bestemmingsplan. De CV schakelt vervolgens een advocatenkantoor in voor advies. Het desbetreffende kantoor laat de beherend vennoot (die namens de CV naar buiten toe optreedt) weten dat inderdaad het bouwplan zoals aangegeven in de prospectus, niet voldoet aan het bestemmingsplan. De advocaat adviseert vervolgens de beherend vennoot de commanditaire vennoten niet op de hoogte te brengen van de fout in de prospectus, althans daar zo min mogelijk aandacht op te vestigen. Vervolgens gaat het advocatenkantoor in bezwaar, beroep en hoger beroep tegen de herroeping van het bestemmingsplan door de gemeente, waarbij vanaf het begin duidelijk was dat dit weinig kans van slagen had. De procedures hadden inderdaad geen slingskans en het bouwproject mislukte. De commanditaire vennoten spreken vervolgens het advocatenkantoor aan voor hun schade. Het kantoor zou in strijd hebben gehandeld met artikel 7 van de gedragsregels voor advocaten. Dat artikel verbiedt advocaten belangen te behartigen van twee of meer partijen als die belangen tegenstrijdig zijn. De commanditaire vennoten voeren aan dat de advisering en het voeren van de procedures niet in het belang van de CV waren, die immers mede werd bepaald door de belangen van de commanditaire vennoten. De Hoge Raad gaat hier in mee: het belang van de CV bestaat uit zowel het belang van de beherende vennoten als de commanditaire vennoten (en geen willekeurige derden). Een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat dient zich te richten naar het gezamenlijk belang. Bij een tegenstrijdigheid van belangen dient hij met deze tegenstrijdigheid rekening te houden. In een geval zoals dit brengt dat met zich dat hij op de tegenstrijdigheid wijst en adviseert hoe hiermee om te gaan. Het kan zelfs leiden tot het beëindigen van de werkzaamheden voor de vennootschap. Het advocatenkantoor is derhalve tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst met de CV en dit levert in beginsel een onrechtmatige daad op jegens de commanditaire vennoten. Het is nu weer aan het hof de aansprakelijkheidsvordering te behandelen.

- C.D.J. Bulten, B. de Jong e.a., *Vitale vennootschappen in veilige handen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 142), Deventer: Wolters Kluwer 2017;
- K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017;
- C.J.A van Geffen, *Company law and IFRS, the relation between financial reporting and capital maintenance; ties that bind* (Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht deel 23), Deventer: Wolters Kluwer 2017;
- C.E.J.M. Hanegraaf, *Art. 2:11 BW, doorgesluit van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?* (diss. UL; Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 106), Deventer: Wolters Kluwer 2017;
- E. van Liere, B.E.P. Myjer e.a., *Het UBO-register en centraal aandeelhoudersregister* (Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht deel 25), Deventer: Wolters Kluwer 2017;
- P. van Schilfgaarde, J. Schoonbrood, P.J.W. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en NV* (17e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2017;
- J.B. Wezeman & I.S. Wuisman, *Uitspraken Ondernemingsrecht met NJ-annotaties*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Literatuur

- H. Buijze, E. Lutjens e.a., *Heeft het pensioen in eigen beheer nog toekomst?* (Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht deel 24), Deventer: Wolters Kluwer 2017;