

SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT**ONDERNEMINGSRECHT**

AAK20188546

Mr. P.H.M. Broere (Van der Heijden Instituut, OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen)

Regelgeving*Wetsvoorstel Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018*

Op 20 december 2017 is het wetsvoorstel Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018 bij de Tweede Kamer ingediend (*Kamerstukken II* 2017/18, 34858). Het wetsvoorstel heeft tot doel de wettelijke vastlegging van het recht van enquête van cliëntenraden bij zorginstellingen. Deze bevoegdheid is nu nog vastgelegd in artikel 6.2 van het Uitvoeringsbesluit Wet toelating zorginstellingen. Met een wettelijke basis van het enquêterecht voor cliëntenraden worden statutaire beperkingen van het enquêterecht niet langer toegestaan. Het wetsvoorstel bevat hiernaast bepalingen ter verbetering van de medezeggenschap van cliëntenraden.

Rapport Evaluatie Wet bestuur en toezicht

Op 1 januari 2013 is de Wet bestuur en toezicht in werking getreden (*Stb.* 2011, 275; *Stb.* 2012, 455). Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer zei de minister van Veiligheid en Justitie destijds een evaluatie van de wet toe (*Handelingen I* 2010/11, 28/4, p. 26). Het WODC heeft de Rijksuniversiteit Groningen de opdracht verleend dit evaluatieonderzoek uit te voeren. Het evaluatieonderzoek heeft zich toegespitst op een drietal onderwerpen: (i) het monistische bestuursmodel, (ii) de limitering van het aantal toezichtfuncties voor bestuurders en commissarissen/toezichthouders en (iii) het streefcijfer van 30% vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de met de Wet bestuur en toezicht gewijzigde regeling in artikel 2:9 BW van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid en de nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen.

Ten aanzien van het monistische bestuursmodel concluderen de onderzoekers dat dit model in de praktijk grotendeels werkt zoals beoogd. Waar het monistische bestuursmodel niet functioneert zoals in de wetstheorie beoogd, zien de onderzoekers geen noodzaak voor de wetgever om te voorzien in aanvullende regelgeving. Wel geven de onderzoekers de wetgever in overweging de keuze voor het monistische bestuursmodel ook aan banken en verzekeraars te bieden.

Ten aanzien van de limiteringsregeling bevelen de onderzoekers overeenkomstige toepassing van artikel 2:398 BW aan. Als gevolg daarvan kan een recent opgerichte

rechtspersoon niet langer voor het jaarrekeningenrecht als groot kwalificeren en voor de limiteringsregeling de eerste twee jaar niet. De onderzoekers concluderen dat de limiteringsregeling algemeen geaccepteerd lijkt te zijn en goed wordt nageleefd. Verder zien de onderzoekers geen aanleiding voor een uitzondering op de limiteringsregeling voor de beroepscommissaris. Wel doen zij de aanbeveling de wegingsfactor 2 die geldt voor de voorzittersfunctie terug te brengen tot 1,5. Eén persoon kan dan drie voorzittersfuncties combineren. Het rapport bevat daarnaast enkele aanbevelingen ter verduidelijking van de wettekst.

Ten aanzien van de streefcijferregeling concluderen de onderzoekers dat de regeling op een aantal punten onduidelijk is. Zo is niet duidelijk hoe de streefcijferregeling moet worden toegepast op een bestuur of raad van commissarissen bestaand uit één persoon of op een one-tier board. Ook onzeker is de toepassing ten aanzien van de aanbeveling van de ondernemingsraad bij structuur-NV's en BV's. Verwarring bestaat volgens de onderzoekers daarnaast met betrekking tot de vraag naar welk aantal personen van het ondervertegenwoordigde geslacht moet worden gestreefd indien toepassing van het percentage van 30% tot een gebroken getal leidt. Tot slot is volgens de onderzoekers onzeker in hoeverre grote NV's en BV's een voorkeursbeleid mogen voeren om het streefcijfer te bereiken. Deze onduidelijkheden moeten volgens de onderzoekers worden weggenomen. De onderzoekers wijzen tevens op de beperking van de streefcijferregeling tot het bestuur en de raad van commissarissen. Zij geven in overweging de regeling uit te breiden tot bepaalde senior managementfuncties, met verwijzing naar het Duitse model. De onderzoekers bevelen bovendien aan de streefcijferregeling uit te breiden tot grote stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Daarnaast wordt voorgesteld de ondernemingsraad een rol te geven bij de handhaving van de streefcijferregeling door invoering van een spreekrecht in de algemene vergadering met betrekking tot het man/vrouw-diversiteitsbeleid in de top van grote NV's en BV's.

De minister voor Rechtsbescherming heeft de resultaten van de evaluatie aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 15 december 2017. De resultaten worden gebruikt bij de nota naar aanleiding van het verslag van het voorstel van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 2 herdruk) en bij de voortgangsbrief over de gelijke kansen van vrouwen op leidinggevende posities van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (toegezegd bij brief van 15 december 2016, *Kamerstukken II* 2016/17, 30420, 256 herdruk).

Rechtspraak*Norm handelen accountant als tijdelijk bestuurder in enquêteprocedure*

Bij beschikking van 15 juni 2015 (ARO 2015/163) heeft de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (OK) een onderzoek gelast naar Vikariën BV. Vervolgens is bij onmiddellijke voorziening een bestuurder en beheer-

der van aandelen aangewezen (OK 17 juni 2015, *ARO* 2015/164). De door de OK aangestelde bestuurder stond tevens als accountant ingeschreven in het register van de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants. Een door de OK geschorste bestuurder, tevens indirect aandeelhouder in Vikariën BV, klaagt bij de Accountantskamer over het optreden van de accountant als tijdelijk bestuurder. Volgens de klager heeft de betrokkene in strijd gehandeld met de voor hem geldende gedrags- en beroepsregels.

De Accountantskamer formuleert in haar beslissing van 16 oktober 2017 (ECLI:NL:TACAKN:2017:66, *JOR* 2017/319, m.nt. F. Eikelboom) de norm die geldt voor het beoordelen van het handelen van de accountant/OK-bestuurder. Zij maakt daarbij een onderscheid tussen handelingen in specifieke vaktechnische aangelegenheden en andere aangelegenheden. Met betrekking tot het handelen van de accountant als OK-bestuurder – een ‘andere aangelegenheid’ – zoekt de Accountantskamer aansluiting bij de civielrechtelijke jurisprudentie en toetst zij het bestuurs-handelen met terughoudendheid. Tot een gegronde klacht komt het volgens de Accountantskamer slechts als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze als de aangesproken bestuurder zou hebben gehandeld. Daarvan is hier geen sprake. De klacht wordt dus ongegrond verklaard.

Omzettingsverplichting in strijd met vrijheid van vestiging Polbud is een in Polen gevestigde vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De aandeelhouders van Polbud besluiten de zetel van de vennootschap naar Luxemburg te verplaatsen. Polbud verzoekt hierna schrapping uit het Poolse handelsregister bij de registerrechter. De registerrechter vordert vervolgens overlegging van de ontbindingsdocumenten van Polbud. Polbud overlegt die documenten niet, waarna de registerrechter het verzoek om schrapping afwijst omdat de vennootschap niet ontbonden is. Polbud stelt in twee instanties beroep in, maar krijgt nul op het rekest en stelt cassatieberoep in. De Poolse cassatierechter stelt nu prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof), zie HvJ EU 25 oktober 2017, ECLI:EU:C:2017:804; *RN* 2017/103.

Het Hof had in eerdere jurisprudentie – *Sevic* (ECLI:EU:C:2005:762; *NJ* 2009/201; *JOR* 2006/33, m.nt. G.-J. Vossestein), *Cartesio* (ECLI:EU:C:2008:723; *NJ* 2009/202, m.nt. P. Vlas; *JOR* 2009/35, m.nt. G.-J. Vossestein) en *VALE* (ECLI:EU:C:2012:440; *NJ* 2012/581; *JOR* 2012/285, m.nt. G.-J. Vossestein) – reeds uitgemaakt dat grensoverschrijdende fusies, splitsingen en omzettingen alle vallen onder het toepassingsbereik van het recht op vrije vestiging (art. 49 en 54 VWEU). Op basis van *VALE* (r.o. 34-35) werd wel aangenomen dat voor grensoverschrijdende herstructureringen op basis van de vrijheid van vestiging vereist werd dat de desbetreffende vennootschap een verplaatsing van economische activiteiten beoogde (vgl. W.J.M. van Veen, ‘Grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing: Waar ligt de grens?’, *WPNR* 2017, afl. 7171, p. 905-906).

Polbud verplaatste haar werkelijke zetel niet: zij oefende geen economische activiteiten uit in Luxemburg en beoogde zulks ook niet. Het Hof oordeelde nu dat de vrijheid van vestiging ook op de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van Polbud van toepassing is. De artikelen 49 en 54 VWEU staan daarbij in de weg aan de Poolse regeling die verplaatsing van de statutaire zetel afhankelijk stelt van liquidatie van de vennootschap. De verplichting tot liquidatie die Polen oplegt gaat verder dan nodig ter bescherming van dwingende redenen van algemeen belang. Dit nu de Poolse regeling op algemene wijze in een verplichting tot liquidatie voorziet, zonder rekening te houden met dat algemeen belang en zonder de keuzemogelijkheid voor minder beperkende maatregelen die het algemeen belang kunnen beschermen. Zie over deze uitspraak ook O. Oost, T.A. Keijzer & P.J. Suurd, ‘Polbud: een paradigmawisseling voor grensoverschrijdende omzettingen?’, *AA* 2017, afl. 12, p. 979-986 (AA20170979).

Voorlopig getuigenverhoor en onteigeningsprocedure SNS Reaal

Op 17 november 2017 wees de Hoge Raad arrest in een van de vele procedures naar aanleiding van de nationalisatie van SNS Reaal (ECLI:NL:HR:2017:2904; *RvdW* 2017/1197). Het geding betrof een door de Stichting Beheer SNS Reaal (Stichting Beheer) verzocht voorlopig getuigenverhoor. Volgens de Stichting Beheer heeft SNS Reaal jegens haar onrechtmatig gehandeld door in strijd met de op haar rustende verplichting informatie niet te delen. Als gevolg daarvan heeft de Stichting Beheer naar eigen zeggen in de schadeloosstellingsprocedure bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (OK) geen deugdelijk verweer kunnen voeren. In de schadeloosstellingsprocedure bij de OK wordt het aanbod tot schadeloosstelling van € 0 per onteigend effect/vermogensbestanddeel van de minister van Financiën getoetst. Hiertoe heeft de OK een deskundigenonderzoek bevolen.

De Hoge Raad wijst het cassatieberoep af. Het verzochte voorlopig getuigenverhoor dient ertoe feiten te bewijzen die volgens de Stichting Beheer van belang kunnen zijn voor een tegen SNS Reaal aanhangig te maken civiele procedure tot vergoeding van door de Stichting Beheer geleden schade. De schade waarvoor Stichting Beheer SNS Reaal aansprakelijk houdt ziet bovendien uitsluitend op de waarde van de onteigende effecten en vermogensbestanddelen. Voor de vaststelling van die waarde is voorzien in een bijzondere rechtsgang: de schadeloosstellingsprocedure bij de OK van artikel 6:11 Wft. Met het doel en strekking van die regeling is volgens de Hoge Raad niet verenigbaar dat het feitenonderzoek wordt doorkruist of op de uitkomst van de procedure wordt vooruitgelopen door de inzet van een voorlopig getuigenverhoor dat in wezen ook betrekking heeft op de vaststelling van de waarde van de onteigende effecten en vermogensbestanddelen, maar plaatsvindt ten overstaan van een andere rechter en zonder dat andere bij de onteigening betrokken partijen in de gelegenheid zijn op het verhoor invloed uit te oefenen.

Beschikking over administratie van rechtspersoon door oud-bestuurder

Het Bedrijfstakpensioenfonds voor het beroepsvervoer over de weg kan de door haar verschuldigde pensioenpremies niet langer voldoen en wordt failliet verklaard op 19 juli 2011. Het pensioenfonds stelt haar oud-bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor niet afgedragen pensioenpremies door het pensioenfonds op grond van artikel 23 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. Dit artikel voorziet in een hoofdelijke aansprakelijkheid van pensioenfondsbestuurders indien niet-betaling van pensioenbijdragen het gevolg is van aan hen te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Rechtbank en hof wijzen de vordering van het pensioenfonds toe. Het hof overwoog dat het handelen van de bestuurder als kennelijk onbehoorlijk bestuur kon worden aangemerkt. Het hof baseert zich daarbij mede op het feit dat de oud-bestuurder geen administratie van de vennootschap kan overleggen. De oud-bestuurder beschikte echter niet meer over die administratie, omdat deze bij notariële akte was overgedragen aan het nieuwe bestuur. Het hof kon dit niet uit de overgelegde akte opmaken en ging er hierom vanuit dat geen notariële vastlegging van de overdracht van de administratie had plaatsgevonden en de administratie niet is overgedragen. Hieruit leidt het hof af dat de oud-bestuurder de administratie (bewust) buiten de procedure heeft gehouden.

In cassatie (HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019) houdt dit oordeel geen stand. De Hoge Raad volgt het advies van advocaat-generaal Timmerman en oordeelt dat de administratie van een rechtspersoon toebehoort aan de rechtspersoon. Het bestuur moet op grond van artikel 2:10 BW de administratie voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Na een aandelenoverdracht of bestuurswisseling behoren de tot de administratie behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers te blijven berusten bij de rechtspersoon. Voor zover de administratie bij een aandelenoverdracht en bestuurswisseling feitelijk ter hand gesteld moet worden aan een opvolgend bestuur worden aan die terhandstelling geen nadere formele vereisten, zoals een notariële akte, gesteld. Een oud-bestuurder kan dus in beginsel niet meer beschikken over of toegang krijgen tot de administratie van een rechtspersoon. Dit oordeel van de Hoge Raad verbaast niet en komt mij juist voor.

Motorclub Bandidos verboden in eerste aanleg

Waar het door het Openbaar Ministerie (OM) op grond van artikel 2:20 lid 1 BW gevorderde verbod van de Hells Angels eerder strandde bij de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2009:BI1124; *JOR* 2009/222, m.nt. E. Schmieman), boekte het OM meer succes tegen de Bandidos. Op 20 december 2017 (ECLI:NL:RBMNE:2017:6241) verbood en ontbond de rechtbank Midden-Nederland op verzoek van het OM de informele vereniging Bandidos Motorcycle Club Hol-

land (BMC Holland). Daarnaast oordeelde de rechtbank dat de werkzaamheid van de buitenlandse coöperatie BMC, waartoe BMC Holland behoort, in strijd is met de openbare orde (art. 10:122 lid 1 jo. 2:20 lid 1 BW). Omdat de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, is de aanwezigheid van de Bandidos, in welke verschijningsvorm ook, per direct niet meer toegestaan in Nederland.

Artikel 2:20 lid 1 BW bepaalt dat een rechtspersoon waarvan de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde door de rechtbank op verzoek van het OM wordt verboden verklaard en ontbonden. In *Hells Angels* oordeelde de Hoge Raad dat het hier een ernstige inbreuk op de vrijheid van vereniging en vergadering (art. 8 Gw; art. 11 EVRM) betreft, waaraan slechts in het uiterste geval mag worden toegekomen. Voor een verbodenverklaring is dan ook meer dan uit maatschappelijk oogpunt ongewenst gedrag vereist. De verbodenverklaring dient te worden gezien als een noodzakelijke maatregel om gedragingen te voorkomen die een daadwerkelijke en ernstige aantasting vormen van als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel en die onze samenleving ontwrichten of kunnen ontwrichten. Op basis van dit kader werd eerder met succes vereniging Martijn verboden verklaard en ontbonden, zie HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:948; *NJ* 2014/507, m.nt. A.E. Alkema; *JOR* 2014/227, m.nt. C.D.J. Bulten.

De rechtbank past bovenstaand kader toe en oordeelt dat de Bandidos zichzelf typeren als wetteloos en slogans hanteren die gewelddadige boodschappen bevatten. Er is sprake van een cultuur waarin het plegen van (ernstig) geweld wordt gestimuleerd. Gezien het aantal leden dat betrokken is bij strafbare feiten blijkt deze wetteloosheid ook feitelijk te bestaan. De gerichtheid op het plegen en stimuleren van geweld blijkt ook uit de beloning met onderscheidingen (patches). Zo krijgen leden na het plegen van ernstig geweld de 'expect no mercy'-patch uitgereikt. Volgens de rechtbank is de cultuur van Bandidos en het daaruit volgende gedrag structureel. De werkzaamheid van BMC is in strijd met de openbare orde en een verbod van BMC Holland is noodzakelijk om de samenleving te beschermen. BMC Holland wordt ontbonden en haar vermogen moet vereffend worden door een vereffenaar. De benoeming van een vereffenaar houdt de rechtbank aan: partijen worden eerst in de gelegenheid gesteld een voorstel te doen voor de persoon van de te benoemen vereffenaar. Bandidos heeft overigens aangekondigd in beroep te gaan tegen de uitspraak van de rechtbank. Het OM is overigens ook een ontbindingsprocedure gestart tegen de motorclub Satudarah. Wordt vervolgd.

Literatuur

- H.E. Boschma e.a., *WODC Rapport – Evaluatie Wet bestuur en toezicht*, Groningen: Instituut voor Ondernemingsrecht/Institute for Governance and Organizational Responsibility 2017, www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2730-werking-van-de-nieuwe-bepalingen-uit-de-wet-bestuur-en-toezicht.aspx;

- C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht. Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 150), Deventer: Wolters Kluwer 2017;
- C.J.C. de Brauw, *Overnames van beursvennootschappen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 143), Deventer: Wolters Kluwer 2017;
- R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (diss. Nijmegen; Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 145), Deventer: Wolters Kluwer 2017;
- G.P. Oosterhoff, *Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang* (diss. Nijmegen; Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 144), Deventer: Wolters Kluwer 2017;
- F.J. Oranje, A.J.S.M. Tervoort & J.W.H. van Wijk (red.), *Innovatie in het ondernemingsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017;
- G. van Solinge e.a., *50 jaar Van der Heijden Instituut (1966-2016)* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 148), Deventer: Wolters Kluwer 2018;
- T.M. Stevens & S.B. Garcia Nelen, *Fusies en overnames in Nederland*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017;
- A.J.S.M. Tervoort e.a., *Familievennootschappen* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht 107), Deventer: Wolters Kluwer 2017;
- R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (diss. Nijmegen; Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 147), Deventer: Wolters Kluwer 2018;
- W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam; Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017.