

**SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT****ONDERNEMINGSRECHT**

AAK20198852

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

PERIODE 1 JANUARI – 31 MAART 2019

**Regelgeving**

*Wijzigingen aangebracht in wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen*

In november 2018 verscheen de eerste nota van wijziging bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II 2018/19, 34491, 7*). Daarmee zijn belangrijke wijzigingen aangebracht in het eerder ingediende wetsvoorstel uit 2016 (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*). Ik bespreek de belangrijkste wijzigingen:

- Het originele wetsvoorstel plaatste zoveel mogelijk algemene bepalingen ten aanzien van bestuur en toezicht in titel 1 van Boek 2 BW. Daardoor zouden deze regels van toepassing zijn op alle NV's, BV's, verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen. De eerste nota van wijziging plaatst deze regels weer terug in de bijzondere delen van Boek 2 BW, zodat afwijking van de uniforme regels per rechtspersoon mogelijk is;
- stichtingen, verenigingen, onderlinge waarborgmaatschappijen en coöperaties zijn niet meer verplicht een regeling voor ontstentenis of belet van bestuurders of commissarissen op te nemen in de statuten;
- eveneens vervalt de regeling dat een bestuurder of een commissaris van voornoemde rechtspersonen niet meer stemmen mag uitoefenen dan de overige bestuurders of commissarissen tezamen;
- de nota bevat een wijziging van de regels voor aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van niet-commerciële stichtingen en informele en niet-commerciële verenigingen. Het bewijsvermoeden dat sprake is van onbehoorlijk bestuur bij een schending van de boekhoudplicht of de publicatie van de jaarrekening, geldt alleen nog voor verenigingen en stichtingen die vennootschapsbelastingplichtig zijn;
- in de wet wordt opgenomen dat het toezichthoudend orgaan van stichtingen of verenigingen ook mag worden aangeduid met raad van toezicht in plaats van raad van commissarissen;
- het bestuursverbod dat wordt opgelegd aan een bestuurder of een commissaris van een stichting die door de rechter wordt ontslagen, wordt niet opgelegd indien de bestuurder of de commissaris geen ernstig verwijt treft.

In februari 2019 verscheen een tweede nota van wijziging, waarin twee (kleine) onderdelen in het wetsvoorstel zijn ingevoegd die in de eerste nota abusievelijk zijn komen te vervallen.

*UBO-register*

Op 3 april 2019 is het wetsvoorstel aangaande het UBO-register ingediend bij de Tweede Kamer (*Kamerstukken II 2018/19, 35179, 2*). Op grond van de vierde Europese Anti-witwasrichtlijn ((EU) 2015/849) zijn de lidstaten van de Europese Unie verplicht een zogenaamd UBO-register in te stellen. Vennootschappen en ondernemingen worden bij inwerkingtreding van het register verplicht de *ultimate beneficial owner* (UBO) erin op te nemen. De UBO is de natuurlijk persoon die uiteindelijk de eigenaar is van de vennootschap of de zeggenschap heeft over de vennootschap. Het gaat met andere woorden om de persoon die, al dan niet achter de schermen, de touwtjes in handen heeft. Het register dient het witwassen van geld en terrorismefinanciering tegen te gaan.

**Rechtspraak**

*Welke bezwaren mogen onderwerp zijn van het onderzoek in een enquêteprocedure? (Hoge Raad 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:316)*

Een enquêteprocedure bij de Curaçaose houdstermaatschappijen Cordial NV en Turnham NV staat centraal in deze zaak. In 2010 werd in beide vennootschappen besloten tot een aandelenemissie. Als gevolg van de aandelenemissie verwaterde het aandelenbelang van aandeelhouder Bab-al Mustaqbal Real Estate Co. (Bab) flink. Bab verzoekt daarop het hof een enquête te gelasten naar het beleid en de gang van zaken bij de houdstermaatschappijen, in het bijzonder naar de gang van zaken rondom de aandelenemissies. Het Gemeenschappelijk Hof wijst het verzoek toe vanwege de bezwaren aangaande de aandelenemissie en gelast een onderzoek. Het hof staat de onderzoeker toe ook andere bezwaren in zijn onderzoek te betrekken. De meerderheidsaandeelhouder MHS, die een groot pakket aandelen verwierf bij de aandelenemissie, klaagt hierover in cassatie. De voornaamste klacht ziet op het feit dat een onderzoek enkel betrekking kan hebben op de bezwaren aan de hand waarvan het hof heeft geoordeeld dat er gegronde redenen zijn om te twifelen aan een juist beleid of gang van zaken. De Hoge Raad wijst de klacht af. De Hoge Raad oordeelt dat uit de wetsgeschiedenis van het Nederlandse enquêterecht (waarop het Curaçaose enquêterecht is gebaseerd) is af te leiden dat (i) slechts de bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken die in de fase van bezwaar naar voren zijn gebracht, ten grondslag kunnen liggen aan de toewijzing van een verzoek tot een enquête te gelasten en (ii) indien de Ondernemingskamer een enquête gelast, het onderzoek in ieder geval moet zijn gericht op deze bezwaren. Dit neemt echter niet weg dat het de Ondernemingskamer vrijstaat de onderzoeker uit te nodigen of toe te staan ook andere bezwaren in het onderzoek te betrek-

ken, voor zover die bezwaren voldoende samenhangen met de bezwaren die aanleiding hebben gegeven tot het oordeel dat gegronde redenen aanwezig zijn. De samenhang hangt af van de omstandigheden van het geval.

*Bovenwettelijk adviesrecht ondernemingsraad (Hoge Raad 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:397)*

Onderwerp van geschil is een Shared Service Center dat een viertal gemeenten in Zuid-Limburg besloot op te richten. De ondernemingsraad van de gemeente Maastricht was een bovenwettelijk adviesrecht toegekend ten aanzien van de oprichting van een dergelijk centrum. De ondernemingsraad bracht wegens diverse redenen een negatief advies uit. De gemeente Maastricht zette desalniettemin haar plannen door, waarop de ondernemingsraad in beroep ging bij de Ondernemingskamer op grond van artikel 26 Wet op de Ondernemingsraden (hierna: WOR). Op grond van artikel 32 lid 2 WOR is het de ondernemer toegestaan bij overeenkomst een adviesrecht toe te kennen aan de ondernemingsraad ten aanzien van besluiten die niet wettelijk gezien onder de WOR vallen. Lid 4 bepaalt voorts dat de mogelijkheid tot het instellen van beroep bij de Ondernemingskamer ook mogelijk is wanneer het besluit van de ondernemer niet in overeenstemming met het bovenwettelijk geregeld advies van de ondernemingsraad is genomen. Artikel 46d WOR bepaalt echter dat bijzondere regels voor ondernemingsraden bij de overheid (waaronder gemeenten) gelden. Geen overlegplicht bestaat voor een gemeente over aangelegenheden met 'het primaat van de politiek' (de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan en het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken, behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen). Het wel of niet voortzetten van het Shared Service Center is een aangelegenheid die kwalificeert als het primaat van de politiek. De wetgever heeft blijkens de parlementaire behandeling van artikel 46d WOR en de evaluatie van de werking van de WOR bij de overheid in 2001 uitdrukkelijk niet gewild dat politieke besluiten van democratisch gecontroleerde organen door de Ondernemingskamer in het kader van de WOR worden getoetst. Bij de invoering van artikel 32 WOR heeft de wetgever daar niet van willen afwijken. Kortom, de mogelijkheid tot beroep in de zin van artikel 26 WOR is niet gekoppeld aan het aan de ondernemingsraad van de gemeente Maastricht toegekende bovenwettelijke adviesrecht.

*Oplegging bestuursverbod door Openbaar Ministerie (Rechtbank Midden-Nederland 19 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6261)*

Het Openbaar Ministerie mag verzoeken om een bestuursverbod. Dit betreft de eerste zaak waarin zij dat doet sinds de inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod op 1 juli 2016. De zaak zelf is niet zozeer noemenswaardig, maar eerder het feit dat het Openbaar Ministerie verzoekt om een bestuurdersverbod en niet de curator. In casu kon de bestuurder een persoonlijk verwijt worden

gemaakt van de faillissementen van drie rechtspersonen en daarmee was voldaan aan een van de omstandigheden waaronder een bestuursverbod mag worden opgelegd (art. 106a lid 1 sub d Fw). Het opleggen van het bestuursverbod zorgt ervoor dat een veelpleger van faillissementsfraude in de toekomst niet nog meer schade kan aanrichten als bestuurder van andere rechtspersonen.

*Aansprakelijkheid van een door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder (Rechtbank Midden-Nederland 5 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5864)*

De onderhavige uitspraak betreft de eerste aansprakelijkheidsprocedure tegen een door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder. De besloten vennootschap Vikariën raakt stuurloos en in de financiële problemen door een ruzie tussen twee broers (Erik en Wilco), die tezamen de dagelijkse leiding voeren over de onderneming en op een gegeven moment de twee aandeelhouders zijn van de BV. Erik stapt vervolgens naar de Ondernemingskamer en verzoekt om opening van een enquêteprocedure. De Ondernemingskamer wijst het verzoek toe en benoemt bij onmiddellijke voorziening een tijdelijke bestuurder (Küh) en een tijdelijke beheerder van de aandelen (Moolenburgh). De tijdelijke bestuurder gelast, in samenwerking met de twee broers, een biedingsproces teneinde de onderneming over te dragen aan een derde. De beheerder van aandelen machtigt de tijdelijke bestuurder om namens hem te handelen. Een tweetal bidders (Fuite Beheer BV en Drie Holding BV) biedt zich aan. De broers weten geen overeenstemming te bereiken over de keuze voor een van de bidders. Daarop verkiest de tijdelijke bestuurder het bod van Fuite. Later komt hij er echter achter dat Wilco een *side deal* met deze bidder heeft gesloten, inhoudende dat hij gedurende enkele jaren na de overname nog zou delen in de winst van de vennootschap. De tijdelijke bestuurder meent dat beide aandeelhouders gelijk van de overname moeten kunnen profiteren. Nieuwe onderhandelingen en uiteindelijk een nieuw biedingsproces lopen op niks uit omdat de aanvankelijke bidder zich uiteindelijk terugtrekt. De BV faillieert vervolgens. De tijdelijke bestuurder en de beheerder van aandelen zouden volgens Wilco onrechtmatig hebben gehandeld door de in de algemene vergadering geaccepteerde bieding van Fuite ongeldig te verklaren.

Voor een tijdelijke bestuurder geldt volgens de rechtbank (en ook de parlementaire geschiedenis, zie *Kamerstukken II 2011/12, 32887, 6, p. 3-4*) de ernstig-verwijtmaatstaf wanneer hij aansprakelijk wordt gesteld uit hoofde van een onrechtmatige daad. Dit is aldus dezelfde maatstaf als voor een 'normale' bestuurder. Ook voor de tijdelijke beheerder van aandelen geldt in casu deze maatstaf omdat hij kan worden beschouwd als een feitelijke bestuurder. Beiden treft echter geen ernstig verwijt. De rechtbank vat de reden hiervoor treffend samen in rechtsoverweging 4.16: 'De Ondernemingskamer heeft Küh en Moolenburgh [...] feitelijk in een wespennest gearachteerd waarin in een zeer kort tijdsbestek daadkrachtig moest worden gehandeld.'

**Literatuur**

- A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen* (diss. Groningen; Serie Recht en Praktijk nr. 11), Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- S.W. van den Berg, *Waarderingsvraagstukken in het ondernemings- en insolventierecht* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht nr. 107), Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- A.F.M. Dorresteyn & R.H. van het Kaar, *De juridische organisatie van de onderneming* (veertiende druk), Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- C.H.A. van Oostrum, *Regres bij concernfinanciering* (diss. Leiden; Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 142), Deventer: Wolters Kluwer 2019.