

Ondernemingsrecht

Mr. E. Schmieman (Van der Heijden Instituut KU Nijmegen)

PERIODE 1 JULI – 1 OKTOBER 2003: RECHTSPERSONEN- EN VENNOOTSCHAPS- RECHT

REGELGEVING

Staat als aandeelhouder

In *Katern 88* werd verslag gedaan van de vragen die in de Tweede Kamer waren gerezen over het beleid van de Staat als aandeelhouder. Tijdens het debat in de Kamer vroeg het kamerlid Verburg naar een notitie van de ministers van Financiën en SZW over de gewenste inkomensontwikkeling bij ondernemingen waarvan de Staat aandeelhouder is, en het gewenste gedrag van commissarissen op dat terrein. Bij brief van 18 augustus 2003 (*Kamerstukken II*, 28 165, nr. 11) geven de beide bewindslieden aan dat verzoek gehoor.

De ministers schrijven dat onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de rol van de Staat als aandeelhouder en anderzijds de rol van de Staat als beleidsmaker (wet- en regelgever). Deze rollen zijn in beginsel gescheiden. Het uitgangspunt van de Staat als aandeelhouder is dat zoveel mogelijk als 'gewone' aandeelhouder wordt opgetreden. Indien de Staat als aandeelhouder bedrijven anders behandelt dan gewone aandeelhouders in een vergelijkbare situatie zouden doen, verstoort dat het 'level playing field' van staatsdeelnemingen ten opzichte van andere (concurrerende) ondernemingen. Bovendien kan het leiden tot gespannen verhoudingen binnen vennootschappen waarvan de Staat één van de aandeelhouders is.

Dit geldt ook waar het gaat om de hoogte van beloningen van bestuurders en werknemers: een beloningspakket zal door de Staat als aandeelhouder worden getoetst aan de vraag of het in de gegeven omstandigheden als redelijk kan worden beschouwd. Bij die toetsing zal de Staat als aandeelhouder zich in de toekomst mede laten leiden door de best practice bepalingen uit de corporate governance code van de Commissie Tabaksbat (zie *Katern 88*). Een opeenstapeling van hoge (variabele) beloningen en ruime afvloeiingsregelingen zal de redelijkheidstoets in principe niet kunnen doorstaan.

Commissarissen zijn verplicht om zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de vennootschap (art. 2:140/250 BW). Dit geldt ook voor door de overheid benoemde commissarissen in het geval van een staatsdeelneming.

De Staat kan het beleid van vennootschappen waarvan zij aandeelhouder is dus niet beïnvloeden door de door haar benoemde commissarissen instructies te geven. Dit heeft ertoe geleid dat de Staat geen ambtenaren meer benoemt als commissaris bij staatsdeelnemingen. In plaats daarvan gaat de Staat actiever gebruik maken van zijn aandeelhoudersrechten.

Wetsvoorstel aanpassing structuurregeling en corporate governance

In de afgelopen periode zijn er veel amendementen op het Wetsvoorstel aanpassing structuurregeling ingediend (*Kamerstukken II*, 28 179, nr. 20-29 en 32-49, zie ook *Katern 88*). Deze amendementen hadden onder meer betrekking op het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering van aandeelhouders ten aanzien van bepaalde bestuursbesluiten, volmachtverlening aan certificaathouders, benoeming van commissarissen en vaststelling van het beloningsbeleid voor het bestuur. Op 28 augustus 2003 heeft de Minister van Justitie een brief verzonden aan de voorzitter van de Tweede Kamer (*Kamerstukken II*, 28 179 nr. 30) ter begeleiding van de tweede nota van wijziging (*Kamerstukken II*, 28 179, nr. 31). In die brief refereert de minister aan de concept corporate governance code van de Commissie Tabaksbat. Het kabinet acht deze code van groot belang en zal een standpunt over de inhoud ervan bepalen nadat deze definitief is vastgesteld. Het kabinet stelt wel voor om nu al een wettelijke verankering voor de corporate governance code te maken. Daardoor zou naleving al in 2004 kunnen worden afgedwongen. Deze wettelijke verankering is in het Wetsvoorstel aanpassing structuurregeling opgenomen en houdt een aanpassing van artikel 2:391 BW in. Voorgesteld wordt om in een toe te voegen vierde lid op te nemen dat bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) nadere voorschriften kunnen worden gesteld omtrent de inhoud van het jaarverslag. De tweede nota van wijziging bevat verder aanpassingen van de voorgestelde bepalingen inzake de goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten, certificering, benoeming van commissarissen en vaststelling van het beloningsbeleid voor het bestuur.

Op 9 september heeft de Tweede Kamer het Wetsvoorstel aanpassing structuurregeling aangenomen, waarna het naar de Eerste Kamer is gestuurd (*Kamerstukken I*, 28179, nr. 309).

Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden (WOR)

Op 27 juni 2003 heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid advies gevraagd aan de Sociaal Economische Raad (SER) over het voorstellen van het kabinet de Wet op de onderne-

mingsraden (WOR) op een aantal punten te wijzigen, zie *www.ser.nl*. Het kabinet heeft ook een aantal algemene vragen aan de SER voorgelegd. Deze vragen gaan over (i) de positie van de van de ondernemingsraad (OR) bij het bestuur van de onderneming, (ii) de openbaarheid van inkomens bij ondernemingen die verplicht een OR hebben, (iii) de WOR als kaderwet en (iv) de naleving van de plicht tot het instellen van een OR. Het kabinet is van plan om de voorstellen tot wijziging van de WOR voor het begin van het nieuwe jaar aan de Tweede Kamer te zenden. Daarom is de SER verzocht voor 1 oktober 2003 advies uit te brengen. Die datum is verstreken, maar een SER-advies is nog niet uitgebracht.

Europese Coöperatie

Afgelopen zomer is de verordening inzake de Europese Coöperatie (SCE) vastgesteld. Naast het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV) en de Europese NV (SE) is dit de derde Europese rechtsvorm. Deze rechtsvorm maakt het voor coöperaties eenvoudiger om binnen Europa grensoverschrijdend samen te werken. Net als bij de SE wordt de positie van de werknemers van een SCE geregeld in een richtlijn. Zie voor de verordening en de richtlijn, die met ingang van 18 augustus 2006 van toepassing zullen zijn: *PbEG* 18 augustus 2003, L 207, p. 1-36.

Effectenrecht

Het ministerie van Financiën werkt nog steeds aan de hervorming van de toezichtwetgeving voor de financiële marktsector, zie ook *Katern* 83, 84, 86, 87 en 88. De financiële toezichtwetten die er nu zijn, zullen worden omgevormd tot één wet, de Wet financieel toezicht (Wft).

Op 1 juli 2003 is een brief van de Minister van Financiën naar de Tweede Kamer verzonden met betrekking tot deze algehele hervorming van de toezichtwetgeving (*Kamerstukken II*, 28 122, nr. 16). Als bijlage bij die brief bevond zich het rapport van een onderzoek van het Ministerie van Financiën naar de financiering van het toezicht op de financiële marktsector na inwerkingtreding van de Wft. Tijdens het onderzoek zijn verschillende onderwerpen onderzocht, waaronder de overheidsbijdrage aan de kosten van het toezicht, de kostenbeheersing en de transparantie. In het rapport is een aantal aanbevelingen opgenomen. De belangrijkste daarvan zijn dat marktpartijen zelf de afzonderlijk toerekenbare toezichtkosten gaan betalen. Op basis van het profijtbeginsel komen ook de kosten van het reguliere toezicht voor hun rekening.

In het kader van de hervorming van de toezichtwetgeving is het ministerie van Financiën op 5 september jl. ook gestart met het consulteren

van de financiële sector over het eerste, algemene, deel van de nieuwe wetgeving. Om een zo uniform mogelijke regeling voor het hele toezicht te maken, worden in het eerste deel de onderwerpen geregeld die relevant zijn voor alle toezichtgebieden, waarbij men kan denken aan het toezicht op de financiële markten, maar ook aan het toezicht op banken en verzekeringsmaatschappijen. De doelstellingen van de nieuwe wet zijn het vergroten van de transparantie en doelgerichtheid van het toezicht op de financiële sector. Hoewel de inwerkingtreding van de Wft is voorzien op 1 januari 2005, is aan de consultatie geen termijn gesteld.

De minister van Financiën komt bij brief van 2 september 2003 (*Kamerstukken II*, 28 965, nr. 5) een eerdere toezegging na om de Tweede Kamer op de hoogte te zullen stellen van het instellen, de samenstelling en de opdracht van de Commissie Geschillen Aandelenlease (CGA). De minister gaat in zijn brief ook in op de door hem in de maanden juli en augustus genomen stappen inzake de aandelenleaseproblematiek (zie *Katern* 87 over *Dexia/Legiolease*). De CGA zal volledig onafhankelijk zijn bij het uitvoeren van haar opdracht: het bemiddelen tussen aanbieders en afnemers van aandelenleaseproducten. Aldus moet de CGA bevorderen dat deze partijen onderling op een efficiënte wijze tot een oplossing komen voor de openstaande geschillen die voortvloeien uit de koop van aandelenleaseproducten tussen 1995 en 2002.

Verder wijs ik nog op:

- Richtlijn 2003/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2003 tot wijziging van de richtlijn 68/151 /EEG van de Raad met betrekking tot de openbaaringsvereisten voor bepaalde soorten ondernemingen, *PbEG* 4 september 2003, L 221, p. 13-16.
- Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het 'Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het openbaar overnamebod', COM (2002) 534 def., *PbEG* 3 september 2003, C 208, p. 55-58.

RECHTSPRAAK

Buitenlandse vennootschappen en Nederlands ondernemingsrecht; een paar apart?

Op grond van de Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen (WFBV) is een buitenlandse vennootschap die haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en geen werkelijke band met het land van haar oprichting heeft, onderworpen aan een aantal regels van Nederlands recht inzake onder andere het mini-

mumkapitaal en de aansprakelijkheid van bestuurders. De WFBV vormt in zoverre een inbreuk op het uitgangspunt van Nederlands internationaal privaatrecht inzake rechtspersonen: het incorporatiestelsel (art. 2 en 3 Wet Conflictenrecht Corporaties). Volgens dat stelsel wordt een vennootschap beheerst door het recht van het land waar zij is opgericht, zie ook *Katern* 86.

Een recent arrest van het Hof van Justitie van de EG (HvJEG) heeft het bestaansrecht van de WFBV danig aan het wankelen gebracht. Wat was het geval? Inspire Art Ltd is opgericht naar Engels recht, met name om te ontsnappen aan het strenger geachte Nederlandse vennootschapsrecht. Inspire Art oefent haar activiteiten, verkoop van kunst, (nagenoeg) uitsluitend uit in Nederland. De Amsterdamse Kamer van Koophandel stelt zich op het standpunt dat bij de inschrijving van Inspire Art in het handelsregister vermeld moet worden dat het gaat om een formeel buitenlandse vennootschap in de zin van artikel 1 WFBV. Inspire Art bestrijdt dat zij voldoet aan de voorwaarden van artikel 1 WFBV en voorzover zij daar al aan zou voldoen, stelt zij dat de WFBV in strijd is met artikel 43 en 48 EG-Verdrag (vrijheid van vestiging). Het Kantongerecht Amsterdam heeft over dit laatste punt prejudiciële vragen gesteld aan het HvJEG (zie *JOR* 2001/200 m.nt. G. van Solinge).

Op 30 september 2003 heeft het HvJEG (zaak C-167/01, zie www.curia.eu.int) geoordeeld dat de regels van de WFBV inzake het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van bestuurders de vrijheid van vestiging belemmeren. Een rechtvaardigingsgrond als bedoeld in artikel 46 EG-Verdrag (openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid) of een dwingende reden van algemeen belang, die de toepassing van de regels inzake minimumkapitaal en aansprakelijkheid kunnen dragen, acht het HvJEG niet aanwezig. De toekomst van de WFBV is onzeker.

Echtgenoten en toestemming

Een bepaling uit het personen- en familierecht die ook in het ondernemingsrecht van groot belang kan zijn, is artikel 1:88 BW. Op grond van 1:88 lid 1 BW behoeft een echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot voor het aangaan van bepaalde rechtshandelingen. Hieronder valt ook een overeenkomst waarbij een echtgenoot zich, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, als borg verbindt (art. 1:88 sub c BW). Ontbreekt de toestemming, dan kan de rechtshandeling door de niet-handelende echtgenoot worden vernietigd (art. 1:89 lid 1 BW). De toestemming is echter niet nodig als de rechtshandeling wordt verricht door een bestuurder van een NV of BV die alleen of met zijn medebestuurders

de meerderheid van de aandelen houdt én als de rechtshandeling geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap (art. 1:88 lid 5 BW).

Maar wat nu als echtgenoot X zich heeft borg gesteld voor een schuld van B BV, waarvan 100% van de aandelen worden gehouden door A BV, waarvan X 100% van de aandelen houdt en bestuurder is? De lagere rechtspraak was verdeeld over de vraag of X voor de borgstelling ten behoeve van een dochtermaatschappij toestemming van zijn echtgenoot nodig heeft. Op 11 juli 2003 (*JOR* 2003/223 m.nt. A.J. Verdaas) heeft de Hoge Raad de knoop doorgehakt: artikel 1:88 lid 5 BW geldt zowel voor de situatie waarin de echtgenoot rechtstreeks aandeelhouder is, als voor de situatie waarin die aandelen worden gehouden door één of meer tussengeschakelde vennootschappen. Wél dient ook ten aanzien van de eventueel tussengeschakelde vennootschappen te zijn voldaan aan de eisen van bestuur en aandeelhouderschap die artikel 1:88 lid 5 BW stelt. Voorts blijft overeind het vereiste dat de rechtshandeling dient plaats te vinden ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die tussengeschakelde vennootschap.

Verhaal van de kosten van een enquête op de bestuurder van een vennootschap

Bij beschikking van 30 juni 2003 (*ARO* 2003, 116) stelt de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (OK) vast dat sprake is van wanbeleid bij Polyplus, een groep vennootschappen gevormd door Polyplus Holding en haar dochtervennootschappen. Volgens de OK is gebleken dat de administratie van Polyplus op een groot aantal punten niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Bovendien is de bewaarplicht niet in acht genomen. Er is dus gehandeld in strijd met datgene wat artikel 2:10 BW bepaalt. De onregelmatigheden in de administratie zijn volgens de OK voor een groot deel te wijten aan het handelen van bestuurder Schokker.

De OK merkt voorts als wanbeleid aan dat de toenmalige bestuurder van Polyplus Holding, J.A. Niewold, zich schuldig heeft gemaakt aan verduistering van gelden van de vennootschap. Deze gelden kreeg Niewold onder zich door middel van contante betalingen door debiteuren. De betreffende betalingen werden niet in de administratie geboekt. Bestuurder Schokker was van deze malversaties op de hoogte. Hij heeft echter niet alleen nagelaten de andere aandeelhouders ervan op de hoogte te stellen: hij heeft er ook geen zorg voor gedragen dat de betalingen en ontvangsten zoals die hadden plaatsgevonden alsnog op correcte wijze in de boeken van Polyplus werden opgenomen. Volgens de OK heeft bestuurder Schokker er

op die manier aan meegewerkt dat de kans op het verborgen blijven van de malversaties werd vergroot.

De OK heeft tenslotte ook nog vastgesteld dat Schokker de malversaties heeft benut om er zelf voordeel uit te halen. Schokker vreesde door de AvA als bestuurder te worden ontslagen. Dit kon alleen gebeuren met een gekwalificeerde meerderheid van stemmen. Om te voorkomen dat die meerderheid er zou komen, heeft Schokker met Niewold een stemovereenkomst gesloten tegen betaling aan de laatste van f 100.000. Schokker zou dit geldbedrag in de kas van Polyplus storten ter compensatie van de schuld van Niewold vanwege de verduistering, hetgeen deels ook is gebeurd.

Na het vaststellen van het wanbeleid heeft de OK voorzieningen getroffen (art. 2:356 BW). Zij heeft Schokker als bestuurder van Polyplus ontslagen, en het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van Polyplus tot decharge van het bestuur voor het beleid van 1999 vernietigd.

Op grond van artikel 2:354 BW verzoekt Polyplus de OK om voormalig bestuurder Schokker te veroordelen tot betaling van de kosten van het onderzoek. De OK overweegt bij beschikking van 21 juli 2003 (ARO 2003, 141) dat vaststaat dat Schokker van de feiten en omstandigheden die tot het wanbeleid-oordeel hebben geleid op de hoogte was en had moeten zijn. Schokker heeft volgens de OK ook zelf de hand gehad in die feiten en omstandigheden. Bovendien heeft hij er voor eigen voordeel gebruik van gemaakt door zijn medebestuurder te chanten. Aldus is Schokker volgens de OK verantwoordelijk te achten voor het onjuiste beleid en de onbevredigende gang van zaken bij Polyplus. Het verzoek van Polyplus om de kosten van de enquêtes op Schokker te kunnen verhalen wordt daarom door de OK toegewezen. Volgens de OK maakt het geen verschil dat Schokker wellicht niet de enige bestuurder is die verantwoordelijk is te achten voor het wanbeleid. De mogelijkheid bestaat dat Polyplus Schokker op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk zal gaan stellen voor de door haar geleden schade.

Voorwetenschap en marktmanipulatie

Een verdachte wordt vervolgd voor handel met voorkennis, dat is strafbaar gesteld in artikel 46 Wte 1995. Hij had voor f 50.000 aan certificaten Pie Medical gekocht, een dag nadat aan het managementteam van Pie Medical een fusie met Philips was medegedeeld. De fusie was nog niet op de markt bekend. De verdachte, die nooit eerder effecten had gekocht, was bevriend met twee leden van het managementteam van Pie Medical. Deze personen betwisten dat zij de verdachte van

de fusie op de hoogte hebben gebracht. Het hof oordeelde dat gezien de omstandigheden voldoende bewijs aanwezig was voor een veroordeling voor handel met voorkennis. De Hoge Raad staat toe om bij de bewijsvoering te betrekken dat de verdachte voor zijn gedraging geen redelijke verklaring heeft gegeven. (3 juni 2003, JOR 2003/224, m.nt. J. Italianer). Aldus wordt de *nemo tenetur*-regel genuanceerd. Wanneer er geen direct bewijs is, zal de rechter aan de hand van indirect bewijs tot een bewezenverklaring moeten komen. Met indirect bewijs zal niet precies vaststaan wat de voorwetenschap inhoudt. Volgens de Hoge Raad is het echter voldoende dat het hof daarvan eerst een tamelijk precieze beschrijving geeft, gevolgd door de zinsnede 'althans de essentie van de hierboven genoemde bijzonderheden'. De Hoge Raad laat daarmee het oordeel van het hof in stand, maar corrigeert wel de formulering daarvan. De door de Hoge Raad aangebrachte correctie komt erop neer dat voor een veroordeling voor handel met voorkennis precieze kennis van alle details niet bewezen hoeft te worden.

Een andere verdachte had op een internetsite een bericht geplaatst over een beursfonds. Een minderheidsbelang daarin zou van eigenaar gaan verwisselen. De verdachte had echter niet vermeld dat hij zelf degene was die de relatief grote aan- en verkooporders had gegeven waarop zijn bericht betrekking had. Dit vormt volgens de Rechtbank Amsterdam (3 juli 2003, TOS 2003/4, p. 126-127 met commentaar D.R. Doorenbos) een overtreding van artikel 334 Sr, de commune strafpaling voor marktmanipulatie. Volgens de rechtbank gaat het om een strafbare poging, het is immers niet komen vast te staan dat de koers daadwerkelijk door het bericht beïnvloed is. De verdachte wordt veroordeeld tot een geldboete van € 5000. Hij wordt door de rechtbank vrijgesproken van handel met voorwetenschap: wetenschap van eigen handelen voorafgaand aan de eigen gedraging kan geen voorwetenschap opleveren.

LITERATUUR

- S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern* (5^e druk), Deventer: Kluwer 2003.
- P.L. Davies, *Company Law*, Oxford: Oxford University Press 2003.
- K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht* (1^e druk), Deventer: Kluwer 2003.
- J.J.A. Hamers, *Naamloze en besloten vennootschap (NV/BV)* (2^e druk, BoomBasics), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.
- P. van Schilfgarde, *Van de BV en de NV* (13^e

- druk bewerkt door J.W. Winter), Deventer: Kluwer 2003.
- W.J. Slagter, *Slagter over eigendom. Beschouwingen over privaatrecht, vennootschapsrecht en effectenrecht* (Feestbundel ter gelegenheid van de 80^e verjaardag van prof.mr. W.J. Slagter, aangeboden op 28 augustus 2003), Deventer: Kluwer 2003.
 - B. Wessels en G-J. Vossestein (red.), *Kaderpocket Effectenrecht 2003/2004*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003.
 - B. Wessels en G-J. Vossestein (red.), *Kaderpocket Ondernemingsrecht 2003/2004*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003.✶