

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85687>

Please be advised that this information was generated on 2020-10-01 and may be subject to change.

ONDERNEMINGSRECHT

AAK20106397

Mr. C.D.J. Bulten (Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen)

Periode 1 oktober – 31 december 2009

Regelgeving

Met diverse wetsvoorstellen gaat boek 2 BW (Rechtspersonen) in de nabije toekomst stevig op de schop. Ook de regels voor personenvennootschappen (maatschap en vennootschap onder firma) liggen klaar om gewijzigd te worden. In december heeft de Tweede Kamer maar liefst vijf wetsvoorstellen aangenomen. Het aantal amendementen wat al dan niet te elfder ure werd ingediend, was aanzienlijk. Voor een mooie bespreking van de aangenomen amendementen verwijs ik naar het artikel van P.J. Dortmund, M.J. Kroeze en R.G.J. Nowak in *Ondernemingsrecht* 2010/1. Ik volsta thans met het vermelden van enkele opvallende wijzigingen.

Wetsvoorstel bestuur en toezicht (Kamerstukken 31 763)

Het wetsvoorstel is aangenomen op 8 december 2009, zie *Gewijzigd voorstel van wet nr. A*. Interessant is amendement nr. 10 waarin de regel is opgenomen dat de verhouding tussen een bestuurder en een beursgenoteerde NV niet als arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt. De bestuurder van een beursvennootschap kan op grond van artikel 132 lid 3 (nieuw) dus niet tevens werknemer zijn, bestuurders van gewone NV's en van BV's kunnen dat wél. Een ander noemenswaardige wijziging is artikel 166/276 (nieuw). Voor grote vennootschappen geldt straks dat minimaal 30% van de bestuurders en commissarissen een vrouw moet zijn. Of een vennootschap groot is, valt te becijferen met de criteria van artikel 2:397 BW. Voldoet de NV of BV niet aan het 'streefcijfer van 30%', dan is uitleg in het jaarverslag verschuldigd. Een harde sanctie is er overigens niet.

Wetsvoorstel Flex-BV (Kamerstukken 31 058)

Het wetsvoorstel is aangenomen op 15 december 2009, zie *Gewijzigd voorstel van wet nr. A*. Met amendement nr. 15 is weer duidelijk in de wet opgenomen hoe het zit met de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor schulden van de Flex-BV indien er een onverantwoorde uitkering aan de aandeelhouders wordt gedaan. In artikel 216 lid 2 (nieuw) staat dat een uitkeringsbesluit geen gevolg heeft, zolang het bestuur geen goedkeuring verleent. Indien de bestuurder deze goedkeuring geeft, terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap niet langer aan haar opeisbare schulden zou kunnen voldoen, dan is de bestuurder hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Met andere woorden: zit er geld in de BV en gaat dat naar de aandeelhouders in plaats van de schuldeisers, dan draait de bestuurder die hier geen stokje voor stak, er in privé voor op. De aandeelhouder die de uitkering ontvangt is overigens ook verplicht het tekort van de vennootschap aan te zuiveren.

Curieus is amendement nr. 24 over artikel 129 lid 7 (nieuw). Het gaat niet over de Flex-BV, maar over bestuurders van beursgenoteerde NV's en hun aandelenbezit. De aandelen en opties van deze bestuurders worden 'bevroren' indien een openbaar bod op de beursvennootschap is gedaan of zich een artikel 2:107a BW-situatie voordoet. Het is de bedoeling dat de bestuurders zich in dergelijke fusie- en overnamesituaties niet laten leiden door de waardeinstijging van hun eigen aandelenpakketten en de groei van hun eigen vermogen. Het belang van de NV moet te allen tijde voorop blijven staan. Ondanks bezwaren van de minister is het amendement toch aangenomen. Met amendement nr. 27 wordt tot slot gepoogd het aantal commissariaten bij grote rechtspersonen (zie art. 2:397 BW) per persoon te beperken. Ook hier geldt dat het amendement niet alleen ziet op de BV. Bestuurders van NV's, BV's én stichtingen mogen maximaal twee toezichthoudende functies hebben, voor commissarissen en toezichthouders is dit aantal gesteld op vijf. Zie artikel 132a/242a (nieuw) voor bestuurders; artikel 142a/252a (nieuw) voor commissarissen en artikel 297a/297b (nieuw) voor de stichting.

Wetsvoorstel spreekrecht ondernemingsraad (Kamerstukken 31 877)

Het wetsvoorstel is aangenomen op 8 december 2009, zie *Gewijzigd voorstel van wet nr. A*. Het wetsvoorstel voorziet in recht voor de OR van een NV om zijn standpunt kenbaar te maken ten aanzien van bepaalde besluiten. Het gaat om belangrijke bestuursbesluiten in de zin van artikel 2:107a BW, de benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen alsook het bezoldigingsbeleid voor het bestuur, zie de voorgestelde artikel 107a, 134a, 135, 144a en 158.

Wetsvoorstel uitvoeringswet aandeelhoudersrichtlijn (Kamerstukken 31 746)

Het wetsvoorstel is op 8 december 2009 aangenomen, zie *Gewijzigd voorstel van wet nr. A* en behelst de implementatie van de Europese Richtlijn 2007/36/EG. Deze richtlijn beoogt de (grensoverschrijdende) uitoefening van rechten van aandeelhouders van beursgenoteerde vennootschappen te versterken. Het wetsvoorstel ziet dus voornamelijk op aanpassing van de regels voor aandeelhoudersvergaderingen van beursgenoteerde NV's. Met amendement nr. 16 wordt de oproepingstermijn verlengd tot ten minste 42 dagen. Deze lange termijn geldt (helaas) ook voor buitengewone vergaderingen. Indien er spoed geboden is, bijvoorbeeld bij een fusie of overname, kan de NV dus niet meer op korte termijn haar aandeelhouders bij elkaar roepen.

Wetsvoorstel Invoeringswet personenvennootschappen (Kamerstukken 31 065)

Het wetsvoorstel is aangenomen op 15 december 2009, zie *Gewijzigd voorstel van wet nr. A*. De Invoeringswet hangt samen met het wetsvoorstel Personenvennootschappen (titel 7.13), zie *Kamerstukken* 28 746. Dat laatste wetsvoorstel lag al bij de Eerste Kamer. In het wetsvoorstel Invoeringswet worden nog veel inhoudelijke wijzigingen van titel 7.13 voorgesteld. De Eerste Kamer behandelt de twee wetsvoorstellen daarom vanaf nu gezamenlijk.

En dan is er ook nog:

- *Wijziging artikel 2:35 en 2:36 BW*: Voorstel van wet van het lid Van Dam houdende wijziging van Boek 2 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten), *Kamerstukken I*, 30 520, nr. A (gewijzigd voorstel van wet) en B (voorlopig verslag);
- *Corporate governance code*: Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet giraal effectenverkeer en het Burgerlijk Wetboek naar aanleiding van het advies van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code van 30 mei 2007, *Kamerstukken II*, 32 014, nr. 5 (nota van verbetering) en nr. 6 (verslag), zie uitgebreid *Katern 113*;
- *Maatschappelijke onderneming*: Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, *Kamerstukken II*, 32 003, nr. 5 (nota van verbetering) en nr. 6 (verslag), zie uitgebreid *Katern 113*;
- *Afschaffing preventief toezicht*: Wijziging van onder meer Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet documentatie vennootschappen in verband met het vervallen van de verklaring van geen bezwaar en het verbeteren en uitbreiden van de controle op rechtspersonen met het oog op de voorkoming en bestrijding van misbruik van rechtspersonen, *Kamerstukken I*, 31 948, nr. A (Gewijzigd voorstel van wet).

Rechtspraak

Bestuurdersaansprakelijkheid

De bestuurder kan in privé aansprakelijk zijn voor schulden van de NV of BV. Hij pleegt dan een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) jegens de schuldeiser van de vennootschap. Indien de bestuurder namens de vennootschap een transactie sluit, terwijl hij op dat moment al weet dat de vennootschap niet aan de verplichtingen die voortvloeien uit die transactie zal kunnen voldoen, dan kan de wederpartij de schade verhalen op de bestuurder. De Hoge Raad formuleerde hiervoor in 1989 de Beklamel-norm: 'Een bestuurder is persoonlijk aansprakelijk indien hij bij het aangaan van de verplichting wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de schuldeiser ten gevolge van die wanprestatie zou lijden'. Zie HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. Ma. In 2006 heeft de Hoge Raad aangevuld dat de bestuurder 'een voldoende ernstig verwijt' moet kunnen worden gemaakt. Zie HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen). Voor een overzicht verwijst ik naar *Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** (2009), nr. 469.

In juni 2009 was de vraag aan de orde wat nu precies de wetenschap van de bestuurder moet zijn. Hoe wordt het 'wist of behoorde te weten' van de Beklamel-norm ingevuld? De casus was als volgt. Twee BV's, Kloosterbrink en Eurocommerce, beloofden tegenover de bank Fortis dat zij een derde vennootschap financieel zouden ondersteunen. For-

tis leende vervolgens op die voorwaarde geld aan de derde vennootschap. Helaas ging laatstgenoemde toch failliet. Wat bleek nu? Kloosterbrink kon zich helemaal niet houden aan de belofte om de inmiddels failliete derde vennootschap financieel te ondersteunen! Eurocommerce moest tegenover Fortis 'voor alles opdraaien' en betaalde € 1,35 miljoen aan de bank. Eurocommerce liet het er niet bij zitten en sprak Kloosterbrink en Brink (de bestuurder van Kloosterbrink) aan. In cassatie stelde bestuurder Brink dat het voor zijn persoonlijke aansprakelijkheid gaat over zijn eigen kennis over de (financiële) stand van zaken. Hij had blijkbaar niet goed begrepen wat de belofte tegenover Fortis precies inhield. Brink vindt dus dat voor invulling Beklamel-norm de subjectieve wetenschap van de bestuurder geldt. De Hoge Raad wil hier echter niet van weten, zie HR 26 juni 2009, *JOR* 2009/221 m.nt. Borrius. Bij de Beklamel-norm past geen subjectivering van wetenschap. Of, zoals annotator Borrius schrijft: 'Uitgangspunt is wat een redelijk denkend bestuurder wist of behoorde te weten of te begrijpen op het moment van het aangaan van de verplichtingen en niet wat een bestuurder volgens diens eigen (wellicht onnavolgbare) geestestoestand dacht.' Voor de bestuurder die 'wist of behoorde te begrijpen', moet de wetenschap naar objectieve maatstaven beoordeeld worden.

Tegenstrijdig belang

Met twee uitspraken op 9 oktober 2009 heeft de Hoge Raad zich weer uitgesproken over het ingewikkelde leerstuk van tegenstrijdig belang. Zie HR 9 oktober 2009, *JOR* 2009/285 en 286 m.nt. Leijten (De Nie). Artikel 2:146/256 BW bepaalt dat een bestuurder die een tegenstrijdig belang met een NV of BV heeft, de vennootschap in beginsel niet mag vertegenwoordigen. Denk bijvoorbeeld aan de bestuurder die zijn eigen dochter voor de vennootschap laat werken en haar een riant salaris toekent. Er spelen dan twee belangen: de 'trots van een vader indien zijn dochter veel verdient' en 'het belang van de vennootschap om salarissen zo laag mogelijk te houden'. Deze belangen lopen niet parallel en de bestuurder is besmet met een tegenstrijdig belang. De tweede zin van artikel 2:146/256 BW stelt vervolgens dat de aandeelhoudersvergadering (AVA) altijd iemand aan mag wijzen die de vennootschap bij zo'n tegenstrijdig belang vertegenwoordigt. De AVA kan zo een commissaris de bevoegdheid geven de salarisafspraken met de dochter van de bestuurder te maken. De AVA mag ook de besmette bestuurder aanwijzen, indien zij het vertrouwen heeft dat de besmette bestuurder het belang van de vennootschap wel goed zal behartigen. Zo'n aanwijzingsbesluit van de AVA moet uitdrukkelijk zijn, volgt uit het Duplicado-arrest (HR 9 juli 2004, *JOR* 2004/266).

In de thans te bespreken arresten inzake De Nie ligt de vraag voor wat nu precies een uitdrukkelijk aanwijzingsbesluit is. De enig aandeelhouder De Nie had niet uitdrukkelijk het besluit genomen de besmette bestuurder Boot aan te wijzen conform de tweede zin van artikel 2:146/256 BW. De aandeelhouder De Nie had echter wél ingestemd met het sluiten en uitvoeren van een raamovereenkomst. Op grond van deze raamovereenkomst zou bestuurder Boot verdere overeenkomsten sluiten, waarbij Boot zelf (indi-

rect) als wederpartij optrad. Boot zou dus een met een tegenstrijdig belang besmette bestuurder zijn. Was deze instemming van de aandeelhouder nu te kenmerken als een uitdrukkelijk aanwijzingsbesluit van de AVA? Ja, zei de Hoge Raad in r.o. 3.5.3 en 4.3.2. Hij vindt dat onder bijzondere omstandigheden het enkele ontbreken van een formeel aanwijzingsbesluit niet hoeft te leiden tot de conclusie dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de besmette bestuurder ontbreekt. Als onmiskenbaar duidelijk is dat de aandeelhouders de mogelijkheid van het bestaan van een tegenstrijdig belang onder ogen hebben gezien én tevoren ondubbelzinnig hebben ingestemd met het optreden van de besmette bestuurder, dan is sprake van bijzondere omstandigheden. De aandeelhouders hebben de besmette bestuurder dan aangewezen. In deze casus had aandeelhouder De Nie bij zijn uitdrukkelijke instemming voor de raamovereenkomst gezien dat bestuurder Boot vervolgens tegenstrijdige belangen zou krijgen. Omdat aandeelhouder De Nie toch instemde, was sprake van bijzondere omstandigheden en was bestuurder Boot vertegenwoordigingsbevoegd. Aan de tweede zin van artikel 2:146/256 BW werd voldaan. Annotator Leijten vindt overigens dat de Hoge Raad 'om' gaat: was bij Duplicado nog een uitdrukkelijk aanwijzingsbesluit nodig, nu is blijkbaar ondubbelzinnige instemming voldoende.

Hoe dan ook, in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht, zie hiervoor onder wetgeving, vervallen deze ingewikkelde tegenstrijdig belang-regels. Thans is het zo dat een besmette bestuurder de vennootschap niet mag vertegenwoordigen. Doet hij dit toch, dan is vennootschap niet gebonden en de rechtshandeling nietig. Het tegenstrijdig belang heeft dus externe werking. In het wetsvoorstel verdwijnt deze externe werking en de beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. De tegenstrijdig belang-regeling wordt een interne aangelegenheid. De besmette bestuurder mag niet meedoen aan de besluitvorming binnen het bestuur indien hij een tegenstrijdig belang heeft. Is hij besmet en vertegenwoordigt hij toch, dan is en blijft de vennootschap gewoon gebonden. Een aanwijzingsbesluit van de AVA is bij dit alles in de toekomst dus niet langer nodig.

Boeken

- B.F. Assink en D.A.M.H.W. Strik, *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse*, Preadvies Vereniging Handelsrecht 2009;
- H. Koster, *De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 68, Deventer 2009;
- A.L. Mohr, V.A.E.M. Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer 2009.

