

ONDERNEMINGSRECHT

AKA20106452

Mw. mr. A.W. van der Vegt & mr. T. Salemink (Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen)

Periode 1 januari-31 maart 2010

Regelgeving

In het vorige Katern zijn uitvoerig de vijf belangrijke vennootschapsrechtelijke wetsvoorstellen die aanhangig zijn, behandeld. In de tussentijd is weinig veranderd. Het wetgevingsproces heeft grotendeels stil gelegen. Dit heeft alles te maken met de val van het kabinet op 20 februari jl. Hoewel geen van de vijf wetsvoorstellen controversieel is verklaard, is er slechts van het wetsvoorstel bestuur en toezicht (*Kamerstukken* 31 763) een voorlopig verslag (*EK*, nr. B) van de Vaste Commissie van Justitie verschenen. Kennelijk (en wellicht begrijpelijk) hebben de vennootschapsrechtelijke wetsvoorstellen op dit moment niet de prioriteit in Den Haag.

Rechtspraak

Raadgevende stem van de bestuurder

De bestuurders en commissarissen van een NV en een BV hebben op grond van artikel 2:117/227 lid 4 BW een raadgevende stem in de algemene vergadering van aandeelhouders. Dit houdt in dat zij voor de algemene vergadering moeten worden uitgenodigd en in de gelegenheid dienen te worden gesteld om van hun adviesrecht gebruik te maken. De ratio van deze bepaling is dat bestuurders en commissarissen de mogelijkheid moeten hebben de aandeelhouders van hun visie te doen blijken omtrent de besluiten die in de algemene vergadering aan de orde zijn, zodat de aandeelhouders daarmee rekening kunnen houden bij hun stemgedrag.

In 1995 stelde de Hoge Raad dat artikel 2:117/227 lid 4 BW van dwingend recht is, waardoor bestuurders en commissarissen hun recht op het uitoefenen van hun raadgevende stem niet mag worden onthouden. Zelfs niet als op voorhand aannemelijk is welke visie de desbetreffende bestuurders en commissarissen hebben. De Hoge Raad bepaalde dit in een zaak waarin de gewraakte besluiten buiten de algemene vergadering waren genomen, zie artikel 2:128/238 BW. Wanneer de statuten dit bepalen kan de besluitvorming van de aandeelhouders krachtens artikel 2:128/238 BW namelijk buiten vergadering geschieden. De besluitvorming dient dan wel met algemene stemmen van de stemgerechtigde aandeelhouders te geschieden en de stemmen moeten schriftelijk worden uitgebracht. In de visie van de Hoge Raad is artikel 2:117/227 lid 4 BW dan ook van toepassing bij besluitvorming buiten vergadering. Zie HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 595 m.nt. Ma (Janssen Pers).

In december 2009 lag bij de Hoge Raad de vraag voor of de bestuurder van Hay Group Investment Holding BV (HGIH), welke BV deel uitmaakte van de internationale Hay-groep, rechtsgeldig was ontslagen. Schneider, de bestuurder was buiten vergadering in december 2003 door Hay Group Partners Holding BV, de enig aandeelhouder, ontslagen nadat de top van de Hay-groep dat had bepaald. Schneider was van mening dat hij geen gebruik had kunnen maken van zijn raadgevende stem en dat daardoor het ontslagbesluit vernietigbaar was op grond van artikel 2:15 BW. Met een verwijzing naar het Janssen Pers-arrest stelde de Hoge Raad voorop dat artikel 2:227 lid 4 BW in beginsel ook in acht moet worden genomen bij besluitvorming buiten vergadering. Het feit dat de wetgever voornemens is om middels de flexibilisering van het BV-recht in artikel 2:238 BW op te nemen dat bestuurders en commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming buiten vergadering in de gelegenheid moeten worden gesteld hun advies uit te brengen, was volgens de Hoge Raad een argument temeer om hieraan vast te houden. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 2, p. 18 en HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 16; *JOR* 2010/40 m.nt. R.G.J. Nowak. De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat Schneider niet voldoende in de gelegenheid was gesteld om van zijn raadgevende stem gebruik te maken. Ondanks dat volgens de Hoge Raad niet werd vereist dat de enig aandeelhouder de bestuurder hiertoe uitnodigde, was de telefonische mededeling aan Schneider door ene Maurer (aandeelhouder noch lid van enig ander orgaan van HGIH), gedurende de vergadering van de top van de Hay-groep waarin besloten was dat Schneider zou worden ontslagen onvoldoende om te kunnen worden beschouwd als een uitnodiging om in de nog te volgen algemene vergadering van zijn raadgevende stem gebruik te maken. Dit leidde er dan ook toe dat het ontslagbesluit van Schneider niet op rechtsgeldige wijze tot stand was gekomen en werd vernietigd op grond van artikel 2:15 BW.

Vervolgens ging het vernietigingsballetje rollen. Door de werking van artikel 3:53 BW werd aan de vernietiging terugwerkende kracht verleend waardoor Schneider nooit heeft opgehouden bestuurder van HGIH te zijn, met alle gevolgen van dien voor de nadien in deze zaak genomen besluiten. Zo werd het besluit tot schorsing van de overige in dienst zijnde bestuurders van HGIH vernietigd omdat Schneider hierbij geen gebruik had kunnen maken van zijn raadgevende stem, waardoor de bestuurders achteraf bezien nooit geschorst zijn geweest. Als gevolg hiervan werden ook de opeenvolgende besluiten van de enig aandeelhouder van HGIH, waarbij de schorsing van twee bestuurders werd opgeheven en waarbij het ontslagbesluit van Schneider was bevestigd, vernietigd, omdat met betrekking tot die besluiten niet alle bestuurders van hun raadgevende stem gebruik hadden kunnen maken. Dit leidde er tenslotte toe dat het door de twee bestuurders van HGIH – waarvan de schorsing was opgeheven – genomen besluit waardoor de arbeidsovereenkomst met Schneider werd beëindigd nietig was. Dit besluit was namelijk

genomen in strijd met het quorum vereiste van artikel 18 lid 3 van de statuten van HGIH nu op die vergadering niet minimaal de helft van de in functie zijnde bestuurders vertegenwoordigd was.

Annotator Nowak was echter van mening dat het vernietigingsballetje eventueel niet zo ver had hoeven rollen. Zie annotatie R.G.J. Nowak onder HR 22 december 2009, *JOR* 2010/40 onder 5 en 6. Wanneer de toetsing na de constatering van de vernietigbaarheid van het ontslagbesluit zich had geconcentreerd op de vraag of door het in deze zaak genomen bevestigingsbesluit ex artikel 2:15 lid 6 BW, het totstandkomingsgebrek van het ontslagbesluit werd geheeld, was in deze zaak op dat punt waarschijnlijk het vernietigingsballetje gestopt. Krachtens artikel 2:15 lid 6 BW is het namelijk mogelijk dat een besluit dat vernietigbaar is op grond van een totstandkomingsgebrek als bedoeld in artikel 2:15 lid 1 sub a BW, zoals in deze zaak de schending van artikel 2:227 lid 4 BW, wordt bevestigd door het orgaan dat het vernietigbare besluit heeft genomen met inachtneming van dezelfde vereisten als voor het aantastbare besluit golden. De bevestiging werkt echter niet zolang een tevoren ingestelde vordering tot vernietiging ahangig is. Aangezien in deze zaak het bevestigingsbesluit was genomen door de enig aandeelhouder, waarbij Schneider in de gelegenheid was gesteld om van zijn raadgevende stem gebruik te maken en voordat de vordering tot vernietiging van het ontslagbesluit was ingesteld, leidde dit er volgens de annotator toe dat het ontslagbesluit met terugwerkende kracht onaantastbaar was geworden. Gevolg hiervan zou zijn geweest dat het vernietigingsballetje de overige besluiten niet als een kaartenhuis in elkaar had doen vallen.

Geen algemeen beginsel ter bescherming minderheidsaandeelhouders

Ons gemeenschapsrecht wordt beheerst door geschreven en ongeschreven recht. Onder het geschreven recht verstaan wij verdragen, richtlijnen, wetten, en andere op schrift gestelde regelgeving. Onderdeel van het ongeschreven recht zijn de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Wat zijn nu precies deze algemene beginselen? In de rechtsliteratuur bestaat geen eenduidig antwoord op die vraag. Veelal is een beginsel een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht als het als zodanig wordt erkend door het Hof van Justitie EG (hierna: het Hof). In de loop der jaren is een aantal belangrijke algemene beginselen door het Hof erkend. Denk bijvoorbeeld aan het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van behoorlijk bestuur, het *ne bis in idem*-beginsel, het beginsel van hoor en wederhoor of het algemene rechtsbeginsel *pacta sunt servanda*. Het tegenovergestelde, ofwel de 'niet-erkenning' kan ook. In de recente zaak *Audiolux* heeft het Hof namelijk beslist dat er geen algemeen beginsel van gemeenschapsrecht bestaat ter bescherming van minderheidsaandeelhouders. Zie HvJ EG 15 oktober 2009 zaak C-101/08; *NJ* 2010, 81 m.nt. Mok; *JOR* 2010/55 m.nt. Vossestein; *Ondernemingsrecht* 2009, p. 759-764 m.nt. Schutte-Veenstra (*Audiolux*).

De casus is als volgt. Bertelsmann bezit, via een 80%-dochter, 37% van de aandelen in RTL Group, een Luxemburgse vennootschap (hierna: RTL). Twee andere grootaandeelhouders in RTL zijn GBL (30%) en Pearson (22%). De overige 11% is in handen van het publiek, waartoe ook Audiolux behoort. Op een gegeven moment dragen de twee grootaandeelhouders GBL en Pearson hun aandelen over aan Bertelsmann, die daardoor een belang van 89% in RTL krijgt. De minderheidsaandeelhouder Audiolux ziet zo'n grote meerderheidsaandeelhouder niet zitten en eist vervolgens dat ook haar aandelen, tegen dezelfde voorwaarden, door Bertelsmann worden overgenomen. Audiolux wil dus 'uitgekocht' worden. Het Luxemburgse recht kent niet een zodanige regel of rechtsbeginsel die de minderheid beschermt en Bertelsmann verplicht de aandelen over te nemen. De rechter wijst de vordering dus af. De Luxemburgse rechter legt vervolgens het Europese Hof de vraag voor of er wel een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht ter bescherming van minderheidsaandeelhouders bestaat, op grond waarvan Bertelsmann verplicht zou zijn de aandelen van Audiolux over te nemen. De Luxemburgse rechter vraagt zich daarbij af of een dergelijk beginsel kan worden afgeleid uit diverse concrete bepalingen met betrekking tot gelijkheid van aandeelhouders en bescherming van minderheidsaandeelhouders.

Het Hof beslist uiteindelijk dat er niet een zodanig algemeen beginsel bestaat. Allereerst zegt het Hof dat het enkele feit dat het gemeenschapsrecht bepalingen bevat omtrent bescherming van minderheidsaandeelhouders, op zichzelf niet voldoende is om het bestaan van een algemeen beginsel vast te stellen. De bepalingen waar de Luxemburgse rechter op doelt, zijn slechts van toepassing voor specifieke vennootschapsrechtelijke situaties. Deze bepalingen missen het algemene overkoepelende karakter dat algemene beginselen naar hun aard bezitten. Hieruit kan dus geen algemeen beginsel van gemeenschapsrecht worden afgeleid. Nu er geen algemeen beginsel kan worden afgeleid, onderzoekt het Hof vervolgens of er een autonoom (zelfstandig) algemeen beginsel bestaat. Hiervan zegt het Hof dat het beginsel, wat Audiolux voor ogen heeft, zo specifiek is dat de rechtszekerheid gebiedt hiervoor een regeling te maken. Anders gezegd, het beginsel vereist dat de wetgever, na zorgvuldige belangenafweging, een wettelijke regeling maakt. Zoals gezegd heeft een algemeen beginsel een overkoepelend karakter en kan het door Audiolux voorgestane beginsel niet als autonoom algemeen beginsel van gemeenschapsrecht worden beschouwd.

Er bestaat dus geen algemeen beginsel van bescherming van minderheidsaandeelhouders dat meerderheidsaandeelhouders onder omstandigheden verplicht de aandelen van de minderheid over te nemen. Let wel, het gaat hier om een algemeen beginsel! In specifieke gevallen kan de meerderheidsaandeelhouder wel verplicht zijn om de aandelen van de minderheid over te nemen. Voorbeelden daarvan in het Nederlandse recht zijn het verplicht bod (art. 5:70 Wft) of het verkooprecht (art. 2:359c BW).

Literatuur

- B.F. Assink, *De januskop van het ondernemingsrecht* (oratie), Deventer 2010;
- C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag 2010;
- C.M. Grundmann-van de Krol en C.W.M. Lieverse, *Wetgeving toezicht financiële markten*, Deventer 2010;
- K.M. van Hassel e.a. (red.), *Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof.mr. J.H.M. Willems*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 102, Deventer 2010;
- B. Snijders-Kuipers, *Omzetting als rechtsvormwijziging*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 70, Deventer 2010;
- F. Veenstra, *Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 69, Deventer 2010;
- J.B. Wezeman (red.), *Bestuur en Toezicht. Verslag van een congres, gehouden op 14 en 15 november 2008 georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 67, Deventer 2009.