

KRONIEK

VENNOOTSCHAPSRECHT

Deze Kroniek beslaat de periode april 2018 tot en met begin april 2019. Zoals u inmiddels van ons gewend bent, zullen wij eerst aandacht besteden aan relevante ontwikkelingen op het gebied van wetgeving, waaronder de richtlijn aandeelhoudersbetrokkenheid, de aanpassingen aan het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, de Wet omzetting aandelen aan toonder en wetgevingsinitiatieven gericht op bescherming van vennootschappen tegen ongewenste overnames. Vervolgens zullen wij ingaan op diverse arresten van de Hoge Raad over bestuurdersaansprakelijkheid, afgeleide schade en executie van een pandrecht op aandelen. Tot slot behandelen we de voortgangsbrief van Minister Dekker voor Rechtsbescherming waarin hij eind vorig jaar zijn beleidsvoornemens voor de modernisering van het ondernemingsrecht presenteerde. Een van die voornemens is al verwezenlijkt: onlangs is een consultatiewetsvoorstel gepubliceerd met een nieuwe regeling voor personenvennootschappen.

DOOR / BAS VISÉE EN RIK ANALBERS

RICHTLIJN AANDEELHOUDERS- BETROKKENHEID

Vorig jaar bespraken wij in deze Kroniek¹ al het voorontwerp van de Wet ter implementatie van de Europese richtlijn langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders² waarover een internetconsultatie was gehouden. Inmiddels heeft het consultatiewetsvoorstel geleid tot een definitief wetsvoorstel³ dat op 2 april 2019 is aangenomen door de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel stemt in hoofdlijnen overeen met hetgeen wij vorig jaar schreven over het voorontwerp. Wel verschilt het wetsvoorstel enigszins van het voorontwerp ten aanzien van materiële transacties met verbonden partijen. Nieuw is artikel 2:168 Burgerlijk Wetboek (BW), waarin is bepaald dat de raad van commissarissen (of de *one-tier board*) een interne procedure vaststelt om periodiek te beoordelen of dit soort transacties in het kader van de normale bedrijfsvoering

onder normale marktvoorwaarden is aangegaan. De vorm van de intern vastgestelde procedure wordt in beginsel aan de vennootschap gelaten. Daarbij kan worden gedacht aan de mogelijkheid dat transacties met verbonden partijen worden gemeld aan de raad van commissarissen waarna die periodiek beoordeelt of de gemelde transacties zijn aangegaan onder normale marktvoorwaarden. Dit sluit aan bij de *best practice* bepaling 2.7.3 van de Code waarin is bepaald dat een potentieel tegenstrijdig belang van een bestuurder wordt gemeld aan de raad van commissarissen, die beoordeelt of sprake is van een tegenstrijdig belang.⁴

Volgens het voorgestelde artikel 2:135a BW dienen beursvennootschappen minstens elke vier jaar het bezoldigingsbeleid te laten vaststellen door de algemene vergadering. Dankzij een amendement van de VVD en GroenLinks⁵ is voor een besluit tot vaststelling van het bezoldigingsbeleid van een beurs-

vennootschap een meerderheid van minstens drie vierde van de uitgebrachte stemmen vereist, tenzij in de statuten een lagere meerderheid is voorgeschreven.

De Tweede Kamer nam ook een amendement van D66 en Christen-Unie aan waarin is vastgelegd dat geen voorstel over het bezoldigingsbeleid mag worden voorgelegd aan de algemene vergadering zonder dat de ondernemingsraad (or) daarover advies heeft uitgebracht. Indien het advies van de or niet of niet geheel wordt gevolgd door de raad van commissarissen, wordt tevens een schriftelijke onderbouwing voor het afwijken van het advies aangeboden aan de algemene vergadering. De voorzitter van de or kan het advies van de or in de algemene vergadering toelichten. Het amendement gaat net iets verder dan de huidige regeling voor alle nv's in artikel 2:135 BW. Net als de huidige geldt de voorgestelde regeling niet voor de or van een dochtermaatschappij als

Bas Visée en **Rik Analbers** zijn advocaat bij Rutgers & Posch in Amsterdam.

de meerderheid van de werknemers van de groep buiten Nederland werkzaam is.

Zoals wij vorig jaar schreven heeft de algemene vergadering het recht om een adviserende stemming te houden over het bezoldigingsverslag voor het recentste boekjaar. Artikel 2:135b BW bevatte een uitzondering voor kleine en middelgrote beursvennootschappen. Deze uitzondering is vervallen dankzij een amendement van de VVD en D66.⁶

De Europese richtlijn moet op 10 juni 2019 zijn omgezet in Nederlands recht. Verwacht mag daarom worden dat het wetsvoorstel met spoed zal worden behandeld door de Eerste Kamer en dat het later dit jaar in werking zal treden.

BESTUUR EN TOEZICHT RECHTSPERSONEN

Twee jaar geleden was er in deze Kroniek⁷ aandacht voor het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen. Inmiddels heeft de Minister voor Rechtsbescherming het wetsvoorstel fundamenteel gewijzigd.⁸ Het voorstel was en is met name gericht op verbetering van de wettelijke regeling voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting. Het oorspronkelijke idee van de wetgever was om dit te realiseren door de regels voor de nv en de bv te verplaatsen naar titel 1 van Boek 2 BW waarin algemene bepalingen omtrent rechtspersonen zijn opgenomen. Deze oorspronkelijke gedachte is nu verlaten. In titel 1 verandert helemaal niets meer. De veranderingen in de voorschriften voor de nv en de bv zijn beperkt. De aanpassing van de regels voor de overige rechtspersonen valt buiten het bestek van deze Kroniek. Het wetsvoorstel brengt op een drietal punten wijziging in het vennootschapsrecht. Ten eerste zijn de artikelen 2:134/244 lid 4 BW aangescherpt: volgens deze bepalingen zijn nv's en bv's verplicht om een statutaire voorziening te treffen voor gevallen van ontstentenis of belet van bestuurders. Hetzelfde geldt voor

artikel 2:252 lid 4 BW: dat gaat over ontstentenis of belet van commissarissen van een bv. Het wetsvoorstel verplicht nu ook nv's om een statutaire belet- en ontstentenisregeling op te nemen voor de situatie waarin alle commissarissen ontbreken: zie het voorgestelde artikel 2:142 lid 4 BW. Ten tweede zijn de regels voor aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen in geval van faillissement enigszins gewijzigd. Aan het zesde lid van de artikelen 2:138/248 BW is toegevoegd dat de bestuurder niet bevoegd is tot verrekening van zijn schuld met een vordering op de vennootschap. Het gaat hier om de codificatie van een reeds geldende rechtsregel.⁹ Aan het zevende lid van de artikelen 2:138/248 BW wordt toegevoegd dat de curator de vordering niet kan instellen tegen een door de Ondernemingskamer aangestelde bestuurder. Beide regels zijn in de artikelen 2:149/259 BW van overeenkomstige toepassing verklaard ten aanzien van commissarissen. Ten derde wordt verduidelijkt dat bij een nv of bv met een *one-tier board* die onder het verzwakt structuurregime valt de bevoegdheid tot benoeming van de uitvoerende bestuurders berust bij de algemene vergadering.¹⁰

WET OMZETTING AANDELEN AAN TOONDER

Na een pijlsnelle parlementaire behandeling van het wetsvoorstel verscheen onlangs in het *Staatsblad* de Wet omzetting aandelen aan toonder.¹¹ De wet zal later dit jaar in werking treden en maakt de identificatie van alle houders van aandelen aan toonder mogelijk. Fysieke toonderstukken die aandeelhouders zelf bewaren worden afgeschaft, onder meer ter bestrijding van belastingontduiking. In de toekomst kunnen aandelen aan toonder slechts worden uitgegeven in de vorm van een verzamelbewijs dat in bewaring wordt gegeven in het systeem van de Wet giraal effectenverkeer. Aandelen aan toonder zullen voor 1 januari 2020 in het girale systeem ondergebracht moeten worden. Toonderaandelen

die dan nog niet in het girale systeem zijn opgenomen, worden per die datum van rechtswege omgezet in aandelen op naam. Houders van toonderstukken moeten hun aandeelbewijzen uiterlijk 31 december 2020 inleveren bij de vennootschap. Doen zij dit niet, dan verkrijgt de vennootschap die aandelen van rechtswege op 1 januari 2021. Na die datum hebben houders van toonderaandelen nog vijf jaar de tijd om zich alsnog bij de vennootschap te melden en een vervangend aandeel voor hun aandeelbewijzen te ontvangen. De nieuwe regeling die wordt opgenomen in artikel 2:82 BW leidt ertoe dat houders van toonderaandelen uit de anonimiteit dienen te treden. Certificaten aan toonder bieden geen oplossing. Het nieuwe artikel 2:92b BW verbiedt de uitgifte daarvan.

BESCHERMING

In de vorige Kroniek schreven wij over de bescherming van vennootschappen tegen ongewenste overnames.¹² Het toen genoemde voorontwerp voor de Wet voorkoming ongewenste zeggenschap telecommunicatie heeft inmiddels, ondanks een uitgesproken negatief advies van de Raad van State, geleid tot een definitief wetsvoorstel dat onlangs is ingediend bij de Tweede Kamer.¹³ Volgens de Raad van State is het wetsvoorstel niet effectief omdat het zich richt op zeggenschap in een telecommunicatiepartij en het voorstel niet voorziet in maatregelen die de infrastructuur en diensten van de telecommunicatiesector zelf kunnen beschermen. Ook op andere punten is er veel kritiek op het wetsvoorstel: door zijn ruime bewoordingen is onduidelijk wanneer een overname in de telecomsector gemeld moet worden bij de minister van Economische Zaken en wanneer die bevoegd is zo'n overname te verbieden.

Zoals aangekondigd in de Kroniek van vorig jaar is in december 2018 een voorontwerp van de wet tot het inroepen van een bedenktijd door het bestuur ter consultatie aangeboden.¹⁴ In het conceptwetsvoorstel wordt ook

de taakomschrijving van het bestuur van een nv aangepast. Het huidige artikel 2:129 lid 1 BW bepaalt dat, behoudens beperkingen in de statuten, het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap. Voorgesteld wordt om daaraan toe te voegen dat daaronder wordt begrepen dat het bestuur het beleid en de strategie van de vennootschap bepaalt. Daarmee wordt beoogd de jurisprudentie van de Hoge Raad te codificeren.¹⁵ Hoewel de uitspraken waarnaar de memorie van toelichting bij het voorontwerp verwijst gaan over nv's, zijn de door de Hoge Raad gebezigde bewoordingen algemeen van aard. Het is daarom de vraag waarom niet ook de wettelijke taakomschrijving voor het bestuur van een bv wordt aangepast.

Het eigenlijke onderwerp van het voorontwerp van wet is het voorgestelde nieuwe artikel 2:114b BW op grond waarvan het bestuur van een beursgenoteerde nv een bedenktijd van maximaal 250 dagen kan inroepen. Dat kan in twee gevallen. Ten eerste kan dat bij een vijandig overnamebod. Ten tweede is dat mogelijk als een of meer aandeelhouders een verzoek indienen voor een algemene vergadering waarin zij een zittende bestuurder of commissaris willen schorsen of ontslaan, dan wel een 'eigen' bestuurder of commissaris willen benoemen. Dat laatste is in wezen een codificatie van de responstijd uit de Corporate Governance Code, maar dan zeventig dagen langer.

Gedurende de bedenktijd kan de algemene vergadering niet besluiten over benoeming, schorsing of ontslag van bestuurders of commissarissen, tenzij op voorstel van de vennootschap. Deze onderwerpen kunnen wel als bespreekpunt op de agenda worden geplaatst, maar de aandeelhouders kunnen geen besluit nemen. Het bestuur moet zijn besluit tot het inroepen van de bedenktijd goed motiveren en ter goedkeuring voorleggen aan de raad van commissarissen. De bedenktijd is bedoeld om het bestuur meer tijd en rust te gunnen voor overleg met de commissarissen en de stakeholders en voor de inventarisatie en weging van belangen van de onderneming en de daarbij betrokkenen. Het bestuur kan te allen tijde besluiten de bedenktijd eerder te beëindigen. Ook daarvoor is goedkeuring van de raad van commissarissen vereist.

De bedenktijd eindigt in elk geval de dag na de gestanddoening van een openbaar bod. Dat is zeer opmerkelijk omdat de nieuwe regeling nu

juist wil beschermen tegen vijandige overnamebiedingen. Echter, de Nederlandse wetgever is bij de vormgeving van de wettelijke bedenktijd beperkt door het Europeesrechtelijk kader van vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging en de Richtlijn aandeelhoudersrechten en de Richtlijn openbaar overnamebod.¹⁶ Met name de laatste richtlijn die een *level playing field* beoogt te scheppen voor openbare overnamebiedingen binnen de EU beperkt de manoeuvreerruimte voor de Nederlandse regering.

De bedenktijd kan ook worden beëindigd door de Ondernemingskamer, op verzoek van aandeelhouders met een belang van minstens drie procent. Het verzoek wordt toegewezen als het bestuur bij het inroepen van de bedenktijd niet in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat er sprake was van wezenlijke strijd met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Deze nieuwe rechtsingang voegt ons

Kijk nou, hier staat ie!
De wet voorkoming ongewenste zeggenschap
bedenktijd bestuur. Razendsnel tot
stand gekomen. Wij zijn a-pe-trots!



inziens weinig toe, want de enquête-procedure is veel flexibeler. Niet voor niets wordt in de huidige praktijk bij een vijandige overname of aandeelhoudersactivisme altijd een enquête-procedure gestart.

Het idee van het kabinet was om te voorkomen dat Nederlandse beursvennootschappen op een spreekwoordelijke achternamiddag kunnen worden overgenomen. Daarvoor kent het Nederlandse recht al een groot arsenaal aan mogelijke beschermingsmaatregelen, strenge biedingsregels en goede toegang tot de Ondernemingskamer. Het voorontwerp van wet lijkt in dit licht overbodig.

In de laatste Kroniek bespraken wij kort de conclusie van A-G Timmerman in de zaak-Boskalis-Fugro over het agenderingsrecht van artikel 2:114a BW. Inmiddels heeft de Hoge Raad arrest gewezen en heeft daarbij de conclusie gevolgd (ECLI:NL:HR:2018:652). Volgens de Hoge Raad is het bepalen van het beleid en de strategie van een vennootschap en de met haar verbonden onderneming in beginsel een aangelegenheid van het bestuur en is het bestuur niet verplicht de algemene vergadering daaromtrent te consulteren. Daarom kunnen de agenderingsgerechtigde aandeelhouders de vennootschap niet ertoe verplichten een onderwerp dat een aangelegenheid van het bestuur is ter stemming op te nemen in de agenda van de algemene vergadering. Daarbij doet niet ter zake dat die stemming geen rechtsgevolg heeft en wordt betiteld als een informele stemming, een aanbeveling, een motie of een peiling. Volgens de Hoge Raad dwingt de richtlijn aandeelhoudersrechten niet tot een andere conclusie.

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID EN ONBEKENDHEID RECHTSREGEL

In de Kroniek vennootschapsrecht 2015-2016 besteedden wij aandacht aan het arrest-ING/Deuzeman.¹⁷ In dit arrest maakte de Hoge Raad duidelijk dat – hoewel iedereen wordt geacht

de wet te kennen – onbekendheid met een wettelijke regeling onder omstandigheden wel aan de weg kan staan van persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder.

De regel uit het ING/Deuzeman-arrest is ook aan de orde in het arrest van de Hoge Raad van 15 februari 2019 (ECLI:NL:HR:2019:236). In de laatstgenoemde uitspraak ging het om bestuurders van een holdingvennootschap die werden aangesproken door een schuldeiser van die vennootschap voor het niet-nakomen van een huurgarantie. De huurders waren failliet gegaan en de curator had de huurovereenkomst op basis van artikel 39 Faillissementswet (Fw) opgezegd. De holdingvennootschap had de huur voor de opzegtermijn voldaan, maar was op basis van het arrest-Aukema q.q./Uni-Invest¹⁸ uit 2011 van mening dat over de periode vanaf de datum waartegen was opgezegd tot aan de overeengekomen einddatum van de huurovereenkomst geen verplichting onder de huurgarantie bestond. In een eerder arrest tussen partijen van 15 november 2013 oordeelde de Hoge Raad dat het standpunt van de holdingvennootschap onjuist was.¹⁹ Als de verhuurder vervolgens de holdingvennootschap alsnog aanspreekt voor het restant van de gederfde huur en daartoe een vonnis heeft verkregen, geeft de holdingvennootschap aan dat zij niet in staat is die vordering te voldoen. De verhuurder zoekt vervolgens verhaal bij de bestuurders van de holdingvennootschap. Volgens de verhuurder hebben de bestuurders 1) de huurgarantie afgegeven terwijl zij wisten of moesten weten dat de holdingvennootschap de daaruit voortvloeiende verplichtingen niet na zou kunnen komen (schending van de zogenoemde Beklamel-norm)²⁰ of 2) bewerkstelligd of toegelaten dat de holdingvennootschap haar verplichtingen uit hoofde van de huurgarantie niet zou kunnen nakomen (verhaalsfrustratie zoals bedoeld in het arrest-Ontvanger/Roelofsen).²¹ Hoewel de formulering niet geheel duidelijk is, lijkt het erop dat de recht-

bank heeft geoordeeld dat de holdingvennootschap tot het arrest van 15 november 2013 geen rekening hoefde te houden met het bestaan van een nadere vordering van de verhuurder uit hoofde van de huurgarantie. Dat de holdingvennootschap die vordering niet zou kunnen nakomen, was daarom niet voorzienbaar en kan dan ook niet tot aansprakelijkheid van de bestuurders leiden. Aan het beroep op verhaalsfrustratie wordt door zowel de rechtbank als het gerechtshof echter geen separate aandacht besteed. Dit is reden voor de verhuurder om cassatie in te stellen bij de Hoge Raad en deze vernietigt het arrest van het gerechtshof. De Hoge Raad maakt daarbij duidelijk dat bij een geval van verhaalsfrustratie (anders dan bij schending van de Beklamel-norm) niet uitsluitend gekeken moet worden naar de bekendheid van bestuurders van de vennootschap ten tijde van het aangaan van de transactie die de vennootschap later niet kon nakomen. Het gerechtshof had daarom het beroep van de verhuurder op verhaalsfrustratie niet af kunnen doen op de onbekendheid bij de bestuurders van de holdingvennootschap tot aan de datum van het arrest van 15 november 2013. De verhuurder had ook gesteld dat zich na die datum gedragingen en omstandigheden hadden voorgedaan waaruit geconcludeerd kon worden dat de bestuurders hebben bewerkstelligd dat de holdingvennootschap geen verhaal bood voor de verplichtingen ten opzichte van de verhuurder. Het is nu aan het Gerechtshof Den Haag om te oordelen of dat inderdaad tot aansprakelijkheid van de bestuurders van de holdingvennootschap kan leiden.

EXECUTIE PANDRECHT OP AANDELEN EN STATUTAIRE BLOKKERINGSREGELING

Een houder van een pandrecht op aandelen in een bv die gebruik wil maken van zijn recht van parate executie is daarbij op basis van artikel 2:198 lid 6 BW in beginsel²² gebonden aan de statutaire blokkeringsrege-

ling. Als in de statuten een aanbiedingsregeling is opgenomen, zal de executerende pandhouder daarom eerst de aandelen die hij executoriaal wil verkopen aan de andere aandeelhouder(s) moeten aanbieden als deze er zijn. De prijs van de aandelen dient daarbij ook vastgesteld te worden conform de statutaire bepalingen. Het was lange tijd onduidelijk of voor een verkoop door de executerende pandhouder conform de aanbiedingsregeling verlot van de voorzieningenrechter op basis van artikel 3:251 BW vereist was. Aan de hand van lagere rechtspraak, waaronder een beschikking van de Ondernemingskamer, kon geconcludeerd worden dat dit niet het geval was.²³ In een arrest van 22 juni 2018 (ECLI:NL:HR:2018:972, *JOR* 2018/310 m.nt. Hutten) heeft de Hoge Raad, contrair aan de A-G, geoordeeld dat een dergelijk verlot wel vereist is. Volgens de Hoge Raad dienen (ook) bij de executie van een pandrecht op aandelen de belangen van de pandgever en de overige schuldeisers zo veel mogelijk te zijn gewaarborgd. Het hangt van de inhoud van de statutaire blokkeringsregeling af in hoeverre dergelijke belangen daadwerkelijk zijn gewaarborgd. Of daarvan in voldoende mate sprake is, dient volgens de Hoge Raad (steeds) bepaald te worden door de rechter en niet door de belanghebbenden. Het arrest van de Hoge Raad laat echter onverlet dat het verlot van de rechter niet vereist is op het moment dat de pandgever en de pandhouder zelf overeenkomstig het tweede lid van artikel 3:251 BW afspreken dat de aandelen via de statutaire aanbiedingsregeling zullen worden verkocht (als dat mogelijk is).

AFGELEIDE SCHADE

In zowel september als oktober 2018 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen rondom het leerstuk van de afgeleide schade. Afgeleide schade is schade die de aandeelhouder lijdt in de vorm van een vermindering van de waarde van zijn aandelen als gevolg van schade die is toegebracht aan de

vennootschap waarin de aandelen gehouden worden.²⁴ Op basis van eerdere arresten van de Hoge Raad werd geconcludeerd dat de aandeelhouder de afgeleide schade slechts op de veroorzaker kan verhalen als deze ten opzichte van de aandeelhouder een specifiek geldende zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden.²⁵ Om te kunnen beoordelen of van schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm sprake is geweest, moeten bijkomende omstandigheden worden gesteld, zoals opzet om de aandeelhouder te benadelen. In het arrest van 28 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1811, *Ondernemingsrecht* 2019/30 m.nt. B. Kemp, *Licorne*) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een koper van aandelen rechtstreekse schade heeft geleden als de gekochte aandelen minder waard blijken te zijn omdat de verkoper met de koper afgesproken garanties heeft geschonden. Er is in dat geval geen sprake van afgeleide schade omdat door het schenden van de garanties geen schade is toegebracht aan de vennootschap. Dit laatste had het Gerechtshof Den Haag miskend en daarom is het arrest terecht door de Hoge Raad vernietigd. Het enkele feit dat schade bestaat uit een waardevermindering van aandelen betekent dus nog niet dat er ook sprake is van afgeleide schade. Gecomplieerder is de casus die ten grondslag lag aan het arrest van de Hoge Raad van 12 oktober 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1899, *JOR* 2019, 30 m.nt. De Bie Leuveling Tjeenk, *Potplantkwekerij*). Door de Raad van State waren enkele bestuursrechtelijke besluiten van de gemeente Gilze en Rijen vernietigd die ten nadele van een holdingvennootschap waren genomen. Daarmee was het onrechtmatige handelen van de gemeente vast komen te staan. De holdingvennootschap oefende haar ondernemingsactiviteiten echter uit via een dochtervennootschap, die niet was betrokken in de bestuursrechtelijke procedures. De besluiten van de gemeente hadden ten opzich-

te van de dochtervennootschap dus formele rechtskracht gekregen. Niet in geschil was dat de schade voor de holdingmaatschappij uitsluitend bestond uit waardevermindering van de aandelen in en/of verminderde dividenduitkeringen vanuit de dochtervennootschap omdat deze door de vernietigde besluiten van de gemeente in haar bedrijfsuitoefening was beperkt.

In eerste aanleg oordeelt de rechtbank dat de holdingvennootschap wel aanspraak kan maken op vergoeding van haar schade die bestaat uit een waardevermindering van haar aandelen. Dat sprake was van waardevermindering was volgens de rechtbank niet duidelijk. Ook het Gerechtshof 's-Hertogenbosch is van mening dat de vorderingen afgewezen moeten worden, maar geeft daaraan geen duidelijke juridische duiding, waarna de holdingvennootschap in cassatie gaat.

Omdat er geen sprake was van een onrechtmatige daad van de gemeente ten opzichte van de dochtervennootschap maar uitsluitend jegens de holdingvennootschap, vinden volgens de Hoge Raad de regels rondom afgeleide schade zoals geformuleerd in het Poot/ABP-arrest geen toepassing en vormen zij evenmin een argument om aan de holdingvennootschap vergoeding van haar schade te ontzeggen. Het voorgaande roept de vraag op of in dit arrest wel sprake was van afgeleide schade. Wij menen dat dit niet het geval is omdat de schade eruit bestaat dat de holdingvennootschap niet via haar dochtermaatschappijen bepaalde activiteiten heeft kunnen ontplooiën als gevolg van de vernietigde besluiten van de gemeente. Die besluiten zijn uitsluitend een onrechtmatige daad van de gemeente jegens de holdingvennootschap.

Ten overvloede staan we nog stil bij een opvallend oordeel in het arrest van het gerechtshof dat voor de Hoge Raad tevens reden was dit arrest te vernietigen. Volgens het gerechtshof kon de schade van de

holdingvennootschap bestaande uit de waardevermindering van de aandelen in de dochtervennootschap niet worden vastgesteld omdat de holdingvennootschap die aandelen niet verkocht had. De Hoge Raad geeft terecht aan dat dit oordeel onbegrijpelijk is.

AANSPRAKELIJKHEID BIJ ONTERECHE FAILLISEMENTSAAHVRAAG

Tenzij de statuten van een vennootschap anders bepalen, is op basis van de artikelen 2:136/246 BW het bestuur niet bevoegd aangifte tot faillietverklaring te doen zonder opdracht daartoe van de algemene vergadering van aandeelhouders. Het bestuur kan zich echter genoodzaakt voelen om het faillissement aan te vragen om het risico op persoonlijke aansprakelijkheid te beperken. Dat risico is aanwezig als de vennootschap nog verplichtingen aangaat waarvan het bestuur weet of behoort te weten dat de vennootschap deze niet zal kunnen nakomen.²⁶ Bij gebrek aan een opdracht van de algemene vergadering kan het bestuur echter overgaan tot het aanvragen van surseance van betaling. Vraagt het bestuur ondanks het ontbreken van de opdracht van de algemene vergadering het faillissement aan, dan is die aanvraag niet ongeldig. Een op basis van die aanvraag uitgesproken faillissementsvonnis heeft dan ook rechtskracht. Men dient daartegen de rechtsmiddelen uit de faillissementswet aan te wenden. De artikelen 2:136/246 BW hebben tot doel de belangen van de aandeelhouders en de vennootschap te beschermen. Het aanvragen van het faillissement van de vennootschap zonder toestemming van de algemene vergadering vestigt in beginsel aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur ten opzichte van de

vennootschap in de zin van artikel 2:9 lid 2 BW.²⁷

In het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2018 (ECLI:NL:HR:2018:2370) ging het om een geval waarbij het bestuur een voorwaardelijke toestemming van de algemene vergadering had verkregen om het faillissement aan te vragen als het bestuur dat noodzakelijk vond. De feitelijke gang van zaken is vervolgens opmerkelijk. Door alle betrokkenen wordt gesproken over een herstructurering en over aanvullende financiering, die ook wordt verschaft. Desalniettemin gaat de bestuurder vlak daarna over tot aanvraag van het faillissement omdat hij (kort gezegd) het niet meer verantwoord vindt om op deze basis verder te gaan. De curator stelt de bestuurder vervolgens aansprakelijk voor het boedeltekort wegens onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 en artikel 2:248 BW. De rechtbank wijst de vordering toe en het gerechtshof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Daartoe overwegen zij dat de aandeelhouders slechts voorwaardelijk toestemming hadden verleend voor aanvraag van het faillissement. Hun handelingen

daarna waren op de continuïteit van de onderneming gericht. De bestuurder had daarom het faillissement niet mogen aanvragen zonder verder overleg met de aandeelhouders te voeren. Daarnaast heeft de bestuurder feitelijk onjuiste informatie verstrekt bij de faillissementsaanvraag. Om die reden kwalificeert het aanvragen van het faillissement en het persisteren daarbij in de aandeelhoudersvergadering als kennelijk onbehoorlijk bestuur.

In cassatie klaagt de bestuurder (onder meer) erover dat het gerechtshof in het arrest heeft miskend dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door een bestuurder in de zin van artikel 2:248 BW slechts sprake kan zijn als deze heeft gehandeld met de objectieve wetenschap dat schuldeisers van de vennootschap zullen worden benadeeld. De bestuurder had (naar eigen zeggen) de schuldeisers van de vennootschap juist willen beschermen met de faillissementsaanvraag. Volgens de Hoge Raad kan het aanvragen van het faillissement in strijd met artikel 2:246 BW kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren in de zin van artikel 2:248 BW. Of dat zo is, is afhankelijk

"onjuiste informatie over de targets waaraan de bonus is gekoppeld" – maar wat nou als ik die targets wél heb gehaald?



van de vraag of gelet op de omstandigheden van het geval, daarmee tevens de belangen van de gezamenlijke schuldeisers geschaad zijn. Het gerechtshof had het voorgaande niet in diens oordeel betrokken en daarom vernietigt de Hoge Raad het arrest. Het is echter de vraag of de bestuurder veel opschiet met het arrest van de Hoge Raad. In de eerste plaats laat het onverlet dat de bestuurder ten opzichte van de vennootschap aansprakelijk is op basis van artikel 2:9 BW. De vraag na verwijzing zal erop zijn gericht of de bestuurder ook op basis van artikel 2:248 BW aansprakelijk is voor het boedeltekort. De feiten zijn weliswaar summier weergegeven in het arrest, maar gebleken is (onder meer) dat er een klant was die een belangrijk contract met de vennootschap had getekend voordat de bestuurder het faillissement aanvraagde. De bestuurder lijkt hiervan niet te hebben geweten, maar heeft daarnaar ook geen enkel onderzoek gedaan. Daarnaast heeft de bestuurder geen contact gezocht met de aandeelhouders voor de aanvraag van het faillissement en heeft hen daarvan zelfs niet op de hoogte gesteld. Ten slotte had de bestuurder ook feitelijk onjuiste informatie verschaft aan de rechtbank die het faillissementsverzoek behandelde. Van een bestuurder die het faillissement aanvraagt van een vennootschap mag juist verwacht worden dat deze nauwkeurig kijkt naar de financiële situatie van de vennootschap en niet lichtvaardig overgaat tot aanvraag van het faillissement. Doet hij dat wel en benadeelt hij daarmee schuldeisers dan ligt aansprakelijkheid dus op de loer.

MODERNISERING ONDERNEMINGSRECHT

Op 20 december 2018 verscheen een uitgebreide voortgangsbrief waarin Minister Dekker voor Rechtsbescherming zijn voornemens voor de modernisering van het ondernemingsrecht uiteenzette.²⁸ Een aantal voornemens van de minister is hiérvóór al besproken. Nog niet aan de orde kwam dat

volgens de minister de toegang tot de enquêteprocedure voor aandeelhouders van bepaalde beursvennootschappen mogelijk onevenredig wordt belemmerd. De minister gaat dit verder onderzoeken. Ook meent hij dat effectiviteit van de geschillenregeling verder kan worden verbeterd. Volgens artikel 2:135 lid 8 BW kan een bonus van een bestuurder worden teruggevorderd als sprake is van onjuiste informatie over de bereikte *targets* waaraan de bonus is gekoppeld. Overwogen wordt om een dergelijke *claw back* ook mogelijk te maken als de bonusuitkering achteraf gezien naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Ook wordt nagedacht over de mogelijkheid om de raad van commissarissen een aanvullende bevoegdheid te geven bij de aanpassing van de bezoldiging van de bestuurders in het kader van belangrijke besluiten zoals overnames (zults ter vervanging van de vervallen ‘afroomregeling’ die was opgenomen in artikel 2:135 lid 7 BW).

Ook de verdere modernisering van het nv-recht heeft de aandacht van de minister. Nagedacht wordt over aandelen zonder nominale waarde, wijziging van de rechten van certificaathouders, introductie van stem- en winstrechtloze aandelen en een verkorting van de oproepingstermijn voor de algemene vergadering. Ten slotte kondigt de minister een modernisering van het recht inzake personenvennootschappen aan. Over de noodzaak hiervan schreven wij al meerdere jaren in deze Kroniek. De huidige regeling voor personenvennootschappen in Boek 7A BW en het Wetboek van Koophandel is stokoud en onleesbaar. Geïnspireerd door een rapport van de Commissie-Van Olffen heeft de minister onlangs een voorontwerp van wet voor de modernisering van de regeling omtrent personenvennootschappen ter consultatie voorgelegd.²⁹ De nieuwe regels worden ondergebracht in titel 13 van Boek 7 BW. Het conceptwetsvoorstel voorziet

in twee rechtsvormen, namelijk de vennootschap en de commanditaire vennootschap (cv), waarbij geen onderscheid wordt gemaakt in bedrijfs- of beroepsactiviteiten. Partijen kunnen er nog wel voor kiezen om hun vennootschap als vof of maatschap aan te duiden, respectievelijk voor bedrijfs- of beroepsactiviteiten. Het conceptwetsvoorstel houdt geen wijziging in ten aanzien van de oprichtingsvereisten. Wel nieuw is dat personenvennootschappen in beginsel rechtspersoonlijkheid en een afgescheiden vermogen krijgen bij het aangaan van de vennootschapsovereenkomst. Inschrijving in het handelsregister is daarvoor niet vereist; niet-inschrijving zorgt wel voor beperkte rechtsbevoegdheid.

Het bestuur van een vennootschap berust volgens het ontwerp in beginsel bij alle vennoten gezamenlijk (dit geldt niet voor de commanditaire vennoten in een cv). In beginsel is iedere vennoot bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. Eventuele beperkingen in deze bevoegdheid dienen te zijn ingeschreven in het handelsregister teneinde derdenwerking te bewerkstelligen.

Ter bescherming van schuldeisers zijn vennoten volgens het conceptwetsvoorstel in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor verbintenissen van de vennootschap, voor zover aannemelijk is dat de vennootschap de verbintenis niet zelf zal voldoen.³⁰ Onder het begrip ‘verbintenissen’ vallen de verbintenissen uit een rechtshandeling, de wet en onrechtmatige daad.³¹ Er is een uitzondering op de regel van hoofdelijke verbondenheid van de vennoten naast de vennootschap, bij opdrachten: de vennoot aan wie de wederpartij uitdrukkelijk uitvoering van een opdracht heeft toevertrouwd, is naast de vennootschap voor het geheel aansprakelijk jegens derden ter zake van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. Daarmee wordt gehoor gegeven aan kritiek op het arrest-Biek Holdings waarin de Hoge Raad overwoog

dat als sprake is van een door een maatschap aanvaarde opdracht iedere maat jegens de opdrachtgever aansprakelijk is voor het geheel.³² Het ontwerp van wet maakt het eenvoudiger om toe en uit te treden op basis van de bestaande vennootschapsovereenkomst. Een uittredende venoot is bovendien vanaf vijf jaar na uittreding bevrijd van zijn verplichtingen richting derden. Een toetredende venoot wordt pas na toetreden aansprakelijk voor alsdan opeisbare vorderingen.³³ Ook wordt een nieuwe regeling voorgesteld over het vestigen van vruchtgebruik en

pandrecht op rechten van een venoot, die voortvloeien uit de vennootschapsovereenkomst. De vruchtgebruiker of pandhouder kan hierbij de verbonden zeggenschapsrechten verkrijgen.

De belangrijkste vernieuwing bij de cv is dat de commanditaire venoot voortaan handelingen voor de vennootschap mag verrichten op basis van een door de andere vennoten verstrekte volmacht. Nu geldt er nog een zogenaamde beheersverbod. Dit is niet langer van deze tijd. Het zorgt voor inflexibiliteit, terwijl schuldeisers voldoende beschermd

zijn wanneer commanditaire vennoten aansprakelijk zijn voor zover hun handelen heeft geleid tot het faillissement van de commanditaire vennootschap (wat eveneens is opgenomen in de nieuwe regeling).

De nieuwe regeling ziet er op het eerste gezicht goed uit. Laten we hopen dat dit consultatiewetsvoorstel snel leidt tot een definitief wetsvoorstel dat spoedig het *Staatsblad* haalt. De praktijk heeft daar grote behoefte aan. Of deze hoop werkelijkheid wordt, laten wij u in de Kroniek van volgend jaar weten.

NOTEN

- 1 *Adv.bl.* 2018-4, Kroniek Vennootschapsrecht, p. 91-93.
- 2 Deze richtlijn wijzigt enkele bepalingen in de richtlijn aandeelhoudersrechten (2007/36/EG).
- 3 *Kamerstukken II*, 2018-2019, 35 058, nr. 2.
- 4 Vergelijk de memorie van toelichting, *Kamerstukken II*, 2018-2019, 35 058, nr. 3, p. 55-56
- 5 *Kamerstukken II*, 2018-2019, 35 058, nr. 25.
- 6 *Kamerstukken II*, 2018-2019, 35 058, nr. 19.
- 7 *Adv.bl.* 2017-3, Kroniek Vennootschapsrecht, p. 77-78.
- 8 Zie nota naar aanleiding van het verslag, nota van wijziging en tweede nota van wijziging, *Kamerstukken II*, 2018-2019, nrs. 6, 7 en 10.
- 9 HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5912, *NJ* 2009/438.
- 10 Zie de voorgestelde wijzigingen in de artikelen 2:155/265 lid 1 en 2:155a/265a lid 1 BW.
- 11 *Stb.* 2019, nr. 107.
- 12 *Adv.bl.* 2018-4, Kroniek Vennootschapsrecht p. 99 en 100.
- 13 *Kamerstukken II*, 2018-2019, 35 153, nrs. 2,3 en 4. Overigens spreekt het wetsvoorstel inmiddels kortweg van de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie.
- 14 <https://www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstelbedenktijd>.
- 15 HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970 (*ABN AMRO*), HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976 (*ASMI*) en HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:652 (*Boskalis/Fugro*).
- 16 Artikelen 49 en 63 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, de richtlijn aandeelhoudersrechten (richtlijn 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (PbEU 2017, L 184)) en de richtlijn openbaar overnamebod (richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod (PbEU 2004, L 142)).
- 17 *Adv.bl.* 2016-4 Kroniek vennootschapsrecht p. 84-85; HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:499, *JOR* 2015/248 m.nt. Van der Weijden (*ING/Deuzeman*).
- 18 HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, *NJ* 2011/114 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aukema q.q./Uni-Invest*).
- 19 HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, *NJ* 2014/68 m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/27 m.nt. J.J. van Hees, *TvI* 2014/12 m.nt. I. Spinath, *Ondernemingsrecht* 2014/30 m.nt. R.J. van Galen en *JIN* 2014/14 m.nt. L. Krieckaert (*[AJ]*).
- 20 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*).
- 21 HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*).
- 22 Op basis van artikel 2:195 lid 7 BW kan de executerende pandhouder de rechter verzoeken de statutaire blokkeringsregeling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing te verklaren.
- 23 Zie Hof Amsterdam (OK) 10 maart 2003, *JOR* 2003/108 (*KOREL*) en Rb. Amsterdam 2 februari 2006, *JOR* 2006/93, m.nt. Prinsen (*Wesa/Orsel*) en Rb. Overijssel 22 maart 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1504.
- 24 HR 29 november 1996, *JOR* 1997, 26, m.nt. Kortmann (*Dohmen c.s./Amersfoortse*).
- 25 HR 16 februari 2007, *JOR* 2007, 112, m.nt. Van Veen (*Tuin Beheer/Houthoff*), HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 m.nt. Maeijer (*Poot/ABP*).
- 26 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*).
- 27 HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, *NJ* 2003/455 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*), rov. 3.4.5 en HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, *NJ* 2009/21 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Willemsen/NOM*), rov. 5.4.
- 28 *Kamerstukken II*, 2018-2019, 29 752, nr. 12.
- 29 <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap>.
- 30 Naar huidig recht kan een schuldeiser tegelijkertijd zowel de vennootschap als de vennoten aanspreken. Daarnaast geldt de hoofdelijke aansprakelijkheid thans alleen voor (beherend) vennoten bij een vof (en cv); maten zijn nu ieder voor een gelijk deel aansprakelijk voor schulden van de maatschap.
- 31 Dit is onder het huidige recht niet anders.
- 32 HR 15 maart 2013, r.o. 3.4.2., *NJ* 2013, 290, m. nt. P. van Schilfgaarde.
- 33 Dit is anders naar het thans geldende recht: zie HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, *NJ* 2015/241 (Carlande).