

KRONIEK VENNOOTSCHAPSRECHT

DOOR / BAS VISÉE & RIK ANALBERS

In deze Kroniek komen het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen en de nieuwe Nederlandse Corporate Governance Code aan bod. Daarnaast is er aandacht voor de meest opvallende jurisprudentie van de Hoge Raad van het afgelopen jaar op het gebied van Vennootschapsrecht. Arresten over aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot, interimdividend en bestuurdersaansprakelijkheid komen aan de orde. Ook wordt kort ingegaan op de beschikkingen van ons hoogste rechtscollege in de spraakmakende enquêtes over SNS REAAL en Meavita.

WETSVOORSTEL BESTUUR EN TOEZICHT RECHTSPERSONEN

Het langverwachte Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen¹ werd op 8 juni 2016 ingediend bij de Tweede Kamer. Dit wetsvoorstel (niet te verwarren met de Wet bestuur en toezicht uit 2011 die op 1 januari 2013 in werking trad) beoogt met name de wettelijke regeling voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting te verbeteren. Dat gebeurt door regels uit Titel 4 en 5 van Boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW) over de nv respectievelijk de bv over te brengen naar Titel 1 waarin algemene bepalingen omtrent rechtspersonen zijn opgenomen.

De regels over onder meer de taak van het bestuur, de taakverdeling in het bestuur en tegenstrijdige belangen bij bestuurders worden geconcentreerd en geüniformeerd in het drastisch te wijzigen artikel 2:9 BW. Voorts wordt de wettelijke regeling van het monistisch bestuursstelsel (*one tier board*) bij de nv en de bv opengesteld voor alle rechtspersonen door deze onder te brengen in het ontwerpartikel 2:9a BW. Een kern-

punt van het wetsvoorstel is dat de huidige artikelen 2:138 en 2:248 BW over aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement gaan gelden voor alle rechtspersonen; daartoe worden zij geïncorporeerd in het voorgestelde artikel 2:9c BW. Maar het wettelijk vermoeden van onbehoorlijk bestuur bij een schending van de boekhoudplicht of de plicht tot publicatie van de jaarrekening zal niet van toepassing zijn op de onbezoldigd bestuurder van de niet-commerciële vereniging of stichting en de informele vereniging. Het wetsontwerp geeft voor alle rechtspersonen een wettelijke grondslag voor de mogelijkheid van de instelling van een raad van commissarissen en een basisregeling van het toezichthoudend orgaan (artikelen 2:11, 2:11a, 2:11b en 2:11c BW). De regeling van aansprakelijkheid en tegenstrijdige belangen bij commissarissen wordt vergelijkbaar met die voor bestuurders. Ten aanzien van dat laatste: een commissaris neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming als hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het

belang van de rechtspersoon. Wanneer de raad van commissarissen hierdoor geen besluit kan nemen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen (dan wel, als het een stichting betreft, door de raad van commissarissen onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, tenzij de statuten anders bepalen). Inhoudelijk brengt het wetsvoorstel nauwelijks wijziging in het Vennootschapsrecht. Bij aanvaarding van het voorstel zal de gemiddelde advocaat echter al gauw gedesoriënteerd raken omdat allerlei kernbepalingen uit het nv- en bv-recht worden verplaatst en hernummerd. Met name voor de stichting is het wetsvoorstel een verbetering omdat die rechtspersoon nu wel bijzonder summier is geregeld in Boek 2 BW (zo ontbreekt een tegenstrijdigbelangregeling). Tegelijkertijd is er kritiek. De uniformering van de regels voor rechtspersonen komt de leesbaarheid niet altijd ten goede. De concentratie van algemene regels in Titel 1 lijkt soms doorge-

De auteurs zijn werkzaam bij
Rutgers & Posch te Amsterdam.

slagen, waardoor de regelingen voor de afzonderlijke rechtspersonen moeilijker te begrijpen zijn. Ten slotte biedt het wetsvoorstel op een aantal punten te weinig flexibiliteit.²

NIEUWE CORPORATE GOVERNANCE CODE

De Monitoring Commissie onder leiding van prof. dr. Jaap van Maanen presenteerde op 8 december 2016 de nieuwe Nederlandse Corporate Governance Code (de 'Code').³ Op het eerste gezicht ziet de nieuwe Code er heel anders uit dan de huidige Code die in 2008 is vastgesteld omdat de hoofdstukindeling is gewijzigd. Precieze lezing van de nieuwe Code leert echter dat veel bij het oude is gebleven. Naar aanleiding van de consultatie is de Commissie op een aantal punten teruggekomen op haar voorstel uit februari 2016 om de Code aan te passen. Zo zijn de bepalingen omtrent de responstijd en certificering inhoudelijk niet gewijzigd ten opzichte van 2008. Sommige onderwerpen (zoals de regel dat ten minste één financieel specialist deel moet uitmaken van de raad van commissarissen ('RvC')) zijn inmiddels wettelijk geregeld en daarom uit de nieuwe Code verdwenen.

Lange termijn waardecreatie

Het eerste hoofdstuk van de nieuwe Code heet *Lange termijn waardecreatie* en daarop wordt veel nadruk gelegd. Het bestuur moet zich richten op de lange termijn waardecreatie van de onderneming en dient daarover een visie te ontwikkelen. Verder is er nog meer aandacht voor risicomanagement dan in de huidige Code. De interne audit-functie wordt versterkt en de van het bestuur gevraagde verklaring omtrent de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen wordt aangescherpt (in de praktijk noemt men dit de *in control verklaring*, een gevoelige term die ook in het consultatievoorstel werd gebruikt maar in definitieve Code nadrukkelijk is geschrapt).

Effectief bestuur en toezicht

In hoofdstuk 2 over effectief bestuur en toezicht wordt aandacht gevraagd voor de cultuur van de onderneming: van bestuurders en commissarissen wordt verlangd dat zij een cultuur creëren die het gewenste gedrag en integer handelen binnen de onderneming stimuleert. Wat dit concreet betekent, is niet geheel duidelijk. In elk geval is de werkelijkheid van gedrags- en cultuurverandering veel complexer dan de instrumentele aanpak die de Code voorschrijft.⁴ Verder krijgt het *executive committee* een plaats in de Code: dit is een in de mode geraakt bestuursmodel dat in allerlei varianten bestaat. In het algemeen bestaat een *executive committee* uit de statutaire bestuurders en de belangrijkste functionarissen uit de managementlaag daaronder. Voorts zijn er wijzigingen ten aanzien van de RvC. Een commissaris kan volgens de huidige Code maximaal driemaal voor een periode van vier jaar zitting hebben in de RvC. Deze periode is in de nieuwe Code verkort naar maximaal tweemaal een periode van vier jaar. Herbenoeming na die periode van acht jaar is alleen mogelijk voor een periode van twee jaar met een mogelijke verlenging van nogmaals twee jaar en moet worden gemotiveerd in het verslag van de RvC. Met zoveel woorden is nu bepaald dat de voorzitter van de RvC onafhankelijk dient te zijn. De onafhankelijkheidscriteria voor commissarissen zijn niet gewijzigd. Wel is de toepassing ervan versoepeld voor commissarissen die een aandelenpakket van meer dan 10 procent hebben of een aandeelhouder met zo'n pakket vertegenwoordigen. Daarnaast blijft de oude regel gelden dat slechts een commissaris

niet onafhankelijk mag zijn in de zin van de overige criteria. Tezamen met het aantal commissarissen dat niet onafhankelijk is vanwege een aandelenpakket van meer dan 10 procent of als vertegenwoordiger van een grootaandeelhouder, mogen niet onafhankelijke commissarissen in totaal minder dan de helft van het aantal commissarissen uitmaken. In meerderheid blijft de RvC dus onafhankelijk.

Beloning

De Code 2016 kent een apart hoofdstuk over beloning. De regels zijn veel minder gedetailleerd dan voorheen. Nieuw is de verplichting om meer transparantie te betrachten ten aanzien van de verhoudingen tussen de beloningen van bestuurders en die van werknemers. Daarnaast moet de visie van de bestuurder worden betrokken bij het vaststellen van zijn eigen beloning. De nieuwe Code bepaalt dat deze in werking treedt vanaf het boekjaar

Gaat het dan om mijn visie op mijn beloning? Of de waarde van mijn visie voor de onderneming? Hoogst interessant!



beginnend op of na 1 januari 2017. Naar verwachting wordt de nieuwe Code in de loop van dit jaar door de wetgever wettelijk verankerd. Weliswaar wordt de Code in dat verband gepubliceerd in de *Staatscourant* maar daarmee wordt de Code geen wetgeving in materiële zin. De wettelijke verankering houdt slechts in dat beursvennootschappen in het bestuursverslag behorend bij de jaarrekening (voor het eerst die over het boekjaar 2017) moeten rapporteren over de naleving van de principes en *best practice* bepalingen die tot hen zijn gericht (Vaststellingsbesluit nadere voorschriften inhoud bestuursverslag). Daarnaast dienen Nederlandse institutionele beleggers verantwoording af te leggen over de tot hen gerichte principes en *best practice*-bepalingen (artikel 5:86 Wet op het financieel toezicht). In beide gevallen dient de verantwoording te geschieden met gebruikmaking van het 'pas toe of leg uit'-principe. De Code is niet alleen relevant voor beursvennootschappen maar ook voor gewone nv's en bv's omdat hij in de rechtspraak wordt gebruikt bij de invulling van de vele open normen in ons vennootschapsrecht zoals de wanbeleidnorm, de regels voor bestuurdersaansprakelijkheid en de redelijkheid en billijkheid die alle bij een vennootschap betrokkenen jegens elkaar in acht moeten nemen (artikel 2:8 BW). Aldus gaat er een belangrijke reflexwerking uit van de Code naar niet-beursvennootschappen.

OVERIGE WETGEVING

In de vorige Kroniek spraken wij de verwachting uit dat de Wet civielrechtelijk bestuursverbod op 1 juli 2016 in werking zou treden. Dat is inderdaad gebeurd. Ook noemden wij het wetsvoorstel tot herintroductie van de regeling volgens welke grote nv's en bv's moeten streven naar minstens 30 procent vrouwelijke bestuurders en commissarissen. Dit wetsvoorstel is begin dit jaar door de Tweede en Eerste Kamer

aangenomen en is inmiddels in het Staatsblad gepubliceerd.⁵ De artikelen 2:166, 2:276 en 2:391 lid 7 BW zullen derhalve spoedig weer in werking treden en per 1 januari 2020 opnieuw vervallen vanwege de opgenomen horizonbepaling.

AANSPRAKELIJKHEID COMMANDITAIRE VENNOOT

Vorig jaar hebben wij in de Kroniek aandacht besteed aan het arrest van de Hoge Raad van 29 mei 2015.⁶ Hierin heeft de Hoge Raad een belangrijke nuancering aangebracht op de gevolgen van de overtreding van het beheersverbod door een commanditaire vennoot. Volgens de Hoge Raad dient – mede gelet op de vergaande sanctie van artikel 21 Wetboek van Koophandel (WvK) – wel degelijk naar de omstandigheden van het geval gekeken te worden. Als zodanig is van belang of bij de derde (redelijkerwijs) een onjuiste indruk heeft kunnen ontstaan over de hoedanigheid waarin de commanditaire vennoot optrad. Voorts is steeds vereist dat commanditaire vennoot enig verwijt kan worden gemaakt van zijn handelwijze, waarbij van belang is dat een commanditaire vennoot van het beheersverbod op de hoogte dient te zijn. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan een rechter derhalve oordelen dat de sanctie van artikel 21 WvK geheel of gedeeltelijk buiten toepassing moet blijven of dat deze zich slechts dient uit te strekken tot bepaalde verbintenissen van de cv.

Het logische gevolg van het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad is dat partijen op zoek gaan naar omstandigheden die al dan niet van belang zijn voor de toepassing van de sanctie van artikel 21 WvK. In het arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016 (HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2516, *JOR* 2016/326 m.nt. Blanco Fernández) komt aan de orde of het bestaan van een personele unie tussen de (middellijk) bestuurder van de commanditaire vennoten en die

van de beherende vennoten een dergelijke omstandigheid is. In het geschil dat voorlag bij de Hoge Raad was sprake van een cv die was opgericht in het kader van een vastgoedproject. Een besloten vennootschap was aangewezen als enig beherend vennoot. Daarnaast waren er twee andere besloten vennootschappen die als commanditaire vennoten optraden. Het bestuur van de drie besloten vennootschappen wordt (al dan niet indirect) door dezelfde natuurlijke personen gevormd. Deze personen hebben diverse handelingen verricht waarbij zij niet altijd even duidelijk hebben aangegeven in welke hoedanigheid zij hebben opgetreden. Voor het hof was deze omstandigheid reden om te oordelen dat de commanditaire vennoten op grond van artikel 21 WvK hoofdelijk aansprakelijk waren. Volgens het hof maakte het niet uit dat de bestuurders in bepaalde gevallen ook hadden aangegeven dat zij enkel namens de beherend vennoot optraden. Het bestaan van de personele unie maakte volgens het hof dat 'bezwaarlijk kon worden geabstraheerd van hun hoedanigheid als (en optreden namens) directeur van een commanditaire vennoot'.

Het oordeel van het hof valt op zich nog te begrijpen als het zou gaan om situaties waarbij in het midden werd gelaten namens wie werd opgetreden. Maar wij kunnen ons moeilijk vinden in dit oordeel voor zover door de bestuurders duidelijk is aangegeven dat enkel namens de beherend vennoot is opgetreden. Het komt in de praktijk veel vaker voor dat iemand zowel bestuurder is van vennootschap A als van vennootschap B. Als deze bestuurder duidelijk aangeeft dat hij bij het verrichten van een bepaalde (rechts)handeling enkel optreedt als bestuurder van vennootschap A, valt niet in te zien waarom de wederpartij met succes zou kunnen stellen dat ook vennootschap B gebonden zou zijn als gevolg van die handeling, ook al heeft vennootschap B dezelfde bestuurder

als vennootschap A. Hoewel de Hoge Raad hier niet expliciet op ingaat, valt uit het arrest wel te begrijpen dat de Hoge Raad zich niet in dit oordeel van het hof kan vinden. De Hoge Raad stelt dat wanneer sprake is van een persoon die zowel een beherend als een commanditaire vennoot kan vertegenwoordigen, deze persoon bij het verrichten van een beheershandeling (behoudens tegenbewijs) heeft gehandeld namens de beherend vennoot.

Het hof heeft daarnaast geen acht geslagen op de uitgangspunten als geformuleerd in het arrest van de Hoge Raad van 29 mei 2015. Het hof kon dit ook niet doen omdat dit arrest door de Hoge Raad later is gewezen dan het arrest van het hof.⁷ Nu bij de beantwoording van de rechtsvraag acht had moeten worden geslagen op het uitgangspunt dat voor de toepassing van de sanctie van artikel 21 WvK vereist is dat de commanditaire vennoot een verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van zijn handelen, alsmede of er bij een wederpartij redelijkerwijs een onjuiste indruk heeft kunnen ontstaan over de hoedanigheid waarin de commanditaire vennoot aan het handelsverkeer deelnam, hetgeen het hof niet heeft gedaan, heeft de Hoge Raad het arrest van het hof vernietigd. Wij achten de kans groot dat het Gerechtshof Den Haag in de procedure na verwijzing zal oordelen dat de commanditaire vennoten niet aansprakelijk zijn.

TUSSENTIJDSE DIVIDENDUITKERINGEN IN HET ZICHT VAN FAILLISSEMENT

Met de invoering van de flexwet is de wettelijke regeling voor tussentijdse dividenduitkeringen bij bv's gewijzigd. Onder de oude redactie van artikel 2:216 BW waren tussentijdse dividenduitkeringen slechts toegestaan als de statuten van de vennootschap het toelieten en zolang na de uitkering het eigen vermogen groter was dan het gestorte en opgevraagde

deel van het kapitaal vermeerderd met de verplichte reserves. Onder de huidige regeling geldt dat een besluit van het bevoegde orgaan tot een tussentijdse dividenduitkering geen gevolgen heeft zolang het bestuur die uitkering niet heeft goedgekeurd. Deze goedkeuring wordt slechts geweigerd als het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Stemt het bestuur onterecht in met een tussentijdse dividenduitkering en is de vennootschap vervolgens niet in staat om door te gaan met het betalen van haar opeisbare schulden, dan zijn alle bestuurders in beginsel hoofdelijk verbonden jegens de vennootschap voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Deze aansprakelijkheid ten opzichte van de vennootschap laat aansprakelijkheid op andere grondslagen – bijvoorbeeld jegens (bepaalde) crediteuren van de vennootschap op basis

van artikel 6:162 BW of de boedel op basis van artikel 2:248 BW – onverlet. Van aansprakelijkheid op die andere grondslagen kan ook sprake zijn als het besluit voldeed aan de vereisten die artikel 2:216 lid 2 BW (oud) daaraan stelde.⁸

Afgelopen jaar heeft de Hoge Raad een arrest gewezen dat nog ziet op tussentijdse dividenduitkering onder het oude recht, maar dat desalniettemin ook relevant is voor de invulling van de test zoals die onder de huidige regeling moet worden toegepast (HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2172, NJ 2016/498 m.nt. Van Schilfgaarde.) In het arrest ging het om een curator die trachtte om de tussentijdse dividenduitkeringen die voorafgaand aan het faillissement waren gedaan aan te tasten. Daarbij beriep de curator zich onder meer op de regeling van artikel 2:216 BW (oud). De tussentijdse dividenduitkering was gedaan op 29 februari 2008 en het bedrag van de uitkering was gebaseerd op een tussentijdse

*De actuele financiële situatie van de vennootschap in ogenschouw nemend, kan ik niet anders dan concluderen dat we nu dividend moeten uitkeren...
Straks kan het niet meer.*



balans van 30 juni 2007. Volgens de curator had men moeten onderzoeken of de vrije reserves die in die tussentijdse balans waren opgenomen op 29 februari 2008 nog wel dezelfde omvang hadden. Er waren volgens de curator diverse aanwijzingen dat dit niet het geval was. Terwijl het hof het niet met de curator eens was, vindt de curator bij de Hoge Raad wel een luisterend oor.

Volgens de Hoge Raad is het oordeel van het hof in de eerste plaats onbegrijpelijk. Er was door de curator gemotiveerd aangetoond dat er duidelijke aanwijzingen waren dat de tussentijdse balans van 30 juni 2007 niet tot uitgangspunt had mogen dienen bij het bepalen van de omvang van de vrije reserves. Dit was door het hof zonder deugdelijke motivering buiten beschouwing gelaten en levert reeds een grond voor cassatie op. Belangrijker is dat de Hoge Raad in diens arrest oordeelt dat wanneer er geen definitieve jaarrekening is of wordt vastgesteld waaruit blijkt dat er voldoende vrije reserves zijn zodat een tussentijdse dividenduitkering mogelijk is, dat nog niet maakt dat een dergelijke uitkering reeds ongeoorloofd is. Er zal dan aan de hand van de wel beschikbare financiële informatie moeten worden geoordeeld of de uitkering op dat moment geoorloofd is. Als daar niet aan is voldaan, bestaat een grond voor nietigheid van het dividendbesluit. Een dergelijke toetsing had het hof niet verricht, hetgeen een aanvullende grond voor cassatie oplevert. Het arrest van de Hoge Raad maakt duidelijk dat men bij het nemen van (of goedkeuring verlenen aan) een tussentijds dividendbesluit de actuele financiële toestand van de vennootschap in acht moet nemen. Dat geldt onverkort onder de huidige redactie van artikel 2:216 BW.

BESTUURDERS- AANSPRAKELIJKHEID IN FAILLISSEMENTEN

Uit artikel 2:248 BW volgt dat een bestuurder in beginsel hoofdelijk

aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement indien er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Van een kennelijke onbehoorlijke taakvervulling is volgens de Hoge Raad pas sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld als de bestuurder verweten wordt.⁹

In de casus die ten grondslag lag aan het arrest van de Hoge Raad van 12 februari 2016 (HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, *JOR* 2016/223, m.nt. Borrius) werd een dergelijk verwijt door de curator van een failliete praktijkvennootschap van een advocaat gemaakt aan diens bestuurder (dus de advocaat in kwestie). Deze advocaat (Langelaar) was via zijn praktijkvennootschap maat in een (kosten)maatschap. De andere maat in deze maatschap was de praktijkvennootschap van een andere advocaat (Golterman). Tussen de maten was afgesproken dat zij alle kosten die verband hielden met de maatschap gelijk zouden delen, waaronder de kosten voor de huur van een pand van waaruit de advocaten hun praktijk zouden uitoefenen. Na iets meer dan anderhalf jaar wordt de maatschap ontbonden en komt deze in staat van liquidatie te verkeren. Golterman heeft de uitoefening van zijn praktijk gestaakt en Langelaar gaat door met zijn praktijk via een andere vennootschap. Langelaar blijft daarbij zijn praktijk uitoefenen in het eerder gehuurde pand, maar betaalt telkens (slechts) 50 procent van de eerder overeengekomen huur. Het restant van de huur is onbetaald gebleven. De verhuurder spreekt vervolgens de oorspronkelijke praktijkvennootschap van Langelaar aan voor het gedeelte van de huur dat onbetaald is gebleven, dit onder meer onder verwijzing naar de bepalingen in de (algemene) huurvoorwaarden waaruit volgde dat de maten hoofdelijk aansprakelijk waren voor de gehele verplichtingen

uit de huurovereenkomst. Nadat de kantonrechter in een vonnis het standpunt van de verhuurder had gevolgd, heeft Langelaar in maart 2011 het faillissement van de desbetreffende praktijkvennootschap aangevraagd. De daarop aangestelde curator heeft vervolgens Langelaar in privé aangesproken voor het tekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 BW, dit (mede) omdat de jaarrekening over 2008 vier maanden te laat was gedeponerd.

De vorderingen van de curator worden door de rechtbank afgewezen maar door het hof toegewezen. Volgens het hof betreft de overschrijding van de deponeringstermijn geen onbelangrijk verzuim.¹⁰ Daarmee levert te late deponering van de jaarrekening onbehoorlijke taakvervulling op en geldt het bewijsvermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Volgens het hof heeft Langelaar dit bewijsvermoeden niet kunnen ontzenuwen.

In cassatie gaat het enkel nog om de vraag of er sprake is van een andere belangrijke oorzaak van het faillissement. Langelaar had aangevoerd dat dit het geval was. Hij had naar eigen zeggen geen zicht op het teruglopen van de omzet van de praktijkvennootschap van de andere advocaat (Golterman) die daardoor niet in staat was om de andere 50 procent van de huur te voldoen. Hij kon er daardoor geen rekening mee houden dat zijn praktijkvennootschap daarvoor door de verhuurder zou worden aangesproken. Daar komt nog eens bij dat Langelaar van mening was dat zijn praktijkvennootschap niet aansprakelijk gehouden kon worden voor het onbetaald gebleven gedeelte van de huur. Daartoe voerde Langelaar aan dat 1) Golterman de huurovereenkomst met de verhuurder na een aanvankelijke opzegging ervan buiten medewerking van Langelaar namens de maatschap heeft voortgezet, 2) zijn standpunt dat geen sprake was van hoofdelijke verbondenheid ten opzichte van de verhuurder werd

gedeeld door de ‘stille curator’, een advocaat (en voormalig deken) die bijstand verleende bij de afwikkeling van de ontbonden maatschap, en 3) dat de advocaat van de praktijkvennootschap van Langelaar in de procedure tegen de verhuurder de hoofdelijke verbondenheid heeft bestreden op gronden die niet kansloos waren. Het hof heeft dit verweer verworpen. Daartoe heeft het hof primair gesteld dat nu Langelaar via zijn praktijkvennootschap maat was in de maatschap, moet worden aangenomen dat hij feitelijk inzicht had of kon hebben in de financiële positie van de praktijkvennootschap van Golterman. Dit temeer omdat de inkomsten binnenkwamen op één kantoorekening. De Hoge Raad vindt dit oordeel van het hof onbegrijpelijk. Volgens de Hoge Raad valt niet in te zien hoe de enkele omstandigheid dat Langelaar zicht had of kon hebben op de financiële positie van de praktijkvennootschap van de andere advocaat, het oordeel kan dragen dat Langelaar onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten met betrekking tot de omstandigheid dat de teruglopende omzet bij de praktijkvennootschap van de andere advocaat de oorzaak is geweest van het faillissement van zijn eigen praktijkvennootschap. Daaruit volgt immers nog niet dat Langelaar aanleiding had om attent te zijn op een teruglopende omzet van de praktijkvennootschap van de andere advocaat of in dit verband actie had kunnen en moeten ondernemen. Het oordeel van het hof is volgens de Hoge Raad temeer onbegrijpelijk omdat het hof zonder nadere motivering voorbij is gegaan aan relevante feitelijke stellingen van Langelaar die juist de strekking hadden dat geen sprake was een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, zoals de stelling dat Golterman juist een vertekend beeld had gegeven over de financiële positie van zijn praktijkvennootschap. Het verweer van Langelaar dat hij terecht veronderstelde dat zijn praktijkvennootschap niet aan-

sprakelijk was voor het onbetaald gebleven gedeelte van de huur is door het hof verworpen met – kort gezegd – de stelling dat deze verweren niets afdoen aan het feit dat zijn praktijkvennootschap voor die onbetaald gebleven huur uiteindelijk wel verantwoordelijk was, zoals ook geoordeeld door de kantonrechter. De Hoge Raad oordeelt echter terecht dat de relevante overwegingen van het hof nog niet met zich brengen dat geconcludeerd kan worden dat Langelaar heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld, en dat is nou juist waar het bij de aansprakelijkheid op basis van artikel 2:248 BW om gaat. Ook dit is reden voor de Hoge Raad om het arrest van het hof te vernietigen. Bij dit arrest dringt de vraag zich op of de curator ook de vordering tegen de bestuurder had ingesteld als hij zich niet primair had kunnen beroepen op de omstandigheid dat de jaarrekening over 2008 te laat was gedeponereerd. In dat geval had de curator immers geen gebruik kunnen maken van het wettelijke bewijsvermoeden omtrent kennelijk onbehoorlijk bestuur en had de discussie zich direct gericht op de vraag of Langelaar in privé verweten kon worden dat het onbetaald gebleven gedeelte van de huur ook niet door zijn praktijkvennootschap was voldaan. Dat de jaarrekening over 2008 vier maanden te laat was gedeponereerd, heeft daar immers niets mee te maken. Voor de aansprakelijkheid van een bestuurder in privé geldt nog steeds een hoge drempel. Dat maakt ook dat geen (te) hoge drempel mag gelden voor het weerleggen van het bewijsvermoeden van artikel 2:248 BW.

ENQUÊTERECHT

Tot slot aandacht voor een tweetal beschikkingen van de Hoge Raad in spraakmakende enquêtes. De eerste zaak gaat over de enquêtebevoegdheid van voormalig aandeelhouders van SNS REAAL. Zij zijn op 1 februari

2013 onteigend door de minister van Financiën op basis van de bevoegdheid die aan hem is toegekend in de zogeheten Interventiewet. De onteigening heeft tot gevolg gehad dat aandeelhouders formeel niet meer zouden kunnen voldoen aan de ontvankelijkheidsvereisten van artikel 2:346 BW en zij dus niet om een enquête zouden kunnen vragen. De Ondernemingskamer heeft eerder al geoordeeld dat de voormalige aandeelhouders desalniettemin ontvankelijk zijn in hun enquêteverzoek. Volgens de Ondernemingskamer brengen het doel en strekking van het enquêterecht met zich dat aandeelhouders die niet langer voldoen aan de kapitaalvereisten van artikel 2:346 lid 1, aanhef en onder c, BW ten gevolge van een gebeurtenis, waaromtrent zij stellen dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan het beleid en de gang van zaken van de betrokken vennootschap en waarop hun enquêteverzoek mede betrekking heeft, in gevallen als het onderhavige bevoegd kunnen zijn tot het indienen van zodanig verzoek. De Ondernemingskamer neemt voorts in aanmerking dat het enquêterecht mede strekt ter bescherming van aandeelhouders tegen onjuist beleid dat hun (rechts)positie zodanig ondermijnt, dat een door hen ongewenst verlies van hun hoedanigheid van aandeelhouder het gevolg is. Dat is niet anders nu dat verlies – anders dan in gevallen waarin het verlies van aandeelhouderschap het gevolg is van besluitvorming die kan worden teruggedraaid – ten gevolge van de onteigening onomkeerbaar is. De Hoge Raad heeft in zijn beschikking van 4 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2456, *JOR* 2017/1 m.nt. Spruitenburg) het oordeel van de Ondernemingskamer in stand gelaten en de daartegen aangevoerde klachten van (onder meer) de staat verworpen. De beschikking van de Ondernemingskamer van 2 november 2015 inzake Meavita heeft voor de nodige opschudding gezorgd.¹¹ De Onder-

nemingskamer oordeelde dat er bij Meavita sprake was geweest van wanbeleid en dat de toenmalige bestuurders en toezichthouders daarvoor verantwoordelijk waren. Door alle publiciteit hieromtrent heeft Loek Hermans die voorzitter van de raad van commissarissen van Meavita was, zich gedwongen gevoeld af te treden als voorzitter van de VVD-fractie in de Eerste Kamer. In dit licht is het voor de Ondernemingskamer vervelend dat de Hoge Raad eind vorig jaar de beschikking van 2 november 2015 heeft vernietigd vanwege een vormfout (HR 18 november 2016; ECLI:NL:HR:2016:2614, JOR 2017/30 m.nt. Hammerstein). Een van de raadsheren (mr. Ingelse) die deze volgens de beschikking mede zou hebben gewezen, was echter op 1 mei 2015 met pensioen gegaan en gefungeerd. Als zodanig kon de Hoge Raad niet anders dan oordelen dat de beschikking niet was gewezen door het in de wet bepaalde aantal rechters, waardoor de tweede fase van de enquêteprocedure geheel overgedaan moet worden. Onlangs werd bekend dat de voormalige bestuurders en commissarissen hebben geschikt met de curatoren in het faillissement

van Meavita. Het lijkt er echter op dat de andere indieners van het enquêteverzoek, waarvan Abvakabo FNV de belangrijkste is, de procedure voort zullen zetten.

De Meavita-beschikking bevat ook nog een relevante inhoudelijke overweging. De Ondernemingskamer had in haar beschikking geoordeeld dat nu genoegzaam gebleken was van onjuist beleid en een onbevredigende gang van zaken en bepaalde voormalige bestuurders en toezichthouders van Meavita daarvoor verantwoordelijk waren, zij daarom de kosten voor het onderzoek dienen te vergoeden conform een door de Ondernemingskamer vastgestelde verdeling. Een verdere motivering bij het toekennen van het verzoek om kostenverhaal was door de Ondernemingskamer niet gegeven. Dit houdt bij de Hoge Raad terecht geen stand. De Hoge Raad maakt onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie duidelijk dat per functionaris individueel en concreet moet worden vastgesteld dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon. Dat houdt niet alleen in dat de functionaris een formele verantwoordelijkheid

had, maar ook dat hem persoonlijk van de onjuistheid van het beleid of van de onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt. De Ondernemingskamer dient derhalve een toewijzing van een verzoek om kostenverhaal per individuele functionaris deugdelijk te motiveren.

BLIK OP DE TOEKOMST

Op 9 december 2016 verscheen de nota Modernisering van het ondernemingsrecht van de minister van Veiligheid en Justitie¹² die een goed overzicht geeft van de ontwikkelingen in het vennootschapsrecht vanuit Europees en nationaal perspectief. In de nota wordt onder meer een vereenvoudiging en flexibilisering van het nv-recht aangekondigd. Enerzijds gaat het om technische aanpassingen; anderzijds kunnen een wijziging van de rechten van certificaathouders, het creëren van stem- en winstrechtloze aandelen en een verkorting van de oproepingstermijn voor de algemene vergadering worden overwogen. Verder wijst de minister op het richtlijnvoorstel bevordering aandeelhoudersbetrokkenheid van de Europese Commissie waarover in december 2016 een akkoord is



bereikt met het Europese Parlement. In dit richtlijnvoorstel worden de rechten van aandeelhouders en bevoegdheden van de algemene vergadering uitgebreid en wordt een regeling voorgesteld die ziet op transacties van de vennootschap met een controlerende aandeelhouder. De implementatie van de richtlijn kan volgens de minister leiden tot een heroriëntatie inzake de verhoudingen tussen aandeelhouders onderling en tussen het bestuur, de raad van commissarissen en de algemene vergadering. De uitwerking van deze heroriëntatie kan worden meegenomen in het traject tot modernisering van het nv-recht.

Op 26 september 2016 heeft een werkgroep onder leiding van prof. mr. Martin van Olffen haar rapport *Modernisering Personenvennootschappen* aan de minister aangeboden. In de nota geeft de minister aan de mening van de werkgroep te delen dat het recht inzake personenvennootschappen modernisering behoeft. De minister kondigt aan te gaan werken aan een voorontwerp van een wettelijke regeling die via internet ter

consultatie wordt voorgelegd. Voorts onderschrijft de minister de fundamentele keuzes van de werkgroep om de bestaande soorten personenvennootschappen te handhaven en om deze rechtspersoonlijkheid te laten verkrijgen na inschrijving in het handelsregister.

De werkgroep bestaande uit juristen en fiscalisten uit praktijk, wetenschap en bedrijfsleven heeft in haar rapport ook een ontwerpvoorstel van wet en dat van een memorie van toelichting opgenomen. Voorgesteld wordt om de wettelijke regeling op te nemen in Titel 7.13 BW met regeling recht als uitgangspunt. Verder beoogt de werkgroep niet-effectieve regels te elimineren, de administratieve lasten te verlagen en de rechtsonzekerheid te beperken. De mogelijkheid van fiscale transparantie voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting moet volgens de werkgroep worden gehandhaafd.

In de nota kondigt de minister ook aan één of meer expertbijeenkomsten te houden over de ontwikkelingen in de praktijk inzake nationale en grensoverschrijdende omzetting

van rechtspersonen. Afhankelijk van de uitkomsten daarvan kan indiening van een wetsvoorstel omzetting van rechtspersonen worden overwogen. Het Hof van Justitie EU heeft beslist dat grensoverschrijdende omzetting van een rechtspersoon naar het recht van een andere lidstaat in beginsel moet kunnen plaatsvinden binnen de Europese Unie, onder de voorwaarde dat de lidstaat van ontvangst daarvoor openstaat.¹³ Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat lidstaten die binnenlandse omzettingen toestaan, deze mogelijkheid ook moeten bieden aan vennootschappen die onder het recht van een andere lidstaat vallen.¹⁴ In de praktijk bestaan allerlei knelpunten bij grensoverschrijdende omzettingen omdat er op EU-niveau geen wetgeving is vastgesteld. Zolang die er niet is, voorziet een nationale regeling voor grensoverschrijdende omzetting in een duidelijke behoefte.

Tot zover enkele hoofdpunten uit de nota over modernisering van het ondernemingsrecht. In onze Kroniek van volgend jaar zullen wij berichten of de minister zijn beleidsvoornemens in daden heeft omgezet.

NOTEN

- 1 Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 2.
- 2 Zie voor kritische beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel: de preadviezen van Blanco Fernández, Huizink, De Kluiver, Overes, Plomp en Waaijer voor de Vereniging 'Handelsrecht' (2016).
- 3 De nieuwe Nederlandse Corporate Governance Code (de 'Code'), commissiecorporategovernance.nl/?page=3763.
- 4 Zie de bespiegelingen van Erik van de Loo en Jaap Winter in *Ondernemingsrecht* 2016/72.
- 5 Wet van 10 februari 2017, houdende wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het voortzetten van het streefcijfer voor een evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de raad van commissarissen van grote naamloze en besloten vennootschappen (Staatsblad 2017, nr. 68).
- 6 HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413, *JOR* 2015/192 m.nt. Stokkermans.
- 7 Het arrest van het hof dateert van 27 januari 2015.
- 8 HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0401, *NJ* 1992/174; HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5658, *NJ* 2000/411; HR 6 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3045.
- 9 HR 8 juni 2001, *JOR* 2001/171 (Panmo) r.o. 3.7.
- 10 HR 1 november 2013, *JOR* 2013/336, m.nt. Van Andel.
- 11 Hof Amsterdam 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454 *JOR* 2016/61 m.nt. Van Schilfgaarde.
- 12 Nota Modernisering van het ondernemingsrecht van de minister van Veiligheid en Justitie, 9 december 2016, *Kamerstukken II 2016/17*, 29 752, 9.
- 13 HvJ (EG), 16 december 2008, C-2110/06, *Cartesio*.
- 14 HvJ (EG), 12 juli 2012, C-378/10, *Vale*.