

SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

ONDERNEMINGSRECHT

📁 AAK20137353

Mw. mr. K. Spruitenburg (Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen)

PERIODE 1 JULI – 30 SEPTEMBER 2013

Regelgeving

Uit het vorige KwartaalSignaal bleek al dat er op het gebied van wetgeving weinig over het vennootschapsrecht is te melden. In de zomerperiode is dit niet anders. Voor de maanden juli-september zijn slechts twee relevante ontwikkelingen te signaleren.

Gendergelijkheid in bestuursorganen van beursgenoteerde NV's

De eerste ontwikkeling ziet op het voorstel voor een richtlijn over het verbeteren van de genderbalans bij raden van commissarissen van beursgenoteerde bedrijven (EU-voorstel: Richtlijn Verbeteren gendergelijkheid in besturen van beursgenoteerde bedrijven (COM (2012) 614/615)).

Het doel van de richtlijn is dat beursvennootschappen zich inspannen om te bereiken dat van de leden van raden van commissarissen (of niet-uitvoerende bestuurders) ten minste 40% vrouw en ten minste 40% man is (*Kamerstukken II* 2012-2013, 33 483, nr. 2 (Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken), 30 november 2012). Met die genderbalans wordt gepoogd ‘meer vrouwen aan de top’ te krijgen.

Nederland onderschrijft het belang van het bevorderen van een sterke positie van vrouwen in de top van bedrijven (*Kamerstukken I* 2012-2012, 33 483, nr. B (Brief aan de voorzitter van de Europese Commissie), 18 december 2012). Met de invoering van de Wet Bestuur en Toezicht per 1 januari 2013 kent boek 2 BW al zo'n genderbalansbepaling. In artikel 2:166/276 lid 1 BW staat wat een evenwichtige verdeling van de zetels in het bestuur en de raad van commissarissen is. Evenwichtig houdt in minimaal 30% vrouw en 30% man voor zover de zetels worden verdeeld over natuurlijke personen. Deze regel is tijdelijk van aard en vervalt weer op 1 januari 2016. Zie over dit wettelijk streefcijfer voor vrouwen Houwerzijl, ‘Opzij?! Wettelijke streefcijfers voor vrouwelijke bestuurders en commissarissen’, *TRA* 2010/34, p. 3-4.

Het vaststellen van Europese regelgeving zou het zojuist besproken nationale initiatief doorkruisen en geeft de nationale aanpak onvoldoende tijd om tot resultaat te komen. Nederland beoordeelt de subsidiariteit van de voorgestelde richtlijn dan ook negatief. Volgens het subsidiariteitsbeginsel treedt Europa alleen dan op wanneer dit effectiever is dan een nationaal optreden. Dat wil zeggen: als de doelen van de voorgestelde actie niet voldoende bereikt kunnen worden door de lidstaten zelf. Dit is naar de mening van de Eerste en de Tweede Kamer niet het geval. (*Kamerstuk-*

ken I 2012-2013, 33 483, nr. A (Brief aan de voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal), 13 december 2012 en *Kamerstukken I* 2012-2012, 33 483, nr. B (Brief aan de voorzitter van de Europese Commissie), 18 december 2012).

De Commissie is het niet eens met het standpunt van de Eerste en Tweede Kamer dat het voorstel een negatief effect kan hebben op de goed functionerende nationale initiatieven op het gebied van het streven naar gendergelijkheid. Integendeel, de Commissie erkent uitdrukkelijk dat sommige lidstaten al efficiënte maatregelen hebben genomen en dat deze van toepassing moeten blijven. Het voorstel biedt de lidstaten derhalve de mogelijkheid om de aanpak die zij zelf hebben vastgesteld vóór de inwerking-treding van de voorgestelde richtlijn te blijven volgen, als wordt aangetoond dat die aanpak er ook toe leidt dat de leden van raden van commissarissen (of niet-uitvoerende bestuurders) tegen 2020 voor minstens 40% uit vrouwen en voor minstens 40% uit mannen bestaan (*Kamerstukken I* 2012-2013, 33 483, nr. C (Brief van de vicevoorzitter van de Europese Commissie), 17 juli 2013).

Afhankelijk van het moment waarop de nog enkel voorgestelde richtlijn in werking treedt, zal Nederland na 1 januari 2016 (de datum waarop de Nederlandse bepaling vervalt) moeten bedenken hoe zij de genderbalans verder gaat reguleren.

Consultatie monistisch bestuursmodel coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij (owm)

De tweede ontwikkeling betreft de consultatie over het voorontwerp monistisch bestuursmodel voor de coöperatie en de owm (zie www.internetconsultatie.nl/monistisch_bestuursmodel_coöperatie_onderlinge_waarborgmaatschappij).

Het voorontwerp voorziet in de mogelijkheid voor coöperaties en owm's om te kiezen voor een monistisch bestuursmodel. Een dergelijk bestuursmodel wordt ook wel aangeduid als een *one tier board*. Bij een monistisch bestuursmodel bestaat het bestuur uit twee typen bestuurders: de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders. Er is dus geen aparte raad van commissarissen. De voorgestelde regeling borduurt voort op het wettelijke monistisch bestuursmodel voor de NV en BV, dat sinds 1 januari 2013 geldt. De consultatieronde over het voorontwerp is half september 2013 afgerond. Het is nu wachten op een definitief wetsvoorstel. Zie over dit monistisch bestuursmodel voor de coöperatie en owm: M. van Olffen, ‘Consultatie monistisch bestuursmodel coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij’, *Ondernemingsrecht* 2013/90.

Rechtspraak

De aanwezigheid van baten bij een ontbonden vennootschap is vatbaar voor toetsing door de rechter in andere procedures dan die van artikel 2:23c BW

Een vennootschap houdt in beginsel direct op te bestaan op het moment van haar ontbinding. Dit is slechts anders indien zij nog baten heeft (art. 2:19 lid 4 BW). In dat geval

blijft de vennootschap bestaan voor zover dit voor de vereffening van haar vermogen nodig is (art. 2:19 lid 5 BW). Wanneer pas na het moment waarop zij is opgehouden te bestaan blijkt dat er nog baten zijn, dan kan een verzoek worden gedaan tot heropening van de vereffening op grond van artikel 2:23c lid 1 BW. De vennootschap 'herleeft' dan ter afwikkeling van de heropende vereffening.

Een uitspraak waarin aan de orde was of een vennootschap ten tijde van haar ontbinding nog baten had, is het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2013, *JOR* 2013/236 m.nt. Groffen (*Van Leeuwarden Holding / Van Dijk Holding*). In casu verzoekt een beslaglegger op de aandelen in Ongro BV de rechter op grond van artikel 474g Rv te bepalen dat wordt overgegaan tot verkoop en overdracht van de in beslag genomen aandelen. De enig aandeelhouder van Ongro voert als verweer dat Ongro reeds eerder bij besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders is ontbonden en wegens gebrek aan baten sindsdien niet meer bestaat.

Het verzoek van de beslaglegger kan slechts worden toegewezen indien komt vast te staan dat Ongro ten tijde van haar ontbinding nog baten had. In navolging van de A-G beslist de Hoge Raad dat het oordeel van het bestuur dat een ontbonden rechtspersoon geen baten heeft, ook door de rechter kan worden getoetst in een andere procedure dan die tot heropening van de vereffening. De rechter kan dus in een procedure ex artikel 474g Rv onderzoeken of het aannemelijk is dat er nog baten zijn. Indien dat aannemelijk is, dan geldt de hoofdregel dat de rechtspersoon blijft bestaan voor zover dit nodig is voor de vereffening van zijn vermogen eveneens voor de beslaglegger. De rechter kan vervolgens bepalen op welke wijze en onder welke voorwaarden de verkoop en overdracht van de aandelen dienen te geschieden. De weg van heropening van de vereffening hoeft de beslaglegger volgens de Hoge Raad dus niet te volgen.

Dit oordeel van de Hoge Raad verbaast niet. Een dergelijk standpunt nam ons hoogste rechtscollege eerder al in ten behoeve van schuldeisers van een ontbonden vennootschap. Een schuldeiser van een ontbonden vennootschap hoeft ook geen verzoek tot heropening van de vereffening te doen, maar kan de ontbonden rechtspersoon in rechte betrekken wanneer hij aannemelijk maakt dat er nog baten zijn (HR 26 maart 2004, *JOR* 2004/127; *NJ* 2004, 330). In de literatuur is eenzelfde standpunt ingenomen (Van Schilfgaarde/Winter 2009, nr. 127). Voorts kan een schuldeiser die stelt dat de ontbonden rechtspersoon nog baten heeft, diens faillissement aanvragen. Indien voldoende aannemelijk is dat er nog baten zijn, dan kan het faillissement worden uitgesproken en wordt de rechtspersoon geacht te zijn blijven bestaan ter afwikkeling van het faillissement (HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579 m.nt. Ma).

Volgens annotator Groffen is het oordeel van de Hoge Raad in de onderhavige zaak om proceseconomische redenen toe te juichen. Hij zit hiermee op de lijn van de A-G. Deze vond (in ov. 2.12) dat het inderdaad extra tijd en geld voor partijen en capaciteit voor de rechterlijke macht kost, indien over de mogelijke aanwezigheid van baten moet worden beslist in een afzonderlijke procedure tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c BW.

Doorbraak van aansprakelijkheid naar een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder

Wanneer een rechtspersoon bestuurder is van een andere rechtspersoon, dan bepaalt artikel 2:11 BW dat ook de bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder hoofdelijk aansprakelijk kan zijn. Artikel 2:11 BW bevat geen eigen aansprakelijkheidsnorm, maar breidt de bestaande wettelijke bestuurdersaansprakelijkheden (bijv. op grond van art. 2:9, 2:138/248, 2:139/249 BW) uit ten aanzien van indirect (tweedegraads) bestuurders. Als zij ook weer rechtspersonen zijn, dan rust de aansprakelijkheid vervolgens op hun bestuurders. De toepassing van artikel 2:11 BW is dus niet beperkt tot indirect bestuurders, maar kan worden toegepast op de gehele keten van rechtspersoon-bestuurders totdat wordt uitgekomen bij de natuurlijke personen. Door deze doorschuifmethode rust de aansprakelijkheid uiteindelijk op de natuurlijke personen 'aan de top'. Artikel 2:11 BW voorkomt derhalve dat natuurlijke personen zich eenvoudig aan persoonlijke bestuurdersaansprakelijkheid kunnen onttrekken door het 'tussenschuiven' van rechtspersonen (zie Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009) nr. 476 sub a).

In het arrest van de Hoge Raad van 18 maart 2011, *JOR* 2011/144 m.nt. Van Solinge (*D-Group*) kwam de internationale reikwijdte van artikel 2:11 BW al aan de orde. Het ging in deze zaak om de vraag of artikel 2:11 BW ook van toepassing is indien een buitenlandse rechtspersoon indirect bestuurder is van een Nederlandse rechtspersoon. Volgens de Hoge Raad dient die vraag te worden beantwoord aan de hand van het Nederlandse internationaal privaatrecht. Daaruit volgt dat een bestuurder slechts op grond van artikel 2:11 BW aansprakelijk kan zijn, indien de door hem bestuurde aansprakelijke rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is. Ofwel: een Belgische NV is aansprakelijk ex artikel 2:11 BW indien zij bestuurder is van een Nederlandse vennootschap en deze laatste bestuurder is van een failliete rechtspersoon. De bestuurder van die Belgische vennootschap is vervolgens niet persoonlijk aansprakelijk op grond van het (Nederlandse) wetsartikel.

Onlangs stelde de Rechtbank Oost-Brabant op grond van artikel 392 Rv een soortgelijke vraag aan de Hoge Raad. Die vraag was of artikel 2:11 BW ook van toepassing is indien een Nederlandse rechtspersoon bestuurd wordt door een buitenlandse rechtspersoon, in die zin dat de aansprakelijkheid van deze buitenlandse rechtspersoon-bestuurder tevens rust op zijn bestuurder. De casuspositie in deze zaak verschilt van die van *D-Group* omdat het nu gaat om een doorbraak van aansprakelijkheid naar de bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon als direct bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon.

In navolging van de A-G en met een verwijzing naar het *D-Group*-arrest oordeelt de Hoge Raad wederom dat uit artikel 10:119 onder b BW voortvloeit dat een bestuurder slechts op grond van artikel 2:11 BW aansprakelijk kan zijn, indien de door hem bestuurde rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is (r.o. 3.4 van HR 21 juni 2013, *JOR* 2013/238 m.nt. Verhagen (*Van der Meer* /

Pieper)). De voorgelegde vraag van de rechtbank beantwoordde de Hoge Raad dus eigenlijk al in zijn arrest van 2011. Ons hoogste rechtscollege ziet daarom geen aanleiding voor beantwoording van de vraag, maar doet dat min of meer toch in de zojuist genoemde rechtsoverweging.

Hoe dit ook zij, de uitspraak brengt met zich dat een bestuurder (natuurlijk persoon of rechtspersoon) slechts nog aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 2:11 BW als hij de bestuurder is van een Nederlandse rechtspersoon. De keten van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW wordt dus eenvoudig doorbroken als een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder (direct) bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon is.

Annotator Verhagen vraagt zich dan ook af of de ipr-regel niet onder omstandigheden uitzondering behoeft om misbruik van buitenlandse rechtspersonen tegen te gaan. Hij bespreekt hoe toch tot een doorbraak van aansprakelijkheid naar de bestuurder van een direct buitenlandse rechtspersoon-bestuurder kan worden gekomen op grond van artikel 10:8 lid 1 BW.

Enquêteverzoek door een cliëntenraad

Met ingang van 1 januari 2006 is de Wet Toelating Zorginstellingen (WTZi) in werking getreden (WTZi). Deze wet verplicht zorginstellingen zoals een ziekenhuis, een verpleeg- en verzorgingshuis of gehandicaptenzorginstelling (mits zij de rechtsvorm van een stichting of vereniging hebben), om de enquêtebevoegdheid toe te kennen aan een orgaan dat de cliënten vertegenwoordigt (art. 6.2. WTZi). Dit enquêterecht wordt veelal toegekend aan de cliëntenraad.

Pas vier jaar na invoering van deze wet doet de OK voor het eerst uitspraak in twee WTZi-enquêteprocedures (OK 29 april 2010, *JOR* 2010/187 (*Stichting Zorgcentra De Betuwe*) en 20 mei 2010, *JOR* 2010/188 beide m.nt. Verburg (*Stichting Sherpa*)). Sindsdien is het stil. Cliëntenraden hebben de weg naar OK niet meer gevonden. Daar is onlangs verandering in gekomen.

Kort geleden werd door de cliëntenraad van de Stichting Ilmarinen de derde WTZi-enquêteprocedure geëntameerd (OK 19 april 2013, *JOR* 2013/206 m.nt. De Mol (*Stichting Ilmarinen*)). De cliëntenraad heeft ernstige zorgen over de financiële positie van de stichting. Voorts hekelt de cliëntenraad de informatievoorziening door het bestuur, de houding van de raad van toezicht en de bemoeienis van het bestuur met de samenstelling van de cliëntenraad.

De OK oordeelt dat er wel gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, maar acht een onderzoek niet op zijn plaats. De beschikking schept namelijk al duidelijkheid op een aantal punten. Ten eerste vormen de door de cliëntenraad geuite bezwaren tegen de wijze waarop het bestuur met de gestelde zorgelijke financiële situatie omgaat geen reden voor twijfel aan juist beleid. De OK gaat er voorts van uit dat met de benoeming in de cliëntenraad van de kandidaten die zich hebben aangemeld, de verstoorde verhouding met het bestuur zal verbeteren. Tot slot zal de informatieverstrekking door het bestuur aan de cliëntenraad structureel verbeteren volgens de OK, nu de stichting zelf het tekortschieten in het verleden op dat

vlak (deels) onderschrijft. De OK wijst het verzoek van de cliëntenraad derhalve af.

Volgens annotator De Mol is deze derde WTZi-enquêteprocedure niettemin waardevol voor de praktijk. De OK geeft namelijk nader inzicht in wat verschillende partijen in de zorg op het gebied van medezeggenschap, zoals de raad van bestuur, de raad van toezicht en de cliëntenraad, van elkaar mogen verwachten. Voorts laat de OK zien waar de grenzen liggen in de zorgmedezeggenschap en dat een zorginstelling niet zonder meer wordt belast met een WTZi-enquêteprocedure.

Faillissement Landis; bestuurders en commissarissen aansprakelijk voor € 45 miljoen

Het oordeel van de OK in een enquêteprocedure dat er sprake is (geweest) van wanbeleid bij een rechtspersoon, kan een vervolgstap zijn om de bestuurders of commissarissen van deze rechtspersoon aan te spreken op grond van bestuurdersaansprakelijkheid.

Een goed voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht van 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 m.nt. Verboom (*Landis*). De curatoren stellen de bestuurders en commissarissen van Landis persoonlijk aansprakelijk voor de schulden van Landis. Deze zaak volgt op de reeks uitspraken van de OK en de Hoge Raad waarin bij het Landis-concern wanbeleid is vastgesteld. Zie voor de laatste uitspraak van de OK: OK 15 december 2011 (*JOR* 2012/77 m.nt. Ouweland).

Volgens de rechtbank is op meer vlakken sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en ook van kennelijk onbehoorlijk toezicht door de commissarissen. De verwijten die de bestuurders en commissarissen worden gemaakt, zien voornamelijk op de staat van de boekhouding van Landis en het overnamebeleid in de jaren 1999-2001. De OK stelde eind 2011 in de hierboven genoemde beschikking al vast dat sprake was van wanbeleid van het bestuur en de commissarissen van Landis op maar liefst vijf punten. Op grond van grotendeels dezelfde overwegingen en kwalificaties als die de OK gebruikte voor haar oordeel wanbeleid, acht de rechtbank de bestuurders en commissarissen nu persoonlijk aansprakelijk voor het boedeltekort. Dat is door de curatoren geschat op € 45 miljoen, maar de precieze hoogte daarvan moet nog worden vastgesteld in een schadestaatprocedure.

Gezien de feiten die naar voren kwamen uit de enquêteprocedure, verbaast de onderhavige uitspraak van de rechtbank niet. Niettemin is te verwachten dat er door de bestuurders en commissarissen inmiddels hoger beroep is ingediend. Wordt ongetwijfeld vervolgd.

Literatuur

- S.M. Bartman & J.B. Wezeman (red.), *Uitspraken Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013;
- S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013;
- C.D.J. Bulten & R.G.J. Nowak (red.), *Pocket Rechtspersonen 2013-2014*, Deventer: Kluwer 2013;

- J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 7), Deventer: Kluwer 2013;
- M.M. Mendel & W.J. Oostwouder, *Hoofdzaken NV en BV*, Deventer: Kluwer 2013;
- J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013;
- P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* (bewerkt door J.W. Winter & J.B. Wezeman), Deventer: Kluwer 2013.