

ONDERNEMINGSRECHT

📁 AAK20157788

Mw. mr. S.C.E.F. Moulen Janssen (Van der Heijden Instituut, OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen)

Regelgeving

Betreffende ondernemingsrechtelijke wet- en regelgeving hebben op EU- noch nationaal niveau noemenswaardige ontwikkelingen plaatsgevonden.

Rechtspraak

(Beherend) vennoten van een c.v. of een v.o.f. ook aansprakelijk voor schulden ontstaan vóór toetreding

De eerste te bespreken uitspraak heeft betrekking op de commanditaire vennootschap (c.v.) en de vennootschap onder firma (v.o.f.). Deze twee personenvennootschappen kennen een ander regime dan de BV en de NV. Het belangrijkste verschil is gelegen in de rechtspersoonlijkheid. De v.o.f. en de c.v. hebben geen rechtspersoonlijkheid. Overeenkomsten met deze vennootschappen worden aangegaan met de achterliggende vennoten. De vennoten en niet de personenvennootschap zelf zijn derhalve hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden. De Hoge Raad heeft op 13 maart 2015 duidelijkheid geschapen over de omvang van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor toetredende beherend vennoten bij een c.v. en voor toetredende vennoten bij een v.o.f. (HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588). Voorafgaand aan dit arrest heerste er discussie over de vraag of toetredende vennoten ook aansprakelijk zijn voor schulden ontstaan vóór de toetreding. De heersende leer hield in dat dit alleen mogelijk is indien deze aansprakelijkheid uitdrukkelijk is aanvaard door de desbetreffende vennoot. In het genoemde arrest stelt de Hoge Raad een nieuwe norm: hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat voor schulden zowel vóór als na toetreding van een vennoot.

In de uitspraak werd een vennoot van een c.v. aangesproken door een pensioenfonds voor een aanslag die van toepassing was op zowel de periode voor als na zijn toetreding. De Hoge Raad bevestigt de beslissingen van de rechtbank en het hof en geeft aan dat de vennoot van een c.v. (en daarmee ook van een v.o.f.) tevens aangesproken kan worden voor schulden ontstaan vóór zijn toetreding. Hij geeft daarvoor drie argumenten. Allereerst is uit de wettekst en de strekking van de artikelen 18 en 19 lid 1 WvK niet af te leiden dat onderscheid wordt gemaakt naar het ontstaansmoment van de schulden. Artikel 18 WvK (jo. art. 19 lid 2 WvK ook van toepassing op de beherend vennoten van een c.v.) spreekt van hoofdelijke verbondenheid van de vennoten van een v.o.f. voor (alle) *verbintnissen* van de vennootschap. Voorts beredeneert de Hoge Raad dat stille vennoten van een c.v. die in strijd handelen met het beheersverbod van artikel 20 WvK ook hoofdelijk

aansprakelijk zijn voor *alle* schulden van de vennootschap (zie art. 21 WvK en HR 24 april 1970, NJ 1970/406 m.nt. Scholten). Tot slot dient de beslissing van de Hoge Raad de rechtszekerheid. Schuldeisers van een c.v. of een v.o.f. hoeven hierdoor geen onderzoek te doen naar het ontstaansmoment van de schulden. Bovendien hoeven schuldeisers zich niet te bekommeren om de vraag wie van de (beherend) vennoten zij kunnen aanspreken. Het feit dat de schuldeisers een extra verhaalsmogelijkheid voor de betaling van hun vorderingen erbij krijgen, vormt volgens de Hoge Raad geen reden tot een andere conclusie.

Afsluitend geeft ons hoogste rechtsorgaan advies aan toetredende vennoten. Zij kunnen zekerheid voor zichzelf bedingen door bijvoorbeeld onderzoek te doen naar de schulden van de vennootschap en garanties of afspraken maken met de overige vennoten over de onderlinge draagplicht met betrekking tot de reeds bestaande schulden.


Het agenderingsrecht van artikel 2:114a BW

Een uitspraak die geen opvallende juridische inhoud bevat, maar wel interessant is voor de praktijk, is de uitspraak van de voorzieningenrechter inzake *Boskalis / Fugro* (Rb. Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3452). Ik zet de feiten kort uiteen. Bodemonderzoeker Fugro NV is een beursgenoteerd bedrijf met drie beschermingsconstructies. Het is daarmee de best beschermde beursvennootschap van Nederland (zie bijv.: W. Dekker, 'Nederlandse bedrijven sterk beschermd tegen belagers', *de Volkskrant*, 15 oktober 2013). Als eerste beschermingsconstructie kent Fugro, zoals de meeste beursgenoteerde NV's, een Stichting Beschermingspreferente aandelen. Een dergelijke stichting kan een call-optie uitoefenen tot 100 procent van het geplaatst kapitaal. Het daadwerkelijk invoeren van deze call-optie, en het vervolgens kopen van de preferente aandelen, zorgt voor een verschuiving in de zeggenschap in de 'oorspronkelijke' aandeelhoudersvergadering (ava) van Fugro. Het geplaatst kapitaal groeit en daartegenover staat een vermindering van het aandelenbelang van de zittende aandeelhouders. De tweede beschermingsconstructie is gelegen in de certificaten die met medewerking van Fugro zijn uitgegeven aan een tweede stichting, de Stichting Administratiekantoor (AK). Weliswaar kunnen certificaathouders op grond van artikel 2:118a lid 1 BW de Stichting AK verzoeken tot uitoefening van hun stemrechten in de ava van Fugro, maar de Stichting AK houdt de bevoegdheid tot weigering van dit verzoek. Zo kan zij de zeggenschap in eigen hand houden (zie art. 2:118a lid 2 BW). Tot slot de derde beschermingsconstructie: een Stichting Continuïteit. Deze Stichting, gezeteld op Curaçao, heeft eveneens de mogelijkheid tot uitoefening van een call-optie op de preferente aandelen in twee belangrijke dochtervennootschappen van Fugro. De zeggenschap in de ava van de twee belangrijke dochtervennootschappen, de 'crown jewels' van Fugro, komt zo in overwegende mate in handen van de Stichting.

Waterbouwer Boskalis NV is (groot)aandeelhouder in Fugro. Eerstgenoemde meent dat het in stand houden van de drie beschermingsconstructies niet meer van deze tijd is. Met name de laatste beschermingsconstructie is 'niet proportioneel', Fugro is zo te goed beschermd tegen belagers. Boskalis maakt gebruik van haar recht van agendering op grond van artikel 2:114a BW en wil tijdens de ava een stemming over deze constructie. Zij stelt hier toe een aanbeveling op. Het bestuur van Fugro weigert aan de wensen van Boskalis tegemoet te komen, Boskalis stapt vervolgens naar de voorzieningenrechter. Deze honoreert de wensen van Boskalis op 17 maart 2015 ook niet, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis waarin is aangegeven dat een agendaverzoek tot stemming afgewezen mag worden als de aandeelhouders zich daarmee bevinden op het terrein van de strategie van de vennootschap. De strategie hoort immers bij de bevoegdheid van het bestuur (*Kamerstukken II* 2008/09, 31746, 7, p. 12, zie o.m. HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434 m.nt. J.M. Maeijer (*ABN AMRO*) en HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 m.nt. M.J. van Ginneken (*ASMI*)). Het willen ontmantelen van de beschermingsconstructie gaat de bevoegdheid van aandeelhouder Boskalis te buiten. Hoewel Boskalis reeds aangeeft dat het gaat om de stemming over een aanbeveling en deze stemming niet bindend is, meent de voorzieningenrechter dat een dergelijke stemming de verhouding tussen de ava en het bestuur op scherp zet en druk uitoefent op de bevoegdheden van het bestuur. Daarvoor is artikel 2:114a BW niet bedoeld. De ratio achter het agenderingsrecht is namelijk de dialoog tussen het bestuur en de kapitaalverschaffers te vergroten. Daar komt het bestuur van Fugro aan tegemoet. Deze heeft namelijk de beschermingsconstructies als 'bespreekpunt' op de agenda gezet. Oftewel: discussiepunten mogen, besluitvormingspunten niet (zie ook F.G.K. Overkleef, 'Het agenderingsrecht voor aandeelhouders in beursvennootschappen: een aanzet tot(her)bezinning', *Ondernemingsrecht* 2009/167).

De zaak heeft gezorgd voor enorme media-aandacht voor de twee bedrijven. De vraag is welke stappen Boskalis nu gaat ondernemen. Zij is haar aandelenbelang in Fugro aan het vergroten, maar blijft tegelijkertijd volhouden dat zij slechts de corporate governance van Fugro aan de kaak wil stellen en geen volledige heerschappij over Fugro wenst. Wordt wellicht vervolgd.

Herleven van een vennootschap: herroeping van een ontbindingsbesluit

Een vennootschap kan worden ontbonden. De wet geeft in artikel 2:19 BW de mogelijkheid hiertoe. Na de vereffening (of na een turboliquidatie) houdt de vennootschap op te bestaan. Kan de vennootschap vervolgens weer herleven? Waar in de literatuur en in de lagere jurisprudentie al sprake was van een zekere aanvaarding van het herroepen van ontbindingsbesluiten, heeft de Hoge Raad zich in december 2014 voor het eerst uitgelaten over deze kwestie (HR 19 december 2014, *ECLI:NL:HR:2014:3677*, *JOR* 2015/33 m.nt. C.J. Scholten,  AA20150300 m.nt.

M.J.G.C. Raaijmakers). In deze zaak nam de ava van Rifgat BV een besluit tot ontbinding en werd de ontbinding in het handelsregister ingeschreven. De bedoeling van het ontbindingsbesluit was dat alle activa en passiva van Rifgat werden overgedragen aan zijn (indirect) bestuurder. Rifgat had een aanzienlijke vordering op een vennootschap naar Servisch recht, Rodenstaal Balkan. Ook hield zij aandelen in Rodenstaal Balkan. Rifgat wist ten tijde van het ontbindingsbesluit van de vordering en de aandelen. Zij komt er echter pas na de inschrijving in het handelsregister achter dat het naar Servisch recht niet mogelijk is als ontbonden vennootschap de vordering op en de aandelen in Rodenstaal Balkan over te dragen aan de voormalig bestuurder van Rifgat. De ava van Rifgat neemt vervolgens een besluit tot herroeping van de ontbinding. Zij verzoekt de rechtbank om een verklaring voor recht dat de vennootschap weer 'leeft'. Zowel de rechtbank als het hof (Rodenstaal Balkan stelde hoger beroep in) oordelen dat deze herroeping geoorloofd is. Ook de Hoge Raad geeft aan dat herroeping van een ontbindingsbesluit in beginsel is toegestaan. De wet geeft deze mogelijkheid niet, maar sluit het evenmin uit. De Hoge Raad vult thans de leemte in de wet en komt met regels en voorwaarden voor een rechtsgeldige herleving van een BV.

Met een verwijzing naar het bekende arrest *Janssen Pers* (HR 10 maart 1995, *NJ* 1995/595 m.nt. J.M. Maeijer) merkt de Hoge Raad eerst op dat de in het algemeen voor besluiten van de ava geldende vereisten ook van toepassing zijn op de herroeping van een ontbindingsbesluit. De herroeping mag echter onder geen beding afbreuk doen aan de rechten en de belangen van derden alsmede aan de eisen van rechtszekerheid. In een concreet geval houdt dit volgens de Hoge Raad in dat de BV nog moet bestaan. In de situatie uit artikel 2:19 lid 4 of lid 6 BW (turboliquidatie of vereffening) is herroeping niet mogelijk. Voorts moet het besluit tot herroeping, genomen door de ava, rechtsgeldig tot stand zijn gekomen. Daarnaast moet de BV inzicht verschaffen in de vermogenstoestand van de BV ten tijde van de ontbinding, de herroeping en ten tijde van de tussenliggende periode. Een accountantsverklaring is hierbij verplicht. Derden mogen geen nadeel ondervinden van de herroeping. Zo nodig moet de BV een compensatie, garanties of andere zekerheid aan derden bieden, bijvoorbeeld voor de vereffeningshandelingen die zijn verricht voorafgaand aan de herroeping. De herroeping heeft namelijk geen terugwerkende kracht. Tot welk tijdstip de herroeping mag plaatsvinden, kan volgens de Hoge Raad niet in zijn algemeenheid worden bepaald. De termijn kan echter wel een aanwijzing vormen bij de beantwoording van de vraag of de herroeping afbreuk doet aan de rechten en de belangen van derden alsmede aan de rechtszekerheid. Ofwel: hoe langer de BV een sluimerend bestaan heeft geleid, hoe meer afbreuk mogelijk is.

Het besluit tot herroeping heeft tot slot pas rechtsgevolg wanneer de rechter op verzoek van de BV een verklaring voor recht heeft afgegeven. De Hoge Raad somt daarbij, afgezien van de hierboven genoemde omstandigheden, een aantal aanwijzingen op aangaande de op de BV rustende

bewijslast. Zo moet de BV de reden voor en het belang van de herroeping aangeven, alsmede welke derden betrokken zijn.

Schadeloosstelling SNS

De uitspraak waar menig jurist op heeft gewacht, is de uitspraak van de Hoge Raad van 20 maart 2015 inzake de schadeloosstelling van de voormalig aandeelhouders en achtergestelde schuldeisers van SNS (HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661). De minister van Financiën heeft laatstgenoemden in maart 2013 een schadeloosstelling van nul euro aangeboden. De Ondernemingskamer (OK) oordeelde in juli 2013 dat dit bedrag te laag is (Gerechtshof Amsterdam (OK) 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *JOR* 2013/250 m.nt. M.W. Josephus Jitta). De Hoge Raad geeft nu aan dat de OK los van de waardering van de minister tot een eigen waardering moet komen. Het aanbod van de minister van nul euro moet aldus zelfstandig worden gezien. Het argument dat de minister zijn bod onvoldoende heeft toegelicht, mag derhalve geen reden zijn voor de aanneming van een hogere schadeloosstelling. De Hoge Raad gaat vervolgens verder in op een toekomstige waardering van de schadeloosstelling. Daarbij moet de OK als uitgangspunt nemen de prijs die redelijk handelende partijen (dus niet de hoogste bieder) zouden zijn overeengekomen bij een vrije koop wanneer er geen onteigening had plaatsgevonden. Anders geformuleerd: wat was het objectief vastgestelde toekomstperspectief van SNS ten tijde van de onteigening (art. 6:9 Wft spreekt over de peildatum)? Het gaat, aldus nog steeds de Hoge Raad, om de daadwerkelijke financiële situatie van SNS op de peildatum, waarbij alle relevante feiten en omstandigheden een rol spelen. Ook wanneer die nog niet bekend waren op het moment van de onteigening. Dit betekent dat de beurskoers een omstandigheid kan zijn die een rol speelt, maar dat terughoudendheid wel vereist is. Dit heeft onder meer te maken met speculatieve elementen ten aanzien van die koers. De OK kan met deze uitgangspunten aan de slag bij de waardering van de schadeloosstelling.

Naast de nuleurokwestie speelde er ook nog iets anders. SNS was een concern met aan het hoofd de moedervenootschap SNS Reaal. Deze moeder had voor de dochtervenootschap SNS Bank een 403-verklaring afgegeven. Een dergelijke verklaring brengt met zich dat de dochter geen eigen jaarrekening hoeft op te maken, maar dat haar cijfers worden opgenomen in de jaarrekening van de moeder. Met de 403-verklaring aanvaardt de moeder hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van de dochtervenootschap die uit een rechtshandeling voortvloeien, zie artikel 2:403 lid 1 sub f BW. De kwestie die speelt, is of de achtergestelde schuldeisers, die de achterstelling met de dochter zijn overeengekomen, zich ook in een achtergestelde verhaalspositie bevinden ten opzichte van de moeder. De OK meende van wel. SNS Bank heeft met de overeenkomst tot achterstelling niet beoogd het schuldeisersrisico te verlagen voor de situatie dat naast zichzelf een andere debiteur (te weten SNS Reaal op basis

van de 403-verklaring) zou bestaan. De Hoge Raad oordeelt anders en geeft aan dat indien in de achterstellingsovereenkomsten niets is bepaald ten aanzien van de verhaalspositie ten opzichte van een derde, de achterstelling ook niet jegens die derde geldt. Die derde was immers geen partij bij de overeenkomst. Dit alles geschiedt aan de hand van uitleg van de 403-verklaring naar objectieve maatstaven (zie HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493 m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*)). De uitleg van artikel 3:277 lid 2 BW leidt tot eenzelfde conclusie. In dat wetsartikel staat dat een achterstellingsbeding alleen ziet op de rangorde bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar waarmee het beding is gesloten.

Literatuur

- J.W. Bellingwout e.a., *De toekomst van IP-regimes in Nederland en Europa* (ZIFO-reeks deel 15), Deventer: Kluwer 2015;
- B. Bier e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance Editie 2014-2015*, Deventer: Kluwer 2014;
- M.B.F. Canisius & R.E.H. Canisius, *Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 127), Deventer: Kluwer 2015;
- A. Dorresteyn e.a., *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak* (ZIFO-reeks deel 16), Deventer: Kluwer 2015;
- J.B. Huizink e.a., *Het concern van 2020* (ZIFO-reeks deel 14), Deventer: Kluwer 2015;
- M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verburgh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015;
- M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.), *Jurisprudentie Ondernemingsrecht 1897-2014*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015.