

Het ondernemingsrecht in een stroomversnelling

Adriaan Dorresteyn en Sandra van den Braak

SAMENVATTING Door toegenomen activiteiten van de Europese en de Nederlandse wetgever is het ondernemingsrecht in een stroomversnelling terechtgekomen. De belangrijkste impulsen hiervoor zijn de internationalisering van kapitaalmarkten en bedrijfsleven en de grotere mogelijkheden om met een vennootschap die in de ene lidstaat is opgericht, in een andere lidstaat te opereren. In de schaduw van deze ontwikkelingen blijft de Nederlandse rechter op deelgebieden van het ondernemingsrecht piketpaaltjes slaan die voor de praktijk ook van groot belang zijn. Met dit artikel wordt beoogd een overzicht te geven van de belangrijkste ontwikkelingen in het hedendaagse ondernemingsrecht.

1 Inleiding

Op Europees niveau springen enkele wapenfeiten direct in het oog. Markant is de introductie van de Europese Vennootschap, een nieuwe rechtsvorm waarvan met ingang van 8 oktober 2004 gebruik kan worden gemaakt. Uniek aan deze vennootschap is onder andere de mogelijkheid om binnen de EU de zetel te verplaatsen van het ene land naar het andere. Nationale vennootschappen kunnen dat niet, hoewel de Europese rechter intussen ook voor deze categorie de vrijheid van vestiging veel meer inhoud heeft gegeven. De Europese Commissie heeft in 2003 een

Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn is decaan Faculteit Rechtsgeleerdheid, Economie en Bestuurs- en organisatiewetenschappen van de Universiteit Utrecht en hoogleraar Internationaal ondernemingsrecht, Mr. drs. S.M. van den Braak is als universitair docent Handels- en Ondernemingsrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

Actieplan gelanceerd waaruit blijkt dat er nog tal van andere initiatieven te verwachten zijn. Zo komt er regelgeving op het gebied van grensoverschrijdende fusies en de jaarrekening. En op het gebied van corporate governance zal op Europees niveau onder leiding van de Commissie naar betere afstemming van de codes worden gestreefd.

Mede onder invloed van deze Europese impulsen laat ook de Nederlandse wetgever zich niet onbetuigd. De komst van de Europese Vennootschap en de toegenomen vrijheid van vestiging voor vennootschappen maken het noodzakelijk om het Nederlandse ondernemingsrecht aantrekkelijk te houden. Dat is het hoofdmotief van de regeringsnota Modernisering Ondernemings- en Vennootschapsrecht. Belangrijkste voornemen is de vereenvoudiging van het BV-recht. De BV moet kunnen concurreren met buitenlandse rechtsvormen en daarom van haar rigide keurslijf worden ontdaan. Intussen is ook een belangrijk deel van de oogst van de corporate governance-discussie binnengehaald: op 1 oktober 2004 is de nieuwe structuurregeling van kracht geworden. De structuurregeling behelst, zoals bekend, voor 'grote' vennootschappen een verplichte Raad van Commissarissen waarvan de leden worden benoemd via een systeem van coöptatie. Deze steen des aanstoots voor corporate governance-adepten is nu weggenomen. De benoeming vindt weer plaats door de aandeelhouders zij het via een ingewikkeld systeem van aanbevelingsrechten en bindende voordrachten.

Belangrijke ontwikkelingen kunnen, ten slotte, ook op het conto van de hoogste Nederlandse rechter, de Hoge Raad, worden geschreven. Het enquêterecht is verder ontwikkeld evenals de bestuurdersaansprakelijkheid en het onderwerp van het tegenstrijdig belang.

In deze bijdrage zullen we de bovengenoemde onderwerpen nader verkennen. Achtereenvolgens komen

aan de orde het Actieplan 2003 van de Europese Commissie (paragraaf 2), de vestigingsvrijheid (paragraaf 3), de Europese Vennootschap (paragraaf 4), de vereenvoudiging van het BV-recht (paragraaf 5), de nieuwe structuurregeling (paragraaf 6) en enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad (paragraaf 7).

2 Company Law Action Plan 2003

De invloed van 'Europa' op het Nederlandse vennootschaps- en ondernemingsrecht dateert al van decennia her. In de jaren zestig, zeventig en tachtig van de vorige eeuw is de nationale wetgeving aangepast aan EG-richtlijnen op het gebied van openbaarmaking van gegevens en vertegenwoordiging, kapitaalbescherming, juridische fusie, jaarrekening, juridische splitsing, geconsolideerde jaarrekening, kwalificaties accountant, inschrijving bijkantoren en eenpersoons-BV. Na een periode van stilstand in de jaren negentig ziet het er naar uit dat dit harmonisatieproces een nieuwe bloeiperiode tegemoet gaat. Niet alleen kwam in het voorjaar van 2004 de Dertiende EG-richtlijn inzake openbare overnamebiedingen tot stand (Richtlijn 2004/25/EG), ook presenteerde de Europese Commissie een Company Law Action Plan met initiatieven voor onder andere nieuwe richtlijnen (COM 2003, 284 final).

Een aantal van de EG-richtlijnen heeft alleen betrekking op vennootschappen van het NV-type. Het BV-recht van de lidstaten vertoont dientengevolge meer onderlinge verschillen dan het NV-recht. Een aansprekend voorbeeld in dit verband is de tweede EG-richtlijn inzake kapitaalbescherming. Deze richtlijn is slechts van toepassing op NV's. Nederland past de uit de richtlijn voortvloeiende regels vrijwillig toe op de BV. Andere lidstaten (waaronder Engeland), doen dat niet, hetgeen resulteert in enerzijds een BV met een minimumkapitaalvereiste en anderzijds een Limited zonder een minimumkapitaalvereiste. In het kader van de vestigingsvrijheid is dit een interessant gegeven, dat noopt tot aanpassing van het BV-recht (zie hieromtrent paragraaf 5).

In het Company Law Action Plan 2003 (het Actieplan) formuleert de Commissie de doelen die zij met de nieuwe initiatieven nastreeft. In de eerste plaats is dat de versterking van de rechten van aandeelhouders en de bescherming van derden. In de tweede plaats de bevordering van 'business efficiency and competitiveness'. Het actieplan kondigt initiatieven aan voor de korte, de middellange en de lange termijn. In het bijzonder de actielijst voor de korte termijn is interes-

sant: corporate governance, herstructurering en Europese rechtsvormen. De Europese rechtsvormen komen nader aan de orde in paragraaf 4.

Voor wat betreft corporate governance kiest de Commissie uitdrukkelijk niet voor de introductie van inhoudelijke regels op Europees niveau. Wat de Commissie wél wil is een verbetering van de corporate governance via grotere transparantie. De Commissie denkt daarbij in het bijzonder aan de verplichting voor beursvennootschappen om in hun jaarstukken een corporate governance-verklaring op te nemen. Deze verklaring zou onder andere moeten verwijzen naar een nationale code – voor Nederland: de Code Tabaksblat – waarbij dan tevens wordt aangegeven dat de betreffende vennootschap deze code naleeft, of, als dat niet het geval is, waarom de vennootschap de code niet naleeft. Een dergelijk 'comply or explain'-mechanisme is reeds opgenomen in de Nederlandse wetgeving; zie het nieuwe artikel 391 lid 4 boek 2 BW (Stb. 2004, 370). De Commissie streeft voorts naar verbetering van de corporate governance door middel van de versterking van de rechten van aandeelhouders. In dat verband noemt de Commissie onder andere het recht om op afstand te stemmen en het recht om langs elektronische weg deel te nemen aan de algemene vergadering van aandeelhouders.

Het Actieplan bevat ook initiatieven om oude voorstellen voor nieuwe richtlijnen te doen herleven. De Commissie hoopt op korte termijn met een nieuw voorstel te komen voor een Tiende EG-richtlijn inzake grensoverschrijdende juridische fusie en een Veertiende EG-richtlijn inzake grensoverschrijdende zetelverplaatsing. De Tiende Richtlijn moet het mogelijk maken dat bijvoorbeeld een Nederlandse NV en een Duitse AG juridisch kunnen fuseren tot één rechtspersoon. Ingevolge de Veertiende Richtlijn zou een vennootschap naar nationaal recht het hoofdbestuur (en de statutaire zetel) naar een andere lidstaat kunnen verplaatsen en daarbij tevens de status van vennootschap naar het recht van die andere lidstaat kunnen aannemen. Een Nederlandse NV zou zich op die manier bijvoorbeeld kunnen 'transformeren' tot een Duitse AG.

Alvorens de grensoverschrijdende juridische fusie en zetelverplaatsing kunnen worden geïntroduceerd, zal men het eens moeten worden over aspecten van vennootschapsrecht die te maken hebben met de bestuursstructuur en de medezeggenschap van werknemers. Bij de onlangs geïntroduceerde Europese Vennootschap (zie paragraaf 4) is het inmiddels gelukt deze lastige aspecten te regelen. Dat zal naar

verwachting de totstandkoming van de Tiende Richtlijn en de Veertiende Richtlijn bespoedigen (Winter 2002, p. 2039).

Tot slot dan nog de Dertiende EG-richtlijn betreffende het openbaar overnamebod (Richtlijn 2004/25/EG). Na een roerige voorgeschiedenis van vijftien jaar is deze richtlijn voorjaar 2004 tot stand gekomen. Uiterlijk op 20 mei 2006 moeten de lidstaten hun nationale wetgeving hebben aangepast. De richtlijn introduceert een verplicht bod voor een aandeelhouder die een bepaald, door de lidstaten zelf vast te stellen, percentage van de stemrechten in een beursvennootschap kan uitoefenen. Achterliggende gedachte hierbij is de bescherming van de minderheidsaandeelhouders in de betreffende vennootschap. De richtlijn bevat voorts bepalingen over het gedrag van de doelvennootschap als op de aandelen in die vennootschap een openbaar bod is uitgebracht. Zo mag het bestuur ten tijde van een openbaar bod geen beschermingsmaatregelen treffen zonder goedkeuring van de aandeelhouders. Bovendien worden door een openbaar bod de eventueel al bestaande beschermingsmaatregelen doorbroken. Doordat deze regels in de definitieve richtlijn zijn opgenomen in de vorm van een keuzemenu voor de lidstaten, zal van het beoogde Europa-wijde 'level playing field' waarschijnlijk niet veel terecht komen.

3 Vestigingsvrijheid

Artikel 43 EG-Verdrag waarborgt dat de onderdanen van een lidstaat zich mogen vestigen op het grondgebied van een andere lidstaat. Dit geldt krachtens artikel 48 EG-Verdrag niet alleen voor natuurlijke personen, maar ook voor vennootschappen. Men kan de vestiging van een vennootschap in een andere lidstaat van twee kanten bezien: vanuit het perspectief van de lidstaat van vertrek en vanuit dat van de lidstaat van vestiging. Vanuit de lidstaat van vertrek bezien rijst de vraag in hoeverre deze lidstaat verplicht is het hoofdkantoor van een 'eigen' vennootschap daadwerkelijk te laten vertrekken. Vanuit het perspectief van de lidstaat van vestiging rijst de vraag in hoeverre de lidstaat van vestiging een binnenkomende buitenlandse vennootschap moet accepteren.

Het perspectief van de lidstaat van vertrek is duidelijk gemaakt in het Daily Mail-arrest (1988). De lidstaten zijn vooralsnog vrij in de beantwoording van de vraag of zij hun 'eigen' vennootschappen toestaan het hoofdbestuur naar een andere lidstaat te verplaatsen. Dit zal uiteraard anders worden indien de geplande

Veertiende EG-richtlijn inzake zetelverplaatsing wordt aangenomen (zie paragraaf 2).

Werkelijke vestigingsvrijheid vereist dat de lidstaat van vestiging een buitenlandse vennootschap ten volle accepteert. Timmerman (2003 p. 41) spreekt in dit verband treffend van een Europees paspoort voor een vennootschap die volgens het recht van een van de lidstaten is opgericht. De benadering van buitenlandse vennootschappen door sommige lidstaten staat echter nog heel ver af van een 'Europees paspoort'. Het Hof van Justitie EG heeft in de serie arresten Centros (1999), Überseering (2002) en Inspire Art (2003) de vrijheid van vestiging een stuk dichterbij gebracht. In het eerste arrest werden de Deense autoriteiten gedwongen een Engelse vennootschap toe te laten die zich louter richtte op de Deense markt (Centros). De Duitse rechter moest een Nederlandse vennootschap die voornamelijk actief was in Duitsland, erkennen als rechtsbevoegde procespartij (Überseering). En de Nederlandse Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen is in strijd met het recht van vrije vestiging (Inspire Art).

Nederland hanteert bij de vennootschapsrechtelijke behandeling van buitenlandse vennootschappen van oudsher de incorporatieleer. Deze leer, gecodificeerd in artikel 2 Wet conflictenrecht corporaties (Wcc), heeft tot gevolg dat buitenlandse vennootschappen die in Nederland een (bij)kantoor hebben, niet worden onderworpen aan het Nederlandse vennootschapsrecht, maar beheerst blijven – ook vanuit Nederlands perspectief – door het vennootschapsrecht van het land van oprichting. Om misbruik tegen te gaan is in 1998 de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (Wfbv) ingevoerd (Stb. 1997, 697). De Wfbv legt aan formeel buitenlandse vennootschappen – in weerwil van de incorporatieleer – verplichtingen op van Nederlands vennootschapsrecht. Het gaat hier om buitenlandse vennootschappen die hun werkzaamheden geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en voorts geen werkelijke band hebben met het betreffende buitenland. De artikelen 2 e.v. Wfbv leggen aan dergelijke vennootschappen verplichtingen op als inschrijving bij de Kamer van Koophandel als formeel buitenlandse vennootschap, openbaarmaking van gegevens en minimumkapitaal.

Inspire Art betrof een vennootschap naar Engels recht die volgens de Amsterdamse Kamer van Koophandel kwalificeerde als formeel buitenlandse vennootschap en dus als zodanig moest worden ingeschreven. Inspire Art stelde zich op het standpunt dat de uit de Wfbv voortvloeiende verplichtingen botsen met de

vestigingsvrijheid. Het Hof van Justitie EG oordeelde dat de Wfbv, doordat zij Nederlandse vennootschapsrechtelijke regels oplegt aan buitenlandse vennootschappen, de vestigingsvrijheid belemmert zonder dat daar een rechtvaardigingsgrond voor is. Het oprichten van een vennootschap in een lidstaat met het doel gebruik te maken van een gunstiger wettelijke regeling, is volgens het hof op zichzelf een geoorloofd gebruik van de vestigingsvrijheid. Deze handelwijze levert op zichzelf geen misbruik op. Alleen in concrete gevallen van misbruik mag een lidstaat eigen regels van vennootschapsrecht toepassen op een buitenlandse vennootschap.

Inspire Art dwingt de Nederlandse wetgever tot een reactie. Inmiddels is er een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen¹. Uitgangspunt is dat de Wfbv alleen zal gelden voor niet-Europese vennootschappen, waaronder ook Antilliaanse en Arubaanse². Er is één uitzondering op dit uitgangspunt: artikel 6 Wfbv blijft in het wetsvoorstel van toepassing op EU-vennootschappen. Via artikel 6 Wfbv zullen de bepalingen uit boek 2 BW terzake van de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in verband met een misleidende jaarrekening van toepassing blijven op formeel buitenlandse vennootschappen, ook als die uit de EU 'afkomstig' zijn³. Daarnaast geldt ook nog, via de hierboven genoemde Wet conflictenrecht corporaties, een andere bepaling uit Boek 2 BW voor buitenlandse vennootschappen, te weten artikel 138 dat handelt over bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement. Aangenomen mag worden dat de toepassing van de genoemde Nederlandse aansprakelijkheidsbepalingen op EU-vennootschappen in beginsel is toegestaan, omdat deze bepalingen zijn gericht op de bestrijding van concrete gevallen van misbruik (Van den Braak, 2004 p. 826).

De ondernemer die zijn louter Nederlandse onderneming wil onderbrengen in een kapitaalvennootschap heeft voortaan vennootschapsrechtelijk gezien drie opties:

- 1 een Nederlandse NV of BV, beheerst door de regels van boek 2 BW;
- 2 een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat, beheerst door de vennootschapsrechtelijke regels van die lidstaat en door aantal aansprakelijkheidsbepalingen uit boek 2 BW (artikel 138, 249, 260, 261);
- 3 een vennootschap naar het recht van een niet-EU-lidstaat, beheerst door het recht van de betreffende staat en daarnaast door de bepalingen van de Wfbv en de genoemde aansprakelijkheidsbepalingen uit boek 2 BW.

De praktijk zal uitwijzen tot welke verschuivingen in keuzegedrag Inspire Art aanleiding geeft. Buitenlandse EU-vennootschappen zijn ten opzichte van niet-EU-vennootschappen in elk geval aantrekkelijker geworden.

4 Europese Vennootschap en andere Europese rechtsvormen

Aan de introductie van Europese rechtsvormen ligt de gedachte ten grondslag dat een rechtsvorm, die onafhankelijk is van nationale vennootschapswetgevingen, bevorderlijk is voor de Europese integratie. Samenwerking over de grenzen heen kan dan geschieden in een communautaire rechtsvorm in plaats van in een nationale rechtsvorm die bij een of meer deelnemers in de samenwerking relatief onbekend is. Er zijn reeds twee Europese rechtsvormen beschikbaar. Sedert 1989 is er het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV); sedert 8 oktober 2004 kan krachtens Verordening nr. 2157/2001 ook de Europese vennootschap (Societas Europaea/SE) worden opgericht. Per 18 augustus 2006 komt daar een derde rechtsvorm bij: de Europese coöperatie, Verordening nr. 1435/2003. De Europese Commissie wil blijkens haar Actieplan ook een Europese Vereniging, Europese Onderlinge Waarborgmaatschappij en Europese Stichting introduceren. Voorts komt er een onderzoek naar de voor- en nadelen van de introductie van een Europese BV.

Van het EESV wordt niet veel gebruikgemaakt. De SE zal volgens onder andere Winter (2002 p. 2035) eenzelfde lot beschoren zijn. Als oorzaak ziet Winter de te grote rol van het nationale recht van de lidstaten (niet één, maar vijftientig SE's), de medezeggenschapsregeling bij de SE (gecompliceerd en inconsistent) en het ontbreken van een afzonderlijke fiscale regeling.

De SE wordt in de eerste plaats beheerst door de Verordening betreffende het statuut van de SE. De verordening bepaalt dat bij de oprichting van een SE ondernemingen uit verschillende lidstaten betrokken moeten zijn. Het geplaatst kapitaal bij oprichting dient minimaal € 120.000 te bedragen. De statutaire zetel en de werkelijke zetel van de SE moeten binnen de Gemeenschap op dezelfde plaats worden gevestigd. De SE verkrijgt pas rechtspersoonlijkheid met ingang van de datum van inschrijving in het handelsregister. Op het punt van de bestuursstructuur biedt de verordening de mogelijkheid te kiezen voor de monistische of de dualistische structuur. De keuzemogelijkheid is het gevolg van een compromis tussen de lidstaten die in hun nationale recht het Angelsaksische one-tier

model volgen (een bestuursorgaan waarin naast executive ook non-executive leden kunnen zitten) en de lidstaten die het two-tier model kennen (naast het bestuursorgaan een apart toezichthoudend orgaan). Nederland is wel vertrouwd met het two-tier model (denk aan de structuurvennootschap met een verplicht toezichthoudend orgaan in de vorm van de raad van commissarissen), maar niet met het one-tier model. Mede naar aanleiding van de ontwikkelingen bij de SE, wordt door de regering overwogen om het one-tier model ook voor NV's beschikbaar te stellen⁴.

Veel onderwerpen van vennootschapsrecht worden niet in de Verordening geregeld, maar ter regeling overgelaten aan het nationale (NV-)vennootschapsrecht van de lidstaten. Te noemen zijn onder andere kapitaalbescherming, aandelenstructuur, statutenwijziging, bestuurdersaansprakelijkheid en enquêterecht. Het resultaat is dat elke SE ook duidelijk nationaal van karakter zal zijn. Dat zal er ongetwijfeld toe leiden dat de oprichters van een SE bij de keuze voor de vestigingsplaats van de SE rekening zullen houden met de mate waarin zij het betreffende nationale NV-recht als aantrekkelijk ervaren.

De totstandkoming van de SE heeft een lange voorgeschiedenis. Het eerste ontwerp voor regelgeving dateert al van 1970. Belangrijk struikelblok bij de totstandkoming van de SE was de medezeggenschap. Tussen de lidstaten bestaan uiteenlopende ideeën over de rol van de werknemers binnen de onderneming. De Nederlandse opvatting dienaangaande is terug te vinden in de Wet op de ondernemingsraden en de structuurregeling (zie paragraaf 6). De medezeggenschapsbarrière is uiteindelijk genomen door de medezeggenschapsregeling los te koppelen van de verordening die de SE regelt, en onder te brengen in een aparte richtlijn (Richtlijn 2001/86/EG). Deze richtlijn bestempelt de medezeggenschap tot een aangelegenheid die aan de onderhandelingstafel tussen ondernemingsleiding en werknemers moet worden geregeld. Voor de gevallen waarin men het niet eens kan worden voorziet de richtlijn in een (ingewikkelde) standaardregeling⁵.

De SE heeft (gelukkig) ook aantrekkelijke kanten. Zo kan de SE haar zetel naar een andere lidstaat verplaatsen, waarbij de zetel dan ziet op zowel de statutaire als de werkelijke zetel of het hoofdbestuur. Door de zetelverplaatsing gaat het nationale vennootschapsrecht van de lidstaat van de nieuwe zetel een rol spelen. Zetelverplaatsing impliceert aldus een wisseling van het (subsidiar) op de SE toepasselijke recht. Voor vennootschappen naar nationaal recht is zo'n zetel-

verplaatsing niet mogelijk, althans niet rechtstreeks en niet met behoud van rechtspersoonlijkheid. Wat in theorie voortaan wel kan, is zetelverplaatsing via de omweg van een SE. Zo zou een NV zich kunnen omzetten in een SE, de SE haar zetel kunnen verplaatsen naar een andere lidstaat, en dan, na verloop van de door de verordening vereiste periode van minimaal twee jaar, de SE zich in vennootschap naar het recht van de betreffende lidstaat kunnen omzetten.

Ook de oprichting van een SE door middel van grensoverschrijdende juridische fusie is iets nieuws. Een Nederlandse NV kan niet fuseren met een Duitse AG tot een Nederlandse NV of een Duitse AG, maar wel tot een in Nederland of een in Duitsland gevestigde SE.

In de literatuur worden als voordelen van de SE boven nationale vennootschapsvormen ook genoemd: Europese uitstraling en herkenbaarheid, de mogelijkheid om met behulp van de SE de structuur van concerns te vereenvoudigen door bijvoorbeeld te volstaan met één SE welke in de EU-lidstaten vestigingen heeft en/of door alle dochtermaatschappijen de SE-vorm te geven en, in weerwil van haar complexiteit, een 'erkend' model voor de rol van werknemers (Wenz, 2003). Dat laatste kan van betekenis zijn als bij de oprichting van een SE vennootschappen zijn betrokken die op grond van hun nationale wetgeving geen medezeggenschap kennen.

De toekomst zal moeten uitwijzen of de SE inderdaad, conform de verwachting van sommigen, een marginaal bestaan zal gaan leiden. Het is hoe dan ook van belang dat de SE er gekomen is. De regeling inzake de SE mag dan geen geheel uniforme SE opleveren, ze zal wel een uniformerende en harmoniserende invloed hebben op het nationale vennootschapsrecht en een stimulans vormen voor de verdere ontwikkeling van het Europese ondernemingsrecht.

5 Vereenvoudiging BV-recht

De vestigingsvrijheid brengt met zich mee, zo zagen wij in paragraaf 3, dat het binnen de EU voor ondernemers in toenemende mate is toegestaan bij de oprichting van een vennootschap te kiezen voor het meest aantrekkelijke vennootschapsrecht. Deze keuzevrijheid leidt naar verwachting tot competitie tussen de verschillende Europese vennootschapsystemen (Timmerman 2003, p. 41). Willen de lidstaten meespelen in deze competitie, dan zullen zij hun vennootschapsrecht voor buitenlandse ondernemers aantrekkelijk moeten maken. De Nederlandse regering is zich bewust van deze ontwikkeling. In de nota

Modernisering van het ondernemingsrecht wordt het voornemen uitgesproken Nederland te profileren als een land met een aantrekkelijk vestigingsklimaat⁶. Een van de speerpunten voor de modernisering van het vennootschapsrecht is de vereenvoudiging van het BV-recht. Dit is niet verwonderlijk als men bedenkt dat het huidige Nederlandse BV-recht al geruime tijd onder vuur ligt. Een veelgehoord punt van kritiek is dat de BV ten opzichte van de NV nauwelijks toegevoegde waarde heeft. Ook het dwingendrechtelijk karakter van het BV-recht moet het ontgelden: het zou in de weg staan aan de wensen van aandeelhouders om afspraken in de statuten vast te leggen (De Monchy 2002, p. 462). Het kapitaalbeschermingsregime van de BV kan evenmin op een enthousiast onthaal rekenen. Het zou te complex zijn, tot rechtsonzekerheid leiden en bovendien niet (altijd) doen wat het zou moeten doen, namelijk de verhaalsmogelijkheden voor schuldeisers waarborgen (Lennarts 2004, p. 16).

De ministers van Economische Zaken en Justitie hebben een expertgroep onder voorzitterschap van Prof. De Kluiver ingesteld met de opdracht aanbevelingen te doen over knelpunten en lacunes in het BV-recht welke in de praktijk en in de literatuur worden gesignaleerd. In mei 2004 is het rapport van de expertgroep gereed gekomen⁷. De aanbevelingen van de expertgroep zijn gebaseerd op een aantal uitgangspunten. Wij beperken ons tot een korte bespreking van de drie meest aansprekende: meer regelend recht, vermindering van (administratieve) lasten en een evenwichtige bescherming van crediteuren.

Het uitgangspunt 'meer regelend recht' betreft de aard van het rechtspersonenrecht. Volgens artikel 2:25 BW, dat geldt voor alle in boek 2 geregelde rechtspersonen, kan slechts van de bepalingen van boek 2 worden afgeweken, voorzover dat uit de wet blijkt. Volgens de expertgroep zou dit uitgangspunt voor het BV-recht moeten worden verlaten. Het BV-recht zou niet primair dwingend van aard moeten zijn, maar daarentegen juist primair regelend.

De beoogde vermindering van administratieve lasten kan worden bereikt door een aantal regels van het kapitaalbeschermingsrecht te schrappen: de vereiste bankverklaring bij storting op aandelen in geld zou moeten vervallen (artikel 2:203a BW), evenals de vereiste accountantsverklaring bij storting in natura (2:204a lid 2 BW). Ook de Nachgründungsregeling van artikel 2:204c BW zou moeten verdwijnen.

De flexibilisering van het BV-recht mag niet ten koste gaan van de crediteuren van de vennootschap. Van daar dat de expertgroep belang hecht aan een even-

wichtige bescherming van crediteuren. Tegenover de aanbeveling een aantal regels van kapitaalbescherming te schrappen, staat daarom de aanbeveling de verplichtingen die terzake op bestuurders rusten in bepaalde gevallen aan te scherpen. Een BV moet thans nog bij de oprichting een minimumkapitaal van € 18.000 hebben. De expertgroep concludeert dat het minimumkapitaalvereiste kan worden afgeschaft, omdat het slechts schijnzekerheid biedt voor crediteuren. De expertgroep wijst er bovendien op dat in Engeland, Frankrijk en Spanje een vennootschap zonder minimumkapitaal kan worden opgericht.

De expertgroep heeft zich ook gebogen over de huidige regeling inzake de bestemming en verdeling van de winst (artikel 2:216 BW). Men constateert dat in de praktijk onduidelijkheid bestaat over het antwoord op de vraag of een BV voldoende vrij uitkeerbaar vermogen heeft voor het doen van een uitkering en hoe die vrije ruimte moet worden vastgesteld. Voorgesteld wordt artikel 2:216 BW op dit punt te verduidelijken. Daarnaast zou moeten gelden dat het bestuur van de BV zich bij iedere uitkering een oordeel dient te vormen omtrent de liquiditeitspositie van de vennootschap. Uitkeringen zouden alleen geoorloofd mogen zijn voorzover het naar het oordeel van het bestuur redelijkerwijs te verwachten is dat de vennootschap na het doen van de uitkeringen nog in staat is haar opeisbare schulden te voldoen. Indien de vennootschap, nadat zij de uitkeringen heeft gedaan haar opeisbare schulden niet kan voldoen, zou dit tot gevolg moeten hebben dat de bestuurders jegens de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de uitkeringen veroorzaakte schade, indien zij wisten of redelijkerwijs behoorden te weten dat de vennootschap door de uitkeringen haar opeisbare schulden niet zou kunnen voldoen.

De regeling van financiële steunverlening bij de koop van aandelen die is neergelegd in het beruchte artikel 2:207c BW, wordt wel beschouwd als een van de meest weerbarstige van het kapitaalbeschermingsrecht. Ook deze regeling gaat op de schop. De expertgroep stelt voor het in artikel 2:207c BW opgenomen verbod tot het geven van een koersgarantie te handhaven, maar voor de overige vormen van financiële steunverlening bij de koop van aandelen die worden genoemd in artikel 2:207c BW, vereisten te stellen die vergelijkbaar zijn met de voorgestelde vereisten bij uitkeringen aan aandeelhouders.

Het is de bedoeling dat mede op basis van het rapport van de expertgroep een nieuw BV-recht tot stand zal komen. Een voorontwerp van wet komt naar verwachting eind 2004 ter consultatie via internet be-

schikbaar. De expertgroep doet aanbevelingen op veel meer terreinen dan wij hiervoor hebben aangegeven. Het nieuwe BV-recht zal fundamenteel anders zijn dan het huidige. Wannéér het komt is nog niet zeker; dát het komt zo goed als wel!

6 De nieuwe structuurregeling

Meer dan dertig jaar geleden introduceerde Nederland de structuurregeling voor grote vennootschappen. De essentie van die regeling lag in de verplaatsing van zeggenschap van de aandeelhouders naar de verplichte raad van commissarissen (RvC). Dit orgaan kreeg de bevoegdheid bestuurders te benoemen en te ontslaan, de jaarrekening vast te stellen en belangrijke bestuursbesluiten goed te keuren. Als sluitstuk werd bepaald dat de RvC ook zijn eigen leden benoemde (coöptatie). Aandeelhouders en ondernemingsraad konden daarbij een beperkte invloed uitoefenen via voordrachten van door hen geschikt geachte kandidaten dan wel door bezwaar te maken tegen een kandidaat van de RvC zelf⁶. De introductie van deze regeling vond destijds plaats om adequaat toezicht veilig te stellen op het bestuur van de grote vennootschap met gespreid aandelenbezit. Tevens beoogde men de factor arbeid een positie toe te kennen binnen de onderneming, gelijkwaardig aan die van het kapitaal⁹.

Vanaf de jaren negentig groeide de kritiek op de structuurregeling hetgeen onder andere tot uiting kwam in een publicatie met de veelzeggende titel 'Naar een nieuwe machtsdeling in de Nederlandse vennootschap' (Wildenberg/Zwetsloot 1994). Het grootste bezwaar gold wel het coöptatiesysteem waardoor de RvC een onneembaar bastion was geworden. Een ander bezwaar was gelegen in het feit dat de structuurregeling ook gold voor tal van vennootschappen met een beperkte kring van aandeelhouders, zoals familievennootschappen. Bij deze vennootschappen zijn de aandeelhouders zeer goed in staat het bestuur te controleren en de structuurregeling was hier dan ook medicijn tegen een niet-bestaande kwaal.

Na een unaniem SER-Advies (SER 2001) heeft de regering een aanpassingsvoorstel ingediend, hetgeen geresulteerd heeft in de nieuwe structuurregeling bij wet van 9 juli 2004 (Stb. 370). De wetwijziging is per 1 oktober 2004 in werking getreden (Stb. 405).

Vooropgesteld moet worden dat veel van de structuurregeling behouden is. De belangrijkste wijzigingen betreffen het toepassingsgebied, de gedeeltelijke vrijstelling voor vennootschappen bij geconcentreerd

aandelenbezit, de bevoegdheden van de RvC, de introductie van een bijzonder aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad en de mogelijkheid voor de aandeelhouders om de RvC naar huis te sturen door het vertrouwen op te zeggen.

Toepassingsgebied structuurregeling

De (cumulatieve) criteria voor toepassing van de structuurregeling zijn ongewijzigd, met uitzondering van het bedrag van het geplaatst kapitaal plus reserves dat is verhoogd van 13 naar 16 miljoen euro. Nog steeds is daarnaast vereist dat de vennootschap of een afhankelijke maatschappij een wettelijk verplichte ondernemingsraad heeft ingesteld en dat er bij de vennootschap en haar afhankelijke maatschappijen tezamen ten minste 100 werknemers in Nederland werkzaam zijn (artikel 2:153/263 BW). Anders dan voorheen kan de structuurregeling niet automatisch vrijwillig worden gehandhaafd indien een vennootschap niet langer voldoet aan de genoemde criteria. Over vrijwillige toepassing moet de algemene vergadering van aandeelhouders altijd een besluit nemen (artikel 2:154/264 BW). Nieuw is ook dat bij geconcentreerd aandelenbezit een gedeeltelijke vrijstelling geldt, op dezelfde voet als reeds gold voor de Nederlandse dochtermaatschappij van een internationaal concern. Door die gedeeltelijke vrijstelling, men spreekt van de 'verlichte' structuurregeling, behoudt de algemene vergadering de zeggenschap. Dat wil zeggen, het recht de bestuurders te benoemen en te ontslaan (artikel 2:155a BW). Van geconcentreerd aandelenbezit is sprake als alle aandelen worden gehouden door een natuurlijk persoon of door twee of meer natuurlijke personen, mits die in samenwerking het beleid bepalen. Op deze wijze behouden de aandeelhouders van bijvoorbeeld een grote familievennootschap hun greep op het bestuur, ondanks de aanwezigheid van een verplichte RvC.

Bevoegdheden van de RvC

Door de wetwijziging is de RvC twee bevoegdheden kwijtgeraakt. Het coöptatiesysteem heeft plaats moeten maken voor een voordrachtsregeling. De RvC mag nog 'slechts' een bindende voordracht doen aan de algemene vergadering tot benoeming van een commissaris. De algemene vergadering kan deze voordracht doorbreken met meerderheid van stemmen mits op de vergadering ten minste een derde van het kapitaal is vertegenwoordigd. Zonodig kan een tweede vergadering worden gehouden waarin dat quorum niet meer is vereist (artikel 2:158/268 BW). Voorts heeft de RvC moeten inleveren de bevoegdheid om de jaarrekening vast te stellen. Door schrapping van de

desbetreffende bepaling (artikel 2:163/273 BW) komt deze bevoegdheid terug bij de algemene vergadering. Daarmee vervalt ook het onderscheid tussen vaststellen en goedkeuren dat bij structuurvennootschappen diende te worden gemaakt.

Bijzonder aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad
Bij vacatures in de RvC hebben, zoals ook voorheen het geval was, de algemene vergadering en de ondernemingsraad het recht om aanbevelingen te doen voor te benoemen personen. Als tegenwicht voor de versterkte positie van de algemene vergadering – die mag immers de commissarissen benoemen – is de ondernemingsraad een bijzonder aanbevelingsrecht toegekend voor een derde van de zetels in de RvC. Het komt erop neer dat de RvC een door de ondernemingsraad aanbevolen kandidaat op de voordracht moet plaatsen, tenzij de RvC op de in de wet genoemde gronden bezwaar maakt. Zonodig kan de Ondernemingskamer worden ingeschakeld om over die bezwaren te oordelen (artikel 2:158/268 BW).

Vertrouwen opzeggen

De algemene vergadering kan bij meerderheid van stemmen, vertegenwoordigende ten minste een derde van het kapitaal, het vertrouwen in de RvC opzeggen. De opzegging heeft het onmiddellijk ontslag van de commissarissen tot gevolg. In de vacatures wordt dan voorzien door de Ondernemingskamer, op verzoek van het bestuur van de vennootschap (artikel 2:161a/271a BW).

Opgemerkt moet worden dat de nieuwe structuurregeling, in tegenstelling tot de oude, ruimte biedt voor maatwerk. Van onderdelen van de regeling kan in de statuten worden afgeweken, mits de RvC en de ondernemingsraad daarmee instemmen (artikel 2:158/268 lid 12 BW). Op deze basis zou in bepaalde gevallen het coöptatiesysteem kunnen worden gehandhaafd indien althans de ondernemingsraad het bijzondere aanbevelingsrecht in ruil daarvoor zou willen prijsgeven. Ook kan men langs deze weg bij relatief kleine structuurvennootschappen tot een RvC met minder dan drie leden komen.

Door de aanpassing van de structuurregeling kunnen de aandeelhouders zich winnaars wanen, maar ook de ondernemingsraad mag zich redelijk bedeed voelen met een versterkt aanbevelingsrecht voor een derde van de zetels voor commissarissen. Zelfs de Raad van Commissarissen heeft niet alles verloren, want er resteert een recht om aan de benoemde algemene vergadering van aandeelhouders een bindende voordracht

te doen. Kortom, een vernieuwing met een hoog poldergehalte. Die karaktertrek heeft er wel voor gezorgd dat de nieuwe regeling nog ingewikkelder is geworden dan de oude al was. Wellicht is dat aanleiding om met instemming van RvC en ondernemingsraad een eenvoudiger regeling in de statuten vast te leggen. Voorts kan de SE als alternatief aantrekkelijk zijn, vooral als men wil voorkomen dat de structuurregeling van toepassing wordt. Immers, op de SE is de structuurregeling niet automatisch van toepassing¹⁰. Is echter eenmaal de structuurregeling van toepassing op een NV of BV, dan kan men zich daaraan niet meer onttrekken door de vennootschap alsnog om te zetten in een SE.

7 Jurisprudentie van de Hoge Raad

Het ondernemingsrecht wordt ook in belangrijke mate gevormd door jurisprudentie. Hierboven kwam reeds aan de orde de belangwekkende rechtspraak van het Hof van Justitie EG over de vrijheid van vestiging. Ook de nationale rechter doet regelmatig van zich spreken om vragen te beantwoorden rond de toepassing van wet- en regelgeving. Diverse onderwerpen zijn de afgelopen jaren op deze wijze verder uitgediept. Hieronder bespreken we slechts enkele arresten van de Hoge Raad, te weten op het gebied van het enquêterecht, de bestuurdersaansprakelijkheid en voorts over het onderwerp tegenstrijdig belang.

De meeste enquêteverzoeken zijn afkomstig van aandeelhouders. Ook certificaathouders zijn volgens de wet bevoegd (artikel 2:346 BW). De Hoge Raad heeft beslist dat in dit opzicht de *economisch eigenaar van certificaten* moet worden gelijkgesteld met de certificaathouder. Het betrof een geval waarin de aandelen van een BV alle waren gecertificeerd en werden gehouden door een bank. De bank hield deze aandelen echter 'voor rekening en op instructie' van de beide commissarissen van de BV. Deze heren waren tevens de bestuurders van de Stichting Administratiekantoor. Door permanente onenigheid was de stichting en daarmee ook de BV onbestuurbaar geworden. Een van de commissarissen diende een enquêteverzoek in en werd dus tot in hoogste instantie onvankelijk geacht. Door ook de economisch eigenaar van certificaten enquêtebevoegd te achten, is recht gedaan aan de functie van het enquêterecht om bescherming te bieden aan de verschaffers van risicodragend kapitaal. De gelijkstelling geldt echter uitsluitend indien de economisch eigenaar volledig kan bepalen hoe de rechten, verbonden aan de certificaten, kunnen worden uitgeoefend¹¹.

Een enquête kan leiden tot het oordeel ‘wanbeleid’. Indien duidelijk is dat het wanbeleid is toe te schrijven aan bepaalde personen, kan de Ondernemingskamer hen veroordelen tot het dragen van de kosten van de enquête (artikel 2:355 BW). Dat overkwam Jaarsma die vanwege wanbeleid in de periode waarin hij directeur-grootaandeelhouder was van SCC BV werd veroordeeld tot het betalen van de kosten van de enquête bij deze vennootschap. Het ging om een bedrag van fl. 15.000. Het enquêteverzoek was gedaan door een aandeelhouder die als eerste stap naar volledige overname van SCC een belang van circa 30% had genomen. Nadat Jaarsma als bestuurder was teruggetreden, eiste SCC vergoeding van extra accountantskosten en van een milieuonderzoek. Volgens SCC waren die kosten veroorzaakt door ernstig tekortschieten van Jaarsma als bestuurder. SCC verwees daarvoor naar de uitkomst in de enquêteprocedure. Daardoor moest de rechter oordelen over de vraag in hoeverre het oordeel ‘wanbeleid’ kan leiden tot *aansprakelijkheid van bestuurders* ten opzichte van de vennootschap. Men heeft hierbij het oog op artikel 2:9 BW dat bepaalt dat een bestuurder aansprakelijk is voor schade door onbehoorlijke taakuitoefening. De Hoge Raad heeft alle twijfel weggenomen en bevestigd dat deze aansprakelijkheid op zijn eigen merites moet worden beoordeeld. De vaststelling dat er van wanbeleid sprake is geweest, betekent niet dat de bestuurder ook aansprakelijk is op de voet van artikel 2:9 BW. Daarvoor is vereist dat de eiser aantoont dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, hetgeen moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval¹². Anders gezegd, de schadevergoeding eisende vennootschap moet een nieuwe procedure starten voor de gewone rechtbank en zal grotendeels opnieuw beginnen met aan te tonen dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft uitgeoefend.

Bestuurdersaansprakelijkheid kent een bijzondere vorm in de zogeheten *faillissementsaansprakelijkheid*. Indien sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur, kan een bestuurder aansprakelijk zijn voor de tekorten in de failliete boedel. De bewijslast rust op de eiser, bij faillissement is dat de curator. Indien de jaarrekening niet tijdig is gepubliceerd of de boekhouding niet aan de maat is, wordt de bewijslast omgedraaid. Volgens de wet staat dan vast dat het bestuur kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd. Tegenbewijs kan nog slechts geleverd worden door aan te tonen dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur geen oorzaak is geweest van het faillissement (artikel 2:248 BW). Na het faillissement van Gijtenbeek Holding BV

en Van Gijtenbeek & Zonen Loodgieters BV stelt de curator Gijtenbeek, de (indirect) bestuurder van de beide vennootschappen, aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. Het gerechtshof oordeelt dat door het niet verantwoord van een winstverschuiving ten laste van Loodgieters BV en ten gunste van de ‘handelstak’ de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW niet is nageleefd. Los daarvan is ook aan de plicht tot publicatie van de jaarrekening (1987) niet voldaan. Elk van deze twee gronden is op zichzelf voldoende om kennelijk onbehoorlijk bestuur te doen vaststaan. Gijtenbeek is aansprakelijk omdat hij er niet in slaagt aannemelijk te maken dat het faillissement is veroorzaakt door een andere oorzaak. Zijn cassatieberoep tegen het oordeel van het gerechtshof wordt door de Hoge Raad verworpen¹³. Interessant is de vraag die door de Advocaat-Generaal wordt gesignaleerd, maar die in deze uitspraak niet is beantwoord: heeft men ook aan de publicatieplicht voldaan als de gedeponeerde jaarrekening tekortkomingen vertoont? Volgens de rechtbank Utrecht is het niet voldoende dat de Kamer van Koophandel een jaarrekening van een dagtekening voorziet. Op de jaarrekening moet worden vermeld de datum waarop de jaarrekening is vastgesteld of dat het een door het bestuur opge maakte, nog niet vastgestelde jaarrekening betreft¹⁴. Of een jaarrekening inhoudelijk aan de eisen voldoet, behoort echter te worden getoetst in de bijzondere jaarrekeningprocedure voor de Ondernemingskamer¹⁵.

Boek 2 BW kent een bepaling voor het geval zich een *tegenstrijdig belang* voordoet tussen vennootschap en bestuurder. Artikel 146/256 bepaalt, kort gezegd, dat in zo’n geval niet de bestuurders maar de commissarissen bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen. Bovendien kan de algemene vergadering van aandeelhouders steeds een of meer vertegenwoordigers aanwijzen. Deze bepaling heeft tot vele vragen aanleiding gegeven en pas betrekkelijk recent heeft de Hoge Raad in een aantal arresten de betekenis ervan afgebakend. In zijn arrest van 9 juli 2004, JOR 2004/266 (Duplicado) komen verschillende elementen aan de orde. Het betreft een geval waarin Landzaat, directeur en enig aandeelhouder van Graphics BV, namens de holdingvennootschap aansprakelijkheid aanvaardt voor schulden van Reproservice, een dochtermaatschappij, jegens een andere dochtermaatschappij, Sneldruk (later Duplicado geheten). Bij de daartoe strekkende overeenkomst worden alle drie betrokken vennootschappen vertegenwoordigd door Landzaat. Niet lang daarna worden de aandelen van Graphics en Reproservice verkocht aan Freriks, die van de genoemde transactie niet op de hoogte is. Na faillisse-

ment van Graphics en Reproservice weigert de curator van Graphics de aanspraken van Sneldruk te erkennen. Hij stelt dat Landzaat niet bevoegd was geweest om Graphics te vertegenwoordigen wegens het tegenstrijdig belang dat zich voordeed omdat hij ook namens Sneldruk optrad. Het gerechtshof en de Hoge Raad volgen de curator hierin. De Hoge Raad herhaalt hetgeen ook in eerdere arresten is benadrukt, namelijk dat artikel 2:256 BW de strekking heeft te voorkomen dat de bestuurder zich laat leiden door zijn persoonlijke belang in plaats van het belang van de vennootschap te dienen. Daarom is de bepaling ook van toepassing in gevallen waarin niet zeker is of de transactie nadelig zal uitpakken voor de vennootschap. Eveneens wordt herhaald dat genoemd artikel ook van toepassing is als er geen privé-belang van de bestuurder is betrokken, maar als wordt gehandeld met een andere vennootschap waarbij hij, zoals in dit geval, nauw betrokken is. Er is dan sprake van een zogeheten indirect tegenstrijdig belang¹⁶. Een belangrijk nieuw element in deze uitspraak betreft de rol van de algemene vergadering van aandeelhouders. Uit de wet volgt dat bij ontbreken van commissarissen, de vennootschap niet vertegenwoordigd kan worden, tenzij de algemene vergadering alsnog de bestuurder (of een ander persoon) daartoe aanwijst. De Hoge Raad benadrukt nu voor het eerst dat die aanwijzing ook bij eenpersoonsvennootschappen als Graphics een expliciet besluit van de algemene vergadering vereist. Is dit geen formalisme? Het is toch niet te verwachten dat de algemene vergadering van Graphics zou weigeren de bestuurder te machtigen? Waarschijnlijk heeft de rechter zich gerealiseerd dat een dergelijk besluit schriftelijk moet worden vastgelegd, hetgeen een rem kan vormen op ondoordacht handelen. Ook voor derden (denk aan de overnemer) neemt de transparantie dan toe. Daar staat weer tegenover dat de statuten de bestuurder op voorhand bevoegd kunnen verklaren, zij het dat nog steeds niet helemaal duidelijk is of langs deze weg de rol van de algemene vergadering geheel kan worden 'weggeschreven'. Zoveel is zeker, de redactie van statutaire bepalingen waarin van de wettelijke regeling van het tegenstrijdig belang wordt afgeweken, is een lastige klus. De huidige wetsbepaling zal worden vervangen door een eenvoudiger regeling als de voorgestelde acties om te komen tot een nieuw BV-recht doorgang vinden¹⁷.

8 Samenvatting en conclusie

In deze bijdrage is ingegaan op recente en binnenkort te verwachten regelgeving betreffende het ondernemingsrecht. Vanuit de EU-instellingen zullen behalve

het EESV, de Europese Vennootschap (SE) en de Europese Coöperatie op termijn nog andere Europese rechtsvormen worden geïntroduceerd (paragraaf 4). De Europese Commissie ijvert voorts voor invoering van richtlijnen die grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen mogelijk maken door middel van zetelverplaatsing en fusie (paragraaf 2). Daarmee wordt aangesloten op een trend die al in de rechtspraak van het Hof van Justitie EG is ingezet: ruim baan voor de vestigingsvrijheid (paragraaf 3). Dat zal naar verwachting leiden tot concurrentie tussen de verschillende nationale rechtsstelsels. Om daarop in te spelen, heeft de Nederlandse regering het voornemen om het BV-recht aanzienlijk te vereenvoudigen. Dat betreft ook voor accountants vertrouwde onderwerpen als de kapitaalbescherming, Nachgründung en tussentijdse uitkeringen (paragraaf 5). In 2004 is de typisch Nederlandse structuurregeling voor grote vennootschappen ingrijpend gewijzigd. Een deel van de bevoegdheden van de Raad van Commissarissen is weer terug bij de aandeelhouders. Voorts is de positie van de ondernemingsraad versterkt door een bijzonder aanbevelingsrecht voor een derde van de commissarissen (paragraaf 6). Ten slotte zijn enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad besproken die betrekking hebben op het enquêterecht, bestuurdersaansprakelijkheid en de vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang (paragraaf 7). ■

Literatuur

- Braak, S.M. van den, (2004), Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen: een adequate reactie op Inspire Art?, in: *WPNR*, pp. 825-826.
- Kluiver, H.J. de, (2004), Een vennootschap in wording, in: *De Europese vennootschap (SE), Preadvis van de Vereniging Handelsrecht*, Kluwer, pp. 1-86.
- Lennarts, M.L., (2004), Crediteurenbescherming bij de lichte BV, in: *Ondernemingsrecht*, pp. 16-22.
- Monchy, C.W. de, (2002), Een NV, een BV of een EV?, in: *Ondernemingsrecht*, pp. 462-465.
- Nijs Bik, W. de, (2004), De nieuwe structuurregeling, in: *Actualia Ondernemingsrecht*, nr. 17, Kluwer, Deventer.
- Timmerman, L., (2003), Van digitaal naar analogo vennootschapsrecht en de gevolgen daarvan voor de concurrentie tussen vennootschapssystemen, in: *Ondernemingsrecht*, pp. 38-42.
- Wenz, M., (2003), Einsatzmöglichkeiten einer Europäischen Aktiengesellschaft in der Unternehmenspraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht, in: *Die Aktiengesellschaft*, nr. 4, pp. 189.
- Wildenberg, I.W. en F.J.M. Zwetsloot, (1994), *Naar een nieuwe machtsdeling in de Nederlandse vennootschap; Over de verhouding tussen aandeelhouders, commissarissen, directieleden en werknemers in de Nederlandse vennootschap*, Kluwer, Deventer.
- Winter, J.W., (2002), De Europese vennootschap als sluis voor in- en uitvoer van vennootschapsrecht, in: *NJB*, pp. 2034-2040.

Rechtspraak

Hof van Justitie EG 27 september 1988, zaak 81/87, Jur. 1988, p. 5483 (Daily Mail).
 Hof van Justitie EG 9 maart 1999, zaak C-212/97, JOR 1999, 117 (Centros).
 Hof van Justitie EG 5 november 2002, zaak C-208/00, JOR 2003, 4 (Überseering).
 Hof van Justitie EG 30 september 2003, zaak C-167/01, JOR 2003, 249 (Inspire Art).
 Hoge Raad, 6 juni 2003, JOR 2003/161 (Scheipar).
 Hoge Raad 4 april 2004, JOR 2003/134 (SCC – Jaarsma).
 Hoge Raad 5 september 2003, JOR 2003/225 (Gijtenbeek).

Noten

- 1 Kamerstukken 2003-2004, 29 524.
- 2 Kamerstukken 29 524, nr. 3, p. 7.
- 3 Zie de artikelen 2:249, 260, 261 BW.
- 4 Nota Modernisering van het Ondernemingsrecht, Tweede Kamer 2003-2004, 29 752, nr. 2, p. 9.
- 5 Zie wetsvoorstel 2003-2004, 29 309, Uitvoeringswet SE-Verordening en het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn, Kamerstukken 2003-2004, 29 298. Voorts De Kluiver 2004, p. 30.
- 6 Nota Modernisering van het Ondernemingsrecht, Tweede Kamer 2003-2004, 29 752, nr. 2.
- 7 Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, 6 mei 2004, te vinden via www.justitie.nl.
- 8 De tot 1 oktober 2004 geldende structuurregeling. De regeling is te vinden in artikel 2:152-164 BW (voor NV's) en in artikel 2:262-274 BW (voor BV's). Een soortgelijke regeling geldt overigens ook voor 'grote' coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.
- 9 Zie de Memorie van Toelichting van destijds, Maeijer, Naamloze en Besloten Vennootschap, Wetsgeschiedenis, IXf.
- 10 Memorie van Toelichting, Kamerstukken 29 309, nr. 3, p. 5.
- 11 Hoge Raad, 6 juni 2003, JOR 2003/161 (Scheipar).
- 12 Hoge Raad 4 april 2004, JOR 2003/134, SCC – Jaarsma.
- 13 HR 5 september 2003, JOR 2003/225, Gijtenbeek. Zie voor een geval waarin de rechter het tegenbewijs wel geleverd acht: Rechtbank Roermond, 12 februari 2003, JOR 2003/83, Adrians Machinebouw. Daarentegen ook niet in Rechtbank Utrecht, 31 juli 2002, JOR 2002/161.
- 14 Rb Utrecht, 21 mei 2004, JOR 2003/229.
- 15 Zie bijvoorbeeld Ondernemingskamer 24 juni 2004, JOR 2004/272, Participatiemaatschappij Oost Nederland.
- 16 Eerdere arresten over deze aspecten zijn: HR 22 maart 1996, JOR 1996/45 (Mediasafe), HR 11 september 1998, JOR 1998/146 (Mediasafe II) en HR 3 mei 2002, JOR 2002/111 (Sundat).
- 17 Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Rapport van de expertgroep ingesteld door de minister van Justitie en de staatssecretaris van Economische Zaken, Den Haag, 6 mei 2004.