

Juridische actualiteiten

Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn en Mr. M. Verhorst

Deze rubriek signaleert ontwikkelingen in regelgeving en jurisprudentie over onderwerpen die voor accountants en bedrijfs economen van belang zijn. Deze aflevering is verzorgd door Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn (hoogleraar privaatrecht Open Universiteit en extern adviseur PricewaterhouseCoopers Legal Services) en Mr. M. Verhorst (lid redactieraad MAB voor het ondernemingsrecht).

Wanbeleid en aansprakelijkheid

In hoeverre kan in een enquêteprocedure vastgesteld wanbeleid leiden tot aansprakelijkheid van de betrokken bestuurders en commissarissen? Deze vraag kwam aan de orde in de Vie d'Or-enquête. De deconfiture van Vie d'Or is in de media uitvoerig belicht en vormde aanleiding voor de procureur-generaal bij het Amsterdamse gerechtshof om een enquête te vorderen. Daarbij vroeg de procureur-generaal aan de ondernemingskamer, naast vaststelling van wanbeleid, tevens uitspraak te doen omtrent de individuele verantwoordelijkheid van bestuurders en commissarissen.

Het enquêterecht is ingevoerd als instrument om bij wanbeleid tot herstel van gezonde verhoudingen binnen de onderneming te kunnen komen en om te kunnen vaststellen wie verantwoordelijk is. Een enquêteprocedure, in de wettelijke terminologie een 'onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon' (artikel 2:345), begint met een schriftelijk verzoek van

een enquêtebevoegde partij aan de ondernemingskamer (OK) om een of meer personen te benoemen teneinde een onderzoek in te stellen. Uit de jurisprudentie blijkt dat verreweg de meeste verzoeken van aandeelhouders afkomstig zijn. Daarnaast kan een enquête ook, om redenen van openbaar belang, op vordering van de procureur-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam worden ingesteld.

Voorwaarde voor toewijzing van het verzoek of de vordering is dat blijkt van 'gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen' (artikel 2:350). Omstandigheden die relatief vaak 'gegronde redenen' opleveren zijn onder andere het niet gescheiden houden van belangen en het niet opmaken of publiceren van de jaarrekening. Na toewijzing van het verzoek gaan de onderzoekers aan de slag. Zij ronden hun werkzaamheden af met een verslag dat bij de griffie van de OK wordt neergelegd. Een afschrift wordt toegezonden aan de procureur-generaal bij de OK, de rechtspersoon en de verzoekers. De OK kan bevelen dat het verslag voor anderen en zelfs voor eenieder ter inzage ligt (artikel 2:353).

De kosten van het onderzoek moeten door de rechtspersoon worden gedragen (artikel 2:350 lid 3). De OK kan echter na kennisneming van het verslag op verzoek van de rechtspersoon beslissen dat de rechtspersoon deze kosten kan verhalen op een bestuurder of commissaris 'indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken' (artikel 2:354).

Blijkt wanbeleid uit het verslag dan kan de OK maatregelen treffen op verzoek van de oorspronkelijke verzoekers of van andere enquêtebevoegden indien het verslag voor hen ter inzage heeft gelegen. De maatregelen zijn onder

andere (artikel 2:356) schorsing of vernietiging van een besluit van een orgaan van de rechtspersoon, schorsing of ontslag van een of meer bestuurders of commissarissen en tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer.

Wanneer is sprake van wanbeleid? De OK heeft dit begrip in de Batco-beschikking nader omschreven als 'handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap' (OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71). Deze formulering is door de Hoge Raad overgenomen in het Ogem-arrest (HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466). Erg veel houvast biedt dat niet. Evenals 'gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen' is 'wanbeleid' een open norm. De wetgever heeft het niet nodig geacht een omschrijving van het begrip 'wanbeleid' op te nemen, omdat het wordt gebruikt in een betekenis die niet van het spraakgebruik afwijkt en de rechter toch in elk afzonderlijk geval zal moeten beslissen of de gemaakte beleidsfouten zo ernstig zijn dat van wanbeleid moet worden gesproken.

Enkele voorbeelden van omstandigheden en gedragingen die in de rechtspraak als wanbeleid zijn gekwalificeerd, zijn: ernstig verstoorde relatie tussen bestuurders van de vennootschap waardoor hoognodige bestuurlijke beslissingen uitblijven; het niet bijhouden van administratie; onjuiste voorstelling van zaken of gebreken in de jaarrekening; belangenverstrengeling; de administratieve organisatie onvoldoende inrichten naar de aard van het bedrijf.

De vraag of wanbeleid leidt tot aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen dient zich met name aan als er sprake is van surseance of faillissement. Van belang is dat een enquête ook toepassing kan vinden op een rechtspersoon die in surseance verkeert of in staat van faillissement is. Herstel van gezonde verhoudingen zal dan doorgaans niet meer aan de orde zijn. Het accent komt te liggen op de tweede doelstelling van het enquêterecht: vaststellen wie verantwoordelijk is voor het wanbeleid. En dat zal de curator in hoge mate interesseren vanwege mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Tot voor kort kon de curator geen rechtstreekse invloed uitoefenen op het verloop van de enquêteprocedure. In de zaak Village Scaldia (OK 23 april 1998, JOR 1998, 92) echter is de curator als representant van de rechtspersoon bevoegd geacht de OK te

verzoeken wanbeleid vast te stellen nadat het verslag van de onderzoeker is gedeponneerd.

Het is echter twijfelachtig of de curator via het enquêterecht geschikte middelen in handen kan krijgen om bestuurders en commissarissen persoonlijk aansprakelijk te stellen. Daarvoor is de enkele vaststelling dat het wanbeleid kan worden toegeschreven aan het bestuur of de raad van commissarissen niet voldoende, maar is individualisering van de verantwoordelijkheid voor wanbeleid nodig. De OK is daartoe echter niet verplicht en is daar ook gedurende een lange periode niet toe bereid geweest. Pas in de Text Lite-enquête schreef de OK voor het eerst het wanbeleid (mede) toe aan individuele bestuurders en commissarissen. De besluiten om bestuurders en commissarissen te dechargeren werden vernietigd en de kosten van het onderzoek – f 75.000 exclusief BTW – konden worden verhaald op deze voormalige functionarissen. De zaak kwam voor de Hoge Raad. Deze oordeelde dat beoordeling van de verantwoordelijkheid van een orgaan niet altijd los kan worden gezien van de individuele verantwoordelijkheid van de personen die van het orgaan deel uitmaken. Met het oog op kostenverhaal of het treffen van maatregelen als schorsing en ontslag zal de OK moeten oordelen over het functioneren van individuele bestuurders en commissarissen. Een oordeel over de aansprakelijkheid valt echter buiten de competentie van de OK, zo benadrukt de Hoge Raad (HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671).

Deze lijn is door de OK vervolgens doorgetrokken in de Vie d'Or-enquête. Ook in deze procedure wordt wanbeleid vastgesteld. De vordering van de procureur-generaal tevens te bepalen welke personen voor dat wanbeleid verantwoordelijk worden gehouden, gaat echter volgens de ondernemingskamer het bestek van de enquêteprocedure te buiten. Letterlijk voegt de OK daaraan toe: 'Voorzover met een dergelijke vordering beoogd wordt, de aansprakelijkheid van de betrokken functionarissen vast te doen stellen, is daarvoor de gewone civiele procedure de aangewezen weg' (OK 9 juli 1998, JOR 1998, 122).

Er zijn nog meer tekenen die erop wijzen dat wanbeleid en aansprakelijkheid geenszins in elkaars verlengde liggen. Zo staat sinds het Ogem-arrest vast dat voor wanbeleid niet is vereist dat aan bestuurders en commissarissen persoonlijk wanbeleid moet kunnen worden

verweten en evenmin dat wanbeleid schade ten gevolge heeft. Verwijtbaarheid en schade zijn echter wel voorwaarden voor aansprakelijkstelling.

Niettemin is de heersende opvatting onder juristen dat het maar een kleine stap is van persoonlijke verwijtbaarheid van wanbeleid naar aansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. De praktijk leert in ieder geval dat de curator de resultaten van een enquête gebruikt om bestuurders en commissarissen onder druk te zetten.

Juristen wijzen veelal op de uitspraak van de Hoge Raad in het Ogem-arrest dat de vaststelling van wanbeleid ook bindend is in procedures buiten het enquêterecht. Het punt is dan dat de feitegaring en de bewijslevering in een enquête-onderzoek niet voldoen aan de eisen die daaraan in een civiele procedure worden gesteld. Een bestuurder of commissaris worden daardoor processuele waarborgen onthouden, terwijl wel kan worden vastgesteld dat hij verantwoordelijk is voor wanbeleid. Daarbij verliest men echter uit het oog dat de Ogem-uitspraak dateert uit de tijd dat in enquêtes van individualisering van verantwoordelijkheid nog geen sprake was. Bovendien laat de Vie d'Or-uitspraak er geen twijfel over bestaan: wie bestuurders en commissarissen aansprakelijk wil stellen, kan daarvoor de enquête-procedure niet gebruiken maar moet naar de gewone rechter. De betrokken bestuurder of commissaris kan dan nog vele registers opentrekken om aan te tonen dat zijn individuele verantwoordelijkheid voor wanbeleid geen aansprakelijkheid impliceert. De kans dat een dergelijke zaak voor de rechter komt, is echter klein. Liever dan jarenlang procederen zullen bestuurders en commissarissen, maar ook curatoren de zaak schikken.

Euro's en kapitaal van vennootschappen: omrekenen, afronden en rondmaken

De invoering van de euro heeft de vraag opgeroepen welke gevolgen daaraan zijn verbonden voor het kapitaal van vennootschappen. In een brief aan de Tweede Kamer heeft de Minister van Justitie deze vraag beantwoord. Tevens gaat hij in op enkele andere punten zoals de vraag per wanneer de jaarrekening in euro's kan luiden (brief van 7 december 1998, kamerstuk 25107, nr. 29). De belangrijkste punten worden hieronder besproken.

Volgens EG-verordening 1103/97 (Pb. L 162/1) brengt invoering van de euro geen wijziging in rechtsinstrumenten zoals contracten en statuten. Dit continuïteitsbeginsel zorgt ervoor dat verwijzingen naar de gulden per 1 januari 2002 van rechtswege zullen worden omgezet in verwijzingen naar het volgens de vastgestelde koers daarmee corresponderende eurobedrag. Hoewel ingrijpen van de wetgever strikt genomen dus niet nodig is, zullen omwille van de duidelijkheid tijdig de nodige aanpassingen in het Staatsblad staan. Aldus de minister in zijn brief, waarin de contouren van die aanstaande wetgeving al vast worden geschetst.

De eerste jaarrekening die uitsluitend in euro's kan worden opgemaakt is die over het jaar 1999. De laatste jaarrekening die nog in guldens kan worden opgemaakt, is die over het boekjaar eindigend op 31 december 2001. (De Raad voor de Jaarverslaggeving heeft een tijdelijke richtlijn gepubliceerd over euro's en financiële verslaggeving.) Vanaf 1 januari 1999 tot 1 januari 2002 mogen administratie en jaarrekening zowel in guldens als euro's worden gevoerd of opgemaakt.

De omzetting van de in boek 2 genoemde bedragen die thans in guldens luiden (artikelen 63b, 67, 68, 125, 153, 178, 179, 235, 263, 398) zou met gebruikmaking van de voorgeschreven omrekenkoers tot gebroken getallen leiden. Om dit te vermijden zullen deze bedragen worden aangepast door middel van wetswijziging. De hoogte van het maatschappelijk kapitaal dat ten minste vereist is voor de oprichting van een NV (thans f 100.000) of BV (thans f 40.000) zal naar beneden toe worden rondgemaakt op hele euro's. Op deze manier wordt zoveel mogelijk voorkomen dat vennootschappen door afronding naar beneden van hun aandelenkapitaal beneden het voorgeschreven minimumkapitaal komen.

Gedurende de overgangsperiode (van 1 januari 1999 tot en met 31 december 2001) mogen bedragen zowel in guldens als in euro's worden vermeld. Dit geldt ook voor de vermelding van de nominale waarde van aandelen en van het geplaatste en maatschappelijke kapitaal van NV en BV. De op de cruciale datum van 1 januari 2002 bestaande vennootschappen zijn ten gevolge van de invoering van de euro's niet verplicht tot omrekenen van de kapitaalbedragen en, dientengevolge, tot wijzigen van de statuten. Als een

vennootschap niets doet, worden met ingang van genoemde datum automatisch alle verwijzingen naar guldens beschouwd als verwijzingen naar euro's tegen de vastgestelde koers. Men neemt dan het bezwaar van onduidelijkheid (er staat niet wat er staat) en vele cijfers achter de komma op de koop toe. In veel gevallen zal men daarom liever de kapitaalvermeldingen zelf aanpassen. Bij omrekening en afronding van het in guldens luidende kapitaal dient men uit te gaan van de nominale waarde van de aandelen. Er kunnen daarbij drie stappen worden onderscheiden. Stap 1 is de omrekening: de vennootschap dient eerst de bedragen van de nominale waarde van (elk van) de aandelen om te rekenen met gebruikmaking van de officiële koers. Stap 2 is de afronding: de omgezette bedragen worden afgerond tot het dichtstbijzijnde bedrag van ten hoogste twee cijfers achter de komma, dus ten hoogste 0,01 euro of 1 eurocent. Stap 3 is de bepaling van het geplaatste kapitaal: de som van de omgerekende en afgeronde nominale bedragen van de aandelen geldt als het geplaatste kapitaal in euro's.

Het aldus op basis van de nominale waarde van de aandelen berekende bedrag van het geplaatste kapitaal kan hoger of soms ook lager uitpakken dan bij omrekening en afronding van het bedrag van het geplaatste kapitaal zelf uit de bus zou komen. In verband daarmee geldt het volgende.

Is de som van de nominale waarde van de aandelen hoger dan het bedrag van het omgerekende en afgeronde geplaatste kapitaal, dan geldt het hogere bedrag als het geplaatste kapitaal. Er is sprake van een bijschrijving vanuit de middelen van de vennootschap. Het verschil wordt ten laste gebracht van daartoe beschikbare reserves. Er is in wezen sprake van een kapitaalverhoging. Indien daartoe geen reserves beschikbaar zijn, is er sprake van een fictieve bijschrijvingspost die zo spoedig mogelijk en vóór eventuele winstuitkeringen aan de betreffende aandeelhouders, zou moeten verdwijnen. Dat kan gebeuren doordat uit ingehouden winst of alsnog te vormen reserves wordt voldaan aan de met de kapitaalverhoging corresponderende bijschrijvingsverplichting. In die geest wil de minister de mogelijkheid van het creëren van een euroreserve overwegen.

Is de som van de nominale waarde van de aandelen lager dan het bedrag van het geplaatste kapitaal, dan geldt het lagere bedrag als het

geplaatste kapitaal. Strikt genomen is er dan sprake van vermindering van het kapitaal als bedoeld in artikel 99/208 van boek 2 BW met de daarvoor geldende bijzondere waarborgen voor de crediteuren. De schuldeisers van de vennootschap worden echter voldoende beschermd indien het door afronding naar beneden vrijgekomen bedrag niet kan worden uitgekeerd. In de wet zal daarom een vereenvoudigde regeling worden opgenomen voor die gevallen waarin afronding naar beneden plaatsvindt en het aldus vrijgekomen kapitaal in de vennootschap blijft als gebonden reserve.

Vennootschappen die volstaan met de hiervoor geschetste stappen, kunnen de nodige aanpassingen tot stand brengen door middel van een vereenvoudigde procedure tot statutenwijziging waarbij geen verklaring van geen bezwaar van het ministerie is vereist. NV's en BV's die een stap verder willen gaan en de kapitaalbedragen niet alleen willen omrekenen en afronden, maar die de bedragen willen 'rondmaken' of die tevens de kapitaalstructuur willen aanpassen, zullen de statuten moeten wijzigen volgens de daarvoor geldende normale procedure.

Voorgaande regels kunnen kort worden samengevat aan de hand van een indeling in drie categorieën vennootschappen.

Categorie 1 behelst vennootschappen die op 1 januari 1999 bestaan. Deze vennootschappen kunnen vanaf deze datum kiezen: of handhaving van de vermeldingen in guldens of omzetting van de vermeldingen in euro's. Omzetting van de nominale waarde van aandelen en kapitaal in euro's vereist wijziging van de statuten. Vennootschappen die de nominale waarde omzetten, moeten de omrekenings- en afrondingsmethodiek in acht nemen. Handhaaft de vennootschap haar vermelding in guldens, dan leidt dat per 1 januari 2002 tot het hierboven aangeduide omrekeningsautomatisme. Omdat het werken met een eventueel lange reeks cijfers onaantrekkelijk zal zijn, wordt wettelijk geregeld dat de vermelding van de nominale waarde van aandelen in advertenties en dergelijke mag worden beperkt tot twee cijfers achter de komma. Het gaat hier om een vereenvoudigde vermelding en niet om afronding. De vennootschap moet in een dergelijk geval melding maken van deze toepassing.

Categorie 2 omvat vennootschappen die worden opgericht tussen 1 januari 1999 en 1 januari 2002. Zij mogen hun kapitaal en de nominale waarde van hun aandelen uitdrukken in euro's dan wel in guldens. Deze vennootschappen staat het niet vrij de nominale waarde van hun aandelen uit te drukken in meer dan twee cijfers achter de komma.

Categorie 3 ten slotte betreft vennootschappen die worden opgericht vanaf 1 januari 2002. Deze vennootschappen moeten hun kapitaal en de nominale waarde van de aandelen uitdrukken in euro's. De minimale nominale waarde van aandelen zal moeten worden uitgedrukt in een bedrag van ten minste een eurocent.

De voorgenomen wettelijke maatregelen kunnen niet alle fricties voorkomen. In bepaalde gevallen bijvoorbeeld kan het maatschappelijk kapitaal van een vennootschap te laag blijken om een kapitaalsverhoging op te vangen. Ook kunnen de verhoudingen tussen bestaande aandeelhouders worden gewijzigd door de verhoging of vermindering van het totale geplaatste kapitaal. Met name het verschil in de positie van gewone en preferente aandeelhouders kan tot vragen aanleiding geven. In geval van vermindering van het geplaatst kapitaal zullen preferente aandeelhouders hun rechten willen blijven ontleen aan het oorspronkelijke nominale bedrag van het aandeel. Gewone aandeelhouders kunnen weer bezwaren hebben tegen verhoging van de rechten van preferente aandeelhouders, ontstaan als gevolg van verhoging van het geplaatste kapitaal. Dergelijke omstandigheden zullen soms naast aanpassing aan de euro tot herstructurering van het kapitaal noodzaken.

Provincie stuit op ondernemingskamer

Alweer enige jaren geleden is de medezeggenschap bij de overheid in de WOR geregeld op gelijke voet met de private sector. Hoewel daarmee het bereik van de WOR enorm toenam, bleef het aantal beroepszaken bij de ondernemingskamer (OK) grosso modo gelijk. Zou de overheidssector zijn voordeel doen met de reeds door de marktsector gegenereerde jurisprudentie over het adviesrecht van de OR? Wie van deze rechtspraak kennisneemt, merkt immers al gauw dat er niet veel vragen meer open staan over spelregels

en betekenis van het adviesrecht. Zo simpel ligt het niet. Er is een tendens te bespeuren naar meer WOR-beroepszaken vanuit de publieke sector. In de praktijk blijkt bij politieke besluitvorming de WOR-medezeggenschap nogal eens over het hoofd te worden gezien.

Illustratief is de zaak die ondernemingsraden van vier Zuid-Hollandse gemeenten aanhangig maakten bij de OK (OK 26 november 1998, nr. 915/98). De provincie Zuid-Holland wil een gemeentelijke herindeling per 1 januari 1999 rond hebben. In september 1998 wordt duidelijk dat betrokken gemeentelijke ondernemingsraden geen advies is gevraagd, wordt de provincie op 5 november 1998 op de vingers getikt door de OK. Direct daarna neemt de provincie opnieuw een voorgenomen besluit tot herindeling en zet een procedure in gang om met de betrokken gemeenten een gemeenschappelijke adviesaanvraag in te dienen bij de ondernemingsraden. Als dat niet lukt, vraagt de provincie zelf advies. De aanvraag wordt door de ondernemingsraden op 17 november 1998 ontvangen. Advies moet worden gegeven uiterlijk 24 november 1998. De ondernemingsraden hebben bezwaren tegen het voorgenomen besluit. De provincie hakt echter op 24 november de knoop door en besluit tot de herindeling.

De ondernemingsraden wenden zich tot de OK, onder andere met het verzoek bij wijze van voorlopige voorziening het besluit op te schorten. Volgens de OK wordt in de adviesaanvraag onvoldoende ingegaan op de sociale gevolgen van de herindeling. Er is weliswaar een werkgelegenheidsgarantie gegeven maar dat is niet voldoende. De WOR vereist immers dat bij de adviesaanvraag een overzicht wordt verstrekt van de te verwachten sociale gevolgen en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen (artikel 25, lid 3). Kort voor het verstrijken van de adviesdatum verstrekt de provincie nog aanvullende informatie, maar gunt de ondernemingsraden te weinig tijd om die in de advisering te betrekken. De provincie zegt daaraan niets te kunnen doen omdat de betrokken gemeenten de vereiste gegevens niet tijdig hebben verstrekt. De OK toont zich echter niet gevoelig voor dit argument.

Ook het verweer dat men nog aan de nieuwe wet moet wennen, wordt van tafel geveegd. De OK verwijt de provincie onvoldoende te hebben gedaan om tot een goede procedure te komen waarmee alle betrokkenen konden instemmen. De OK wijst het verzoek tot opschorting van het herindelingsbesluit toe. Volgens de provincie kan dat leiden tot ernstige vertraging en zelfs afstel van de herindeling. Maar de OK acht niet aanneemelijk dat de zaken in 1999 zodanig anders liggen dat dan een behoorlijke besluitvorming tot herindeling niet meer mogelijk zou zijn.

Wat leert deze uitspraak? In de eerste plaats dat ook de ondernemer in de overheidssector zich geen overtreding van de spelregels van het adviesrecht kan veroorloven. De adviesaanvraag moet tijdig worden ingediend, het voorgenomen besluit moet goed zijn gemotiveerd en de sociale gevolgen van het besluit, inclusief de naar aanleiding daarvan te treffen maatregelen, moeten voor de ondernemingsraad in kaart worden gebracht. In de tweede plaats blijkt gelaagde politieke besluitvorming – in dit geval op provinciaal en gemeentelijk niveau – voor complicaties te zorgen. De OK maakt echter duidelijk dat de overheidsondernemer zich hierachter niet zal kunnen verschuilen.