

ONDERNEMINGSRECHT

# Als ik...

In de serie 'Als ik...' laten prominente juristen hun licht schijnen over de vraag wat zij zouden willen veranderen op 'hun' rechtsgebied. Wat zouden zij aanpakken, instellen en/of afschaffen als zij minister van Veiligheid en Justitie waren? Gratis advies voor de demissionaire Ivo Opstelten; deze keer op het gebied van het ondernemingsrecht.

**"De Nederlandse vennootschapswetgeving verkeert niet in crisistoestand. Boek 2 BW en de Wet op het financieel toezicht zijn voorbeelden van goede moderne wetgeving."**  
**Vino Timmerman, advocaat-generaal bij de HR/hogleraar**

**"Natuurlijk, de Europese BV had de huidige crisis niet voorkomen, maar zij kan de Europese economie wel nieuw elan kan geven, zodat het herstel wordt bevorderd."**  
**Steeff Bartman, advocaat/hogleraar**

**"Niet de beelden over 'Amerikaanse toestanden' maar de feiten moeten leidend zijn in het debat over collectieve procedures."**  
**Jurjen Lemstra, advocaat**

**"Ondernemingsrecht en financieel recht komen steeds vaker in elkaars vaarwater, terwijl coördinatie in deze tijd van toegenomen complexiteit juist zo van belang is."**  
**Geert Raaijmakers, advocaat/hogleraar**

**"Een enquêterol past bij de brede taak van de ondernemingsraad."**  
**Peter Ingelse, voorzitter Ondernemingskamer**

## ONDERNEMINGEN MOETEN ZICH MEER OP DE LANGE TERMIJN RICHTEN

**A**ls ik minister van Veiligheid en Justitie was, zou ik mij voor twee projecten inzetten. Allereerst wil ik graag bereiken dat beursvennootschappen meer op de lange termijn worden gericht. In de tweede plaats zou ik willen bewerkstelligen dat er een privaatrechtelijke rechtsvorm komt waarin het verwezenlijken van een maatschappelijk doel vooropstaat. Maar voor alle duidelijkheid wil ik eerst benadrukken dat de Nederlandse vennootschapswetgeving niet in crisistoestand verkeert. Misschien geldt dat crisisgevoel voor andere rechtsgebieden, zoals het arbeidsrecht en faillissementsrecht, met hun verouderde wetgeving. Boek 2 BW en de Wet op het financieel toezicht zijn voorbeelden van goede moderne wetgeving. De Code Corporate Governance is van recente datum en wordt regelmatig aangepast. Daar komt bij dat onlangs drie wetgevingsprojecten tot stand zijn gebracht die het Nederlandse vennootschapsrecht echt verbeteren. Ik doel hier op de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht, op bestuur en toezicht met vooral de nieuwe tegenstrijdig belangregels en de herziening van het enquêterecht. Het tot stand brengen van deze wetgeving is in het huidige moeilijke politieke klimaat een prestatie die bewondering afdwingt. De uitgangssituatie is zeker goed.

### Korte termijn

Een knelpunt in het functioneren van vooral grote vennootschappen is volgens mij de sterke gerichtheid op de korte termijn. Deze functioneren vaak vooral ten bate van publieke kapitaalverschaffers, zoals institutionele beleggers, en van private equity. Deze zien die grote vennootschappen vaak als handelswaar of objecten waarmee via allerlei transacties, zoals verkoop van bedrijfsonderdelen en inkoop van eigen aandelen, grote winsten op korte termijn kunnen worden gemaakt. Winst op korte termijn, daarom gaat het voor deze beleggers al te vaak. Als gevolg hiervan krijgt de aandeelhoudersvergadering verkeerde prikkels om over langetermijnkwesties te beslissen. Bij zo'n vergadering is er dan ook weinig aandacht voor investeringszaken, zoals onderzoek, innovatie, loyaliteit van werknemers en een goede re-

putatie bij klanten. Maar die zijn voor het langetermijnsucces van een onderneming nu juist essentieel. In de rechtspraak is gelukkig uitgemaakt dat het strategische beleid tot de bevoegdheid van het bestuur behoort en dit ruime mogelijkheden heeft om beschermingsmaatregelen te treffen. Daarmee kan het bestuur het door hem uitgestippelde langetermijnbeleid beschermen. Ik zou op deze weg verder willen gaan. Dit betekent dat bonussen voor bestuurders en andere werknemers die prikkelen tot kortetermijnresultaten desnoods via wettelijke maatregelen teruggedrongen dienen te worden. Ook zou ik willen laten onderzoeken of zaken, zoals loyaliteitsstemrecht en -dividend, aan een langetermijnoriëntatie van de vennootschap kunnen bijdragen. Daarbij moet het Nederlandse beleid worden afgestemd op ontwikkelingen in het buitenland. We moeten bijvoorbeeld inspiratie putten uit ideeën die in Groot-Brittannië in het kader van de *stewardship code* worden bedacht en daar een langetermijnoriëntatie onder de kapitaalverschaffers proberen te bevorderen.

### Idealistisch ondernemen

Wereldwijd is er vooral onder jonge mensen een toenemende belangstelling voor kleinschalig idealistisch ondernemen, bijvoorbeeld in de sfeer van duurzaamheid, zorg en natuur en milieu. Daarbij staat het streven naar maximale winst niet voorop, maar het bevorderen van een maatschappelijke activiteit. Ik vind dat een mooie ontwikkeling die ook vanuit het ondernemingsrecht bevorderd moet worden. Dit zou ook wel eens een belangrijke economische sector kunnen worden. Die jonge idealistische ondernemers willen een rechtsvorm waarin in die vorm tot uitdrukking komt dat de maatschappelijke activiteit vooropstaat, maar winstuitkeringen niet worden uitgesloten. Zoiets hebben we in Nederland niet. Bijvoorbeeld Engeland en verschillende Amerikaanse staten kennen zo'n rechtsvorm wel. Ik noem de *Community Interest Company* en de *B Corporation*. Zo'n rechtsvorm moet ook in Boek 2 BW komen. Het is verkeerd voor dit soort ontwikkelingen de neus op te halen. Voor goed ondernemingsrecht is een open *mind* essentieel. • ▶



Vino Timmerman is advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar grondslagen ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

# MODERNISERING VAN HET COLLECTIEF ACTIERECHT

**A**ls ik minister van veiligheid en justitie was, zou ik de innovatie van de Nederlandse 'juridische industrie' bevorderen. De juridische industrie vormt een belangrijk onderdeel van de Nederlandse kenniseconomie, en draagt bij aan de aantrekkingskracht van Nederland als vestigingsland. Mijn speerpunt wordt de modernisering van het collectief actierecht.

Nederland heeft de afgelopen jaren fors geïnvesteerd in moderne wetgeving op het terrein van

het financieel recht en ondernemingsrecht. Ik noem de Wet op het financieel toezicht, de Wet bestuur en toezicht, het herziene enquêterecht en de invoering van de flex-bv.

Internationaal heeft Nederland zich met de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) geprofileerd. Nationale en internationale ondernemingen die worden geconfronteerd met *class actions* en individuele procedures kunnen een schikking treffen met (Nederlandse) belangenorganisaties teneinde de schikking (wereldwijd) verbindend te laten verklaren door het hof Amsterdam. Diverse (inter)nationale ondernemingen hebben dankzij de WCAM *global peace* met hun klanten of aandeelhouders bereikt.

Vooraf in het financieel recht en het ondernemingsrecht worden de gevolgen van 'globalisering' en schaalvergroting zichtbaar. Zo is het aantal massaclaims in Nederland sterk toegenomen. De wetgever heeft recent initiatieven genomen die bijdragen aan een effectieve afhandeling van massaclaims. Ik wijs op de recent ingevoerde mogelijkheid om in massaschadezaken prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad. Afgezien van te verwachten efficiencyvoordelen, zal de regeling partijen in een vroegtijdig(er) stadium van de procedure in staat stellen hun juridische positie te ijken, waardoor de schikkingbereidheid van partijen wordt bevorderd. Ook met de in te voeren pre-processuele comparitie wordt beoogd de mogelijkheden van een massaschikking onder supervisie van de rechter vroegtijdig in kaart te brengen.

Hoewel ik deze initiatieven toejuich, meen ik dat de echte prikkels voor aangesproken partijen om een collectieve schikking te overwegen, ontbreken.

Ik zou als minister een stap verder zetten in de modernisering van ons collectief actierecht. Ik zou de eind 2011 aangenomen motie-Dijksma uitvoeren en een stappenplan opstellen om het in artikel 305a van boek 3 BW opgenomen verbod om collectief schadevergoeding in geld te vorderen te schrappen. Schrapping van dat verbod betekent dat aangesproken ondernemingen niet langer achterover kunnen leunen vanuit de gedachte dat collectieve procedures lang duren en benadeelden zijn aangewezen op individuele procedures tot schadevergoeding in geld. Met de schrapping van het verbod wordt een gelijk speelveld gecreëerd met meer prikkels voor partijen om er zonder de rechter uit te komen. Ik constateer dat bij

representatieve belangenorganisaties als Consumentenbond en Vereniging van Effectenbezitters en de Tweede Kamer een breed draagvlak bestaat om het verbod te schrappen. Ondernemingen vrezen echter een aanzui-gende werking en 'Amerikaanse toestanden'. Ik deel die vrees niet. Ik zou het draagvlak voor 'schrapping' echter met de volgende initiatieven proberen te vergroten:

Ik zou een wetenschappelijk empirisch onderzoek laten uitvoeren naar de uitkomsten van massaclaims in Nederland sinds de introductie van

de collectieve actie in 1994 en naar de rol van belangenorganisaties en ondernemingen. Niet de 'beelden' over 'Amerikaanse toestanden' maar de feiten moeten leidend zijn in het debat. Recent is een dergelijk empirisch onderzoek nuttig gebleken bij de herziening van het enquêterecht.

Ik zou verder wettelijke waarborgen tegen mogelijk misbruik van collectieve acties creëren. Wettelijke verankering van de recente Claimcode en de introductie van wettelijke kaders voor de financiering van collectieve acties zijn daarbij enkele van de te overwegen opties.

Tot slot zou ik de schrapping van het verbod voor een periode van vijf jaar invoeren en alleen op het terrein van het financieel recht en ondernemingsrecht. Ik stel voor dat de wetgever het experiment na vijf jaar evalueert.

Ik zou mij als minister ervoor inzetten dat de modernisering van het collectief actierecht in 2014, bij het twintigjarig bestaan van artikel 305a, zijn beslag krijgt. •



Jurjen Lemstra is advocaat bij Lemstra Van der Korst in Amsterdam en als docent corporate litigation verbonden aan het Van der Heijden Instituut van de Radboud Universiteit Nijmegen.

## OP NAAR DE EUROPESE BV

**A**ls ik minister van Justitie was dan zou ik mij er voor inspannen dat de Europese BV – de *Societas Privata Europaea* (SPE) – nu eindelijk in Europa wordt geïntroduceerd. De onlangs in Nederland ingevoerde flex-BV is op zichzelf natuurlijk een goede zaak, maar ik vraag mij af of alle tijd, intellect en inspanning die daaraan zijn besteed niet beter voor de SPE hadden kunnen worden ingezet. Vanuit de wereldeconomie beschouwd, is onze flex-BV lokaal geknutsel op de vierkante centimeter.

Nederland is bij uitstek een handelsland dat het moet hebben van intensief en vrij commercieel verkeer binnen Europa. Daarbij past een eenvoudige rechtsvorm, zoals de SPE, met beperkte aansprakelijkheid, die overall binnen de Europese Unie kan worden opgericht en die in alle EU-landen goeddeels gelijk is. Een rechtsvorm ook waarmee grensoverschrijdende concerns eenduidig en herkenbaar binnen Europa gestalte kunnen krijgen. Daarmee zou het belang van de Europese ondernemer – en dus van Nederland! – aanzienlijk zijn gediend. Natuurlijk, de SPE had de huidige crisis niet voorkomen, maar ik ben ervan overtuigd dat zij de Europese economie wel nieuw elan kan geven, zodat het herstel wordt bevorderd. Dit laatste misschien vooral vanwege het psychologisch effect. De SPE kan burgers en ondernemers nieuw geloof geven in het samenbindend vermogen van de EU, waar cynisme thans de boventoon voert. Zou het niet mooi geweest zijn als minister Kamp, toen hij onlangs smalend sprak over de vanuit Europa verordonneerde antislipzolen voor kappers, bij wijze van replek de SPE had kunnen worden voorhouden?

Je zou verwachten dat juist de Nederlandse regering zich met verve achter de SPE zou scharen. Maar tot nu toe is daar geen sprake van. Vijf jaar geleden presenteerde de Europese Commissie een ontwerpverordening voor de SPE. De eerste reacties waren enthousiast en het leek alsof een ‘Wonder van Brussel’ zich aandeed. Maar daarna verzamelden de tegenkrachten zich alras aan de horizon van het slagveld. Achteraan – en enigszins verdekt opgesteld – het gros van de Nederlandse advocaten en notarissen. Zij vertonen van

nature niet de neiging te ijveren voor een rechtsvorm die net zo goed op Cyprus kan worden opgericht. Dat scheelt maar omzet en winstdeel. In een wat meer vooruitgeschoven positie (vaak wisselend met de achterste linie) de juridische vakpublicisten die, met de maat van ons *sophisticated* stelsel van vennootschapsrecht, op elke SPE-slak zout leggen en deze met een eindeloze stroom kritiek de nek omdraaien (zoals eerder de SE in de wieg werd gesmoord). In de front-

linie, ten slotte, met vlag en vaandel de Nederlandse vakbeweging, die vreest dat de minst begeerde parel van ons medezeggenschapsrecht, de structuurregeling, door de SPE kan worden ondermijnd. Een 20e eeuwse achterhoedegevecht uiteraard, nu via een Engelse Ltd of een Franse SàRL de structuurregeling volledig kan worden ontgaan, met de zegen van het Europese Hof.

In 2010 werd in het Europees parlement een akkoord bereikt over de SPE. Echter, de kleffe krachten van de Nederlandse polder maakten dat onze minister van economische zaken Verhagen, aangevuurd door de eurofobe gedoogpartner PVV, zich vorig jaar in Brussel het felst verzet tegen invoering van de SPE. Ver-

gelijkbare conservatieve lobbygroepen weerden zich in Duitsland en Zweden. Het gevolg is dat het SPE-project al weer maanden in het slop zit. Met de

### Nederlandse juristen vertonen niet de neiging te ijveren voor een rechtsvorm die ook op Cyprus kan worden opgericht

invoering van de flex-BV doet de Nederlandse regering wel braaf mee met de *light vehicle competition* tussen de EU-lidstaten, onder andere in de hoop hiermee buitenlandse investeerders te lokken. Kennelijk wordt hiervan meer economisch heil verwacht dan van de SPE. Als minister van Justitie zou ik proberen de minister van Economische zaken ervan te overtuigen dat dit een misvatting is. Maar hopelijk is een kabinet van een andere kleur effectiever. •



Steef Bartman is advocaat bij DLA Piper en hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden.

## VERNIEUWING, FLEXIBILISERING EN VEREENVOUDIGING VAN DE NV

**A**ls ik minister van Justitie was zou ik de regels rondom de naamloze vennootschap aanpassen. De flex-BV is per 1 oktober eindelijk een feit. Het was hoog nodig om tot een flexibeler BV-vorm te komen. Echter, ook de NV is als rechtsvorm sterk verouderd en door de jaren heen belast geraakt met complexe regelgeving die de figuur onnodig inflexibel en intransparant maakt. Tegelijkertijd is de NV voor 'de BV Nederland' een belangrijke rechtsvorm. Zo wordt zij gebruikt door praktisch alle beursvennootschappen en financiële instellingen. Deze alleen al vertegenwoordigen samen een substantieel deel van het Bruto Nationaal Product en zorgen voor belangrijke werkgelegenheid. Daarnaast wordt de NV echter ook gebruikt door onder meer beroepsvennootschappen van advocaten en accountants, financiële dochtermaatschappijen, beleggingsmaatschappijen, waterleidingbedrijven en overheidsinstellingen. In de afgelopen decennia zijn steeds weer nieuwe regels ontworpen voor beursvennootschappen, banken en andere organisaties, vaak in reactie op crisissituaties of ter implementatie van Europese regelgeving. Die regels zijn door elkaar gaan lopen, hebben vaak een groter bereik dan noodzakelijk, zijn vaak moeilijk toegankelijk, hebben niet

### De NV is een belangrijke rechtsvorm voor 'de BV Nederland'

zelden een ad hoc-karakter en zijn soms tegenstrijdig. Dat is schadelijk voor ons vestigingsklimaat.

#### Evaluatie

Als ik minister van Justitie was zou ik hoge prioriteit geven aan het vereenvoudigen en versterken van ons ondernemingsrecht en zou ik beginnen met de NV. Ik zou beginnen met een evaluatie. De verschillende sectoren hebben veel nieuwe regelgeving op zich afgekregen, vanuit verschillende

hoeken. Waar zitten mogelijke knelpunten? Zijn er tegenstrijdigheden die kunnen worden opgelost? Zijn die regels voldoende effectief, of kan die effectiviteit beter? Kan het eenvoudiger? Ik zou willen vaststellen welke knelpunten de praktijk ondervindt. Omdat de NV nu eenmaal de gebruikelijke vorm voor Nederlandse beursondernemingen is, dreigt het gevaar dat een discussie over aanpassing van het NV-recht gedomineerd gaat

worden door de beurs-NV. Hetzelfde geldt voor financiële instellingen. Ondernemingsrecht en financieel recht komen steeds vaker in elkaars vaarwater, terwijl coördinatie in deze tijd van toegenomen complexiteit juist zo van belang is. Ik zou daarom in nauw overleg met mijn collega van Financien willen vaststellen welke onderwerpen in de Wft en welke in Boek 2 BW moeten worden geregeld. Ook zou ik gezamenlijk willen vaststellen waar mogelijke frictie zit tussen ondernemingsrechtelijke regels en financieelrechtelijke. Verder zou ik de rechtsmiddelen tot handhaving daarbij willen betrekken, want die hebben nu eenmaal een verschillende doelstelling.

#### Brussel

Dat inzicht zou ik vervolgens gebruiken om precies te kunnen aangeven waar – omgekeerd – het te vernieuwen NV-recht zijn grenzen zou vinden. Zo kan ik bepalen welke onderwerpen met de doeleinden van het ondernemingsrecht weinig of niets te maken hebben, zodat de NV daarmee ook niet belast hoeft te worden. Daarmee, en met de genoemde evaluatie, zou ik vaststellen waar het NV-recht flexibeler en eenvoudiger kan. Dat inzicht zou ik ook actief willen gebruiken in de onderhandelingen in Brussel over nieuwe EU-initiatieven op het terrein van het NV- respectievelijk het financiële recht. Ook op dat niveau moet immers voorkomen worden dat die onderwerpen willekeurig door elkaar blijven lopen. Duidelijk is immers dat bijvoorbeeld de Europese initiatieven in de sfeer van de financiële instellingen en de bankenunie een heel ander instrumentarium vergen dan de NV waarin een familiebedrijf of een beroepsmaatschap is ondergebracht.

Zo doende zou ik willen komen tot vernieuwing, flexibilisering en vereenvoudiging van de NV. ▶



Geert Raaijmakers is advocaat bij NautaDutilh in Amsterdam en hoogleeraar ondernemings- en effectenrecht aan de Vrije Universiteit.

## LAAT RECHTERS (EN LEDEN ONDERNEMINGSKAMER) TOT HUN 75<sup>E</sup> DOORWERKEN

**A**ls ik minister van Justitie word dan zal ik voorstellen het net herziene enquêterecht nog op twee punten te wijzigen: invoering van de ruziesplitsing en enquêterecht voor de ondernemingsraad. In veel aan de Ondernemingskamer voorgelegde enquêteverzoeken is in één oogopslag duidelijk dat de – vaak fifty-fifty – aandeelhouders niet meer kunnen samenwerken en dat uiteengaan de enige werkbare uitkomst is. Vaak willen zij en/of hun advocaten daar niet aan, soms ook niet na tussenkomst van de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoeker of tijdelijk bestuurder. Ik schaar mij in het koor van diegenen die vinden dat de Ondernemingskamer voor die gevallen de bevoegdheid moet krijgen om – op verzoek – de overdracht van aandelen te bevelen. Vaststelling van wanbeleid is een vereiste. Maar niet alleen de voor het wanbeleid verantwoordelijke aandeelhouder kan tot overdracht worden veroordeeld. Wie de aandelen krijgt, hangt af van de afweging van de belangen van alle betrokkenen, ook van die van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming. Deze zijn gediend met een adequate en definitieve oplossing waarvan de weg vaak kan worden geplaveid door middel van onmiddellijke voorzieningen. Ik zal voorstellen de ondernemingsraad het enquêterecht toe te kennen. De ondernemingsraad heeft een evident belang bij het reilen en zeilen van de aan de vennootschap verbonden onderneming. De ondernemingsraad heeft een brede medezeggenschapsbevoegdheid, maar tanden heeft hij alleen ten aanzien van concrete besluiten. Een enquêterol past bij die brede taak. Gelet op de ervaringen in WOR-zaken hoeven we niet bang te zijn voor overmatige proceslust van de ondernemingsraad. Als minister zal ik voorts een wijziging van artikel 2:92a, 201a en 359c BW in overweging nemen. Uitkoopprocedures

### De ondernemingsraad heeft alleen tanden ten aanzien van concrete besluiten

duren te lang. Vooral de bepaling van de prijs speelt de Ondernemingskamer parten: wij vragen een deskundige de waarde te bepalen per de datum dat wij uitspraak zullen doen. Dat kost tijd en het antwoord is bij de presentatie per definitie al achterhaald. Dit probleem wordt opgelost indien de Ondernemingskamer de bevoegdheid krijgt om bij tussenarrest de overdracht van de aandelen te bevelen tegen een nader vast te stellen prijs en onder gelijktijdige veroordeling tot betaling van een in redelijkheid te bepalen voorschot. Bij eindarrest bepaalt de Ondernemingskamer de definitieve prijs – per datum tussenarrest – en veroordeelt zij tot betaling van het eventuele verschil met wettelijke rente. Een wettelijk pandrecht op de overgedragen aandelen garandeert de overdragers dat ook dit verschil wordt betaald. Voordeel: de overdracht hoeft niet op de waardering te wachten en de deskundige waardeert naar een toestand in het verleden. Het voorschot kan doorgaans gelijk zijn aan de gevorderde prijs. Biedt de eiser onvoldoende aanknopingspunten voor betrouwbare vaststelling van een voorschot, dan loopt hij het risico dat de overdracht toch moet

wachten tot het eindarrest. Rechters mogen tot hun 70e doorwerken, vijf jaar langer dan 'gewone' werknemers. De stijgende AOW-leeftijd dreigt dat verschil 'op te eten'. Als minister zal ik een wetsvoorstel indienen om de leeftijdsgrens tot 75 op te trekken, ook voor de raden in de Ondernemingskamer. Ten slotte zal ik de goede naam van mijn ministerie herstellen. Volgens de website van het ministerie werken "alle diensten van het ministerie van Veiligheid en Justitie aan een veiliger en rechtvaardiger samenleving (...) door in te grijpen in de levensloop van mensen". Dat geldt ook voor rechters die "direct aan het ministerie verbonden" zijn. Dit vormt in menig opzicht een staaltje van beroerde voorlichting. Ik beperk mij tot de constatering dat Justitie naast veiligheid – en nog veel meer – ook en vooral vrijheid beschermt. Waar die twee elkaar bijten, gaat lang niet altijd veiligheid voor. 'Minister van Vrijheid, Veiligheid en Justitie' is te veel van het goede: het wordt dus weer 'minister van Justitie'. ■



Peter Ingelse is voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam.