

SYMPOSIUM OVERHEID EN AANSPRAKELIJKHEID
“Aansprakelijkheid van de overheid als aandeelhouder.
Antilliaans perspectief”

Vrijdag 26 februari 2010 – Aula, UNA, Curaçao

Mr. K. Frielink

12.45 – 13.30 uur

1. Inleiding

In Nederland heeft de overheid zijn belangen in private ondernemingen fors uitgebreid. Zo zijn Fortis en ABN Amro – al dan niet tijdelijk - staatsbanken geworden. Dat roept allerlei vragen op over de rol van de overheid als aandeelhouder. Het gaat om zeer uiteenlopende vragen zoals bijvoorbeeld:

- Mag de overheid als aandeelhouder het aan de aandelen verbonden stemrecht gebruiken om publieke belangen te behartigen, bijvoorbeeld door de banken op te dragen gunstige voorwaarden te hanteren bij kredietaanvragen voor investeringen in duurzame energie?
- Zal de overheid zich als aandeelhouder van deze banken anders gedragen dan een ‘gewone’ aandeelhouder nu het systeembanken betreft die ‘koste wat het kost’ overeind gehouden moeten worden?
- Mag de overheid als aandeelhouder een stringenter beleid ten aanzien van bonussen voeren omdat dat nu eenmaal het overheidsbeleid is, ook al zou een ‘gewone’ aandeelhouder dat op zakelijke gronden mogelijk juist niet doen?¹
- Mag de overheid informatie die zij als aandeelhouder ontvangt over misstanden in de NV of over milieuovertredingen gebruiken in haar publieke taak als handhaver van de wet?
- Wanneer en in welke mate valt informatie die met het aandeelhouderschap samenhangt onder de regels voor openbaarheid van bestuur?²

¹ Vgl. Ook S. Bartman, *Het benoemings- en vetorecht van de Nederlandse Staat in de raad van commissarissen van ING: vervolg naar aanleiding van Kamervragen*, WPNR 6817 (2009), p. 847-850. Ik zou zelf niet over ‘vetorecht’ willen spreken, maar (los van de mogelijke ‘wankelheid’ van de juridische basis) over een afspraak om alléén op basis van unanimiteit tot besluitvorming te komen. Daarnaast vraag ik mij af of (en in hoeverre) een commissaris zich op voorhand contractueel mag binden tot het op een bepaalde wijze uitbrengen van zijn stem in een RvC, bijvoorbeeld om bonussen boven een bepaald niveau te allen tijde tegen te houden. Een dergelijke afspraak lijkt mij in beginsel in strijd met het systeem van de Nederlandse wet en dus nietig.

² Vgl. Rb Rotterdam 14 oktober 2002, LJN: AE9419 inzake NRC vs Minister van Financiën.

- In welke gevallen kunnen werknemers van een NV waarvan de overheid alle aandelen houdt wel en in welke gevallen kunnen zij niet worden aangemerkt als ‘ambtenaar’ in de zin van het Wetboek van Strafrecht?³
- Levert het aandeelhouderschap van de overheid belangentegenstellingen op dan wel de schijn daarvan, bijvoorbeeld als de NV van de overheid wel (snel) een concessie krijgt, maar een privaat gehouden NV niet?

Ik ga niet al teveel spreekijd verdoen met een opsomming van wat ik allemaal niet ga behandelen, maar aan de nieuwe regels rond *corporate governance*⁴ en het fenomeen staatsfondsen⁵ besteed ik in ieder geval geen aandacht. We beginnen met een beknopt overzicht van het wettelijke instrumentarium dat de overheid als aandeelhouder van een Nederlands Antilliaanse vennootschap ten dienste staat. Anders gezegd: hoe kan de overheid langs de weg van haar aandeelhouderschap een vennootschap aan- en bijsturen?

Daar waar ik het over een overheidsvennootschap heb, versta ik daaronder een NV waarin de zeggenschap op aandeelhoudersniveau voor meer dan de helft berust bij het Land de Nederlandse Antillen en/of één van de Eilandgebieden.

2. Het instrumentarium in vogelvlucht

Een meerderheidsaandeelhouder heeft verschillende mogelijkheden om zijn zin te krijgen. Ik beperk mij maar even tot een NV met een dualistisch bestuursmodel en tot de belangrijkste instrumenten:

- De grootaandeelhouder heeft het – doorgaans – in zijn macht om bestuurders (en commissarissen) te benoemen en te ontslaan (door met ontslag te dreigen kan hij feitelijk druk uitoefenen). Het gaat hier om instructiemacht.
- De statuten (of een krachtens de wet of de statuten vastgesteld reglement) kunnen bepalingen bevatten die een ander orgaan (de aandeelhoudersvergadering bijvoorbeeld) een instructierecht geven. Het gaat daarbij niet slechts om instructies die zijn beperkt tot algemene lijnen van het te voeren beleid op bepaalde terreinen, maar het kan ook om zeer concrete instructies gaan. Het gaat hier om een instructiebevoegdheid in tegenstelling tot de zojuist genoemde instructiemacht.
- De grootaandeelhouder heeft het in zijn macht in de statuten een lijst met onderwerpen op te nemen waarover het bestuur niet mag beslissen zonder voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering of zonder voorafgaande goedkeuring van de Raad van Commissarissen, in welke Raad dan natuurlijk ‘bevriende’ personen worden benoemd.

³ Vgl. HR 14 oktober 2009, LJN: BJ6793.

⁴ Zie wat Sint Maarten betreft: <http://www.curacao-law.com/wp-content/uploads/2009/10/bzse-lezing-corporate-governance-02oct09.pdf>

⁵ Zie daarover G.T.M.J. Raaijmakers en J.J. Trommel, *Staatsfondsen: test voor het Ondernemingsrecht*, Ondernemingsrecht 15 (2008), p. 534-542.

- De wet staat toe dat een grootaandeelhouder commissarissen benoemt die zich weliswaar moeten richten naar het belang van de NV en de daarmee verbonden onderneming, maar die toch in het bijzonder mogen opkomen voor de belangen van degene die hen heeft benoemd (of voorgedragen) en die deze belangen relatief zwaar mogen laten wegen (art. 2:19 lid 7 BW-NA).

Bij deze laatste mogelijkheid – de door de overheid als aandeelhouder benoemde of voorgedragen commissarissen - plaats ik een kanttekening. Hoewel de politieke kleur dan doorgaans een rol speelt, worden de betrokken commissarissen niet door een politieke partij maar door (een ‘orgaan’ van) de overheid benoemd. Als zij de belangen van degene die hen heeft benoemd zwaar laten wegen, mogen dat niet de partijpolitieke belangen zijn van de partij waartoe de betrokken Minister of Gedeputeerde behoort, maar eerder iets als het ‘algemeen belang’. Het lijkt er soms op dat sommige politici dit aspect van de bepaling niet ten volle onderkennen en er vanuit lijken te gaan dat de door hen benoemde commissaris nu juist het politieke partijbelang zwaar mag laten wegen. Voor die opvatting bestaat in ieder geval geen wettelijke basis.

3. De publieke taak en de privaatrechtelijke weg

De overheid kan zich als aandeelhouder met overheidsvennootschappen bemoeien door te trachten ook langs die weg overheidsbeleid ten uitvoer te brengen. Daar echter waar publieke belangen in het geding zijn, behoort het waarborgen daarvan plaats te vinden via wet- en regelgeving, subsidies, concessievoorwaarden enz. en niet door het uitoefenen van aandeelhoudersrechten, en al helemaal niet wanneer dat in een zekere beslotenheid gebeurt.

Overheidsvennootschappen dienen bestuurd en aangestuurd te worden vanuit het perspectief van zakelijkheid, dus commercieel. Voor het bewaken van publieke belangen heeft de overheid, als gezegd, het instrument van wet- en regelgeving, waarbij bovendien de nodige procedurele waarborgen zijn ingebouwd en openbaarheid een leidend beginsel is. Als de overheid, om maar een voorbeeld te noemen, doet aan prijspolitiek voor water of elektra, dan moet dat door middel van wet- en regelgeving en niet via de band van het aandeelhouderschap.⁶ Wat dat betreft is het enige ‘publieke’ aan het aandeelhouderschap van de overheid dat het uiteindelijk gaat om ‘publieke middelen’.

Het voorgaande laat onverlet dat de overheid als aandeelhouder, gelijk iedere andere aandeelhouder, natuurlijk wel invloed op het beleid van een NV kan uitoefenen, bijvoorbeeld om algemeen overheidsbeleid in praktijk te brengen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de overheid in de doelomschrijving van de NV laat opnemen dat de NV haar activiteiten zoveel mogelijk zal uitoefenen vanuit het perspectief van ‘duurzaam ondernemen’.

4. Aansprakelijkheid van de overheid als aandeelhouder

We beperken ons gemakshalve tot de NV en haar aandeelhouder, maar wat wordt gezegd geldt ook voor de BV. De NV is een rechtspersoon: een zelfstandige drager van rechten en verplichtingen. Als we de NV in een Engelse tekst aanduiden, dan hebben we het bijna standaard over een ‘*limited liability*

⁶ Vgl. GEAC 31 oktober 2008, AR 2008/249 inzake Aquallectra vs Eilandgebied Curaçao.

company of *company with limited liability*. In het Nederlands zeggen we doorgaans ‘vennootschap met beperkte aansprakelijkheid’. Het begrip ‘vennootschap met beperkte aansprakelijkheid’ komt in Boek 2 BW-NA echter niet voor.

De wet bepaalt wel, kort gezegd, dat - onder andere - bestuurders en aandeelhouders niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schulden van een NV, voor zover uit de wet niet het tegendeel voortvloeit (art. 2:3 lid 2 BW-NA). Doorgaans zeggen we in dat verband dat de aandeelhouder jegens de vennootschap slechts is verbonden voor de tegenprestatie die voortvloeit uit het feit dat aandelen aan hem zijn uitgegeven (art. 2:107 lid 1 BW-NA). In Nederland wordt in dat verband het begrip ‘stortingsplicht’ gebruikt. Daarin zit dus het element ‘beperkte aansprakelijkheid’.

Die ‘beperkte aansprakelijkheid’ ontnemt aan het ondernemen uiteraard niet het daaraan verbonden risico, maar verplaatst dat van de aandeelhouders naar met name de crediteuren. Gaat het goed met de NV dan komen de voordelen de aandeelhouders ten goede, gaat het slecht dan delen zij dat risico met de crediteuren, bij wie zij overigens wel zijn achtergesteld. Het ‘verlies’ van de aandeelhouders is daarbij beperkt tot, kort gezegd, hun stortingsplicht.

Wordt de rechtspersoonlijkheid van een NV door een aandeelhouder misbruikt of wekt de aandeelhouder de schijn van kredietwaardigheid van een NV die vervolgens failliet, dan kan hij daarop in zijn persoonlijke vermogen worden aangesproken. We hebben het in dat soort gevallen over onrechtmatig handelen door een aandeelhouder en begrippen als ‘vereenzelviging’ of ‘lifting the corporate veil’ of ‘misbruik van identiteitsverschil’ enzovoort. Wat hier voor de ‘gewone’ aandeelhouder geldt, geldt uiteraard ook voor de overheid als aandeelhouder.

De overheid als aandeelhouder kan uiteraard, gelijk iedere andere aandeelhouder, op grond van onrechtmatige daad door een derde worden aangesproken.

Ingeval de NV failliet gaat is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, indien er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:16 lid 1 BW-NA). Degene die zich zodanig met het beleid van de NV heeft bemoeid dat hij zich is gaan gedragen als ware hij bestuurder, we hebben het dan over een (mede)beleidsbepaler, is in een dergelijke situatie ook hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort (art. 2:16 lid 9 BW-NA).⁷ Denk in dit verband aan de overheid die (bijvoorbeeld als aandeelhouder), door het geven van instructies, bevoegd of onbevoegd, met een zekere regelmaat een bepaald beleid of bepaalde handelingen afdwingt.

Komt dat dan wel eens voor zult u zich afvragen? Ja. Ik noem hier enkele – soorten van – (mogelijke) gevallen:

⁷ Meer in het algemeen geldt dat degene die zonder deel uit te maken van het bestuur, voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden, al dan niet krachtens een bepaling van de statuten of van Boek 2 BW, het beleid van de NV bepaalt of mede bepaalt als ware hij bestuurder, ter zake van dat optreden, wat zijn verplichtingen ten opzichte van de NV en van derden betreft, alsmede voor de toepassing van artikel 2:9 BW, als bestuurder wordt aangemerkt (art. 2:138 BW-NA).

- De overheid heeft zich in het verleden bemoeid met onder andere het personeelsbeleid, waaronder het aannemen van werknemers door overheidsvennootschappen. Het bestuur kreeg dan van bijvoorbeeld een Minister of Gedeputeerde of een intermediair een lijstje met namen van mensen die in dienst moesten worden genomen. De overheid die op die wijze verantwoordelijk is voor een forse overtolligheid aan personeel of voor personeel dat ver beneden de maat functioneert, hetgeen mogelijk mede een belangrijke oorzaak kan zijn van een faillissement van de NV in kwestie, kan daarvoor, naast de bestuurders, aansprakelijk worden gesteld.
- De overheid heeft zich in het verleden ook bemoeid met aanbestedingsprocedures van NV's, zodat opdrachten bij familieleden of bevriende relaties van een Minister, Gedeputeerde of hun partij terecht kwamen.
- In 2004 heeft het Eilandgebied Curacao vanwege liquiditeitsproblemen een bedrag van ANG 15 miljoen geleend van UTS. Blijkens een rapport van de Algemene Rekenkamer van 5 september 2006⁸ was er nog al wat mis aan deze lening. Of hier druk op UTS is uitgeoefend is niet bekend, maar vaststaat dat er was gekozen voor een geldlening in plaats van een dividend, omdat het Algemeen Pensioenfonds Nederlandse Antillen (APNA) ten laste van het Eilandgebied beslag had laten leggen op eventueel door UTS uit te keren dividenden.
- In 2000 heeft de toenmalige Minister van Vervoer en Communicatie van Aruba aan Utilities N.V. (een NV van de overheid) gevraagd ruim Afl. 677.000,- te storten op de rekening van de Landsbemiddelaar ter doorbetaling aan werknemers van WEB Aruba N.V. De Minister had, zonder de vereiste wettelijke weg te volgen, met de vakbond van die werknemers een overeenkomst gesloten op grond waarvan deze betaling moest plaatsvinden. Utilities N.V. heeft het door haar betaalde bedrag verrekend met een nog openstaande schuld. In 2003 heeft de Ministerraad, waarvan de betrokken Minister geen deel uitmaakte, besloten hem persoonlijk aansprakelijk te stellen. Die vordering is in rechte gehonoreerd.⁹

Aansprakelijkheid van de overheid als aandeelhouder zou ook kunnen voortvloeien uit het (bewust) niet in acht nemen van de regels en procedures voor de benoeming van bestuurders. Om te illustreren dat de overheid het met de regels niet altijd even nauw neemt, noem ik hier een geval uit de rechtspraak waaruit blijkt hoe onzorgvuldig de overheid soms optreedt.

De oprichting van de Stichting Implementatie Privatisering (StIP) in 2000 was bedoeld om de privatisering van overheidsvennootschappen voor te bereiden. Gekozen was voor deze vorm in een poging om de directe invloed van de politiek op overheid NV's te verminderen. StIP is de aandeelhouder van onder andere Selikor. In de zaak van Tromp c.s. tegen StIP en Selikor waren de eisers in deze procedure kandidaat voor de functie van directeur van Selikor, maar zij werden tot hun verrassing

⁸ [http://www.gov.an/ccg/home.nsf/vImagesW/RAPP-LENING+UTS+2006-/\\$FILE/RAPP-LENING+UTS+2006-.pdf](http://www.gov.an/ccg/home.nsf/vImagesW/RAPP-LENING+UTS+2006-/$FILE/RAPP-LENING+UTS+2006-.pdf)

⁹ Vonnis van het Gerecht in Eerste Aanleg Aruba van 13 mei 2009, AR 2005/3132 inzake Land Aruba vs Croes.

geconfronteerd met de benoeming van Ivar Asjes, waarbij van de vastgestelde open sollicitatieprocedure werd afgeweken, en zij vorderden de vernietiging van het benoemingsbesluit.

In zijn vonnis van 11 februari 2008¹⁰ moest het Gerecht in de eerste plaats constateren dat niet is gebleken dat het Bestuurscollege zich rekenschap heeft gegeven van de achtergrond van de oprichting van StIP, namelijk het op afstand houden van de politiek (r.o. 3.13).

Het Gerecht overweegt voorts dat niet duidelijk is geworden op grond waarvan het Bestuurscollege heeft gemeend dat moest worden afgeweken van de door StIP voorgestane, openbare sollicitatieprocedure. Het Gerecht heeft het in die zaak over een zuiver politieke benoeming, tot stand gekomen onder druk van de Gedeputeerde en zijn partij (r.o. 3.13), terwijl Asjes niet eens had gesolliciteerd en evenmin was vastgesteld of hij voor die functie geschikt was. Een dergelijk met 'Good Corporate Governance' strijdig benoemingsbesluit wordt door het Gerecht met een beroep op de redelijkheid en billijkheid vernietigd. Daarmee werd de benoeming van Asjes dus ongedaan gemaakt. Als een besluit definitief is vernietigd rest degene die uiteindelijk toch niet benoemd is niets anders dan desgewenst schadevergoeding te vorderen (art. 2:22 lid 2 BW-NA).

Met die beslissing plaatst het Gerecht

(a) het belang van de betrokken overheidsvennootschap en de daarmee verbonden onderneming

én

(b) de (toen nog niet wettelijk vastgelegde) regels van Corporate Governance centraal.

En zo hoort het ook! Verwacht mag worden dat het Gerecht deze lijn niet alleen zal vasthouden, maar met name benoemingsbesluiten steeds strenger zal toetsen, zeker tegen de achtergrond van de nieuwe Corporate Governance-regelgeving. Dit soort benoemingen en andere vormen van vriendjespolitiek zijn immers een ernstige bedreiging voor de rechtsstaat.

Een interessante vraag is voorts in welke gevallen de overheid als aandeelhouder aansprakelijk kan zijn jegens medeaandeelhouders. De overheid hoeft immers niet altijd 100% aandeelhouder van een NV te zijn. Bij een niet 100%-aandeelhoudersbelang heeft de overheid de verantwoordelijkheid om mede op te komen voor de aandeelhouderswaarde (*'shareholders value'*) en heeft hij te handelen als een rationele aandeelhouder. Ik plaats daarbij de kanttekening dat ook een overheid als aandeelhouder zou kunnen kiezen voor beleid dat is gericht op 'duurzaam ondernemen', hetgeen ten koste zou kunnen gaan van de *'shareholders value'* op korte termijn. Een dergelijke keuze is in beginsel niet in strijd met de eis van rationaliteit die aan aandeelhoudershandelen mag worden gesteld.

Als de overheid aansprakelijk is jegens een medeaandeelhouder is de grondslag daarvoor de onrechtmatige daad, aangezien er in beginsel geen contractuele relatie tussen de aandeelhouders als

¹⁰ Vonnis van het Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao van 11 februari 2008, AR 2007/594 inzake Tromp c.s. vs StIP en Selikor.

zodanig bestaat.¹¹ Dient de civiele rechter bij de beoordeling van de vraag of sprake is van onrechtmatig handelen of nalaten door de overheid als aandeelhouder het publiekrecht – meer specifiek, het bestuursrecht – als uitgangspunt te nemen? Er is wat voor te zeggen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook hier moeten worden toegepast¹², al zal het van de feiten in een concreet geval afhangen hoe die invulling dan uitpakt.

Onrechtmatig is volgens artikel 6:162 BW-NA onder meer een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het gaat hier in het bijzonder om het schenden van een zorgvuldigheidsnorm. Een vraag in dat verband is of de overheid als aandeelhouder eerder aansprakelijk is als het gaat om een NV door middel waarvan een publieke taak wordt uitgeoefend dan wanneer het gaat om gewone concernverhoudingen, temeer als de overheid als aandeelhouder zich via bijvoorbeeld een instructierecht intensief met het beleid van de NV bemoeit.¹³ Een in beginsel bevestigende beantwoording lijkt in de rede te liggen.

Een klein zijstapje. Wanneer de overheid zelf publieke taken uitoefent is de overheid daarvoor verantwoordelijk en in voorkomend geval, in beginsel, aansprakelijk. Als de overheid ervoor kiest om bepaalde publieke taken onder te brengen in een afzonderlijke rechtspersoon (een NV of een Stichting) en die rechtspersoon handelt onrechtmatig, kan de gelaedeerde in beginsel alleen die rechtspersoon tot vergoeding van de geleden schade aanspreken. De vraag rijst of dat redelijk is nu die rechtspersoon over aanzienlijk minder vermogen zal beschikken en de gelaedeerde daardoor mogelijk niet ten volle zijn schade vergoed kan krijgen. Denk in dat verband bijvoorbeeld aan het in een afzonderlijke entiteit onderbrengen van het toezicht op de financiële sector. Stel dat er een fout wordt gemaakt waaruit een bedrag aan schade voortvloeit dat niet door de toezichthouder kan worden voldaan? Zou het niet redelijk zijn als de overheid daarvoor dan (toch) zou kunnen worden aangesproken?

¹¹ Een contractuele relatie kan wel bestaan, bijvoorbeeld ingeval van een aandeelhoudersovereenkomst.

¹² Vgl. HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766 inzake de Staat vs Appels, waarbij overeenkomstig de maatstaf van art. 3:83 BW werd aangenomen dat de aard van het betrokken krediet (een krediet in het kader van een subsidie) zich tegen cessie verzet.

¹³ Vgl. M. Scheltema, *Gemeenschapsrecht: wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, 2008, p. 96-98 en HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 172 inzake de Staat vs Kurvers (een ambtenaar benoemd als statutair bestuurder van KEP stelde een zekere Kurvers op non-actief en deed daarover mededelingen, ook over de gronden, terwijl de Staat zeggenschap had over de gedragingen van de ambtenaar en op grond daarvan aansprakelijk werd gehouden).

Aan wat voor gevallen zouden we overigens kunnen denken bij aansprakelijkheid van een aandeelhouder jegens een medeaandeelhouder?¹⁴ Van een onrechtmatige daad kan in dat verband overigens alleen sprake zijn als een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden.¹⁵

Wanneer een meerderheidsaandeelhouder wat het uitkeren van dividend betreft de minderheidsaandeelhouder stelselmatig uithongert door zonder redelijke grond geen of heel weinig dividend uit te keren, kan de minderheidsaandeelhouder dat soort besluiten voor vernietiging aan de rechter voorleggen en de rechter ook vragen zelf een dividendbesluit te nemen. Het ligt niet direct voor de hand om in een dergelijk geval een actie uit onrechtmatige daad in te stellen.

Overigens kan een stelselmatige uithongeringpolitiek wat betreft het dividendbeleid, waarbij de minderheidsaandeelhouder telkens een besluit ter vernietiging aan de rechter moet voorleggen, ook aanleiding geven tot een vordering tot uittreding (art. 2:251 BW-NA). Die vordering is ook mogelijk in andere gevallen waarbij de aandeelhouder, door gedragingen van de vennootschap dan wel van één of meer medeaandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd. Ontvangt de aandeelhouder als gevolg van onrechtmatige gedragingen van zijn medeaandeelhouder een te lage prijs voor zijn aandelen, dan kan hij separaat een vordering tot vergoeding van zijn schade instellen.¹⁶

Als de meerderheidsaandeelhouder een statutenwijziging doorvoert waardoor de rechtspositie van een krachtens de wet of de statuten bij de organisatie van de NV betrokken persoon (bijvoorbeeld een minderheidsaandeelhouder) wordt aangetast (bijvoorbeeld wanneer bepaalde hem toekomstige rechten worden afgepakt), wordt die wijziging op vordering van de betrokkene door de rechter vernietigd, mits deze persoon een zwaarwegend belang heeft bij de handhaving van die rechtspositie (art. 2:134 lid 4 BW-NA). Hier voorziet de wet dus al in de mogelijkheid van redres, zodat een vordering uit onrechtmatige daad niet direct voor de hand ligt.

Stel dat de overheid meerderheidsaandeelhouder is in een NV.¹⁷ Die NV heeft een stevige kapitaalinjectie nodig. Het bestuur van de NV komt met de bank overeen dat een additioneel krediet wordt verstrekt, waarbij de bank als voorwaarde stelt dat de aandeelhouders zich daarvoor garant

¹⁴ Zie M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 23-25 voor voorbeelden van 'directe schade', waarbij de schadetoebrenger (in de meeste gevallen) ook de medeaandeelhouder zou kunnen zijn.

¹⁵ Zie M.J. Kroeze, a.w., p. 73-99 voor uitzonderingen op de Poot/ABP-regel (die is vastgelegd in HR 2 december 1994, NJ 1995, 288).

¹⁶ Vgl. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II, 2009, nr. 710, p. 907.

¹⁷ Terzijde: Het recht van de Europese Gemeenschap kent geen algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk minderheidsaandeelhouders worden beschermd door de verplichting van de meerderheidsaandeelhouder die de zeggenschap over een vennootschap verwerft om ook hun aandelen tegen dezelfde condities over te nemen (EHvJ EG 15 oktober 2009, NJ 2010, 81 m.nt. Mok inzake Audiolux/ Groupe Bruxelles Lambert). Het Nederlands Antilliaanse recht kent een dergelijk beginsel evenmin.

stellen. De overheid als aandeelhouder laat de medeaandeelhouders weten die garantie voor haar rekening te zullen nemen. Echter, op het laatste moment laat de overheid het afweten, waarop de bank de bestaande faciliteit opzegt en vervolgens de NV failliet wordt verklaard. De aandelen zijn als gevolg daarvan zo goed als waardeloos geworden. In een dergelijk geval is denkbaar dat de minderheidsaandeelhouder de meerderheidsaandeelhouder aanspreekt uit (o.a.) onrechtmatige daad.¹⁸

Op deze casus, die niet specifiek op de overheid als meerderheidsaandeelhouder ziet, zijn natuurlijk allerlei varianten denkbaar: een minderheidsaandeelhouder maakt zich zorgen over de toekomst van de NV en overweegt zijn aandelen te verkopen, maar hoort van de overheid (tevens medeaandeelhouder) dat er binnenkort een grote order aan de NV wordt gegund. De minderheidsaandeelhouder besluit daarop zijn aandelen niet te verkopen. De order wordt vervolgens niet gegeven en de NV failleert. De aandelen zijn waardeloos geworden. Ook dat lijkt een mooie casus om aan de rechter voor te leggen.

5. Tot slot

Over de overheid als aandeelhouder is nog veel meer te zeggen. Hoe verhoudt het afleggen van verantwoording aan de volksvertegenwoordiging zich bijvoorbeeld tot de mogelijkheid dat koersgevoelige informatie wordt verstrekt? Door geen informatie te verstrekken of pas na verloop van tijd, zoals in het geval van het bod in Nederland op PinkRoccade,¹⁹ komt de goede werking van de parlementaire democratie in het gedrang.

De discussie over wenselijkheid van de overheid als aandeelhouder, of het nu om NV's met een publieke of niet publieke functie gaat, moet dan ook gevoerd blijven worden. Hoewel wel eens over het 'politieke bedrijf' wordt gesproken, gaat het daarin voor een belangrijk deel om geheel andere kwaliteiten dan die vereist zijn om een onderneming succesvol te leiden. De politiek moet dan ook met zijn handen afblijven van de bedrijfsvoering bij overheidsvennootschappen en alleen op die terreinen invloed uitoefenen waarop verwacht mag worden dat zakelijke aandeelhouders in andere vennootschappen invloed uitoefenen.

* * * * *

¹⁸ Vgl. HR 2 november 2007, NJ 2008, 5 inzake Kessock c.s. vs SFT Bank.

¹⁹ <http://www.citigatefirstfinancial.com/Default.lynkx?id=1800>