

Kroniek Vennoot- schapsrecht

Deze kroniek staat vooral stil bij de belangrijkste vennootschapsrechtelijke jurisprudentie van het afgelopen jaar. In het bijzonder komt de rechtspraak van de Hoge Raad over bestuurdersaansprakelijkheid aan de orde. Verder wordt het Spaanse vakantievilla-arrest besproken – waaraan in de vorige kroniek geen aandacht kon worden besteed – omdat het de gemoederen ook in 2013 nog volop bezighield. Andere onderwerpen die aan bod komen zijn de bevoegdheid tot het instellen van een enquêteprocedure, de responstijd bij beursvennootschappen waarover de Hoge Raad en de Ondernemingskamer zich het afgelopen jaar hebben uitgesproken en een kort overzicht van de ontwikkelingen op het gebied van de wetgeving.



*Bas Visée en Rik Analtbers**

**Wetgeving » Bestuurdersaansprakelijkheid » Overschrijding
termijn publicatie jaarrekening » Arrest Spaanse vakantievilla
Enquêtebevoegdheid » Responstijd » Slot**

* Advocaten bij Rutgers & Posch in Amsterdam.



WETGEVING

Op 1 oktober 2012 is de Flexwet en op 1 januari 2013 zijn de Wet bestuur en toezicht en de aanpassing van het enquête-recht in werking getreden. Op 1 juli 2013 volgde de inwerkingtreding van de Wet corporate governance. In de vorige kroniek is uitgebreid stilgestaan bij al deze nieuwe wetgeving.¹ Inmiddels zijn enige correcties en aanvullingen op de Flexwet voorgesteld in de ontwerp Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013.² Verder is de vraag opgekomen of ook het nv-recht moet worden

gemoderniseerd. In juli 2013 adviseerde de Commissie Vennootschapsrecht³ om op dit moment geen grote wijzigingen in het nv-recht te entameren. Beter kan eerst worden afgewacht hoe de wijzigingen voortvloeiend uit de Flexwet en de Wet bestuur en toezicht in de praktijk 'uitpakken'. Nadat een aantal jaren ervaring is opgedaan met de flex-bv kan beter worden beoordeeld of, en zo ja, aan welke wijzigingen in het nv-recht behoefte bestaat. Wel ziet de commissie

een aantal verbeterpunten van technische aard die samenhangen met de Flexwet. De commissie meent dat de nv en bv in wetstechnisch opzicht consistent behoren te zijn. Daarom is het advies om deze consistentie van wetgeving op korte termijn te bewerkstelligen waartoe de commissie ook een aantal concrete verbetervoorstellen doet. Tot slot suggereert de commissie om over enkele meer algemene onderwerpen, zoals de verhouding tussen Boek 2 BW en de Wet op het financieel toezicht, nader overleg te voeren met deskundigen uit de praktijk.

In de kroniek over 2012 is al aandacht besteed aan het – toen nog – wetsvoorstel dat ziet op aanpassing en terugvor-

1 S.W.A.M. Visée, *Kroniek Vennootschapsrecht* 2012, *Advocatenblad Kroniek* nr. 1, 2013, p. 24–31.

2 Kamerstukken II, 2013/14, 33 771, nr. 1: zie artikel VIII.

3 Het advies van de Commissie Vennootschapsrecht aan de minister van Veiligheid en Justitie over de modernisering van het nv-recht van 15 juli 2013 is gepubliceerd in *Ondernemingsrecht* 2014/16. In dit themanummer van *Ondernemingsrecht* zijn ook andere bijdragen opgenomen over de modernisering van het nv-recht: *Ondernemingsrecht* 2014/11–15.

dering van bonussen en winstdelingen van bestuurders. Inmiddels is het wetsvoorstel aangenomen door de Eerste Kamer en is de wet op 1 januari 2013 in werking getreden.⁴

Nog een enkel woord over het centraal aandeelhoudersregister dat ook werd genoemd in de vorige kroniek. Inmiddels is besloten dat het centraal aandeelhoudersregister zal worden gehouden door de Kamer van Koophandel. De aandeelhoudersinformatie is alleen toegankelijk voor een aantal overheidsdiensten (in het bijzonder opsporingsdiensten), de notaris en de betreffende vennootschap. Doelstelling van het centraal aandeelhoudersregister is bestrijding van fraude en misbruik van rechtspersonen.

BESTUURDERS- AANSPRAKELIJKHEID

Op basis van het eerste lid van art. 2:248 BW is iedere bestuurder van een vennootschap in geval van een faillissement van die vennootschap aansprakelijk voor het tekort in het faillissement wanneer het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het tweede lid van art. 2:248 BW bepaalt dat wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan diens administratieplicht (art. 2:10 BW) of diens publicatieplicht (art. 2:394 lid 3 BW) vaststaat dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap. Het tweede lid van art. 2:248 BW bepaalt voorts dat een onbelangrijk verzuim ten aanzien van de administratieplicht en/of publicatieplicht niet in aanmerking wordt genomen.

Een bestuurder van een vennootschap kan zijn aansprakelijkheid niet ontlopen doordat hij zijn bestuursfunctie laat vervullen door een door hem gecontroleerde Nederlandse vennootschap. In het geval dat een rechtspersoon bestuurder is van een andere rechtspersoon bepaalt art. 2:11 BW dat de bestuurdersaansprakelijkheid tevens hoofdelijk rust op de bestuurder van deze rechtspersoon-bestuurder. In de kroniek over 2011⁵ zagen wij echter dat deze Nederlandse bepaling volgens de Hoge Raad niet kan doorwerken in de relatie tussen een buitenlandse vennootschap die bestuurder is van een Nederlandse vennootschap en de bestuurder(s) van die buitenlandse vennootschap omdat deze verhouding wordt beheerst door het buitenlandse recht als incorporatierecht.

Het arrest uit 2011 waaruit dit volgde, was de Rechtbank Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) blijkbaar ontgaan. Bij vonnis van 22 mei 2013 legde deze rechtbank een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voor die eenvoudig aan de hand van bedoeld arrest kon worden beantwoord. Daarom besliste de Hoge Raad dat hij afziet van de beantwoording van de prejudiciële vraag.⁶ Merkwaardig genoeg heeft de Hoge Raad de betreffende vraag in de rechtsoverwegingen wel uitdrukkelijk beantwoord. Volgens de Hoge Raad wordt de vraag wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid, zoals die van bestuurder van een corporatie, naast de corporatie aansprakelijk is, naar Nederlands internationaal privaatrecht beheerst door het op die corporatie toepasselijke recht (art. 10:119, aanhef en onder e, BW). Daaruit volgt dat een bestuurder slechts op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk kan worden gehou-

den, indien de door hem bestuurd aansprakelijke rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is. Annotator Verhagen wijst nog op art. 10:8 lid 1 BW op grond waarvan het incorporatierecht bij wijze van uitzondering buiten toepassing kan blijven indien met een ander rechtstelsel een veel nauwere band bestaat. Hoewel deze bepaling met een grote mate van terughoudendheid dient te worden toegepast, biedt zij wellicht mogelijkheden om in een geval van evident misbruik het incorporatierecht terzijde te stellen en art. 2:11 BW toe te passen. Te denken valt aan de situatie waarbij een buitenlandse vennootschap enkel en alleen bestuurder is van een Nederlandse rechtspersoon en overigens geen enkele activiteit ontplooit en waarbij de bestuurder van deze buitenlandse vennootschap in Nederland woont. In zo'n situatie lijkt de band met Nederland veel nauwer dan die met enig buitenland.

OVERSCHRIJDING TERMIJN PUBLICATIE JAARREKENING

Gelet op art. 2:394 lid 3^o lid 1 BW dient de jaarrekening van een vennootschap uiterlijk dertien maanden na afloop van het desbetreffende boekjaar openbaar gemaakt te zijn door middel van deponering van die jaarrekening bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Zoals wij hiervoor zagen, leidt een overschrijding van de publicatietermijn in beginsel tot aansprakelijkheid van het bestuur voor het gehele boedeltekort: zulks heeft in de literatuur (terecht) tot veel kritiek geleid.⁷ Er is geen goede (rationele) rechtvaardiging te geven voor het feit dat een overschrijding van een publicatietermijn auto-

5 S.W.A.M. Visée, *Kroniek Vennootschapsrecht 2011, Advocatenblad*, 13 januari 2012, p. 36-44; zie i.h.b. p. 40 over HR 18 maart 2011, *JOR 2011/144* (D Group) met noot Van Solinge.

6 HR 21 juni 2013, *NJ 2013/353, JOR 2013/238* met noot Verhagen.

7 Zie onder meer H. Beckman, *Administratie en openbaarmaking van de jaarrekening in het licht van de boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, *TWS 1998*, p. 359 en Van Andel in zijn noot bij HR 12 juli 2013, *JOR 2013/300*.

matisch leidt tot het (onweerlegbare) oordeel dat het bestuur zijn taak ook voor het overige onbehoorlijk heeft vervuld. De toevoeging van het onbelangrijk verzuim maakt dit niet anders. Een inhoudelijke aanpassing van de regeling valt echter op korte termijn niet te verwachten.⁸

In 2013 heeft de Hoge Raad zich in twee gevallen uitgelaten over de vraag of sprake was van een onbelangrijk verzuim bij de overschrijding van de termijn voor de publicatie van de jaarrekening. Het eerste arrest van de Hoge Raad is dat van 12 juli 2013.⁹ De curator hield de (directe en indirecte) bestuurder van de Apeldoornse Asbestsanering B.V. aansprakelijk voor het tekort in het faillissement omdat de jaarrekening over 2003 28 dagen te laat was gedeponerd. De bestuurder gaf als verklaring voor de overschrijding van de publicatietermijn dat sprake was van een misverstand tussen de accountant en de bestuurder. De accountant zorgde altijd voor tijdige deponering van de jaarrekening maar had de jaarrekening over 2003 niet naar de Kamer van Koophandel maar naar het huisadres van de bestuurder gestuurd. De bestuurder lijdt echter aan dyslexie en hierdoor had hij dit niet opgemerkt. De rechtbank heeft de vordering van de curator afgewezen maar het hof heeft de vordering alsnog toegewezen. Het hof heeft daarbij geoordeeld dat de voornoemde omstandigheden in de risicosfeer van de bestuurder liggen en van de bestuurder verwacht mag worden dat hij maatregelen getroffen zou hebben om nakoming

van de publicatietermijn te waarborgen. De Hoge Raad casseert het arrest van het hof. De Hoge Raad merkt op dat het antwoord op de vraag of een overschrijding van de publicatietermijn als een onbelangrijk verzuim kan gelden, af zal hangen van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid. Volgens de Hoge Raad moeten aan de verklaring hogere eisen worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is. De stelplicht en bewijslast ter zake rusten op de aangesproken bestuurder. Dat de omstandigheden die hebben geleid tot de termijnoverschrijding in de risicosfeer van de bestuurder liggen, is volgens de Hoge Raad niet van belang. De cassatieklacht van de bestuurder dat het belang van openbaarmaking van de jaarrekening betrekkelijk was omdat de vennootschap haar activiteiten al had gestaakt en slechts twee crediteuren had wordt door de Hoge Raad resoluut afgewezen.

Het tweede arrest van de Hoge Raad is dat van 1 november 2013.¹⁰ De (voormalig) bestuurder van een drietal vennootschappen (een holding met twee dochters) werd door de curator aansprakelijk gesteld voor de tekorten in de faillissementen van deze vennootschappen. De jaarrekening van de holding en de jaarrekening van één van de dochtermaatschappijen waren tien dagen te laat en die van de andere dochtermaatschappij zes maanden te laat gepubliceerd. De periode waarin laatstgenoemde overschrijding van de publicatietermijn plaatsvond, viel echter maar voor drie weken samen met de periode dat de aangesproken bestuurder in functie was. Zowel de rechtbank als het hof heeft geoordeeld dat gelet op deze termijn van drie weken sprake was van een onbelangrijk verzuim. De Hoge Raad casseert het arrest van het hof.

Volgens de Hoge Raad had het hof de volledige overschrijding van de publicatietermijn (met zes maanden) in diens beoordeling mee moeten nemen omdat de bepaling van art. 2:248 lid 2 BW (dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen) betrekking heeft op de vraag of sprake is geweest van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en niet op het aandeel in die onbehoorlijke taakvervulling van de individuele bestuurder. Ten overvloede wijst de Hoge Raad er nog op dat een individuele bestuurder zich op basis van art. 2:248 lid 3 BW kan disculperen door aan te tonen dat hem ter zake van de te late publicatie geen verwijt treft.

ARREST SPAANSE VAKANTIEVILLA

Een bestuurder van een vennootschap kan jegens derden in privé aansprakelijk zijn wanneer hem gelet op alle omstandigheden van het geval (persoonlijk) een voldoende ernstig verwijt gemaakt kan worden. Voor aansprakelijkheid van de bestuurder naast de vennootschap geldt derhalve een hoge drempel. Deze drempel geldt wanneer de bestuurder aansprakelijk wordt gehouden wegens (het bewerkstelligen van) niet-nakoming door de vennootschap van haar verplichtingen,¹¹ alsmede wanneer de vennootschap (door het handelen van de bestuurder) onrechtmatig heeft gehandeld jegens die derde.¹² Sommige auteurs hebben gesteld dat de Hoge Raad in het Spaanse vakantievilla-arrest de hoge drempel voor aansprakelijkheid van de bestuurder zou hebben verlaagd doordat het criterium van 'ernstige (per-

8 Er zij op gewezen dat uit het voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (te raadplegen via <http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>) blijkt dat de minister van Veiligheid en Justitie voornemens is om de artt. 2:138 en 2:248 BW te laten vervangen door een nieuwe vergelijkbare bepaling in de Faillissementswet (art. 106a Fw) die zou moeten gaan gelden voor bestuurders en toezichthouders van alle rechtspersonen.

9 HR 12 juli 2013, NJ 2013/401, JOR 2013/300 met noot Van Andel.

10 HR 1 november 2013, NJ 2014/7 met noot Van Schilfgaarde, JOR 2013/336 met noot Van Andel.

11 HR 8 december 2006, NJ 2006/659, JOR 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen).

12 HR 2 maart 2007, JOR 2007/137 (Nutsbedrijf Westland/Schieke c.s.) en HR 20 juni 2008, JOR 2008/260 (Willemsen/INOM).

soonlijke) verwijtbaarheid' niet langer zou gelden.¹³

Het echtpaar Hoffmann (hierna 'Hoffmann') houdt een tweetal makelaars (Van de Riet en Van den Eertwegh) alsmede de vennootschap waarvan zij (indirect) bestuurder zijn (Van den Eertwegh en Van de Riet Makelaardij B.V., hierna: de 'Vennootschap') aansprakelijk voor de schade die zij hebben geleden als gevolg van het feit dat een (net) door hen in Spanje gekochte villa was afgebroken omdat voor de bouw geen bouwvergunning was verleend. Van de Riet en Van den Eertwegh hadden signalen ontvangen dat er gebouwd was zonder bouwvergunning maar hadden Hoffmann daar niet voor gewaarschuwd en hadden daar evenmin nader onderzoek naar gedaan.

De rechtbank wijst de vorderingen van Hoffmann af maar het hof wijst deze toe. Daartoe heeft het hof het volgende overwogen. Hoewel tussen Hoffmann enerzijds en de makelaars en de Vennootschap anderzijds geen bemiddelingsovereenkomst tot stand was gekomen, waren de makelaars professioneel zodanig bij de totstandkoming van de koop van de villa betrokken dat zij in strijd hebben gehandeld met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. De makelaars hebben als zodanig onrechtmatig jegens Hoffmann gehandeld en hen kan tevens een ernstig verwijt gemaakt worden. Dit handelen dient volgens het hof aan de Vennootschap te worden toegerekend omdat dit handelen zozeer terug te voeren is op de aan Van de Riet in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de Vennootschap toekomende bevoegdheden dat deze gedragingen in het maatschappelijk verkeer als gedra-

gingen van de Vennootschap kunnen worden aangemerkt.¹⁴

Van de makelaars gaat alleen Van de Riet (tijdig) in cassatie. In cassatie klaagt Van de Riet er over dat het hof de 'ernstig verwijt'-maatstaf die de Hoge Raad (onder meer) in het arrest-Ontvanger/Roelofsen heeft geformuleerd ten onrechte niet heeft toegepast. Het cassatieberoep wordt verworpen. De Hoge Raad overweegt dat de 'ernstig verwijt'-maatstaf ook geldt indien de bestuurder aansprakelijk wordt gehouden voor onrechtmatig handelen van de vennootschap. De Hoge Raad wijst er op dat Van de Riet echter niet als bestuurder aansprakelijk is gehouden voor een onrechtmatige daad die primair als onrechtmatige daad van de Vennootschap gezien moet worden, maar juist zelf direct is aangesproken uit hoofde van onrechtmatige daad. In dat geval gelden de gewone vereisten van onrechtmatige daad. Dat de onrechtmatige daad van Van de Riet vervolgens ook kan worden toegerekend aan de Vennootschap doet daar volgens de Hoge Raad niet aan af.

Of voldaan moet zijn aan de 'ernstig verwijt'-maatstaf hangt zodoende af van de vraag of de zorgvuldigheidsnorm die geschonden is zich primair richt tot de aangesproken persoon (niet in zijn hoedanigheid van bestuurder) of primair tot de vennootschap. In het laatste geval is de 'ernstig verwijt'-maatstaf wel van toepassing wil men komen tot medeaansprakelijkheid van de bestuurder. In het eerste geval is die maatstaf niet van toepassing en gelden de gewone vereisten van onrechtmatige daad.

Verschillende auteurs hebben er – terecht – op gewezen dat Van de Riet (enkel) gehandeld lijkt te hebben als bestuurder van de Vennootschap en dat

zodoende de 'ernstig verwijt'-maatstaf wel degelijk van toepassing was.¹⁵ Het hof lijkt het onderscheid tussen de twee benaderingswijzen (primair de natuurlijk persoon of primair de vennootschap) niet helder voor de geest te hebben gehad, hetgeen veroorzaakt lijkt te zijn door het ontbreken van een gedegen debat hierover tussen de procespartijen. Enerzijds stelt het hof dat Van de Riet heeft gehandeld als vertegenwoordiger van de Vennootschap maar anderzijds wordt Van de Riet door het hof primair in privé aansprakelijk gehouden voor dat handelen. Dit verhoudt zich lastig tot elkaar. Opvallend is overigens dat het hof (ten overvloede?) heeft opgemerkt dat Van de Riet ook een ernstig verwijt gemaakt kon worden, dit terwijl deze maatstaf in de benaderingswijze die het hof heeft gehanteerd juist niet relevant is. Wellicht dat het hof met deze overweging aan heeft willen geven dat wanneer Van de Riet aansprakelijk zou zijn gesteld in zijn hoedanigheid van bestuurder van de Vennootschap de uitkomst van het geschil niet anders zou zijn geweest. Gelet op de feiten zal menigeen zich in elk geval met die uitkomst kunnen verenigen.

ENQUÊTEBEVOEGDHEID

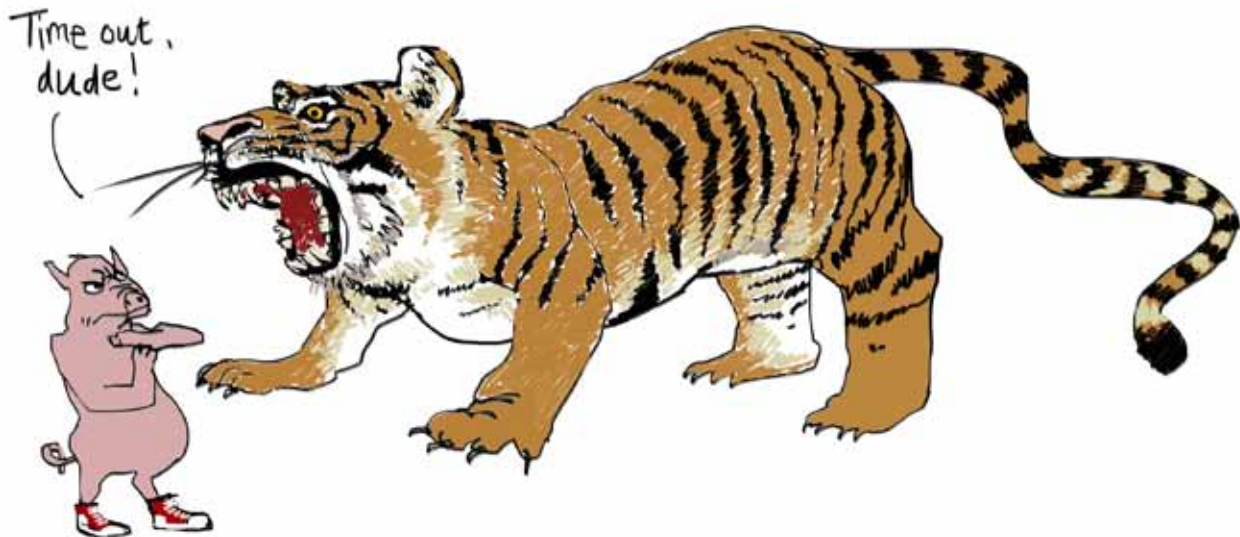
Op 29 maart 2013 wees de Hoge Raad een opvallende en veelbesproken beschikking over de bevoegdheid een enquêteverzoek in te dienen ten aanzien van Chinese Workers B.V.¹⁶ Chinese Workers drijft een onderneming gericht op het detacheren van uit China afkomstig horecapersoneel in Nederland. De enige aandeelhouder en bestuurder van Chinese Workers B.V. is Chinnede Ltd, een vennootschap naar het recht van Hongkong. Chinnede heeft vier aandeelhouders die ieder 25 procent

¹³ Zie P.D. Olden, 'Toerekening of Afrekening', *Ondernemingsrecht* 2013/1 alsmede 'Voordracht Ondernemingsrecht diner', *Ondernemingsrecht* 2013/81 en M.J.G.C. Raaijmakers, 'Costa Blanca: directe aansprakelijkheid bestuurder buiten BV om', *Ars Aequi* februari 2013.

¹⁴ HR 25 juni 1999, *NJ* 2000/33 en HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34 (Kleuterschool Babbel).

¹⁵ Zie onder meer J.H.M. Willems 'De barbier van Sevilla: uitdijende bestuurdersaansprakelijkheid volgens Paul Olden', *Ondernemingsrecht* 2013/82.

¹⁶ HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304 met noot P. van Schilfgaarde en *JOR* 2013/166 met noot Doorman.



van de aandelen houden. Eén van die aandeelhouders, mevrouw Yeh-Chiu, heeft de feitelijke leiding over Chinese Workers. Tussen de aandeelhouders van Chinnede ontstaan allerlei problemen die leiden tot verschillende juridische procedures. Bij de Ondernemingskamer spitst de discussie zich toe op de ontvankelijkheid van het door Yeh-Chiu gedane enquêteverzoek. Volgens art. 2:346 lid 1 BW is slechts een houder van aandelen in de vennootschap waarop het onderzoek betrekking heeft bevoegd tot het indienen van een zodanig verzoek. Yeh-Chiu is echter geen aandeelhouder van Chinese Workers B.V., maar slechts van Chinnede Ltd dat op haar beurt enig aandeelhouder van de Nederlandse vennootschap is. De Ondernemingskamer is van oordeel dat gelet op de 'economische werkelijkheid' een uitzondering moet worden gemaakt op de hoofdregel van art. 2:346 lid 1 BW en dat Yeh-Chiu als economisch gerechtigde in Chinese Workers bevoegd is tot het doen van een enquêteverzoek. Zij heeft dat oordeel gebaseerd op de omstandigheden a) dat Chinnede uitsluitend de aandelen van Chinese Workers beheert en verder geen enkele (ondernemings)activiteit verricht, b) dat er geen reden is waarom het

beheer vanuit Hongkong zou moeten worden verricht en dat dit beheer ook feitelijk niet vanuit Hongkong wordt verricht, c) dat alle ondernemingsactiviteiten door of in opdracht van Chinese Workers worden verricht, d) dat dit ook geldt voor de werving van horecapersoneel in China die geschiedt door twee Chinese uitzendbureaus in opdracht van Chinese Workers en e) dat de door deze uitzendbureaus verschuldigde commissie door Yeh-Chiu wordt gefactureerd en vervolgens door die uitzendbureaus rechtstreeks aan de aandeelhouders van Chinnede wordt betaald, naar verhouding van hun aandelen.

De overige aandeelhouders van Chinnede hebben cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van de Ondernemingskamer. In zijn conclusie vat advocaat-generaal Vlas de rechtspraak van de Hoge Raad over de vraag of de 'economische werkelijkheid' van belang is bij de beoordeling van de vraag wie bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek zeer kort samen.¹⁷ Hij

stelt voorop dat het een beginsel van enquêterecht is dat aan de verschaffers van risicodragend kapitaal de enquêtebevoegdheid toekomt. Uit de Scheipar-uitspraak¹⁸ volgt dat dit beginsel van het toekennen van enquêtebevoegdheid aan kapitaalverschaffers van de vennootschap wordt toegepast op de economisch rechthebbenden van certificaten van aandelen. Uit de Butôt-beschikking¹⁹ blijkt volgens Vlas dat deze economische certificaathouders kunnen worden gelijkgesteld met de in art. 2:346 onder b BW bedoelde certificaathouders, ook indien aan hen geen bevoegdheden met betrekking tot de zeggenschap toekomen. Het hangt, aldus de Hoge Raad, niet ervan af of de verzoeker de hoedanigheid toekomt van houder van de certificaten, 'maar of deze als kapitaalverschaffer een eigen economisch belang bij die certificaten heeft'. Uit de TESN-beschikking²⁰ volgt dat een houdstermaatschappij niet kan worden

17 Deze rechtspraak van de Hoge Raad is uitgebreider besproken in de in noot 6 genoemde kroniek over 2011: zie i.h.b. p. 38 en 39.

18 HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, met noot Ma en *JOR* 2003/161 met noot Josephus Jitta.

19 HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, met noot P. van Schillfgaarde en S. Perrick en *JOR* 2010/337 met noot Brink.

20 HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338 en *JOR* 2011/178 met noot Doorman.

‘weggedacht’ bij de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag.

Volgens A-G Vlas heeft de Ondernemingskamer bij de beoordeling van de vraag of Yeh-Chiu ontvankelijk is in haar verzoek Chinnede ‘weggedacht’. Gelet op de TESN-beschikking van de Hoge Raad, waarin tevergeefs wordt opgekomen tegen de beslissing van de Ondernemingskamer dat aan de tussenliggende schakels in de vennootschapsrechtelijke constructie reële betekenis kan toekomen ook als deze constructie ‘uitsluitend om fiscale redenen is opgezet’ vermag A-G Vlas niet in te zien waarom Chinnede in het voorliggende geval kan worden weggedacht bij de ontvankelijkheidsvraag. Als aandeelhouder van Chinese Workers is Chinnede gerechtigd een verzoek tot enquête in te dienen en niet Yeh-Chiu als één van de aandeelhouders van Chinnede. Daarom concludeert A-G Vlas tot vernietiging van de beschikking van de Ondernemingskamer en tot niet-ontvankelijkverklaring van Yeh-Chiu in haar enquêteverzoek.

De Hoge Raad komt tot een ander oordeel dan de advocaat-generaal (hij verworpt het cassatieberoep), maar legt niet uit hoe hij tot dit andere oordeel komt. Volgens de Hoge Raad dient voorop te worden gesteld dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête toekomt aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend en dat de daartoe strekkende opsomming in art. 2:346 BW limitatief is. Volgens de Hoge Raad brengt de strekking van het enquêterecht echter mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van art. 2:346, aanhef en onder b, BW dient te worden gelijkg-

steld met aandeelhouders of certificaathouders. Hierbij verwijst de Hoge Raad naar dezelfde vaste rechtspraak als die door A-G Vlas is genoemd.

Vervolgens herhaalt de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer heeft vastgesteld dat de aandeelhouders in Chinnede – onder wie Yeh-Chiu – onder de door haar genoemde omstandigheden moeten worden aangemerkt als economisch gerechtigden in Chinese Workers. De Hoge Raad sanctioneert dat oordeel waarmee de Ondernemingskamer volgens hem tot uitdrukking heeft gebracht dat Yeh-Chiu als verschaffer van risicodragend kapitaal een eigen economisch belang heeft in Chinese Workers dat in zoverre kan worden gelijkgesteld met het belang van een aandeelhouder als bedoeld in art. 2:346, aanhef en onder b, BW. De omstandigheid dat Yeh-Chiu niet rechtstreeks aandelen houdt in Chinese Workers, maar dat zij door middel van aandelen in Chinnede een economisch belang heeft in Chinese Workers alsmede de omstandigheid dat Chinnede een vennootschap is naar het recht van Hongkong leiden volgens de Hoge Raad niet tot een ander oordeel.

De onderhavige uitspraak lijkt op gespannen voet te staan met de TESN-beschikking van de Hoge Raad. Juist omdat A-G Vlas gelet op de TESN-uitspraak tot vernietiging van de beschikking van de Ondernemingskamer had geconcludeerd, is het wrang dat de Hoge Raad deze beschikking zonder duidelijke motivering bekrachtigt. Na vier beschikkingen van de Hoge Raad over de ontvankelijkheid van enquêteverzoeken van economisch gerechtigden tot aandelen in Nederlandse vennootschappen blijft het beeld bijzonder troebel. Het was beter geweest als de Hoge Raad in de Chinese Workers-beschikking duidelijke lijnen had uitgezet. Nu is het wachten op een nieuwe zaak over deze problematiek.

RESPONSTIJD

Het afgelopen jaar heeft een Nederlandse beursvennootschap: Cryo-Save Group N.V. (hierna: ‘Cryo-Save’), voor het eerst de responstijd ingeroepen. De aandeelhouder Salveo Holding SA (hierna: ‘Salveo’) maakte bezwaar tegen dit intropen van de responstijd. Daarop maakte Cryo-Save voor de eerste maal gebruik van de sinds 1 januari 2013 bestaande mogelijkheid zelf een enquêteverzoek in te dienen. Alleen al om deze redenen is het interessant langer stil te staan bij de hieruit voortvloeiende beschikking van de Ondernemingskamer.²¹

Volgens art. 2:114a BW hebben één of meer houders van aandelen in een nv die alleen of gezamenlijk ten minste drie procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen agenderingsrecht. Aangedragen punten moeten worden opgenomen in de agenda van de eerstvolgende aandeelhoudersvergadering, mits zij uiterlijk op de 60ste dag voor de vergadering zijn ontvangen en het verzoek voldoende is gemotiveerd, dan wel vergezeld gaat van een voorstel voor een besluit. Dit artikel is recent aangepast aan de Europese Richtlijn aandeelhoudersrechten (Richtlijn 2007/36/EG) en de Wet corporate governance.²² Volgens de Nederlandse Corporate Governance Code²³ (hierna: ‘Code’) oefent een aandeelhouder het agenderingsrecht slechts uit nadat hij daaromtrent in overleg is getreden met het bestuur. Wanneer een aandeelhouder het voornemen heeft de agendering te verzoeken van een onderwerp dat kan leiden tot wijziging van de strategie van de vennootschap, bijvoorbeeld door het ontslag van één of meer bestuurders of commissarissen, wordt het bestuur in de gelegenheid gesteld

21 Gerechtshof Amsterdam, 6 september 2013, *JOR* 2013/272 met noot Josephus Jitta en *Ondernemingsrecht* 2013/117 met noot Abma. Zie voorts de reactie van De Kluiver en het naschrift van Abma: *Ondernemingsrecht* 2013/127 en 128.

22 Wet van 30 juni 2010, *Stb.* 2010/257 en de wet van 15 november 2012, *Stb.* 2012/588.

23 Zie best practice bepalingen II.1.9 en IV.4.4.

een redelijke termijn in te roepen om hierop te reageren (de responstijd). Dit geldt ook voor een verzoek tot een rechterlijke machtiging voor het bijeenroepen van een algemene vergadering op grond van art. 2:110 BW. De responstijd is maximaal 180 dagen en dient door de desbetreffende aandeelhouder te worden gerespecteerd. Het bestuur gebruikt de responstijd voor nader beraad en constructief overleg, in elk geval met de desbetreffende aandeelhouder, en verkent de alternatieven.

Op 7 mei 2013 verkreeg Salveo, de persoonlijke holdingmaatschappij van Frederic Amar, een 27,4 procent aandelenbelang in Cryo-Save. Salveo hield op dat moment ook een belang van ongeveer 75 procent in Salveo Biotechnology SA, een concurrent van Cryo-Save. Daarna gaat alles vliegensvlug. Binnen een maand heeft Amar een eerste gesprek met het bestuur van Cryo-Save waarin hij aangeeft CEO te willen worden, vindt vervolgoverleg tussen Salveo en Cryo-Save plaats, vraagt Salveo Cryo-Save om een buitengewone aandeelhoudersvergadering (BAVA) bijeen te roepen teneinde daarin te kunnen besluiten over een nieuwe samenstelling van de one-tier board, geeft de zittende CEO van Cryo-Save te kennen per direct te willen aftreden en roept het bestuur van Cryo-Save een responstijd van 180 dagen in. Daarna vindt nog tweemaal overleg plaats over een mogelijk compromis, maar dit levert uiteindelijk geen resultaten op. Op 26 juli 2013 doorbreekt Salveo de ingeroepen responstijd die nog doorloopt tot en met 19 november 2013 en roept zelf, mogelijk gemaakt door de statuten van Cryo-Save, een BAVA bijeen.²⁴ Deze BAVA moet op 9 september 2013 worden gehouden en op de agenda staan allerlei besluiten die zien op de bestuurssamenstelling.

Op 9 augustus 2013 verzoekt Cryo-Save de Ondernemingskamer een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van Cryo-Save over de periode vanaf 7 mei 2013. Cryo-Save doet daarbij op het gedrag van Salveo dat sinds die datum grootaandeelhouder in Cryo-Save is. Tevens wordt verzocht om bij wijze van onmiddellijke voorziening de door Salveo bijeengeroepen BAVA te verdagen tot na het verstrijken van de responstijd. De Ondernemingskamer acht het invoeren van de responstijd door Cryo-Save gerechtvaardigd en wijst het verzoek van Cryo-Save toe. De Ondernemingskamer vindt het niet onaannemelijk dat Salveo probeert te komen tot controle binnen het bestuur van Cryo-Save en streeft naar een zekere strategiewijziging. De Ondernemingskamer rekent het Salveo ook aan dat zij Cryo-Save niet voldoende concrete antwoorden heeft gegeven op de vragen naar haar intenties en ook op andere

punten heeft verzuimd openheid van zaken te verschaffen. De Ondernemingskamer is het niet eens met het betoog van Salveo dat toepassing van de bepalingen over responstijd uit de Code in strijd is met de bepalingen van Boek 2 BW omtrent de uitoefening van het vergader- en agenderingsrecht, of met de statuten van Cryo-Save. In rechts-overweging 3.9 oordeelt de Ondernemingskamer: 'De genoemde bepalingen hebben immers geenszins als effect dat een aandeelhouder van zijn wettelijke vergader- of agenderingsrecht wordt afgehouden; zij voorzien slechts in een uitwerking van het (ook in art. 2:8 BW tot uitdrukking gebrachte) principe dat een aandeelhouder zich ten opzichte van de vennootschap, haar organen en zijn medeaandeelhouders gedraagt naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, waaronder de bereidheid een dialoog met het bestuur van de vennootschap aan te gaan indien hij het voorne-



24 Vergelijk art. 2:109 BW.

men heeft in de algemene vergadering van aandeelhouders de agendering te verzoeken van een onderwerp dat kan leiden tot wijziging van de strategie van de vennootschap. Het inroepen van de responstijd strekt er in dit verband toe het bestuur een zekere tijd te gunnen zich te bezinnen op de voornemens van de desbetreffende aandeelhouder en te bezien hoe die voornemens zich verhouden tot mogelijke alternatieven.’

Gelet op het ‘rauwe’ gedrag van Salveo is de beslissing van de Ondernemingskamer niet echt verrassend. Echter, de motivering van de uitspraak wringt. Weliswaar vormt de Code een uiting ‘van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging welke mede inhoud geeft aan de eisen van redelijkheid en billijkheid naar welke volgens art. 2:8 BW degenen die krachtens de wet of de statuten bij de vennootschap zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen’²⁵, maar hier wordt afgeweken van het recht van de aandeelhouder zoals dat voortvloeit uit de recente Richtlijn aandeelhoudersrechten, de duidelijke tekst van de wet en de statuten van Cryo-Save. In plaats van het aanhalen van het principe van het eerste lid van art. 2:8 BW, had de Ondernemingskamer beter de strengere norm van het tweede lid van dit artikel kunnen toepassen: de in de statuten van Cryo-Save neergelegde regel dat Salveo zelf een aandeelhoudersvergadering bijeen mocht roepen is in dit geval niet

²⁵ HR 9 juli 2010, NJ 2010/423, met noot Van Schilf-gaarde en JOR 2010/228 met noot Van Ginneken (ASMI).

van toepassing omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Aldus was de Ondernemingskamer tot eenzelfde beslissing gekomen, maar had zij het uitzonderlijke karakter ervan meer benadrukt. Het is namelijk niet te verwachten dat in andere gevallen de responstijd zonder meer gerespecteerd dient te worden. Overigens heeft de responstijd in deze zaak gewerkt: na de beschikking van de Ondernemingskamer hebben Cryo-Save en Salveo onderhandeld en zijn zij tot een compromis gekomen.

SLOT

Het recht is dynamisch en in die zin nooit ‘af’. Toch maakt het vennootschapsrecht, als we de balans opmaken van 2013, een voldragen indruk. Daarom is het niet verbazingwekkend dat de regels van de nv en bv een inspiratiebron vormen voor andere rechtsvormen. Zo zijn er plannen om te voorzien in een wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel bij coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Het betreffende voorontwerp van wet is duidelijk ontleend aan het wettelijke monistische bestuursmodel voor de nv en de bv.²⁶ Verder is het de bedoeling om allerlei bepalingen uit de regeling van

²⁶ Voorontwerp van wet voor wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het vastleggen van een monistisch bestuursmodel voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij, zoals op 1 juli 2013 gepubliceerd op http://internetconsultatie.nl/monistisch_bestuursmodel_cooperatie_onderlinge_waarborgmaatschappij.

de nv en bv over te brengen naar Titel 1 van Boek 2 BW zodat ze voor alle rechtspersonen gaan gelden. Het gaat om de taakomschrijving van toezichthouders, de norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten en de tegenstrijdig belangregeling.²⁷

Als gezegd wordt op dit moment gesproken over modernisering van het nv-recht. Enerzijds valt daar wel iets voor te zeggen: zo is de regeling van de beursgenoteerde nv nu verspreid over Boek 2 BW, de Wet op het financieel toezicht en de Code, hetgeen niet optimaal is. Anderzijds is het de vraag of de prioriteit van de wetgever niet elders zou moeten liggen. Te denken valt aan de stokoude, verbrokkelde en daardoor ontoegankelijke regeling van de personenvennootschap in Boek 7A BW en het Wetboek van Koophandel. Die is ondanks een eerdere, mislukte poging tot hercodificatie nog steeds dringend aan vernieuwing toe.²⁸ <<

²⁷ Voorontwerp van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen zoals gepubliceerd op 6 februari 2014 en te raadplegen via <http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>. Zie ook noot 9.

²⁸ Zie de in noot 6 genoemde kroniek over 2011: i.h.b. p. 43 en 44.