

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 24, 2014

Nummer 24, 2014

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:1780](#) 17-06-2014

Optiland IT Components

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:1812](#) 17-06-2014

GPM Textiles B.V. en Cable Concepts B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:2192](#) 11-06-2014

Coöperatie Trends-In-Center-Aalsmeer

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:2182](#) 11-06-2014

All-in-group/LMI 2 C.S.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:2221](#) 11-06-2014

Yixing

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2014:5101](#) 04-06-2014

A/Woody's C.S.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2014:6889](#) 28-05-2014

X/Auto Lease

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2014:6488](#) 28-05-2014

X/Consumentenbond

Annotatie

[Beschikking Gerechtshof Amsterdam 6 september 2013 \(Cryo-Save\).](#)

D.J.F.F.M. Duynstee

RECHTSPRAAK

Optiland IT Components

Vervolg op tussenarrest 16 juli 2013, faillissement en bestuurdersaansprakelijkheid. De primaire vordering ex artikel 2:248 BW wordt afgewezen. De subsidiaire vordering ex artikel 6:162 BW wordt gedeeltelijk toegewezen.

Deze zaak betreft het faillissement van Optiek B.V., IT Components B.V. en Optiland B.V. In eerste aanleg stelt de curator zich op het standpunt dat geïntimeerden als bestuurders van de gefailleerde vennootschappen hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat geïntimeerden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de tekorten in de faillissementen van de vennootschappen. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen.

Op 16 juli 2013 heeft het hof een tussenarrest gewezen. De curator heeft voorafgaand aan dat tussenarrest gesteld dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van de faillissementen is geweest en dat geïntimeerden als (in)direct en/of feitelijk bestuurders daarom op grond van artikel 2:248 lid 1 BW hoofdelijk jegens de boedels aansprakelijk moeten worden gehouden voor de tekorten in de faillissementen. In het tussenarrest heeft het hof de curator in dat verband in de gelegenheid gesteld om de bevindingen van het door de curator aan BDO opgedragen onderzoek naar de mogelijke oorzaken van de faillissementen in het geding te brengen.

In het onderhavige arrest overweegt het hof dat het rapport van BDO niet (voldoende) kan bijdragen tot bewijs van de stelling van de curator dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van de faillissementen is geweest. Het rapport van BDO werpt geen ander licht op het in het tussenarrest van 16 juli 2013 al uitgesproken oordeel van het hof dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat de opzegging van het krediet door NMB is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het voorgaande betekent dat geen van de grieven doel treft, voor zover de grieven zijn gericht tegen de afwijzing door de rechtbank van de thans primaire vorderingen van de curator.

Het hof gaat vervolgens over tot een onderzoek van de subsidiaire vorderingen van de curator tot hoofdelijke veroordeling van geïntimeerden tot betaling van de bedragen van € 70.483,05

en \$ 137.000. Aan deze vorderingen legt de curator ten grondslag dat geïntimeerden gelden aan Optiland IT Components hebben onttrokken/onthouden en aan zichzelf dan wel met hen gelieerde vennootschappen ten goede hebben doen komen op een moment dat zij wisten dat Optiland IT Components geen bestaansrecht meer had, zulks ten nadele van de gezamenlijke crediteuren van Optiland IT Components. De curator stelt dat dit geïntimeerden persoonlijk als onrechtmatig handelen moet worden verweten jegens de gezamenlijke crediteuren van Optiland IT Components. Het hof gaat mee in deze redenering en concludeert tot toewijzing van de subsidiaire vorderingen.

Het hof bekrachtigt het vonnis waarvan beroep met betrekking tot de in eerste aanleg ingestelde primaire vorderingen. Ten aanzien van de subsidiaire vordering veroordeelt het hof geïntimeerden hoofdelijk om aan de curator een bedrag van \$ 137.000 en een bedrag van € 48.000 te betalen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-06-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:1780

Zaaknummer: HD 200.037.556_01

Wetsartikelen: 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

GPM Textiles B.V. en Cable Concepts B.V.

Aannemelijk is gemaakt dat de overheveling van de foliebusiness door gedaagde naar Benelux en Packaging een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Daarmee is het vermoeden uit artikel 2:248 lid 2 BW ontzenuwd. De andere door de curator gestelde omstandigheden wijzen niet op een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. De vorderingen van de curator worden afgewezen. De curator heeft onvoldoende concrete feiten en omstandigheden aangevoerd die de conclusie rechtvaardigen dat appellant uit hoofde van een onrechtmatige daad tegenover de gezamenlijke crediteuren van de vennootschappen aansprakelijk is voor het faillissementstekort.

Deze zaak betreft het faillissement van de vennootschappen GPM Textiles B.V. en Cable Concepts B.V. De curator van deze vennootschappen heeft in eerste aanleg gevorderd dat appellant en gedaagde als bestuurders aansprakelijk zijn voor het tekort in de faillissementen op grond van artikel 2:248 BW. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen.

De grieven van appellant zijn gericht tegen de toewijzing van de vorderingen van de curator en tegen de overwegingen van de rechtbank die hieraan ten grondslag liggen. Appellant stelt dat, zo al sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, er sprake is van een andere omstandigheid die een belangrijke oorzaak is geweest van de faillissementen. Daartoe voert appellant het volgende aan. Gedaagde heeft ten onrechte de zogenoemde 'foliebusiness' overgeheveld van GPM Textiles naar Benelux en naar Packaging. Volgens appellant is het gedaagde die Benelux beheerde en bestuurde, ondanks dat deze eenmanszaak op naam van de echtgenote van gedaagde geregistreerd staat. Het hof komt tot het oordeel, dat appellant aannemelijk heeft gemaakt dat de overheveling van de foliebusiness door gedaagde naar Benelux en Packaging een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Daarmee heeft appellant het vermoeden uit artikel 2:248 lid 2 BW ontzenuwd.

Derhalve dient te worden beoordeeld of de vordering van de curator voor toewijzing in aanmerking komt op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW. De curator ziet onder meer de onmogelijkheid van appellant en gedaagde om met elkaar samen te werken als belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschappen. Het hof komt evenwel tot het oordeel dat geen sprake was van onenigheid die geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou krijgen. Aldus is naar het oordeel van het hof in de concrete omstandigheden van dit geval geen sprake van de door de curator gestelde kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Ook de andere door de curator gestelde omstandigheden wijzen niet op een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Het beroep van de curator op artikel 2:248 lid 1 BW faalt derhalve.

De devolutieve werking van het appel brengt mee dat het hof vervolgens dient te beoordelen of appellant, zoals de curator in eerste aanleg heeft aangevoerd, jegens de gezamenlijke crediteuren aansprakelijk is voor het tekort in de faillissementen op grond van een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 BW. De curator heeft hiertoe geen andere stellingen aangevoerd dan zijn stellingen in het kader van zijn beroep op bestuurdersaansprakelijkheid. Onder verwijzing naar de overwegingen in dat verband is het hof van oordeel dat de curator eveneens onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die de conclusie rechtvaardigen dat appellant uit hoofde van een onrechtmatige daad tegenover de gezamenlijke crediteuren van de vennootschappen aansprakelijk is voor het faillissementstekort.

Het hof vernietigt het bestreden vonnis van de Rechtbank Limburg van 23 januari 2013, en wijst – zelf opnieuw rechtdoende – de vorderingen af.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-06-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:1812

Zaaknummer: HD 200.124.065_01

Wetsartikelen: 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Yixing

De rechtbank oordeelt dat artikel 1:88 lid 5 BW op overeenkomstige wijze kan worden toegepast op een buitenlandse rechtspersoon, als deze in genoegzame mate kan worden gelijkgesteld met een Nederlandse BV of NV. Dit beantwoordt aan de ratio van artikel 1:88 lid 5 BW, zoals gehanteerd door de wetgever en Hoge Raad. Dat een Chinese Limited niet in genoegzame mate kan worden gelijkgesteld met een BV of NV, omdat de 'raad van bestuur' uitvoerende en niet-uitvoerende leden kent, is in dit geval onvoldoende. De Nederlandse wetgever heeft immers bij het introduceren van de niet-uitvoerend bestuurder geen aanleiding gezien om artikel 1:88 lid 5 BW aan te passen. Dat A ten tijde van het sluiten van de overeenkomst geen bestuurder van Yixing zou zijn, volgt niet uit de gedingstukken. Ook dat de lening niet zou zijn aangegaan ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van Yixing blijkt uit niets. Het aangaan van leningen om schuldeisers te voldoen en om een faillissement te voorkomen kan niet worden beschouwd als iets wat buiten de normale bedrijfsuitoefening van een commerciële onderneming ligt.

A heeft aan Yixing, een Chinese rechtspersoon, € 500.000 geleend. Bij het tussenvonnis van 4 september 2013 (ECLI:NL:RBMNE:2013:3657) heeft de rechtbank overwogen dat artikel 1:88 lid 5 BW ook op Yixing toegepast kan worden, omdat gesteld noch gebleken was dat deze niet kon worden gelijkgesteld met een besloten of naamloze vennootschap. Ter beoordeling stond slechts nog of A bestuurder (ii) van Yixing was, wat Vahstal Holding (Vahstal) stelde, maar eiseres betwistte. Nu betwist eiseres – alsnog – dat de lening was bestemd voor of is aangewend ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening (iii) van Yixing. Ook stelt zij alsnog (i) dat een Chinese Limited zoals Yixing niet kan worden gelijkgesteld met een Nederlandse besloten of naamloze vennootschap. De rechtbank overweegt allereerst (i) geen

aanleiding te zien om terug te komen van haar oordeel dat artikel 1:88 lid 5 BW zich leent voor toepassing met betrekking tot een buitenlandse rechtspersoon, als deze in genoegzame mate kan worden gelijkgesteld met een Nederlandse besloten of naamloze vennootschap. Die toepassing beantwoordt aan de ratio van artikel 1:88 lid 5 BW. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat de wetgever heeft beoogd buitenlandse rechtspersonen uit te sluiten. De Hoge Raad legt deze bepaling ook naar haar ratio uit, zo nodig buiten de strikt taalkundige betekenis (ECLI:NL:HR:2003:AF7513). Eiseres heeft voorts niet onderbouwd dat een Chinese Limited zoals Yixing voor artikel 1:88 lid 5 BW niet in genoegzame mate kan worden gelijkgesteld met een Nederlandse besloten of naamloze vennootschap. Dat een 'raad van bestuur' van een Chinese Limited uitvoerende en niet-uitvoerende leden kent, is in elk geval onvoldoende. Hoewel A slechts niet-uitvoerend lid is, heeft de wetgever bij het introduceren van de niet-uitvoerend bestuurders geen aanleiding heeft gezien om artikel 1:88 lid 5 BW aan te passen. Ook rechtshandelingen van niet-uitvoerend bestuurders kunnen daarom niet worden vernietigd wegens het ontbreken van toestemming van de betreffende echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner. Ad (ii) geldt dat eiseres heeft betwist dat A ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bestuurder van Yixing was. Volgens eiseres betekenen de Chinese karakters die in het uittreksel uit de Chinese Kamer van Koophandel bij A staan ongeveer 'toezichthouder op het bestuur', iets wat volgens haar lijkt op aandeelhouder, maar dat standpunt heeft zij niet verder onderbouwd (bijvoorbeeld met een woordenboek). Hierbij komt dat de beëdigde vertaling die Vahstal in het geding heeft gebracht, de karakters bij A wel als 'directeur' vertaalt. Volgens eiseres is A de lening niet aangegaan ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening (iii) van Yixing. Zij stelt daartoe dat de lening noodgedwongen is aangegaan, om Yixing in staat te stellen om haar schuldeisers te voldoen en om faillissement te voorkomen. In zijn algemeenheid kan een dergelijke doelstelling van (het aantrekken van) een lening niet worden beschouwd als iets wat buiten de normale bedrijfsuitoefening van een commerciële onderneming – zoals Yixing – ligt, integendeel. De vorderingen worden daarom afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-06-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:2221

Zaaknummer: C-16-325080 – HA ZA 12-824

Wetsartikelen: 1:88 BW

RECHTSPRAAK

Coöperatie Trends-In-Center-Aalsmeer

Een verzoek om uitbreiding van een door de OK bevolen lopend onderzoek wordt afgewezen. Het onderzoek naar de gang van zaken bij TICA ziet op de besluitvorming rondom het initiële bod van X. Die transactie is inmiddels van de baan. Er is daarom geen reden de nieuwe feiten te betrekken in het lopende onderzoek. De door Kinta c.s. aangevoerde feiten en omstandigheden leveren op zichzelf gezien evenmin gegronde redenen op om aan een juist beleid te twijfelen. X heeft (i) in haar bericht uitgelegd waarom zij alsnog besloten heeft tot haar bod, nadat zij daarvan eerst had afgezien. De statutenwijziging (ii) strekt ertoe dat een lid een gedeelte van zijn participatie vrijelijk kan overdragen. Niet relevant is dan dat leden zonder hun lidmaatschap te verliezen vrijwel hun gehele participatie kunnen overdragen. Kinta c.s. hebben tot slot (iii) niet gespecificeerd welke jaarstukken ten onrechte niet aan de leden zijn verstrekt. Die stukken zijn ook niet onredelijk kort voorafgaand aan de ALV verzonden.

Bij beschikking van 27 februari 2014 heeft de OK (i) een onderzoek bevolen naar het beleid bij Coöperatie Trends-In-Center-Aalsmeer (TICA) en (ii) besloten tot schorsing van uitvoering van het besluit van de ALV tot verkoop van de aandelen in TICA Aalsmeer B.V. aan X. Naar aanleiding daarvan heeft X laten weten dat de verkoop daarom niet doorgaat. Op 6 maart heeft Kitchen Trend B.V. (KT, verzoeker sub II) de leden van de Coöperatie TICA een aanbod gedaan alle uitstaande participatiereserves over te nemen voor € 130.000 per stuk, onder vermelding van het feit dat dit bod tot 14 maart kon worden geaccepteerd.

Op 26 maart heeft X bericht dat, nu KT haar aanbod niet gestand wil doen, X alsnog bereid is de participatiereserves van de andere leden over te nemen, eveneens voor € 130.000. Verder heeft X aangegeven inmiddels gedeeltelijk de participatiereserve van 12 van de 25 leden te hebben overgenomen, in die zin dat de verkopende coöperatielieden elk € 1 participatiereserve

behouden en daarmee lid van de coöperatie blijven.

Op 28 maart heeft het bestuur van TICA de leden de winst- en verliesrekening van TICA Aalsmeer B.V. toegezonden voor de vergadering van 3 april 2014.

Kinta c.s. (verzoekers) hebben in de onderhavige procedure verzocht het onderzoek uit te breiden en de bestuurders voor de loop van het geding te schorsen. Zij stellen daartoe (i) dat X in strijd met eerdere verklaringen alsnog de participatiereserves van andere leden heeft opgekocht en daarbij een gesloten front heeft gevormd met het bestuur, (ii) dat leden met een participatiereserve met een omvang van € 1 geen lid kunnen blijven van de coöperatie en (iii) dat de jaarcijfers van TICA Aalsmeer B.V. niet goed kunnen worden beoordeeld omdat zij niet tijdig zijn verstrekt en de onderliggende stukken ontbreken. De Ondernemingskamer overweegt allereerst dat uitbreiding van het onderzoek kan plaatsvinden indien feiten en omstandigheden een nieuwe gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen opleveren of indien deze zozeer samenhangen met de redenen voor het reeds gelaste onderzoek dat die feiten onderzocht dienen te worden. Het onderzoek naar de gang van zaken bij TICA ziet op de besluitvorming rondom het initiële bod van X. Die transactie is inmiddels van de baan. Er is daarom geen reden de genoemde feiten en omstandigheden te betrekken in het onderzoek naar de besluitvorming over het initiële bod. De door Kinta c.s. aangevoerde feiten en omstandigheden leveren op zichzelf gezien evenmin gegronde redenen op om aan een juist beleid te twijfelen. X heeft (i) in haar bericht uitgelegd waarom zij alsnog besloten heeft tot haar bod. Kinta c.s. hebben verder geen concrete feiten of omstandigheden gesteld die doen vermoeden dat het bestuur heeft samengespannen met X. De statutenwijziging (ii) strekt ertoe dat een lid een gedeelte van zijn participatiereserve vrijelijk kan overdragen aan een ander lid. Daaraan doet niet af dat door de ALV niet uitdrukkelijk onder ogen is gezien dat de statutenwijziging tot gevolg zou hebben dat leden zonder hun lidmaatschap te verliezen vrijwel hun gehele participatiereserve kunnen overdragen. Kinta c.s. hebben tot slot (iii) niet gespecificeerd welke stukken ten onrechte niet aan de leden zijn verstrekt, hetgeen op hun weg lag, gelet op de toegezonden stukken. Die stukken zijn niet onredelijk kort voorafgaand aan de ALV verzonden. Kinta c.s. hebben niet bestreden dat het al jaren gebruikelijk is dat een beknopte winst- en verliesrekening aan de leden wordt toegezonden en dat de volledige jaarstukken van TICA Aalsmeer voor de leden ter inzage liggen. Het verzoek van Kinta c.s. wordt daarom afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-06-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:2192

Zaaknummer: 200.139.449/02 OK

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

All-in-group/LMI 2 C.S.

Landmarkt is een startende onderneming die twee winkels drijft, waarin natuurlijke en lokale voeding wordt verkocht. Vanaf maart 2012 is het duidelijk dat Landmarkt een grote (nijpende) financieringsbehoefte heeft. All-in-Group sluit op 1 mei 2012 een overeenkomst met Hillback Consultancy om via een nieuw op te richten vennootschap, LMI 2, te investeren in Landmarkt. Landmarkt gaat op 29 augustus 2012 failliet. All-in-Group vordert vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling dan wel bedrog. Zij zou niet zijn geïnformeerd over de financiële situatie van Landmarkt. De rechtbank wijst de vordering af en stelt dat All-in-Group een professionele partij is, die zelf niet goed onderzoek heeft gedaan naar de financiële situatie van Landmarkt. Ook heeft LMI 2 op het moment dat zij het geld in Landmarkt investeerde geen specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens All-in-Group geschonden.

All-in-Group, opgericht in 2005, verricht diensten op het gebied van (interim) management, advisering en investeert in private equity.

Landmarkt en haar dochtermaatschappijen exploiteren sinds 2011 een winkel met natuurlijke dagverse producten in Amsterdam. In 2012 heeft Landmarkt een tweede winkel geopend. Landmarkt heeft sinds haar oprichting vijf aandeelhouders: B BV, Big Wave, LMP, PPMOost en LMI. De aandelen in LMI worden gehouden door twaalf investeerders, waaronder Hillback Capital. Hillback Capital houdt verder alle aandelen in en is de bestuurder van Hillback Consult, de enig bestuurder van LMI.

Vanaf maart 2012 geeft het bestuur van Landmarkt meerdere keren aan dat Landmarkt kampt met een grote (nijpende) financieringsbehoefte. Volgens het bestuur staat de continuïteit op korte termijn ter discussie, terwijl het duidelijk is dat er partijen zijn die in Landmarkt willen

investeren. Op 1 mei 2012 heeft All-In Group met Hillback Consult een overeenkomst gesloten, waarbij All-In Group zich heeft verplicht tot overmaking van € 100.000 aan Hillback Consult, en Hillback Consult de verplichtingen op zich heeft genomen tot de oprichting van LMI 2 en om het van All-In Group te ontvangen bedrag door LMI 2 te laten investeren in Landmarkt. LMI 2 is op 24 mei 2012 opgericht. In de periode van 25 tot en met 30 mei 2012 heeft LMI 2 uit hoofde van een overeenkomst van geldlening in totaal € 350.000 aan Landmarkt verstrekt. Dit bedrag is op 10 juli 2012 geconverteerd in aandelen Landmarkt en het restant van het door de aandeelhouders van LMI 2 gestorte aandelenkapitaal is op die datum gebruikt tot storting van aan LMI 2 nieuw uitgegeven aandelen Landmarkt. Op 29 augustus 2012 is het faillissement van Landmarkt uitgesproken.

All-In-Group vordert dat Hillback Consult en Hillback Capital hoofdelijk worden veroordeeld tot (terug)betaling van haar inleg in LMI 2. Voor zover noodzakelijk vordert All-in-Group dat de overeenkomst tussen All-in-Group en Hillback Consult wordt vernietigd op basis van dwaling of bedrog. Daarbij stelt All-in-Group zich op het standpunt dat LMI 2, Hillback Consult en Hillback Capital (hierna: LMI 2 C.S.) onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld door All-in-Group niet in te lichten over de slechte financiële situatie van Landmarkt.

De rechtbank oordeelt als volgt: All-in-Group is een professionele partij met ruime ervaring in het investeren in ondernemingen. LMI 2 C.S. mocht er dan ook van uitgaan dat All-in-Group deskundig zou zijn op dit gebied. Vaststaat dat All-in-Group voorafgaand aan de investering niet heeft gevraagd naar de liquiditeitspositie of de meest recente cijfers van Landmarkt. De fase waarin Landmarkt zich als onderneming bevond, brengt met zich mee dat All-in-Group er rekening mee had moeten houden dat de investering zou worden gebruikt voor bestaande activiteiten en niet enkel voor, zoals als zij betoogt te zijn voorgespiegeld, groeiactiviteiten. Gezien het uitzicht dat Landmarkt had op grote investeringen en de (juiste) mededelingen die het bestuur hierover aan de aandeelhouders heeft gedaan, acht de rechtbank dat zowel bij het verstrekken van de lening als op het moment van de conversie LMI 2 heeft kunnen oordelen dat er een bepaalde zekerheid omtrent de groeifinanciering was en er dus geen specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden. De vordering van All-in-Group wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-06-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:2182

Zaaknummer: C-16-348644 – HA ZA 13-535

Wetsartikelen: 2:44 BW, 6:162 BW en 6:228 BW

RECHTSPRAAK

A/Woody's C.S.

A is in 1982 in dienst getreden bij HG en in 1987 benoemd als statutair directeur van HG. In de notulen van de RvC van 17 december 1992 is vermeld dat A bij de verkoop van HG 7% van de koopprijs zal ontvangen. In 2006 heeft de enig aandeelhouder van HG zijn aandelen overgedragen aan zijn kinderen, zijnde Woody's C.S. In 2009 heeft Woody's HG verkocht voor € 61 miljoen. Hierbij heeft A € 1 miljoen ontvangen en heeft A een brief ondertekend waarin hij aangeeft HG finale kwijting te verlenen. A vordert van Woody's 7% procent van het bedrag van de verkoop van HG. Primair rust de vordering op de afspraak die in 1992 is gemaakt tussen A en HG, subsidiair stelt A dat Woody's zich ten kosten van hem ongerechtvaardigd heeft verrijkt. De rechtbank wijst de vordering af. De overeenkomst uit 1992 bestond tussen A en HG en kan Woody's niet worden tegengeworpen. Ook kan de rechtbank niet inzien hoe Woody's zich ten kosten van A heeft verrijkt. De tegenvordering van Woody's, vernietiging van de overeenkomst uit 2009 tot betaling van € 1 miljoen wegens dwaling, wordt ook verworpen omdat hiervoor geen relevant bewijs is aangevoerd.

A is in 1982 in dienst getreden van HG International BV (hierna: HG). Betrokkene hield alle aandelen in HG. In 1987 is A benoemd als statutair bestuurder van HG. In de notulen van de RvC van HG van 17 december 1992 is vermeld dat A bij een eventuele verkoop van de onderneming 7% van de opbrengst krijgt. In 1999 is een nieuwe inkomstenregeling voor A vastgesteld waarin hij bij pensionering € 500.000 krijgt. In 2005 is A 65 jaar geworden en teruggetreden als statutair bestuurder. Hij is toen benoemd als adviseur en commissaris. In 2006 heeft betrokkene alle aandelen overgedragen aan de holding van zijn drie kinderen, gezamenlijk aangeduid als Woody's C.S. In 2009 heeft Woody's C.S. de aandelen in HG

verkocht voor € 61 miljoen. A is toen teruggetreden als commissaris en heeft € 1 miljoen ontvangen. Hierbij heeft A een brief ondertekend waarin hij aangeeft dat hij HG finale kwijting verleent en dat hij HG verzoekt om aan hem decharge te verlenen. A vordert nu van Woody's 7% van de verkoopprijs van HG en Woody's C.S. vordert terugbetaling van de € 1 miljoen die in 2009 aan A is betaald omdat de overeenkomst van destijds wegens dwaling dient te worden vernietigd.

De rechtbank oordeelt als volgt. A kan zijn recht dat hij (mogelijk) jegens HG had niet jegens de opvolgend aandeelhouder, Woody's C.S., te gelde maken. Het beroep op de overgang van een kwalitatief recht faalt. Op grond van artikel 6:251 BW gaat een uit een overeenkomst voortvloeiend, voor overgang vatbaar recht over op degene die het goed onder bijzondere titel verkrijgt als dat recht in zodanig verband staat met een aan de schuldeiser toebehorend goed dat hij bij dat recht slechts belang heeft, zolang hij dat goed behoudt. Dit is hier niet het geval. Voor zover A bedoelt dat er sprake zou zijn van een aan de aandelen verbonden verplichting faalt dit standpunt eveneens. De regeling van een aan een goed verbonden verplichting geldt alleen voor registergoederen. Daarbij komt dat het in dergelijke gevallen gaat om iets te dulden of niet te doen. In casu gaat het om een verplichting iets te doen. Verder valt niet in te zien dat A door de verkoop van de aandelen HG door Woody's C.S. is verarmd. Bovendien valt ook niet in te zien hoe Woody's C.S. door de verkoop van de aandelen is verrijkt in de zin van artikel 6:212 BW.

De vordering van Woody's C.S. kan ook niet slagen. De brief uit 2009 waar Woody's zich op beroept, bevat verklaringen van A jegens HG en niet jegens Woody's C.S. Dat bewijsstuk is dan ook onvoldoende om daar het bestaan van een overeenkomst tussen A en Woody's aan te ontlenen. Er valt dus ook niets te vernietigen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-06-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2014:5101

Zaaknummer: C-15-195849- HA ZA 12-421

Wetsartikelen: 6:212 BW, 6:251 BW en 6:252 BW

RECHTSPRAAK

X/Auto Lease

Voormalig DGA van aannemingsbedrijf handelt onrechtmatig jegens de leasemaatschappij door een vijftal voertuigen te leasen en de aandelen en bestuurderschap vervolgens te verhandelen aan zijn broer. Een bestuurder kan onrechtmatig handelen indien hem een voldoende ernstig persoonlijk verwijt gemaakt kan worden en hiervan is, volgens rechtspraak van de Hoge Raad, sprake als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. De rechtbank oordeelt dat daarvan sprake is, waardoor gedaagde wordt veroordeeld tot vergoeding van de geleden schade.

Auto Lease, een onderneming die zich bezighoudt met het verlenen van auto's, heeft een vijftal auto's in lease gegeven aan HWC, waarvan gedaagde X tot 25 april 2013 DGA was. Op die datum heeft X zijn aandelen en het bestuurderschap overgedragen aan zijn broer A. Vanaf juni is HWC tekortgeschoten in de betalingen van de leasetermijnen, waarna Auto Lease HWC in gebreke heeft gesteld, tot betaling heeft gesommeerd en tot inlevering van de auto's heeft gesommeerd. A heeft de aandelen in HWC in augustus 2013 aan de in Albanië wonende mevrouw B overgedragen. Vanaf augustus waren A en B beide bestuurders van HWC. HWC is op 3 september 2013 in staat van faillissement verklaard. Na het faillissement van HWC heeft Auto Lease op 12 september 2013 aangifte gedaan van verduistering.

In de onderhavige zaak vordert Autolease een verklaring voor recht dat X onrechtmatig heeft gehandeld jegens Autolease door de aandelen in HWC te verkopen, terwijl hij wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat deze handelwijze tot gevolg zou hebben dat HWC haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg

daarvan optredende schade. Daarbij vordert Autolease een vergoeding voor de door haar geleden schade. Ten grondslag aan deze vordering legt Autolease dat A een malafide partij is, die zich in het verleden vaker heeft beziggehouden met paulianeuze onttrekkingen en onbehoorlijk bestuur, waardoor X had moeten weten dat de overdracht van de aandelen zeer risicovol was. Volgens Auto Lease heeft X door deze handeling jegens Auto Lease zodanig onzorgvuldig gehandeld dat hem daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Ten aanzien van de vraag of sprake is van onrechtmatig handelen door een bestuurder, oordeelt de rechtbank dat sprake dient te zijn van een ernstig persoonlijk verwijt dat de bestuurder gemaakt kan worden. Hiervan is volgens rechtspraak sprake indien de bestuurder wist of had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan opgetreden schade (r.o. 4.1). Volgens de rechtbank heeft X, zonder controle uit te oefenen op de vennootschap en door zonder enige kennis van de financiële situatie bij HWC als bestuurder overeenkomsten af te sluiten, onzorgvuldig gehandeld jegens Auto Lease. Derhalve kan hem een voldoende ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt. De rechtbank stelt het bedrag aan te vergoeden schade op in totaal € 67.085,79, bestaande uit de waardevergoedingen als gevolg van het niet-terugleveren van de voertuigen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 28-05-2014

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2014:6889

Zaaknummer: C-09-456734 - HA ZA 13-1404

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Consumentenbond

Naar aanleiding van een door de Consumentenbond uitgebracht artikel en het later failleren van de vennootschap, vordert een (indirect) aandeelhouder vergoeding van de volgens hem daaruit voortvloeiende eigen schade. Daarbij benadrukt hij dat hij geen schadevergoeding vordert voor de geleden afgeleide schade als gevolg van de vermindering in waarde van zijn aandelen, waardoor Poot/ABP niet relevant is. De rechtbank oordeelt dat niet voldoende gesteld of gebleken is dat de Consumentenbond de aandeelhouder heeft willen benadelen en dat daardoor niet onrechtmatig gehandeld is jegens de aandeelhouder, waardoor de Consumentenbond niet schadeplichtig is en de vordering wordt afgewezen.

Eiser X is DGA van X Holding BV. X Holding was enig aandeelhouder van een aantal werkmaatschappijen. Een van deze werkmaatschappijen hield zich bezig met ooglaserverbehandelingen. Deze ooglaserverbehandelingen kwamen slecht uit de bus in een artikel van de Consumentengids. De werkmaatschappij heeft de Consumentenbond in kort geding gedagvaard, waarna de voorzieningenrechter de Consumentenbond heeft bevolen het gebruik van het aan het artikel ten grondslag liggende onderzoek te staken en gestaakt te houden. Deze uitspraak is in hoger beroep bekrachtigd. Een aantal maanden later is de werkmaatschappij, evenals de Holding van X, gefailleerd.

In onderhavige zaak vordert X een verklaring voor recht dat de Consumentenbond aansprakelijk is voor de schade die hij en de Holding lijden en nog zullen lijden en tot veroordeling van de Consumentenbond tot vergoeding van deze schade. Daarbij benadrukt X dat hij geen vergoeding vordert voor het feit dat zijn aandelen in de Holding en de aandelen die de Holding houdt in haar dochtervennootschappen minder waard (waardeloos) zijn geworden, maar dat het gaat om eigen schade (onder andere inkomensschade).

De rechtbank oordeelt dat geen sprake is van afgeleide schade als bedoeld in *Poot/ABP*, omdat

eiser nadrukkelijk vergoeding voor 'eigen schade' vordert. Derhalve dient te worden beoordeeld of de Consumentenbond onrechtmatig jegens X heeft gehandeld. Omdat niet gesteld of gebleken is dat de Consumentenbond in het artikel heeft gerefereerd aan X als de man achter de werkmaatschappij, de Consumentenbond bij de publicatie er geen rekening mee heeft moeten houden dat in de media een relatie werd gelegd tussen de werkmaatschappij en X en niet gebleken is dat de Consumentenbond opzet had X enig nadeel toe te brengen, oordeelt de rechtbank dat X geen vorderingsrecht jegens de Consumentenbond heeft. Er is, in het licht van voornoemde omstandigheden, geen sprake van onrechtmatig handelen van de Consumentenbond jegens X. De rechtbank oordeelt tot afwijzing van de vordering tot schadevergoeding.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 28-05-2014

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2014:6488

Zaaknummer: C-09-454794 - HA ZA 13-1300

Wetsartikelen: 6:162 BW.

ANNOTATIE

**Beschikking Gerechtshof Amsterdam 6 september 2013
(Cryo-Save).**

D.J.F.F.M. Duynstee

1. Verrassend is de benoeming van Frédéric Amar tot nieuwe CEO van Cryo-Save op 19 maart 2014. Op 9 oktober 2013 waren Amer en Cryo-Save immers juist overeengekomen dat Amar zich zou terugtrekken als kandidaat-CEO. Cryo-Save accepteerde toen een benoeming van Amar als *non-executive member* van het bestuur. De 'coup d'état' bij Europa's grootste stamcellenopslagbedrijf is voltooid (zie *Financieel Dagblad* 20 maart 2014, p. 26, 'Machtsgreep bij Cryo-Save geslaagd').

Aan de benoeming van Amar is een hoop voorafgegaan, hetgeen onder andere heeft geleid tot de beschikking van de Ondernemingskamer van 6 september 2013 (Cryo-Save). Centraal in deze beschikking staat de door het bestuur van Cryo-Save ingeroepen responstijd van maximaal 180 dagen, in de zin van de *best practice*-bepalingen II.1.9. en IV.4.4. van de Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: de Code) en de vraag in hoeverre deze bepaling uit de Code zich verhoudt tot de wettelijke termijn van 60 dagen zoals opgenomen in artikel 2:114a BW. In onderhavige casus wordt de door het bestuur van de vennootschap ingeroepen responstijd niet door de aandeelhouder gerespecteerd en roept deze laatste voor het einde van de responstijd (maximaal 180 dagen) een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: BAvA) bijeen. De Ondernemingskamer komt in zijn beschikking tot de conclusie dat het, behoudens bijzondere omstandigheden, niet gerechtvaardigd is als de responstijd uit de Code door de aandeelhouder wordt doorbroken. Dit heeft tot gevolg dat de door Amar en Salveo Holding (hierna gezamenlijk aangeduid als: Amar c.s.) bijeengeroepen BAvA in Cryo-Save niet gehouden zal kunnen worden op 9 september 2013, maar verdaagd wordt tot 20 november 2013, dan wel tot de dag van het eerdere beëindigen van de lopende responstijd ingeroepen door Cryo-Save.

2. De voor deze beschikking relevante feiten zijn als volgt. Cryo-Save is een beursgenoteerde houdstervenootschap. De onderneming voorziet in de opslag van stamcellen uit navelstrengbloed en navelstrengweefsel voor therapeutische behandelingen van ziektes. Cryo-

Save heeft een *one-tier board* en in de statuten (art. 14.1.) is bepaald dat het bestuur uit ten minste één *executive director* en ten minste twee *non-executive directors* bestaat. Vanaf 2012 loopt de omzet en kasreserve van Cryo-Save terug.

Salveo Holding is de persoonlijke houdster vennootschap van Amar. Laatstgenoemde heeft het merendeel van de aandelen (75%) in Salveo Biotechnology S.A., een vennootschap die ook actief is in de opslag van stamcellen uit navelstrengbloed en navelstrengweefsel voor therapeutische toepassingen. In mei 2013 breidt Amar c.s. zijn belang in Cryo-Save uit naar ongeveer 28%. Goossens en Visser, medeoprichters van Cryo-Save, houden respectievelijk circa 5,9% en circa 4,3% in Cryo-Save. Het restant van de aandelen (meer dan 50%) is in onbekende handen. Medio mei 2013 is er een eerste gesprek tussen het bestuur van Cryo-Save en Amar, waar laatstgenoemde reeds aangeeft de nieuwe CEO (vacant per 31 mei 2013) van Cryo-Save te willen worden. Aansluitend is een nieuwe bespreking ingepland. Ter voorbereiding op deze vergadering maakt Amar zijn intenties schriftelijk aan het bestuur kenbaar. Tijdens de bespreking op 23 mei 2013 geeft Amar een presentatie en schetst vier mogelijke scenario's: (i) Salveo Holding blijft slechts aandeelhouder en stelt zich als zodanig op; (ii) Salveo Holding doet een openbaar bod op alle aandelen Cryo-Save; (iii) Salveo Holding en Cryo-Save gaan een strategische alliantie aan of (iv) Cryo-Save neemt Salveo Holding over. Als reactie laat Cryo-Save weten niet voornemens te zijn het laatste scenario uit te voeren. Naar aanleiding van de presentatie verstuurt Salveo Holding op 24 mei 2013 twee brieven aan het bestuur van Cryo-Save en plaatst eveneens een open brief op haar website. In deze brieven geeft Amar aan dat Cryo-Save er financieel slecht voor staat en dat er zo snel mogelijk een BAvA gehouden moet worden, met agendering van het ontslag van de huidige en de benoeming van een nieuwe *executive* en *non-executive director*. In de brief op de website geeft Amar aan dat hij met zijn (persoonlijke) inzet en ervaring van betekenis kan zijn ter ondersteuning en versterking van het noodlijdende Cryo-Save.

In het persbericht van 30 mei 2013, waarin de CEO van Cryo-Save opstapt, wordt tevens vermeld dat er in juli 2013 een BAvA zou plaatsvinden. Verder wordt tussen het bestuur van Cryo-Save en Amar afgesproken om op 3 juni 2013 verder te praten. Een dag later ontvangt Cryo-Save een presentatie getiteld '*Salveo Holding Proposition*' voor de bespreking op 3 juni 2013. De inhoud van deze presentatie zint Cryo-Save niet en in de ochtend van 3 juni 2013 roept het bestuur een responstijd van 180 dagen in. Uit de daaropvolgende briefwisseling tussen het bestuur van Cryo-Save en Amar c.s. blijkt dat eerstgenoemde van mening is dat het voorstel van Salveo Holding verder strekt dan enkel de benoeming van een nieuwe *executive director* en dat in feite getracht wordt de onderneming over te nemen. Cryo-Save wijst erop dat de gebruikelijke wijze om een genoteerde onderneming over te nemen in beginsel het uitbrengen van een openbaar bod op alle uitstaande aandelen is, waardoor de overige

aandeelhouders een *exit* tegen een redelijke prijs krijgen aangeboden. Verder nodigt Cryo-Save Salveo Holding uit voor een bespreking op 13 juni 2013.

In deze vergadering is een voorstel besproken waarbij (i) Amar geen CEO meer zou worden, (ii) Amar twee onafhankelijke, niet-uitvoerende bestuurders zou voorstellen en (iii) teams van beide partijen zouden gaan onderzoeken of en op welke wijze ondernemingsactiviteiten van Cryo-Save en Salveo zouden kunnen worden gecombineerd of geïntegreerd. Ter uitvoering heeft Cryo-Save concepten voor een *Confidentiality and Standstill Agreement* en een *Memorandum of Understanding* aan Salveo Holding gestuurd.

Salveo Holding laat hierop telefonisch weten af te zien van hetgeen op 13 juni 2013 besproken is en verzoekt schriftelijk om alsnog uiterlijk 5 juli 2013 een BAvA bijeen te roepen. Op 4 juli 2013 vindt een bespreking plaats tussen het bestuur van Cryo-Save en Amar, en zijn er nadere afspraken gemaakt. Ter uitvoering van deze afspraken wenst Cryo-Save zo spoedig mogelijk de beschikbaarstelling van het *information memorandum* en toegang tot de *virtual data room*. Daar stelt Amar tegenover dat er een bevestiging van het bestuur van Cryo-Save komt dat hij '*the right and appropriate candidate to be CEO of Cryo-Save*' is en dat dit in een uit te sturen persbericht wordt opgenomen. Wanneer Cryo-Save blijkt geeft hiertoe niet bereid te zijn, trekt Amar bij schrijven van 22 juli 2013 de stekker uit de gesprekken.

Op 26 juli 2013 roept Salveo Holding vervolgens een BAvA van Cryo-Save bijeen voor 9 september 2013, met op de agenda het ontslag en benoeming van de *non-executive director* en de benoeming van Amar als nieuwe *executive director*. Salveo Holding baseert haar bevoegdheid voor het uitroepen van deze BAvA op artikel 2:114a BW. De verplichte termijn van 60 dagen, zoals is opgenomen in artikel 2:114a BW wordt door Salveo Holding in acht genomen. Cryo-Save dient als reactie op 9 augustus 2013 een verzoekschrift in bij de Ondernemingskamer, waarin de vennootschap zelf de Ondernemingskamer verzoekt een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Cryo-Save over de periode vanaf 7 mei 2013, alsmede onmiddellijke voorzieningen te treffen voor de duur van het geding. De onmiddellijke voorzieningen waarom verzocht wordt, bestaan uit het verzoek de BAvA te verdagen tot na het verstrijken van de zogeheten responstijd dan wel tot zoveel eerder als het bestuur van Cryo-Save onderzoek naar alternatieven heeft afgerond, subsidiair Salveo te verbieden haar stem uit te brengen op de BAvA, althans meer subsidiair de stemming op de BAvA van Cryo-Save van 9 september 2013 te verbieden.

Cryo-Save legt aan haar verzoek ten grondslag dat het bijeenroepen van de BAvA en de agendering van de voorstellen tot benoeming en ontslag gegronde redenen opleveren om aan een juiste gang van zaken binnen Cryo-Save te twijfelen. De BAvA doorkruist immers de door Cryo-Save ingeroepen responstijd, zulks in strijd met de Code. Verder onderbouwt Cryo-Save

haar verzoek door aan te voeren dat zij de responstijd terecht heeft ingeroepen om zodoende het bestuur een zekere termijn te gunnen om overleg te voeren over de door Amar c.s. voorgestelde wijzigingen binnen Cryo-Save en alternatieven te onderzoeken.

De Ondernemingskamer komt tot de conclusie dat de huidige toestand van Cryo-Save noopt tot het treffen van een onmiddellijke voorziening, te weten het verdagen van de BAvA van 9 september 2013.

3. Deze beschikking is om twee redenen opvallend te noemen. Enerzijds, omdat dit bij mijn weten het eerste enquêteverzoek is na de op 1 januari 2013 in werking getreden wijziging van het enquêterecht, waar een rechtspersoon gebruikmaakt van de bevoegdheid zelf een verzoekschrift in te dienen en er onmiddellijke voorzieningen worden gevraagd jegens een individuele aandeelhouder (art. 2:346 lid 1 onderdeel b BW). Anderzijds, moet de Ondernemingskamer voor het eerst oordelen over een door een onderneming ingeroepen responstijd. In het bijzonder staat daarbij de dynamiek tussen de wettelijke regeling zoals opgenomen in artikel 2:114a BW en de ‘soft law’-bepaling uit de Code centraal.

4. Zoals gezegd, is sinds de recente wijziging expliciet in artikel 2:346 BW de mogelijkheid opgenomen voor de rechtspersoon om een enquête te verzoeken. Dit brengt met zich dat elke rechtspersoon waarvan het beleid onderwerp van een enquête kan zijn, ook zelf bevoegd is om het desbetreffende verzoekschrift in te dienen. Naast een onderzoek naar het gedrag van de algemene vergadering, kan er onder bijzondere omstandigheden ook behoefte zijn aan een oordeel over het gedrag van een individuele aandeelhouder (zoals in dit geval Amar c.s.). Indien de rechtspersoon om een enquête zou kunnen verzoeken ten aanzien van de besluitvorming van de algemene vergadering alsmede het gedrag van individuele aandeelhouders, kon de vraag rijzen (in dit geval rijst de vraag) of het gedrag van een aandeelhouder kan worden gekwalificeerd als het ‘beleid’ van de rechtspersoon (het oude artikel sprak van ‘gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen’). Teneinde discussie te voorkomen, is aan artikel 2:350 BW toegevoegd dat het enquêteverzoek – naast gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen – ook kan worden toegewezen wanneer blijkt ‘van gegronde redenen om aan een juiste gang van zaken te twijfelen’.

Cryo-Save heeft in haar verzoek onder meer gesteld dat de gedragingen van Amar c.s. redenen opleveren om aan een ‘juiste gang van zaken bij Cryo-Save te twijfelen’. Cryo-Save wijst hierbij onder meer op de ‘open brief’ van Amar op de website van Salveo, het benaderen door Amar van managers van Cryo-Save, diens (intimiderende) pogingen zich toegang te verschaffen tot het laboratorium van Cryo-Save in België, de opstelling van Amar en van medewerkers van Salveo jegens cliënten van Cryo-Save. De Ondernemingskamer volgt Cryo-Save en is (voorlopig) van oordeel dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juiste

gang van zaken bij Cryo-Save. Een conclusie die gezien de feiten en de opstelling van Amar c.s. niet erg verbaast.

5. De responstijd is opgenomen in de *best practice*-bepalingen II.1.9. en IV.4.4. van de Code. Een responstijd strekt zich uit over een periode van maximaal 180 dagen vanaf het moment dat een aandeelhouder het bestuur van een onderneming heeft geïnformeerd over een verzoek tot agendering van een aandeelhouder die op grond van artikel 2:114a BW bevoegd is een dergelijk verzoek te doen. Deze periode van 180 dagen heeft tot doel om in relatieve rust nader beraad en constructief overleg – waarin overleg met de aandeelhouder centraal staat – mogelijk te maken. Daarnaast kunnen alternatieven verkend worden.

In onderhavige casus verzoekt Salveo Holding op 24 mei 2013 een BAvA, waarin zij aandringt op het ontslag van de huidige en de benoeming van een nieuwe *executive* en *non-executive director*. Salveo Holding heeft een agenderingsverzoek gedaan waarin de agendapunten en motivering waren opgenomen. Als reactie hierop roept het bestuur de responstijd van 180 dagen in. Op 26 juli 2013 maakt Salveo Holding uiteindelijk gebruik van haar statutaire recht en roept een BAvA bijeen. Een van de vragen die ook uitgebreid in de literatuur aan bod is gekomen, is hoe de responstijd van 180 dagen uit de Code zich verhoudt tot artikel 2:114a BW waarin aandeelhouders (die alleen of gezamenlijk ten minste een belang van 3% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen (zie *Kamerstukken II* 2008/09, 32014, 3, p. 25.)) het recht hebben om niet later dan op de zestigste dag voor die van de vergadering een verzoek of voorstel in te dienen voor de agenda van de aandeelhoudersvergadering (zie onder andere H.A. van Hulst en M.R.W. Boer, 'Cryo-Save – de responstijd in de praktijk', *V&O* 2013, 12, p. 219-222; H.J. de Kluiver, 'Reactie op commentaar bij uitspraak Cryo-Save Group/Salveo Holding', *Ondernemingsrecht* 2013, 127; Hof Amsterdam 6 september 2013, m.nt. Josephus Jitta, *JOR* 2013/272; Hof Amsterdam 6 september 2013, m.nt. R. Abema, *Ondernemingsrecht* 2013, 117).

De Ondernemingskamer formuleert op bovenstaande vraag een helder antwoord. Het wettelijke verankerde agenderingsrecht, gebaseerd op de Richtlijn Aandeelhoudersrechten (voluit de Europese richtlijn betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen, 2007/36/EG d.d. 11 juli 2007) en het statutair vastgelegde recht van de aandeelhouders om een BAvA bijeen te roepen, moeten wijken voor de 180 dagen-regel zoals ingeroepen door het bestuur van Cryo-Save. Daarbij ziet de Ondernemingskamer geen strijd tussen artikel 2:114a BW en de Code-bepaling waarin de responstijd is opgenomen.

De kernoverweging van de Ondernemingskamer hierover – mijns inziens wel erg stellig – luidt: 'Met name valt niet in te zien dat toepassing van best practice-bepalingen II.1.9 en IV.4.4

van de Corporate Governance Code in strijd zou zijn met de bepalingen van Boek 2 BW omtrent het vergader- en agenderingsrecht, of met de statuten van Cryo-Save. 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 artikel 2:8 BW tot uitdrukking gebrachte) principe dat een aandeelhouder zich ten opzichte van de vennootschap, haar organen en zijn medeaandeelhouders gedraagt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, waaronder de bereidheid om een dialoog met het bestuur van de vennootschap aan te gaan indien hij het voornemen 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' (zie Hof Amsterdam (OK) 6 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2836, r.o. 3.9.).

De onderbouwing van de Ondernemingskamer is dat de *best practice*-bepalingen een uitwerking zijn van de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) die aandeelhouders in acht moeten nemen. De Ondernemingskamer haakt aan bij de *ABN AMRO*- (HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434, r.o. 4.4.) en *ASMI*-arresten (HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, r.o. 4.4.2 sub (iii)) waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de corporate governance code 'een uiting vormt van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging welke mede inhoud geeft aan de eisen van redelijkheid en billijkheid'. Kritisch hierover zijn Van Hulst en Boer die zich afvragen of de redenering van de Ondernemingskamer in de Cryo-Save-zaak in lijn is met de *ASMI*-beschikking ten aanzien van de werking van de Code (van Hulst en Boer, *V&O* 2013, 12, p. 222).

De Ondernemingskamer kiest hier welbewust voor de responstijd in de Code 'in plaats van' het wettelijke agenderingsrecht. Op te merken valt zekerheidshalve nog – in reactie op H.J. de Kluiver (de Kluiver, *Ondernemingsrecht* 2013, 127, punt 6) – dat het antwoord van de minister van Justitie in de nota naar aanleiding van de Richtlijn Aandeelhoudersrechten niet zo gelezen dient te worden dat het wettelijke agenderingsrecht aan de kant kan worden gezet door de regeling van de responstijd. De minister van Justitie stelt: 'Wanneer het agenderingsverzoek in een specifiek geval in strijd zou zijn met het beginsel van de redelijkheid en billijkheid, behoeft het bestuur het verzoek om een onderwerp in de agenda op te nemen, niet te honoreren' (zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31746, 7, p. 5). Een afwijking van de responstijd is mogelijk indien daarvoor zwaarwichtige redenen zijn. Nu de Ondernemingskamer aangeeft dat de aandeelhouder moet kunnen aantonen dat voldoende zwaarwichtige redenen een doorbreking of doorkruising van de responstijd mogelijk maken, legt de Ondernemingskamer wel een zware last op de schouders van de aandeelhouder. In onderhavige casus heeft volgens de Ondernemingskamer Amar het bestaan van zodanige redenen niet voldoende aannemelijk gemaakt.

De vraag is echter of de Ondernemingskamer hier niet een stap overgeslagen heeft, althans niet opgenomen heeft in zijn motivering. Zou het niet zo moeten zijn dat het agenderingsrecht prevaleert en een beroep op de 180-dagen regel alleen mogelijk is indien daar zwaarwichtige redenen voor zijn? Deze zwaarwichtige redenen moeten in dat geval door de vennootschap aannemelijk gemaakt worden.

In onderhavige casus zijn die zwaarwichtige redenen voor het bestuur om een beroep te doen op de 180-dagen regel mijns inziens aanwezig en voldoende voor het voetlicht gebracht. Het is dan ook, conform de overweging van de Ondernemingskamer, vervolgens aan de aandeelhouder om of aannemelijk te maken dat de redenen waarop het bestuur zich beroept niet zwaarwichtig genoeg zijn, of dat de aandeelhouder andere zwaarwichtige redenen heeft waarvoor het beroep van het bestuur op de 180-dagen regel moet wijken. De regel blijft mijns inzien echter dat primair de bewijslast voor de aanwezigheid van zwaarwichtige redenen voor het inroepen van de 180-dagen termijn bij de vennootschap ligt en *niet* bij de aandeelhouder, zoals men zou kunnen concluderen uit deze beschikking.