

ONDERNEMINGSRECHT

AAK20127011

Mr. J.H.L. Beckers & mr. T. Salemink (Van der Heijden
Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen)

PERIODE 1 APRIL 2012 – 30 JUNI 2012

Regelgeving*Flexibilisering BV-recht*

Het wetsvoorstel tot flexibilisering van het BV-recht heeft de eindstreep gehaald (zie eerder *KS* 121 en 123). Op 12 juni 2012 heeft de Eerste Kamer tevens de Invoeringswet aangenomen (*Kamerstuk* 32 426). De Wet en de Invoeringswet (*Stb.* 2012, 299 en 300) treden in werking op 1 oktober 2012 (*Stb.* 2012, 301).

Aanpassing enquêterecht

Ook het wetsvoorstel aanpassing enquêterecht is aangenomen (zie eerder *KS* 121 en 123). De wet van 18 juni (*Stb.* 2012, 274) treedt in werking op 1 januari 2013 (*Stb.* 2012, 305).

Rechtspraak*Enquêtegerechtigden*

Tot het indienen van een enquêteverzoek zijn ingevolge artikel 2:346 sub b BW slechts bevoegd houders van aandelen en certificaten in de vennootschap waarop het onderzoek betrekking heeft. Deze op het oog duidelijke regel heeft in het verleden al tot de nodige rechtspraak geleid en staat ook centraal in de recente *Chinese Workers*-zaak.

Ik geef eerst een kort overzicht van de relevante rechtspraak tot nu toe. In de zaak *De Vries-Robbé* oordeelde de Hoge Raad dat de in de wet opgenomen opsomming van enquêtegerechtigden limitatief is (HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 225 m.nt. Maeijer; *JOR* 2002/29 m.nt. Josephus Jitta). Er bestaan echter uitzonderingen op dit uitgangspunt. De aandeelhouder van de moedervenootschap kan ook bij een dochtervenootschap om een enquête verzoeken, indien er sprake is van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding (HR 4 februari 2005, *NJ* 2005, 127 m.nt. Maeijer; *JOR* 2005/58 m.nt. Van den Ingh (*Landis*)). Dit wordt de concernenquête genoemd. Een dergelijke enquête is alleen mogelijk indien de aandeelhouder ook enquêtebevoegd is ten aanzien van de moedervenootschap (HR 8 april 2011, *NJ* 2011, 338 m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2011/78 m.nt. Doorman (*TESN*)). Indien het om een buitenlandse moedervenootschap gaat, is een concernenquête niet mogelijk. Een tweede categorie van uitzonderingen op het limitatieve karakter van de lijst met enquêtebevoegden betreft de economisch rechtheb-

bende op certificaten van aandelen; ook zij zijn enquêtegerechtigd (HR 10 september 2010, *NJ* 2010, 665 m.nt. Van Schilfgaarde en Perrick; *JOR* 2010/337 m.nt. Brink (*Butôt*), zie eerder *KS* 118).

En nu dus de *Chinese Workers*-zaak. Centraal staat de Nederlandse vennootschap Chinese Workers B.V. Deze vennootschap houdt zich voornamelijk bezig met de detachering van uit China afkomstig horecapersoneel. De buitenlandse vennootschap Chinnede Ltd., gevestigd in Hong Kong, houdt alle aandelen in Chinese Workers en is tevens de enige bestuurder van de vennootschap. Over het aandeelhouderschap in Chinnede bestaat onduidelijkheid. Zeker is dat Yeh-Chiu en Hua Ding beiden in ieder geval tenminste 25% van de aandelen in Chinnede houden. Op een gegeven moment ontstaat er ruzie tussen beide aandeelhouders. Als gevolg van de daarop volgende patstelling is Chinnede niet langer in staat om te functioneren als bestuurder van Chinese Workers. Yeh-Chiu verzoekt uiteindelijk om een enquête bij Chinese Workers.

De vraag is de volgende: is Yeh-Chiu – mede gelet op bovengenoemde rechtspraak – als aandeelhouder in een buitenlandse moedervenootschap wel bevoegd om een enquête te verzoeken in de Nederlandse dochter?

De OK oordeelt positief. Volgens haar moeten de aandeelhouders van Chinnede worden aangemerkt als de economisch gerechtigden in Chinese Workers. Van belang zijn de volgende omstandigheden: (i) Chinnede beheert uitsluitend de aandelen in Chinese Workers en verricht geen enkele andere activiteit, (ii) er is geen reden waarom dat beheer vanuit Hong Kong zou moeten worden verricht en dit wordt feitelijk ook niet vanuit Hong Kong verricht, (iii) alle ondernemingsactiviteiten worden door of in opdracht van Chinese Workers verricht, (iv) dit geldt ook voor de werving van horecapersoneel uit China, dat geschiedt door twee Chinese uitzendbureaus in opdracht van Chinese Workers en (v) de door deze Chinese uitzendbureaus verschuldigde commissie wordt rechtstreeks betaald aan de aandeelhouders van Chinnede. Gelet op de in aanmerking te nemen economische werkelijkheid en de genoemde feiten en omstandigheden maakt de OK een uitzondering op de hoofdregel van artikel 2:346 sub b BW, dat alleen houders van aandelen in de vennootschap waarop het onderzoek betrekking heeft enquêtegerechtigd zijn. Yeh-Chiu is daarom bevoegd tot het indienen van een enquêteverzoek (OK 7 februari 2012, *JOR* 2012/143 m.nt. Doorman (*Chinese Workers*)).

De kring van enquêtegerechtigden wordt met deze uitspraak wederom uitgebreid. De vraag is echter hoe de uitspraak van de OK zich verhoudt tot de bovengenoemde *TESN*-zaak. Yeh-Chiu heeft namelijk geen enquêtebevoegdheid ten aanzien van de moedervenootschap Chinnede; op die vennootschap is immers niet het Nederlandse enquêterecht van toepassing. Naar verwachting gaan partijen in cassatie en kan de HR hierover duidelijkheid verschaffen.

(Onmiddellijke) voorzieningen in een enquêteprocedure

Op 23 maart 2012 heeft de Hoge Raad een enquêtebeschikking gegeven waarin enige procesrechtelijke noten gekraakt worden (HR 23 maart 2012, *JOR* 2012/141 m.nt. Josephus Jitta & Barkhuysen (*E-Traction*)).

De Hoge Raad oordeelt in de eerste plaats dat ook andere belanghebbenden dan de indieners van het enquêteverzoek – of van het in artikel 2:355 lid 1 BW genoemde verzoek tot het treffen van de in artikel 2:356 BW genoemde voorzieningen – bevoegd zijn tot het indienen van een verzoek om een onmiddellijke voorziening als bedoeld in artikel 2:349a lid 2 of 2:355 lid 3 BW. De omstandigheid dat de tekst van de wet alleen de indieners van deze verzoeken noemt bij de mogelijkheid tot het doen van het verzoek om een onmiddellijke voorziening, is onvoldoende grond voor een wetsuitleg in andere zin.

In de tweede plaats is deze uitspraak van belang voor de vraag wanneer de enquêteprocedure eindigt. Die vraag is relevant voor de reikwijdte van de in artikel 2:349a lid 2 en 2:355 lid 3 BW bedoelde voorzieningen: die kunnen immers enkel gegeven worden voor ten hoogste de duur van het geding. De Hoge Raad oordeelt nu dat de procedure eindigt ofwel met het onherroepelijk worden van de beschikking op het verzoek als bedoeld in artikel 2:355 lid 1 BW of – ingeval tijdelijke voorzieningen als genoemd in artikel 2:356, aanhef en onder c, d en e BW zijn getroffen die later eindigen dan het tijdstip waarop de zojuist genoemde beschikking onherroepelijk wordt – bij het eindigen van die voorzieningen.

Ten derde wijs ik op het oordeel dat de OK volgens de Hoge Raad slechts kan overgaan tot het regelen van de gevolgen van door haar getroffen voorzieningen – als bedoeld in artikel 2:357 lid 2 BW – zolang de enquêteprocedure loopt. Het hiervoor genoemde oordeel over het einde van de enquêteprocedure speelt dus ook hier een rol.

- A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 89), Deventer: Kluwer 2012;
- M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 112), Deventer: Kluwer 2012;
- L.C.J. Sprengers, *Wet op de Europese ondernemingsraden* (Actualiteiten Sociaal Recht, deel 29), Deventer: Kluwer 2012.

Literatuur

- S.E. Bartels (e.a.), *Effecten en vermogensrecht* (Serie Onderneming & Recht, deel 63), Deventer: Kluwer 2011;
- R.H. Maatman (e.a.), *Onderneming en pensioen* (Serie Onderneming & Recht, deel 64), Deventer: Kluwer 2011;
- L. Timmerman (red.), *Harry Honée-bundel* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 84), Deventer: Kluwer 2011;
- L. Timmerman (e.a.), *Samenwerken in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 80), Deventer: Kluwer 2011;
- P. Zijp (e.a.), *Koersen rondom Christel, Opstellen aangeboden aan prof.mr.drs. C.M. Grundmann-van de Krol*, Deventer: Kluwer 2011;
- W.J.M. van Veen e.a. (red.), *De Europese Naamloze vennootschap (SE)* (Serie Recht en Praktijk Ondernemingsrecht, deel 3), Deventer: Kluwer 2012;
- M.C. Schouten, *The Decoupling of Voting en Economic Ownership* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 88), Deventer: Kluwer 2012;