

SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

ONDERNEMINGSRECHT

AAK20198985

**Mr. E.J. Breukink (Van der Heijden Instituut, OO&R,
Radboud Universiteit Nijmegen)**

Regelgeving

Richtlijn gebruik digitale instrumenten en processen in het vennootschapsrecht

Op 11 juli 2019 is in het *Publicatieblad van de EU* verschenen de Richtlijn gebruik digitale instrumenten en processen in het vennootschapsrecht (*PbEU* 2019, L 186/80). Zie voor een bespreking van het richtlijnvoorstel uit 2018 M.A. Verbrugh, 'Voorstel voor een EU-richtlijn met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht', *MvO* 2018, afl. 10-11, p. 286-293. De richtlijn streeft ernaar de oprichting van vennootschappen goedkoper en eenvoudiger te maken, zodat het concurrentievermogen van Europese ondernemingen een impuls krijgt. De kern van de richtlijn is dat de lidstaten erin voorzien dat hun respectieve evenknie van de BV volledig online kan worden opgericht (art. 13 octies van de richtlijn). Wat betreft de oprichting van andere vennootschapsvormen kunnen de lidstaten ervoor kiezen te voorzien in online oprichtingsprocedures. De lidstaten moeten de richtlijn uiterlijk op 1 augustus 2021 hebben geïmplementeerd. Zie over de richtlijn verder K.J. Bakker, 'De EU-Richtlijn online oprichting van vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2019/149.

Wet wijziging handelsregisterwet

In het vorige kwartaal is door de Tweede Kamer aangenomen het wetsvoorstel tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 (Hw), welk wetsvoorstel tevens enkele andere aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen regelt. Zie het vorige *KwartaalSignaal* (nr. 152, AAK20198918) van P.H.M. Broere. Het wetsvoorstel is inmiddels wet (*Stb.* 2019, 280). Het doel van de wet is de rechtszekerheid en de kwaliteit van het handelsverkeer te versterken. De rol van de KvK bij de bestrijding van fraude en malafide praktijken in het handelsverkeer wordt in de wet verankerd door de doelbinding van het handelsregister in artikel 2 sub c Hw uit te breiden. Het handelsregister kan daardoor voortaan (uitdrukkelijk) een bijdrage leveren aan de rechtshandhaving door de overheid. De wet bevat ook een wettelijk kader voor de registratie van zowel strafrechtelijke als civielrechtelijke bestuursverboden (art. 29 Hw), en voegt in de regels omtrent ontbinding door de KvK een nieuwe ontbindingsgrond toe (art. 2:19a lid 1 sub d BW). Zie over het laatste M.Y. Nethe, 'Wijziging administratieve ontbindingsprocedure', *Ondernemingsrecht* 2018/114. Voorts regelt de wet dat in de toekomst van een

rechtspersoon dan wel een onderneming in het handelsregister wordt opgenomen de *Legal Entity Identifier* (LEI) (art. 9 sub f en 12 sub e Hw) en een indicatie van het aantal werknemers dat in dienstbetrekking staat tot de rechtspersoon c.q. de onderneming (art. 16b Hw). Artikel 32 lid 3 en lid 4 Hw bevat een basis voor de verplichting van bestuursorganen om onjuistheden aangaande niet-authentieke gegevens terug te melden aan de KvK.

Consultatie aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure
Ter consultatie is voorgelegd het voorontwerp Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure (www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenenquete). Het voorontwerp heeft een tweeledig doel: het beoogt de geschillenregeling effectiever te maken en de ontvankelijkheidseisen die gelden voor de toegang tot de enquêteprocedure voor aandeelhouders en certificaathouders (kapitaalverschaffers) te verduidelijken.

Ten behoeve van het eerstgenoemde doel verruimt het voorontwerp de gronden waarop de vorderingen van de geschillenregeling kunnen worden toegewezen. Meer specifiek regelt het voorontwerp met betrekking tot uitstoting dat in artikel 2:336 lid 1 en artikel 2:342 lid 1 BW wordt opgenomen dat ook gedragingen van respectievelijk een aandeelhouder en een vruchtgebruiker of pandhouder in andere hoedanigheid door de rechter kunnen worden meegenomen in zijn belangenafweging. Voor wat betreft het toetsingscriterium voor uittreding wordt onder de voorgestelde wetswijziging aangesloten bij de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Vgl. C.D.J. Bulten, 'Herziening van de geschillenregeling: grondige verbouwing of likje verf', *WPNR* 2005, afl. 6605, p. 46. De minister voor Rechtsbescherming neemt met het voorontwerp aldus nadrukkelijk afstand van in de rechtspraak toegepaste zwaardere toetsen (zie bijvoorbeeld rechtbank Zutphen 25 april 2012, *JOR* 2012/179 (*Dijkaas/Ruitenber*) en rechtbank Noord-Holland 8 mei 2013, *JOR* 2013/203, m.nt. C.D.J. Bulten (*Manyana/HRM*)). Voorts wordt in het kader van het streven naar een effectievere geschillenregeling voorgesteld om in artikel 2:343 lid 1 slot BW de 'redelijk bod-regel' op te nemen. Zie over deze regel P.P. de Vries, *Exit rights of minority shareholders in a private limited company* (IVOR nr. 72), Deventer: Kluwer 2010, par. 6.4.2.6. Tot slot is het de bedoeling de geschillenregeling te stroomlijnen met de enquêteprocedure. Het voorontwerp bepaalt daartoe in een nieuw artikel 2:356a BW dat als de OK bij een vennootschap als bedoeld in artikel 2:335 BW onjuist beleid of wanbeleid vaststelt, de aandeelhouders toegang hebben tot een vereenvoudigde geschillenregelingprocedure (zie p. 12-15 van de ontwerp-toelichting).

Het tweede doel van het voorontwerp (verduidelijking ontvankelijkheidseisen kapitaalverschaffers in de enquêteprocedure) wordt nagestreefd door voor kapitaalverschaffers van beursvennootschappen een aparte ontvankelijkheidseis in artikel 2:346 lid 1 BW op te nemen. Met die

aparte ontvankelijkheidseis wordt het hoofd geboden aan kritiek die is geuit op de in 2013 in werking getreden Wet aanpassing enquêterecht (*Stb.* 2012, 274). Een gevolg van die wet bleek te zijn dat bij beursvennootschappen met een hoge beurswaarde, maar een geringe nominale waarde van de aandelen, de toegang tot de enquêteprocedure beperkter is dan de bedoeling van de wetgever destijds was. Zie bijvoorbeeld Q.L.C.M. Bongaerts, 'Ge(mis)plaatst kapitaal', *Ondernemingsrecht* 2016/110, p. 547-554. In de evaluatie van de Wet aanpassing enquêterecht werd dit mogelijke negatieve bijeffect ook gesignaleerd (A.J.F. Lafarre e.a., *Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk* (WODC-rapport 2791), Tilburg University, Department Business Law 2018, p. 133. De consultatie sluit op 22 november 2019.

Rechtspraak

Beginsel van hoor en wederhoor geschonden in enquêteprocedure Xeikon

Op 6 februari 2018 stelt de Ondernemingskamer op verzoek van Recalcico wanbeleid vast bij Xeikon N.V. Het wanbeleid houdt onder meer verband met (i) het maximale bedrag dat Xeikon onder een kredietfaciliteit mocht doorlenen aan haar grootaandeelhouder (de *Upstreaming*), en (ii) de verwerving van een belang in Accentis N.V. De Ondernemingskamer wijst als verantwoordelijken voor het wanbeleid omtrent de *Upstreaming* twee bestuurders (R en S) en één commissaris (P) aan. Drie commissarissen (H, L en O) worden verantwoordelijk gehouden voor het wanbeleid omtrent de verwerving van het belang in Accentis. Zie OK 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, *JOR* 2018/94, m.nt. M.W. Josephus Jitta. Op verzoek van commissaris O verbetert de Ondernemingskamer op 6 april 2018 de beschikking van 6 februari 2018 op grond van artikel 31 Rv. Zie OK 6 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1609. De verbetering bestaat er (onder meer) in dat een inconsistentie tussen r.o. 5.56 en het dictum van de beschikking van 6 februari 2018 wordt opgeheven. Het gevolg is dat bestuurders R en S ook verantwoordelijk worden gehouden voor het wanbeleid omtrent de verwerving van het belang in Accentis.

Onder meer R gaat tegen de beschikking en verbeterbeschikking in cassatie. Nadat is vastgesteld dat noch artikel 426 lid 1 Rv, noch artikel 31 Rv aan de ontvankelijkheid van R in de weg staat, komt de Hoge Raad toe aan de beoordeling van de middelen. De Hoge Raad oordeelt dat de Ondernemingskamer het in artikel 19 Rv neergelegde beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden. R, woonachtig in België, is in de tweede fase van de enquêteprocedure niet overeenkomstig artikel 277 Rv opgeroepen. Daar komt bij dat de stelling dat de *Upstreaming* kwalificeert als wanbeleid door Recalcico pas later in de enquêteprocedure (in haar nadere schriftelijke reactie) te berde is gebracht. De Ondernemingskamer had R op grond van artikel 283 Rv jo artikel 130 lid 3 Rv opnieuw moeten oproepen aangezien de later ingebrachte stelling

kwalificeert als een verandering dan wel vermeerdering van het verzoek, en de Ondernemingskamer er niet van uit kon gaan dat R deze verandering of vermeerdering op andere wijze is medegedeeld. Het beginsel van hoor en wederhoor is verder geschonden doordat artikel 31 lid 1 Rv niet is nageleefd. Het artikel bepaalt dat de rechter niet tot verbetering van een kennelijke fout overgaat dan na partijen in de gelegenheid te hebben gesteld zich daarover uit te laten. R is die gelegenheid niet geboden.

Overigens meent de Hoge Raad dat in casu geen sprake is van een kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent. Er is namelijk debat mogelijk over de vraag bij wie de Ondernemingskamer de verantwoordelijkheid heeft gelegd voor het wanbeleid bij de verwerving van het belang in Accentis. De Ondernemingskamer is volgens de Hoge Raad buiten het toepassingsgebied van artikel 31 Rv getreden. De Hoge Raad vernietigt de beschikking en de verbeterbeschikking voor zover deze betrekking hebben op de oordelen over wanbeleid bij de *Upstreaming* en de verwerving van het Accentis-belang, alsmede de verantwoordelijkheid daarvoor. Zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279 (*Xeikon*).

Positie tijdelijk beheerder van aandelen

In OK 30 april, ECLI:NL:GHAMS:2019:1535, *JOR* 2019/187, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Bloembollenbedrijf Brouwer*) kwalificeert de Ondernemingskamer de overdracht ten titel van beheer in het kader van het enquêterecht als een rechtsfiguur *sui generis*, die, mede in het licht van artikel 1 EP, geen verdergaande gevolgen heeft dan noodzakelijk is voor het daarmee beoogde doel (in dit geval het bevorderen van sanering en herstel van gezonde verhoudingen binnen de vennootschap). Bij een overdracht ten titel van beheer gaan de aandelen waarop de voorziening ziet niet in goederenrechtelijke zin tot het vermogen van de beheerder behoren. Alleen de aan het aandeel verbonden vennootschapsrechtelijke bevoegdheden (zoals het stemrecht en het vergaderrecht) gaan tijdelijk over naar de beheerder. De overige aandeelhoudersrechten (bijvoorbeeld het recht op dividend) blijven bij de aandeelhouder. De Ondernemingskamer komt hiermee terug van haar eerdere opvatting. Deze hield in dat de tijdelijk beheerder van aandelen ter zake van die aandelen bevoegd is alle daaraan verbonden rechten uit te oefenen, waaronder de overdracht ter certificering. Zie OK 8 september 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG9998, *JOR* 2009/127, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*e-Traction*).

Terzijdestelling blokkeringsregeling bij executoriale verkoop aandelen

Artikel 2:195 lid 7 BW geeft de rechter de bevoegdheid om in bepaalde gevallen, waaronder executoriaal beslag, een statutaire blokkeringsregeling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing te verklaren. De rechter wijst het verzoek, zo nodig in afwijking van artikel 474g Rv, slechts toe indien de belangen van de verzoeker dat bepaaldelijk vorderen en de belangen van anderen daardoor niet onevenredig worden geschaad. In gerechtshof Arnhem

Leeuwarden 9 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3169, *JOR* 2019/183, m.nt. T. Hutten (*Barolo c.s./Van Grunsven*) oordeelt het hof dat de onderhavige blokkeringsregeling uiterst bezwaarlijk werkt in het kader van een executoriale verkoop, nu in die blokkeringsregeling onder meer de verplichting is opgenomen dat als er geen bod van een derde ligt, de prijs van de aandelen dient te worden vastgesteld door een of meer deskundigen en dat na het vaststellen van de prijs de medeaandeelhouders altijd het recht hebben om de aanbieder uit te kopen (waarbij meespeelt dat voor dit alles steeds opnieuw termijnen worden geboden). Van Grunsven, de executant, heeft dan ook een groot belang bij het terzijde stellen van de blokkeringsregeling om zo spoedig mogelijk tot verkoop en levering van de verpande aandelen over te kunnen gaan. Barolo c.s. heeft dat onvoldoende weerlegd. Het hof bekrachtigt de bestreden beschikking van de rechtbank. Zie voor een geval waarin de blokkeringsregeling niet buiten toepassing werd verklaard rechtbank Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht (kantonrechter) 16 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5218, *JOR* 2014/5, m.nt. P.H.N. Quist. In de literatuur lijkt men het erover eens te zijn dat de rechter (zeer) terughoudend dient te zijn met het gebruik van de aan hem toekomende bevoegdheid een statutaire blokkeringsregeling buiten toepassing te verklaren. Zie behalve de noot van Hutten ook S. Perrick, 'Over de bevoegdheid van de rechter om de blokkeringsregeling van een B.V. buiten toepassing te verklaren', *Ondernemingsrecht* 2017/32, p. 189-195, G.C. van Daal, 'Executie van beslag op aandelen blijft een moeizame exercitie', *WPNR* 2015, afl. 7056, p. 292 en P.H.N. Quist, 'Onbesloten', *WPNR* 2014, afl. 7031, p. 850.

Literatuur

- Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019* (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 157), Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- C.M. Harmsen, *Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort* (Serie Onderneming en Recht, nr. 115), Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg, W.J.M. van Veen, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.