

SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

ONDERNEMINGSRECHT

AAK20116796

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

PERIODE 1 JULI – 30 SEPTEMBER 2011

Regelgeving

Personenvennootschap

Het doek is definitief gevallen voor het wetsvoorstel tot wijziging van titel 7.13 BW (personenvennootschappen). Op 7 oktober jl. heeft de ministerraad tot intrekking van het voorstel voor de vaststellingswet (*Kamerstuk* 28 746) en de invoeringswet (*Kamerstuk* 31 065) besloten. Volgens minister Opstelten komt de primaire doelstelling van het voorstel, het faciliteren van ondernemers, onvoldoende tot haar recht. Werkgeversorganisatie VNO-NCW en de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie in de Eerste Kamer uitten eerder al bezwaren tegen de nieuwe regels.

De intrekking van beide wetsvoorstellen heeft grote gevolgen voor de praktijk. In de eerste plaats zal er een fundamentele heroriëntering moeten plaatsvinden op het huidige recht inzake de personenvennootschap, neergelegd in het Wetboek van Koophandel en artikel 7a:1657 e.v. BW. Dat klinkt vreemd, maar komt voort uit het feit dat al jaren met een schuin oog naar het – toen nog – toekomstige recht is gekeken, zelfs in de rechtspraak. Het wordt nog vreemder als we ons realiseren dat de huidige regeling in de kern niet veranderd is sinds de opstelling ervan in 1838. Kortom: de intrekking van ‘wetsvoorstel 7.13’ geeft te denken...

Zie voor enkele kritische kanttekeningen inzake de intrekking het commentaar van de Nijmeegse hoogleraren Nieuwe Weme, Van Olffen en Van Solinge in *WPNR* 2011/6899.

Flexibilisering BV-recht

Naast treurnis om de personenvennootschappen is er ook goed nieuws. De Tweede Kamer heeft op 4 oktober 2011 de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (*Kamerstuk* 32 426) met een aantal amendementen aangenomen. De verwachting is dat de Eerste Kamer dit wetsvoorstel spoedig zal aannemen.

De definitieve inwerkingtreding van het nieuwe BV-recht is een stuk dichterbij gekomen. In de Eerste Kamer is al de Vaststellingswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (*Kamerstuk* 31 058) aanhangig. De behandeling hiervan ligt echter al meer dan een jaar stil omdat de minister het gewijzigde wetsvoorstel eind 2009 naar de Eerste Kamer had gestuurd *zonder* een door de Tweede Kamer aangenomen amendement. Dit amendement, bekend onder de naam ‘amendement Tang/Irrgang’, voorzag in een

regeling om bonussen van bestuurders terugvorderbaar te maken (‘claw back’). Maar nu lijkt er sprake van een doorbraak. De huidige minister heeft onlangs voorgesteld om het desbetreffende amendement bij Nota van Wijziging in te voegen in een reeds aanhangig wetsvoorstel inzake de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen (*Kamerstuk* 32 512). De indieners van het amendement trekken in ruil hiervoor het amendement op het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht in.

Aanpassing enquêterecht

Een ander heuglijk feit betreft de indiening van een wetsvoorstel tot aanpassing van het enquêterecht (*Kamerstuk* 32 887). Het Ministerie van Veiligheid en Justitie publiceerde eind 2009 al een consultatiedocument over dit onderwerp. Naar aanleiding hiervan en het advies van de Raad van State zijn enkele wijzigingen aangebracht in het wetsvoorstel. Wij bespreken hieronder de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van het huidige recht.

De toegang tot het enquêterecht wordt op enkele punten herzien voor aandeelhouders van NV's en BV's. Voorgesteld wordt om onderscheid te maken tussen grote en kleine vennootschappen. De grens tussen groot en klein ligt op een geplaatst kapitaal van € 22,5 miljoen. Voor kleine vennootschappen verandert er niets. Voor grote vennootschappen gaat de toegangsdrempel enerzijds omlaag naar 1% van het geplaatste kapitaal (thans 10%). Anderzijds wordt de absolute drempel verhoogd naar belangen met een beurswaarde van € 20 miljoen (thans volstaat een kapitaalbelang met een nominale waarde van € 225.000). Zie voor deze wijzigingen artikel 2:346 sub c-voorstel. Een andere wijziging in de toegang tot het enquêterecht betreft de toevoeging van de rechtspersoon zelf als enquêtegerechtigde (art. 2:346 sub d-voorstel). Het wetsvoorstel bepaalt bovendien dat het verzoek ook namens de rechtspersoon door de raad van commissarissen/niet uitvoerende bestuurders of door de curator kan worden gedaan (art. 2:346 lid 2 en 3-voorstel).

Een andere wijziging van belang betreft de onmiddellijke voorziening (art. 2:349a lid 2 BW). In de eerste plaats wordt de omschrijving van gevallen waarin een onmiddellijke voorziening gerechtvaardigd is in artikel 2:349a lid 2 BW aangepast. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in een regeling voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen nog voordat er een onderzoek is gelast. Met dit laatste wordt de zogenaamde DSM-toets van de Hoge Raad gecodificeerd (zie MvT, p. 32).

Het wetsvoorstel beoogt voorts de zogenaamde onderzoeksfase met meer waarborgen te omkleden. Daarbij is onder meer gekeken naar de rechtspositie van de onderzoeker. Zo is voorgesteld de vennootschap te verplichten de door de onderzoeker(s) in redelijkheid gemaakte kosten van verweer in een aansprakelijkheidsprocedure te vergoeden (art. 2:350 lid 3-voorstel). Daarnaast wordt er een wettelijke norm voor aansprakelijkheid van de onderzoeker(s)

geïntroduceerd (art. 2:351 lid 5-voorstel). Twee belangrijke waarborgen voor belanghebbenden betreffen de verplichte benoeming van een raadsheer-commissaris door de OK. Deze raadsheer-commissaris kan op verzoek van belanghebbenden aanwijzingen geven over de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd (art. 2:351 lid 4-voorstel). Een tweede nieuwe waarborg is de verplichting voor onderzoekers om degenen die in het onderzoeksverslag worden genoemd in de gelegenheid te stellen om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben ('hoor en wederhoor') (art. 2:351 lid 4-voorstel).

Ten slotte bevat het wetsvoorstel een regeling inzake de kosten voor verweer door tijdelijk (door de OK) aangestelde bestuurders, commissarissen of beheerders van aandelen (art. 2:357 lid 6-voorstel).

Reparatiewet bestuur en toezicht

Ten slotte wijzen wij op een voorstel voor een reparatiewet (*Kamerstuk 32 873*) naar aanleiding van het onlangs aangenomen wetsvoorstel bestuur en toezicht (*Kamerstuk 31 763, Stb. 2011, 275*). Onderdeel van het wetsvoorstel bestuur en toezicht is een maximum aantal bestuurstaken en commissariaten (of niet-uitvoerende bestuurstaken) dat een persoon tegelijkertijd mag vervullen bij NV's/BV's en stichtingen. Voor NV's en BV's is dit geregeld in artikel 2:132a/242a BW (bestuursfuncties) en artikel 2:142a/252a BW (commissariaten). Voor stichtingen staat dit in artikel 2:297a en 2:297b BW. Zie over het wetsvoorstel bestuur en toezicht eerder *KwartaalSignaal 120*.

In de genoemde reparatiewet wordt nu verduidelijkt dat alleen grote stichtingen onder de nieuwe regels vallen (art. 2:297a lid 1 en art. 2:297b lid 1-voorstel). Of een stichting 'groot' is, wordt bepaald aan de hand van de activa, netto-omzet en het aantal personeelsleden van de stichting. Deze criteria zijn ontleend aan het jaarrekeningenrecht (zie art. 2:397 BW).

De voorgestelde reparatiewet bevat tevens een wetstechnische voorziening voor het geval de Wet bestuur en toezicht eerder dan de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht in werking zou treden (art. II, III en IV).

Rechtspraak

Moment voldoen kapitaalvereiste enquêterecht

Tot het indienen van een verzoek tot enquête zijn ingevolge artikel 2:346 sub b BW bevoegd één of meer houders van aandelen of certificaten die alleen of gezamenlijk ten minste 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op een bedrag van aandelen of certificaten daarvan tot een nominale waarde van € 225.000. Het wetsvoorstel Aanpassing enquêterecht wijzigd overigens dit vereiste op een aantal punten (zie hierboven). De vraag die in de Emba-zaak aan de orde komt, is op welk moment aan het kapitaalvereiste moet zijn voldaan. Zie HR 8 juli 2011, *NJ 2011, 306, JOR 2011/288 m.nt. De Haan (Emba)*.

Het gaat in deze zaak om een langdurig conflict binnen de familie Hottinguer. De familie heeft een deel van haar vermogen ondergebracht in een groep vennootschappen waarvan Emba BV de houdstermaatschappij is. Rhodia NV houdt 8,75% van de aandelen in Emba, wat correspondeert met een nominale waarde van ongeveer € 313.000. Aandeelhouders van Rhodia zijn Rodolphe Hottinguer (40%), zijn broer Frédéric (30%) en vader Henri (30%). Rodolphe is statutair bestuurder van Rhodia. Zelf houdt Rodolphe nog 0,55% aandelen in Emba, goed voor een nominale waarde van € 19.691.

Eind 2009 dienen Rodolphe en Rhodia samen bij de OK een verzoek in tot het gelasten van een onderzoek naar het beleid en gang van zaken bij Emba. Begin 2010 wordt Rodolphe echter ontslagen als bestuurder van Rhodia. Nog voordat de Ondernemingskamer op het enquêteverzoek beslist, trekken de nieuwe bestuurders het verzoek namens Rhodia in. De Ondernemingskamer verklaart vervolgens Rodolphe, als enige overgebleven verzoeker, niet-ontvankelijk omdat hij op het moment van indienen van het verzoek niet aan het kapitaalvereiste van artikel 2:346 sub b BW voldeed. Rodolphe stelt daarop cassatie bij de HR in.

De vraag die de HR in cassatie moet beantwoorden is wat de gevolgen zijn van de intrekking van het verzoek door Rhodia voor Rodolphe als overblijvende verzoeker. Rodolphe betoogt namelijk dat bij de beoordeling van zijn ontvankelijkheid uitsluitend moet worden gekeken naar de situatie ten tijde van het indienen van het verzoek. Hij verwijst daarbij naar de rechtspraak van de HR. Zie o.a. HR 9 mei 1990, *NJ 1990, 829 (Claybo)* en daarover Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 738.

De HR oordeelt dat de OK Rodolphe terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard. Volgens de HR ziet de rechtspraak waar Rodolphe naar verwijst op de situatie waarin het kapitaalbelang van de verzoeker – na indiening van het verzoek – tot onder de wettelijke grens daalt als gevolg van externe oorzaken. In dat geval dient de verzoeker te worden beschermd en blijft hij ontvankelijk in zijn verzoek (r.o. 3.6.1).

Daarnaast wijst de HR op de ratio van het kapitaalvereiste in artikel 2:346 sub b BW. Omdat het instellen van een enquête voor de vennootschap om diverse redenen bezwarend is, wordt een minimale steun van het verzoek verlangd. Het strookt volgens de HR met deze ratio dat de OK heeft onderzocht of de op het moment van haar beslissing nog overblijvende verzoeker Rodolphe voldeed aan het kapitaalvereiste. De OK kende terecht geen betekenis toe aan de omstandigheid dat het verzoek aanvankelijk mede werd gesteund door Rhodia (ro 3.6.2).

De conclusie is dus dat een verzoeker tot enquête zowel op moment van indiening van zijn verzoek als op het moment dat de OK op het verzoek beslist, moet voldoen aan het kapitaalvereiste van artikel 2:346 sub b BW. Een uitzondering is dat een verzoeker ontvankelijk blijft indien zijn kapitaalbelang na het moment van indiening van het verzoek tot onder de wettelijke grens daalt als gevolg van externe oorzaken. De HR brengt hiermee een nuancering aan op zijn eerdere rechtspraak.

De HR ziet het intrekken van het verzoek door een medeverzoeker kennelijk niet als een externe oorzaak. Wat wordt dan wel verstaan onder externe oorzaken? Mogelijk kan gedacht worden aan het geval waarin het belang van de verzoeker daalt tot onder de kapitaaleis doordat nieuwe aandelen zijn uitgegeven.

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 IVO, deel 84), Deventer: Kluwer 2011;
- L. Timmerman e.a., *Samenwerken in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het IVO, deel 80), Deventer: Kluwer 2011;
- P. Zijp e.a. (red.), *Koersen rondom Christel, Opstellen aangeboden aan prof.mr.dr.s. C.M. Grundmann-van de Krol*, Deventer: Kluwer 2011;