

# Kroniek Vennootschaps- recht

Dit is alweer de vierde Kroniek Vennootschapsrecht waarin steeds de meest in het oog springende jurisprudentie van de Hoge Raad en de belangrijkste ontwikkelingen op het gebied van de wetgeving van het afgelopen jaar worden behandeld. In 2014 wees de Hoge Raad een aantal interessante arresten over bestuurdersaansprakelijkheid; in een van die uitspraken kwam hij terug op het Spaanse villa-arrest. De Hoge Raad kon zich ook uitlaten over de administratieplicht van artikel 2:10 BW. Voorts was er wéér een uitspraak van ons hoogste rechtscollege (Slotervaart) over enquêtebevoegdheid die echter nog steeds géén volledige duidelijkheid over dit vraagstuk geeft. Ten slotte trokken de Cancun-beschikkingen veel aandacht. Al deze rechtspraak van de Hoge Raad wordt hierna besproken. Deze kroniek begint met een kort overzicht van komende wetgeving.



*Bas Visée en Rik Analbers*

**Wetgeving» Bestuurdersaansprakelijkheid: *Tulip Air*» RCI» *Kok*» *Kameleon*»  
Administratieplicht » Enquêtebevoegdheid » Cancun » Slot**

## WETGEVING

Het centraal aandeelhoudersregister, dat ook al werd besproken in de twee laatste kronieken,<sup>2</sup> blijft de gemoederen in de Tweede Kamer bezighouden. Het centraal aandeelhoudersregister is een initiatief van de Tweede Kamerleden Groot en Recourt (beiden PvdA) dat is overgenomen door voormalig minister Opstelten (Veiligheid en Justitie, VVD). Het doel van het register is om aandelenbezit in bv's en niet-beursgenoteerde nv's transparant te maken. Het centraal aandeelhoudersregister zal worden ondergebracht bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel. De aandeelhoudersinformatie is volgens de plannen van oud-minister Opstelten alleen toegankelijk voor een aantal overheidsdiensten (in het bijzonder opsporingsdiensten) en de notaris. Ook de aandeelhouder zal inzage hebben in informatie die over hem is opgenomen. De Tweede Kamerleden Gesthuizen en Merkies (beiden SP) zijn het niet eens met deze beperkte toegankelijkheid en pleiten er in een recente initiatiefnota<sup>3</sup> voor dat alle financiële instellingen en vrijberoepsbeoefenaren die vallen onder de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft), inzage krijgen in het centraal aandeelhoudersregister.

Een andere wetwijziging betreft de wijziging van artikel 2:333k BW. Het wetsvoorstel werd op 3 september 2014 bij de Tweede Kamer ingediend en in snel tempo door het parlement behandeld: de wet stond op 26 februari jl. in het *Staatsblad*.<sup>4</sup> Het gaat dan ook

om een technische wijziging van de overigens zeer ingewikkelde regels voor werknemersmedezeggenschap in geval van grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen. De wijziging was nodig als gevolg van een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie<sup>5</sup> die bepaalde dat Nederland artikel 16 lid 2, onderdeel b, van de Europese Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen<sup>6</sup> had moeten omzetten in nationale wetgeving, wat nu alsnog gebeurt.<sup>7</sup>

Tot slot aandacht voor een (eveneens) in september 2014 bij de Tweede Kamer ingediend voorstel tot wijziging van de Faillissementswet met repercussies voor het vennootschapsrecht: het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod.<sup>8</sup> Met dit wetsvoorstel wordt het mogelijk om (oud-)bestuurders of feitelijk beleidsbepalers, die zich schuldig hebben gemaakt aan faillissementsfraude of wanbestuur in de aanloop naar een faillissement, langs civielrechtelijke

weg een bestuursverbod voor maximaal vijf jaar op te leggen. De vordering kan worden ingediend door de curator of het Openbaar Ministerie. Het onmiddellijke gevolg van een door de rechter opgelegd bestuursverbod is dat de betrokkene gedurende de periode waarvoor het is opgelegd, geen bestuurder of commissaris van Nederlandse rechtspersonen meer kan zijn en ook niet benoemd kan worden. Een benoeming tot bestuurder of commissaris in weerwil van een onherroepelijk opgelegd bestuursverbod is nietig.

## BESTUURDERS- AANSPRAKELIJKHEID

In de vorige kroniek is onder meer stilgestaan bij het zogenoemde Spaanse villa-arrest (HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, *JOR* 2013/40 met noot van Van Andel en Rutten) dat de gemoederen flink bezig heeft gehouden. Kort gezegd hebben wij geconcludeerd dat met name het arrest van het hof zuiverheid (was er nou wel of geen sprake van handelen als bestuurder) en consistentie miste. In beide gevallen hadden de feiten ons inziens echter tot aansprakelijkheid van de betrokkene geleid. In een arrest van 5 september 2014 (ECLI:NL:HR:2014:2628, *JOR* 2014/296 met noot van Kroeze) heeft de Hoge Raad nog een keer expliciet stil gestaan bij het Spaanse villa-arrest. De Hoge Raad heeft benadrukt dat het in het Spaanse villa-arrest niet om bestuurdersaansprakelijkheid ging, maar om de directe privéaansprakelijkheid van de natuurlijke persoon die als bemiddelaar had opgetreden. Volgens de Hoge Raad is het in een dergelijke situatie niet uitgesloten dat de gedragingen van de betrokkene in het maatschappelijk verkeer ook kunnen worden aangemerkt als gedragingen van de vennootschap waarvan deze bestuurder is. Als gevolg daarvan kan

genschap in geval van grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen, *Stb.* 2015, 84.

5 Arrest van 20 juni 2013, C-635/11.

6 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU 2005, L 310).

7 De Nederlandse structuurregeling voorziet in het recht van de ondernemingsraad om personen aan te bevelen om als commissaris te worden voorgedragen. Voor een derde van het aantal leden van de raad van commissarissen geldt een versterkt aanbevelingsrecht. Uitgangspunt van de Nederlandse structuurregeling is het territoriale karakter ervan: dit blijkt uit de vrijstelling voor internationale holdingmaatschappijen en het verzwakte regime voor Nederlandse dochtermaatschappijen van buitenlandse moedermaatschappijen die van toepassing zijn indien de werknemers in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn. Uitgaande van het territoriale karakter voorziet de Nederlandse structuurregeling er niet in dat de in buitenlandse vestigingen werkzame werknemers dezelfde medezeggenschapsrechten hebben als werknemers in Nederland; dat is het in artikel 16 lid 2, onderdeel b, van de richtlijn genoemde geval.

8 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod), *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, 2.

2 S.W.A.M. Visée, *Kroniek Vennootschapsrecht* 2012, *Advocatenblad Kroniek* 2013-1, p. 31 en S.W.A.M. Visée en R.J.W. Analbers, *Kroniek Vennootschapsrecht* 2013, *Advocatenblad Kroniek* 2014-1, p. 16.

3 Initiatiefnota van 28 november 2014 van de leden Gesthuizen en Merkies: het centraal aandeelhoudersregister in de strijd tegen witwassen, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 095, 2.

4 Wet van 11 februari 2015 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de wijziging van de regels voor werknemersmedezeg-

luister Hezemans,  
Ik verkoop jouw vliegtuigen,  
jij bent mijn zoon,  
ik heb schulden.  
Eén plus één is twee.  
En nou voetballen!



de vennootschap mede op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk worden gehouden.

### Tulip Air

In het hiervóór bedoelde arrest van 5 september 2014 ging het (uiteindelijk) om een andere kwestie. Van der Meer heeft bij de verkoop van een tweetal vliegtuigen opgetreden als vertegenwoordiger van Hezemans Air Inc. ('Hezemans'). De vliegtuigen zijn verkocht voor een bedrag van 260.000 dollar. Van der Meer heeft vervolgens aan de koper verzocht om een bedrag van 230.000 dollar niet aan Hezemans over te maken maar aan Tulip Air Lease

B.V. ('Tulip Air Lease'), een vennootschap waarvan Van der Meer indirect enig aandeelhouder was en direct bestuurder. Tulip Air Lease heeft van de ontvangen 230.000 dollar een bedrag van 160.000 dollar betaald aan Dynamic Air B.V. ('Dynamic').

Hezemans heeft vervolgens Van der Meer, Tulip Air Lease en Dynamic voor de Rechtbank Rotterdam gedagvaard en (primair)<sup>9</sup> gevorderd dat zij hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling aan Hezemans tot betaling

van 230.000 dollar met rente en kosten. Hezemans heeft daarvoor gesteld dat Van der Meer buiten de door Hezemans verleende volmacht is getreden door het bedrag van 230.000 dollar aan hem over te laten maken in plaats van aan Hezemans zelf. Enkel Van der Meer verschijnt vervolgens in de procedure en stelt dat hij niet aansprakelijk is omdat hij bij de uitvoering van de volmacht niet in privé handelde maar als bestuurder van Tulip Air Lease. De rechtbank volgt Van der Meer in deze stelling en wijst de vorderingen van Hezemans op Van der Meer af. Ook in hoger beroep wordt de vordering van Hezemans op Van der Meer afgewezen omdat volgens het hof niet is vast komen te staan dat Van der Meer in privé handelde. Daarnaast is Van der Meer volgens het hof niet aansprakelijk in zijn hoedanigheid van bestuurder. In de optiek van het hof zou de zogeheten 'Beklamel-norm'<sup>10</sup> niet strekken tot bescherming van de belangen van Hezemans omdat deze op de hoogte was van de financiële positie van de vennootschappen van Van der Meer. Dit oordeel van het hof is onbegrijpelijk en wordt terecht door de Hoge Raad gecasseerd. De Beklamel-norm houdt in dat een bestuurder naast de vennootschap aansprakelijk is voor schade van een schuldeiser van de vennootschap indien deze bestuurder een ernstig verwijt gemaakt kan worden, omdat deze wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat deze schuldeiser die schade zou lijden als gevolg van het handelen van de bestuurder. Aan deze norm is hier voldaan nu Van der Meer wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat Hezemans schade zou lijden op het moment dat Van der Meer de koopprijs voor de vliegtuigen niet aan Hezemans zelf, maar in strijd met de door Hezemans gegeven instructie aan zijn eigen in financiële moeilijkheden verkerende vennootschappen liet beta-

<sup>9</sup> De subsidiaire vordering van Hezemans is voor het in deze kroniek te behandelen vraagstuk niet van belang en zal hier daarom verder buiten beschouwing blijven.

<sup>10</sup> Zie HR 6 oktober 1998, *NJ* 1990, 286, ECLI:NL:HR:1989:AB9521.

len. De bekendheid van Hezemans met deze financiële moeilijkheden is in een dergelijk geval – ook volgens de Hoge Raad – niet relevant.

### RCI

Op 5 september van het afgelopen jaar heeft de Hoge Raad nog een ander arrest gewezen waarin tevens de hier-vóór genoemde Beklamel-norm aan de orde kwam (ECLI:NL:HR:2014:2627, JOR 2014/325 met noot van Kortmann). In dit arrest ging het om de heer Kastrop die samen met zijn echtgenote (middellijk) bestuurder was van een aantal vennootschappen die actief waren als dealers van Renault en Nissan. Ten behoeve van de financiering van deze dealerbedrijven was Kastrop namens de vennootschappen mantelovereenkomsten aangegaan met RCI Financial Services B.V. ('RCI'). In deze mantelovereenkomsten hadden de vennootschappen zich jegens RCI verplicht om een eersterangs pandrecht te vestigen op (onder meer) de auto's die met het krediet van RCI gefinancierd werden. Daarbij hebben de vennootschappen in de mantelovereenkomsten verklaard dat zij tot verpanding van de auto's bevoegd waren, en dat zij niet reeds (bij voorbaat) ten behoeve van een derde een beperkt recht op de auto's gevestigd hadden.

Op het moment dat de mantelovereenkomsten met RCI gesloten werden, werden de vennootschappen echter ook al door ABN AMRO gefinancierd. In het kader van deze financiering hadden de vennootschappen ten behoeve van ABN AMRO bij voorbaat een pandrecht gevestigd op hun huidige en toekomstige voorraden, waaronder door de vennootschappen te verkrijgen auto's. Uiteindelijk komen de vennootschappen in de financiële problemen en zegt ABN AMRO het krediet op. In aanvulling daarop legt ABN AMRO executoriaal pandbeslag op de auto's van de vennootschappen. Hierna heeft ook RCI

het krediet opgezegd en executoriaal pandbeslag gelegd op de door haar gefinancierde auto's. De verpande voertuigen zijn vervolgens openbaar verkocht. Van de opbrengst is het grootste gedeelte aan ABN AMRO uitgekeerd. Niet veel later zijn de vennootschappen failliet verklaard.

RCI, ontstemd over het feit dat gebleken is dat de vennootschappen – in weerwil van hun verplichting daartoe in de mantelovereenkomst – geen eersterangs pandrecht ten behoeve van RCI hebben gevestigd, dagvaardt Kastrop als de bestuurder die de mantelovereenkomsten namens de vennootschappen heeft ondertekend. RCI stelt dat Kastrop onzorgvuldig jegens haar heeft gehandeld door namens de vennootschappen een verplichting tot de vestiging van eersterangs pandrechten aan te gaan terwijl hij wist of behoorde te begrijpen dat de vennootschappen niet (binnen een redelijke termijn) aan die verplichting zouden kunnen voldoen, en geen verhaal zouden bieden voor de voorzienbare schade die RCI dientengevolge zou lijden. Kastrop verweert zich met de stelling dat hij ervan uit mocht gaan dat de door de bank verkregen pandrechten geen betrekking hadden op door derden gefinancierde auto's. Zowel de rechtbank als het hof volgt het verweer van Kastrop en wijst de vorderingen van RCI af. Het hof overweegt weliswaar dat onduidelijkheden in de contractuele relatie met ABN AMRO niet aan RCI als derde kunnen worden tegengeworpen. Echter voor aansprakelijkheid van Kastrop is vereist dat op het moment dat hij namens de vennootschappen de verplichting jegens RCI aanging (op 6 januari 2005) kon voorzien dat RCI als gevolg daarvan schade zou lijden (welke schade pas in mei 2007 was geleden). Het hof concludeert dat RCI geen feiten of omstandigheden heeft gesteld waaruit dit blijkt. Het betreft hier een oordeel van feitelijke aard dat volgens de Hoge

Raad niet onbegrijpelijk is. Het enkele feit dat RCI een tweederangs pandrecht had verkregen in plaats van een eersterangs pandrecht maakt ook volgens de Hoge Raad nog niet dat RCI schade lijdt. Uit het oordeel van de Hoge Raad blijkt dat de criteria die voortvloeien uit de Beklamel-norm strikt worden toegepast. Op het moment dat de bestuurder van de vennootschap de gewraakte handeling verricht, moet (redelijkerwijs) voorzienbaar zijn dat de desbetreffende schuldeiser schade zal lijden. Het is aan die schuldeiser om dit te stellen en (bij gemotiveerde betwisting) te bewijzen. Doet de schuldeiser het niet dan zal zijn vordering doorgaans – net als bij RCI – afgewezen worden.

### Kok

De hiervóór besproken Beklamel-norm is een van de twee normen die toepasselijk is op bestuurders van een vennootschap die aan de orde komen in het bekende arrest-Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659). De tweede norm die voortvloeit uit dit arrest is dat een bestuurder aansprakelijk kan zijn jegens een schuldeiser – en hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt – indien de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen niet na zou kunnen komen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

Deze tweede Ontvanger/Roelofsen-norm was aan de orde in een arrest van de Hoge Raad van 23 mei 2014 (ECLI:NL:HR:2014:1204; JOR 2014/229 met noot van Van Bekkum). Kok is enig bestuurder van Kok Beheer Ridderkerk ('Beheer'). Beheer was op haar beurt enig bestuurder van Kok Bouwbedrijf B.V. ('Bouwbedrijf'). Kok heeft als

indirect bestuurder van Bouwbedrijf bewerkstelligd dat Bouwbedrijf in de periode van 5 januari 2004 tot 24 februari 2004 ongeveer 190.000 euro aan Beheer heeft betaald. Bouwbedrijf is op 16 maart 2004 failliet verklaard. De curator van Bouwbedrijf vordert een verklaring voor recht dat Kok onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren van Bouwbedrijf en vergoeding aan de boedel van de onttrokken bedragen. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van de curator toegewezen, met dien verstande dat Kok volgens het hof een bedrag van ruim 175.000 euro aan de boedel dient te vergoeden.

Het hof heeft het handelen van Kok beoordeeld aan de hand van de gewone criteria die gelden voor een onrechtmatige daad, maar heeft daarbij niet expliciet verwezen naar het Ontvanger/Roelofsen-arrest, noch gesteld dat Kok als indirect bestuurder van Bouwbedrijf een ernstig verwijt gemaakt kan worden. Voor aansprakelijkheid van een bestuurder in zijn hoedanigheid op basis van onrechtmatige daad is dat laatste echter wel vereist.<sup>11</sup> De Hoge Raad corrigeert het hof hier op een subtiel wijze door niet expliciet in te gaan op deze omissie, maar aan te geven dat de casus zo veel gelijkenissen vertoont met (de tweede norm uit) het arrest-Ontvanger/Roelofsen dat daarbij aansluiting zal moeten worden gezocht voor de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag. Volgens de Hoge Raad ligt in het oordeel van het hof wel besloten dat aan de criteria voor toepassing van deze norm is voldaan en de Hoge Raad laat derhalve het arrest van het hof in stand.

<sup>11</sup> Zie naast het arrest-Ontvanger/Roelofsen: HR 20 juni 2008, JOR 2008/260 met noot Borrius (Willemssen/NOM), ECLI:NL:HR:2008:BC4959.



### Kameleon

Een vergelijkbare kwestie was aan de orde in een arrest van de Hoge Raad van 10 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:2930, JOR 2014/297). Voor zover voor deze bijdrage van belang betrof het in deze zaak een echtpaar in financiële moeilijkheden dat voorafgaand aan hun faillissement een aantal onroerende zaken aan derden had verkocht. De curator merkt deze transacties vervolgens (terecht) aan als paulianeus en vordert schadevergoeding van de derden die bij deze transacties betrokken waren. Een van de kopers van het onroerend goed was Kameleon Beheer IV B.V. ('Kameleon'), een vennootschap die bestuurd werd door Pommé. De vorderingen van de curator tegen Kameleon en Pommé worden door de rechtbank afgewezen maar het hof veroordeelt Kameleon en Pommé hoofdelijk tot vergoeding van de schade die het gevolg is van de paulianeuze transactie. Volgens het hof was

Kameleon weliswaar de wederpartij bij die transactie, maar valt Pommé deze onrechtmatige daad ook persoonlijk te verwijten omdat hij de enig bestuurder van Kameleon was die namens Kameleon het onrechtmatig handelen heeft gepleegd. In cassatie klaagt Pommé over het feit dat het hof niet heeft vastgesteld of hem bij zijn taakvervulling als bestuurder van Kameleon persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt kan worden. Deze klacht kan Pommé echter niet baten. De Hoge Raad erkent dat het hof ten onrechte niet heeft vastgesteld of sprake is van een zodanig ernstig verwijt. Echter, de door het hof vastgestelde feiten – waaruit blijkt dat Kameleon doelbewust heeft samenspannen om activa aan het zicht van crediteuren te onttrekken – laten volgens de Hoge Raad geen andere conclusie toe dan dat Pommé wel een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de door Kameleon gepleegde onrechtmatige daad.

## ADMINISTRATIEPLICHT

In de vorige kroniek is stilgestaan bij een tweetal arresten over de gevolgen voor het bestuur van de overschrijding van de publicatieplicht van artikel 2:394 lid 3 BW. Tezamen met een schending van de administratieplicht van artikel 2:10 BW kan deze leiden tot aansprakelijkheid van het bestuur en staan de curator daartoe in geval van faillissement op basis van artikel 2:248 (sterke) bewijsvermoedens ter beschikking. Het afgelopen jaar heeft de Hoge Raad zich (opnieuw) uitgelaten over de vraag wanneer sprake is van een schending van de administratieplicht Hoge Raad 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932, JOR 2014/327 met noot van Harmsen). Artikel 2:10 BW bepaalt kort gezegd dat het bestuur verplicht is een zodanig administratie te voeren dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. In de literatuur is hierover weleens gesteld dat de Hoge Raad deze administratieplicht in het arrest-Brens q.q./Sarper (Hoge Raad 11 juni 1993, ECLI:NL:HR1993:ZC0994, NJ 1993/713 met noot van Maeijer) restrictief heeft uitgelegd en dat het voldoende zou zijn dat 'er een administratie wordt gevoerd die zodanig is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat die posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie'.<sup>12</sup>

De curator van FSM Europe B.V. ('FSM') stelde in het onderhavige geval dat het bestuur van FSM de administratieplicht geschonden had. Diens vorderingen worden echter door zowel de rechtbank als het hof afgewezen. Daarbij verwijst het hof ook expliciet naar het eerdergenoemde arrest-Brens

q.q./Sarper. Het hof stelt dat daaruit inderdaad zou voortvloeien dat aan de administratieplicht is voldaan als de boekhouding van een zodanig niveau is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie.<sup>13</sup>

De curator stelt cassatieberoep in tegen het arrest van het hof en voert (onder meer) aan dat het hof een te beperkte uitleg van de verplichting van artikel 2:10 BW geeft. De Hoge Raad is het niet met de curator eens: 'Volgens artikel 2:10 lid 1 BW is het bestuur verplicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. In het arrest-Brens q.q./Sarper heeft de Hoge Raad niet een hiervan afwijkende maatstaf geformuleerd, maar slechts geoordeeld dat hetgeen de feitenrechter in die zaak omtrent de betekenis van de (deels gelijklopende) voorganger van het artikel had overwogen (artikel 2:14 (oud) BW), geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.'

Volgens de Hoge Raad betekent de verwijzing van het hof naar het arrest-Brens q.q./Sarper niet dat het hof de stellingen van de curator heeft beoordeeld aan de hand van een andere maatstaf dan die van artikel 2:10 lid 1 BW. Het hof heeft volgens de Hoge Raad evenmin miskend dat voor het antwoord op de vraag of de boekhou-

ding voldoet aan de daaraan te stellen eisen, ook andere elementen daarvan van belang kunnen zijn dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten. Daarom is het cassatieberoep op dit punt niet succesvol.

Er is hier wat ons betreft wel sprake van een heel welwillende lezing van het arrest van het hof door de Hoge Raad. Het hof stelt expliciet dat uit het arrest-Brens q.q./Sarper volgt dat aan de administratieplicht is voldaan indien de boekhouding van een zodanig niveau is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie. Dit is echter volgens de Hoge Raad niet wat er door het hof bedoeld zou zijn. Wat daar ook van zij, het arrest van de Hoge Raad maakt duidelijk dat in de literatuur eerder ten onrechte is geconcludeerd dat uit het arrest-Brens q.q./Sarper een restrictieve lezing van de administratieplicht volgt en dat bij beantwoording van de vraag of aan de administratieplicht is voldaan, alle elementen van artikel 2:10 BW betrokken zullen moeten worden.

## ENQUÊTEBEVOEGDHEID

In de bespreking van de Chinese Workers-beschikking (Hoge Raad 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:BY7833, NJ 2013/304 met noot van Van Schilfgaarde, JOR 2013/166 met noot van Doorman) in de kroniek van vorig jaar concludeerden wij dat het vraagstuk van de ontvankelijkheid van enquêteverzoeken van economisch gerechtigden tot aandelen in Nederlandse vennootschappen nog steeds niet was uitgekristalliseerd. Al enkele maanden na deze beschikking van de Hoge Raad moest de Ondernemingskamer opnieuw oordelen over deze kwestie in de machtsstrijd om Slo-

<sup>12</sup> Zie onder meer de noot van Van Thiel onder het arrest van het hof, JOR 2013/169, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8546.

<sup>13</sup> Rechtsverweging 4.9.1. van het arrest van het hof.

tervaart Ziekenhuis B.V. ('Slotervaart') tussen de erven van Jan Schram en de familie Erbudak. Slotervaart hing in een kerstboom van vennootschappen. Een van de kinderen Erbudak hield een direct belang van  $16\frac{2}{3}$  procent in Meromi Holding B.V. ('Meromi'). De twee andere kinderen Erbudak hielden via Jeemer B.V. ('Jeemer') een indirect belang in Meromi. Op haar beurt was Meromi enig aandeelhouder in Slotervaart. De kinderen Erbudak verzochten de Ondernemingskamer om een enquête naar het beleid en de gang van zaken van Slotervaart. Zij stelden daartoe bevoegd te zijn als indirect aandeelhouder en economisch gerechtigde tot Slotervaart. Daarnaast voerden zij aan dat Jeemer, Meromi en Slotervaart een economische eenheid vormden, waardoor Slotervaart onderwerp kon zijn van een concernenquête. De Ondernemingskamer oordeelde dat de kinderen Erbudak hun stellingen onvoldoende hadden toegelicht en verklaarde hun verzoeken niet-ontvankelijk (Ondernemingskamer 4 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1951, ARO 2013/120).

In cassatie komt de concernenquête niet meer aan de orde.<sup>14</sup> In het cassatiemiddel wordt betoogd dat een indirect kapitaalverschaffer van een vennootschap zonder meer gelijkgesteld kan worden met een aandeelhouder of certificaathouder van die vennootschap, ongeacht de realiteit van de tussenliggende entiteit(en). Daarbij wordt uitdrukkelijk verwezen naar de Chinese Workers-beschikking. Volgens A-G Timmerman en de Hoge Raad gaat het cassatiemiddel uit van een verkeerde lezing van deze beschikking. Daarin is namelijk niet de rechtsregel aanvaard dat de positie van een verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen

economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, voor de enquêtebevoegdheid zonder meer gelijk kan worden gesteld met die van een aandeelhouder of certificaathouder. Een dergelijke gelijkstelling is volgens de Hoge Raad slechts mogelijk indien en voor zover op grond van de feiten en omstandigheden van het geval kan worden geoordeeld dat het eigen economisch belang van de verschaffer van risicodragend kapitaal, van dien aard is dat het op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of een certificaathouder. De Ondernemingskamer moet volgens de Hoge Raad derhalve alle relevante feiten en omstandigheden betrekken in haar oordeelsvorming ten aanzien van die mogelijke gelijkstelling. De Hoge Raad wijst uitdrukkelijk op door de Ondernemingskamer van belang geachte omstandigheden, namelijk dat Meromi niet slechts aandelen houdt in Slotervaart, maar ook in andere vennootschappen en dat Jeemer niet alleen aandelen houdt in Meromi maar ook in andere vennootschappen. Dat betekent dat aandeelhouders in Meromi en Jeemer niet slechts risicodragend kapitaal ter beschikking hebben gesteld aan Slotervaart, maar aan een grotere groep van vennootschappen. Dit is een belangrijk verschil met de feitelijke situatie in de Chinese Workers-casus waar de tussenliggende Chinese vennootschap eenvoudig kon worden 'weggedacht'. Hoewel de uitspraak van de Hoge Raad in het licht van de omstandigheden van het geval goed is te begrijpen, blijft het jammer dat de Hoge Raad niet duidelijker heeft aangegeven welke criteria de gelijkstelling van het belang van een indirecte aandeelhouder aan dat van een directe aandeelhouder kunnen rechtvaardigen.

In cassatie werd ook nog aangevoerd dat de kinderen Erbudak op het tijdstip dat zij destijds hun verzoek bij

de Ondernemingskamer aanhangig maakten, al hun (indirecte) belangen bijeengenomen, een kleiner belang in Slotervaart hielden dan de kapitaalaiseis van artikel 2:346 lid 1 BW en dat zij ook om die reden niet bevoegd waren tot het indienen van een enquêteverzoek met betrekking tot Slotervaart. De Hoge Raad verwierp deze stellingen en overwoog dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat een aandeelhouder die als gevolg van een uitgifte niet langer voldoet aan de kapitaalaiseis, bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek, mits dat verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar die uitgifte en de verzoeker stelt dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij die uitgifte. Daarbij overwoog de Hoge Raad: 'Het enquêterecht strekt immers mede ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid.' De Hoge Raad heeft nooit eerder bescherming van minderheidsaandeelhouders zo expliciet als een van de doeleinden van het enquêterecht genoemd.

De Ondernemingskamer beval wel een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Jeemer en Meromi (Ondernemingskamer 18 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3386, ARO 2013/160). Daarbij mocht het beleid van Jeemer als aandeelhouder van Meromi en het beleid van Meromi als aandeelhouder in Slotervaart uitdrukkelijk worden onderzocht.<sup>15</sup> Uiteindelijk verscheen een enquêterapport waarin harde kritiek wordt geuit op de meeste betrokken partijen en waarover de Ondernemingskamer zich nog wel zal uitspreken. De machtsstrijd om Slotervaart heeft niet alleen geleid tot een enquêteprocedure maar ook tot

<sup>14</sup> HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296 met noot van Van Schilfegaarde, *JOR* 2014/259 met noot van Olden, ECLI:NL:HR:2014:905, ECLI:NL:PHR:2014:94.

<sup>15</sup> Ondernemingskamer 4 juli 2013, t.a.p., r.ov. 3.5.

een beslag op aandelen in het kapitaal van Slotervaart, een succesvol kort geding tot opheffing van dit beslag, een strafrechtelijk onderzoek en een tuchtrechtelijke procedure waarin de notaris, die de akte van uitgifte van nieuwe aandelen in Slotervaart passeerde, een waarschuwing heeft gekregen. Al deze ontwikkelingen gaan het bereik van deze kroniek te buiten.<sup>16</sup>

## CANCUN

Een van de meest opvallende zaken van het afgelopen jaar was het geschil tussen de aandeelhouders van Cancun Holding II B.V. (de 'Vennootschap'). Haar Mexicaanse dochtervennootschap Efesyde wilde een hotel in de badplaats Cancun exploiteren. De boekingen liepen om fiscale redenen via een Curaçaose dochter van de Vennootschap: Vesta. Oorspronkelijk was de Vennootschap een 50/50 joint venture: de helft van de aandelen werd gehouden door Cancun Holding I B.V. ('Holding I') (gecontroleerd door een Mexicaanse familie); de andere helft was in handen van Inversiones S.L. (waarachter een Spaanse familie zit). Uitdrukkelijk werd overeengekomen dat voor de Vennootschap belangrijke beslissingen door de twee aandeelhouders unaniem moesten worden genomen.

In verband met een aanvraag voor een aanvullende financiering kwamen Inversiones en Holding I overeen dat Efesyde (tijdelijk) aandelen zou uitgeven aan Inversiones die laatstgenoemde zou volstorten door verrekening met een vordering die zij had op Efesyde. De aandelen werden uitgegeven tegen de nominale, niet de werkelijke waarde. Door deze zo genoemde eerste verwatering verkreeg Inversiones een 78%-belang in Efesyde. Vervolgens

breidde Inversiones, buiten medeweten van Holding I, haar belang in de Vennootschap uit en wel tot 53,5 procent, door overname van 7 procent van de aandelen van Invernostra dat deze aandelen eerder had verkregen door gebruik te maken van een conversierecht in een converteerbare lening aan de Vennootschap. Voorts heeft de Vennootschap het bestuur van Vesta op verzoek van Inversiones ontslagen in de wetenschap dat Inversiones daarmee wilde bereiken dat de boekingsgelden van het hotel niet langer via Vesta maar rechtstreeks naar Efesyde zouden stromen. Het bestuur heeft er bewust voor gekozen Holding I niet over het voorgenomen ontslag en de omleiding van de boekingsgelden te informeren. Ten slotte is, buiten medeweten van Holding I en de door haar bij de Vennootschap benoemde bestuurder om, een aandeelhoudersvergadering van Efesyde uitgeroepen waarop is besloten tot een tweede uitgifte van aandelen aan Inversiones. Na deze uitgifte, de zo genoemde tweede verwatering, hield Inversiones 99,8 procent van de Efesyde-aandelen.

Op verzoek van Holding I wordt deze onverklikkelijke gang van zaken beoordeeld door de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure. De Ondernemingskamer heeft geconcludeerd dat er sprake is geweest van wanbeleid, waarvoor hij Inversiones, Invernostra en de bestuurders van de Vennootschap verantwoordelijk houdt, en heeft een aantal voorzieningen getroffen (OK 19 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5611, JOR 2013/7, met noot van Josephus Jitta). Tegen de beschikking van de Ondernemingskamer tekenen alle vier de betrokkenen cassatieberoep aan. A-G Timmerman behandelt de zaken samen en concludeert tot verwerping van alle cassatieberoepen. De vier beschikkingen van de Hoge Raad van 4 april 2014

zijn voor een belangrijk deel gelijklopend.<sup>17</sup>

De Hoge Raad begint zijn beschikkingen met de navolgende, veel geciteerde overwegingen: 'Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. thans artikel 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. In geval van een joint venture-vennootschap wordt het belang van de vennootschap voorts bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking. De aard en inhoud van het samenwerkingsverband in een joint venture-vennootschap waarin de aandeelhouders een gelijkwaardig aandeel hebben, kunnen meebrengen dat (ook) het vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders; dit kan betekenen dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders niet verder mogen veranderen dan in het licht van de omstandigheden geboden is.'

<sup>17</sup> In NJ 2014/286 is de beschikking in de zaak van Roovers (een van de bestuurders van de Vennootschap) gepubliceerd (12/04910, ECLI:NL:HR:2014:797) met een noot van Van Schilfgaarde. In JOR 2014/290 is de beschikking in het cassatieberoep van Invernostra gepubliceerd (12/04969, ECLI:NL:HR:2014:799) met een noot van De Haan. Zowel in de NJ als in de JOR is de conclusie van A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2013:1826) na te lezen. In zijn bespreking in *Ondernemingsrecht* 2014/101 neemt A.F.J.A. Leijten de beschikking op het beroep van Equity Trust (12/04946, ECLI:NL:HR:2014:804) tot uitgangspunt. De vierde beschikking (12/04915) is als volgt te vinden: ECLI:NL:HR:2014:808.

<sup>16</sup> Zie hierover: A.G.H. Klaassen, *De strijd om het Slotervaartziekenhuis*, *Ondernemingsrecht* 2015/114.



De in de derde geciteerde zin gebruikte bewoordingen zijn nieuw maar niet schokkend. De vierde zin waarin de Hoge Raad 'vennootschapsrechtelijke werking' toekent aan een aandeelhoudersovereenkomst is wel opmerkelijk. Dit is ons inziens de eerste maal dat de Hoge Raad zich in zo positieve zin uitlaat over de 'doorwerking' van buitenstatutaire afspraken tussen aandeelhouders in de vennootschappelijke rechtsorde.<sup>18</sup> De laatste hiervóór geciteerde zin is algemeen geformuleerd maar sterk gekleurd door de specifieke omstandigheden van deze zaak. Algemene regels kunnen hieruit niet worden gedestilleerd (wat ook al blijkt uit het gebruik van de woorden 'kunnen' en 'kan').

Na deze uiteenzetting over het vennootschapsbelang oordeelt de Hoge Raad met verwijzing naar eerdere beslissingen: 'Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in artikel 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken.'

De gehoudenheid van elke bestuurder om zich te richten naar het vennootschapsbelang en de op artikel 2:8 BW gebaseerde zorgplicht gelden volgens de Hoge Raad, ongeacht of een bestuurder is benoemd door of op voordracht van de vergadering van aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding. Dat is naar het oordeel van de Hoge Raad niet anders als de aandeelhouders nauw betrokken zijn bij de joint venture-vennootschap, als de statuten bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap of als de aandeelhouders op grond van de machtsverhoudingen binnen de ven-



nootschap feitelijke instructiemacht hebben.

De Ondernemingskamer verweet de bestuurders onder meer dat zij verzuimd hadden Holding I op de hoogte te stellen van de voorgenomen aandelenoverdracht door Invernostra aan Inversiones. De Hoge Raad verwerpt de tegen dit oordeel van de Ondernemingskamer gerichte cassatieklachten

en overweegt dat bij gebreke van een wettelijke of statutaire informatieplicht, het bestuur van een vennootschap in beginsel niet gehouden is de aandeelhouders te informeren over een door een aandeelhouder beoogde aandelenoverdracht. Dat laat evenwel onverlet dat bestuurders zich dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden

<sup>18</sup> Vergelijk Van Schilfgaarde in zijn in de vorige noot aangehaalde annotatie onder 5 ad (2).

onderneming en dat zij zorgvuldigheid dienen te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. De Ondernemingskamer heeft volgens de Hoge Raad terecht geoordeeld dat het belang van de Vennootschap en de verplichting om zorgvuldigheid te betrachten jegens Holding I, in het onderhavige geval meebrachten dat het bestuur gehouden was om Holding I te informeren over de beoogde aandelenoverdracht en om te trachten om de 50/50-verhouding tussen Holding I en Inversiones te (doen) herstellen.

In de beschikkingen van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad blijft de rol van de aandeelhouders sterk onderbelicht, terwijl het wanbeleid duidelijk veroorzaakt lijkt te zijn door Inversiones dat op slinkse wijze de

macht in de Vennootschap naar zich toe heeft getrokken. Daarom is het onbevredigend dat in de beschikkingen vrijwel alle aandacht uitgaat naar het handelen van de bestuurders dat vervolgens streng beoordeeld wordt aan de hand van de norm van het vennootschapsbelang.

## SLOT

In de vorige kroniek schreven wij al dat er een voorstel bestaat om te voorzien in een wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel bij coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.<sup>19</sup> Verder is voorgesteld om allerlei bepalingen uit de regeling van de bv en nv 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.<sup>20</sup> Beide voorstellen zijn vervat in ambtelijke voorontwerpen van wet waarover internetconsultaties zijn gehouden. Volgens de laatste geruchten is het de bedoeling om de twee voorstellen te combineren: ook de regeling van het monistisch bestuursmodel voor de bv en nv zou dan worden overgebracht naar titel 1 van Boek 2 BW zodat zij zou gaan gelden voor alle rechtsvormen. Het is te hopen dat deze geruchten op waarheid berusten en dat een zoals hiervoor bedoeld, gecombineerd wetsvoorstel spoedig zal worden ingediend bij de Tweede Kamer. Daarover dan meer in de kroniek van volgend jaar. <<

<sup>19</sup> 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://www.internetconsultatie.nl/monistisch\\_bestuursmodel\\_cooperatie\\_ouderlinge\\_waarborgmaatschappij](http://www.internetconsultatie.nl/monistisch_bestuursmodel_cooperatie_ouderlinge_waarborgmaatschappij).

<sup>20</sup> Voorontwerp van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen zoals gepubliceerd op 6 februari 2014 en te raadplegen via <http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>.