

<Rechtspraak>

<Rubriek: Vennootschapsrecht>

<Ondernemingsrecht 2013/117>

26 november 2013

Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 6 september 2013, nr. 200.131.526/01 OK
(*Cryo-Save Group/Salveo Holding*)

m.nt. R. Abma

Rechtskarakter responstijd

<wetingang>(Art. 2:8, 2:110, 2:114a BW en best practice bepalingen II.1.9 en IV.4.4 uit de Nederlandse corporate governance code)

<procespartijblok> *Cryo-Save Group/Salveo Holding*

Feiten

Cryo-Save Group N.V. (hierna: Cryo-Save), een vennootschap die zich bezig houdt met de opslag van stamcellen uit navelstrengbloed en navelstrengweefsel voor therapeutische behandeling van ziektes, kreeg op 7 mei 2013 een nieuwe grootaandeelhouder. Op die dag verkochten medeoprichters Johan Goossens (destijds ook nog bestuursvoorzitter¹) en Marc Waeterschoot een groot deel van hun aandelen Cryo-Save aan Salveo Holding S.A. (hierna: Salveo), die hiermee in één klap een

¹ Cryo-Save kent de monistische bestuursstructuur.

27,4%-aandelenbelang verwierf in de sinds 2009 aan de gereguleerde markt van Euronext Amsterdam N.V. genoteerde vennootschap. Salveo, de persoonlijke houdstervennootschap van Frédéric Amar, hield op dat moment ongeveer 75% van de aandelen in Salveo Biotechnology S.A., een concurrent van Cryo-Save.

Een week na de verwerving van het aandelenbelang door Salveo heeft Amar het eerste gesprek met het bestuur. Daarin geeft hij te kennen de leiding te willen nemen over het uitvoerende bestuur, met andere woorden: *Chief Executive Officer* (CEO) van Cryo-Save te willen worden. Op 23 mei 2013 vond vervolgens een overleg plaats over een aantal mogelijke scenario's voor de relatie tussen Salveo en Cryo-Save. Een dag later vraagt Salveo Cryo-Save om een buitengewone aandeelhoudersvergadering (BAVA) bijeen te roepen teneinde daarin te kunnen besluiten over het ontslag van de zittende CEO en van een zittende niet-uitvoerende bestuurder en over de benoeming van de nieuwe CEO en een nieuwe niet-uitvoerende bestuurder. Op 30 mei 2013 geeft de zittende CEO van Cryo-Save te kennen per 1 juni te willen aftreden.

Een aantal dagen later roept Cryo-Save de responstijd van maximaal 180 dagen in tegen Salveo. De Nederlandse corporate governance code, specifiek best practice bepaling IV.4.4 jo. II.1.9, gunt een bestuur van een beursvennootschap een responstijd wanneer een aandeelhouder voornemens is een onderwerp voor een AVA te agenderen dat kan leiden tot een wijziging van de strategie van de vennootschap. De onderwerpen die Salveo voor agendering voorstelt worden door Cryo-Save als 'strategisch' aangemerkt, temeer daar Salveo separaat had voorgesteld om de kern van de ondernemingsactiviteiten van Salveo door Cryo-Save te laten overnemen. De BAVA wordt, door de oproeping van de responstijd, daarom pas uitgeschreven voor uiterlijk 20 november 2013. Het bestuur van Cryo-Save geeft daarbij, conform de Nederlandse corporate governance code, aan de responstijd te willen gebruiken voor nader beraad en constructief overleg met Salveo over de voorgestelde agendapunten. Op 13 juni en 10 juli 2013 vindt overleg plaats over een mogelijk compromis, maar dit levert uiteindelijk geen resultaten op. Compromisvoorstellen van de kant van Cryo-Save worden door Salveo afgewezen. Salveo wil dat de aandeelhouders van Cryo-Save zo

snel mogelijk een nieuwe CEO benoemen, terwijl Cryo-Save erop wijst dat zij de zoektocht op een professionele en weloverwogen wijze wil uitvoeren. Totdat de zoektocht is afgerond, is de CEO-functie belegd bij mevrouw Evi Mattil, die al Chief Commercial Officer is van Cryo-Save. Op 26 juli 2013 doorbreekt Salveo de ingeroepen responstijd en roept zelf, mogelijk gemaakt door de statuten van Cryo-Save, een BAVA bijeen. Deze BAVA moet op 9 september 2013 worden gehouden. De eerder genoemde onderwerpen staan daarbij op de agenda. De toelichting op de agenda vermeldt in een voetnoot onder andere dat Amar vanaf de datum van de BAVA geen bestuurszetel bij Salveo of haar dochtervennootschappen zal hebben.

Op dezelfde dag maakt Cryo-Save bekend juridische stappen tegen Salveo te zullen nemen. Op 9 augustus 2013 verzoekt Cryo-Save de OK een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van Cryo-Save over de periode vanaf 7 mei 2013. Cryo-Save verzoekt de OK tevens om bij wijze van onmiddellijke voorziening – primair – de door Salveo bijeengeroepen BAVA te verdagen tot na het verstrijken van de responstijd.

Beslissing

De OK heeft in deze beschikking alleen uitspraak gedaan over het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. De OK wijst het verzoek van Cryo-Save toe om de BAVA te verdagen. De OK acht het gerechtvaardigd dat Cryo-Save de responstijd heeft ingeroepen. De OK acht het niet onaannemelijk dat Amar, mede door middel van de vervulling van de functie van uitvoerend bestuurder/CEO, uiteindelijk beoogt te komen tot controle binnen het bestuur van Cryo-Save en dat het voor de hand ligt dat hij dan naar een zekere strategiewijziging zal streven. Dit betreft volgens de OK met name de mogelijke wens van Amar tot een acquisitie door Cryo-Save van Salveo's stamcelactiviteiten. Een dergelijke acquisitie valt volgens de OK in elk geval voor het jaar 2013 niet binnen de strategie van Cryo-Save. De OK rekent het Salveo ook aan dat zij Cryo-Save niet voldoende concrete antwoorden heeft gegeven op de vragen naar haar intenties en ook op andere punten heeft verzuimd openheid van zaken te verschaffen. De OK stelt verder dat de toepassing van best practice bepalingen II.1.9

en IV.4.4 van de Nederlandse corporate governance code niet in strijd is met de bepalingen van Boek 2 BW omtrent de uitoefening van het vergader- en agenderingsrecht, of met de statuten van Cryo-Save. De OK overweegt in rov. 3.9 daartoe:

“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 de 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. Het invoeren van de responstijd strekt er in dit verband toe het bestuur een zekere tijd te gunnen om zich te bezinnen op de voornemens van de desbetreffende aandeelhouder en te bezien hoe die voornemens zich verhouden tot mogelijke alternatieven”.

De OK overweegt verder dat Salveo ingevolge best practice bepaling IV.4.4 van de Nederlandse corporate governance code de door het bestuur van Cryo-Save ingeroepen responstijd in beginsel moet respecteren. Dit wordt volgens de OK niet anders doordat de bepalingen van de Nederlandse corporate governance code en de naleving daarvan niet gelden voor (de governance van) Salveo zelf. De OK meent dat de responstijd alleen kan worden doorbroken of doorkruist indien daarvoor voldoende zwaarwichtige redenen zijn. Deze redenen zijn naar het oordeel van de OK niet door Salveo aannemelijk gemaakt. Integendeel, de OK acht het niet uitgesloten dat partijen in de responstijd het overleg op constructieve wijze kunnen voortzetten en alsnog een gezamenlijk standpunt of een aanvaardbaar compromis kunnen bereiken.

Commentaar

1. De uitspraak is in lijn met uitspraken in eerdere geschillen tussen (een) grootaandeelhouder(s) en een beursvennootschap, zoals Rodamco North America/Westfield², Stork³ en ASMI/Hermes⁴. Linksom of rechtsom bepaalt de rechter dat grootaandeelhouder en doelvennootschap terug naar de onderhandelingstafel moeten om tot een voor alle partijen aanvaardbaar compromis te komen. De rechter handhaaft ook in het onderhavig geval de status-quo om de partijen de gelegenheid te geven een oplossing voor het conflict te vinden. Die oplossing is uiteindelijk ook gevonden (zie punt 12), waarmee het doel relatief snel en efficiënt is bereikt. Toch is de uitspraak in twee opzichten interessant en belangwekkend. Het is de eerste keer dat de OK sinds de inwerkingtreding van het gewijzigde enquêterecht (1 januari 2013) uitspraak doet in een enquêteprocedure die een beursvennootschap op de voet van art. 2:346 lid 1 onderdeel d BW is gestart tegen een individuele aandeelhouder. Ten tweede laat de OK zich voor het eerst uit over de juridische status van de responstijd van maximaal 180 dagen in de zin van best practice bepaling II.1.9 jo. IV.4.4 van de Nederlandse corporate governance code.
2. De wetgever heeft mede op advies van de Commissie Vennootschapsrecht bepaald dat niet alleen het gedrag van een aandeelhouder binnen het domein van de AVA aanleiding kan zijn voor de start van een enquête, maar ook gedrag daarbuiten. In de nota naar aanleiding van het verslag bij het Wetsvoorstel tot aanpassing van het enquêterecht heeft de regering aangegeven dat een aandeelhouder in die omstandigheid gedrag moet vertonen dat 'zeer schadelijk' is voor de vennootschap, bijvoorbeeld doordat hij de media onjuist informeert.⁵ Het enkele feit dat een aandeelhouder het niet eens is met het beleid van het bestuur kan geen onderzoek

² HR 18 april 2003, NJ 2003/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (*RNA/Westfield*).

³ OK 17 januari 2007, JOR 2007/42 (*Stork*).

⁴ HR 9 juli 2010, NJ 2010/423, m.nt. Van Schilfgaarde (*ASMI*).

⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 887, nr. 6, p. 3.

rechtvaardigen, aldus de parlementaire geschiedenis betreffende de jongste aanpassing van het enquêterecht.

3. De OK heeft niet expliciet getoetst of het gedrag van Salveo 'zeer schadelijk' is voor de vennootschap. Het plaatsen van een open brief van Amar op de website, het benaderen door Amar van managers van Cryo-Save, diens – volgens de OK intimiderende – pogingen zich toegang te verschaffen tot het laboratorium van Cryo-Save in België en de opstelling van Amar en van medewerkers van Salveo jegens cliënten van Cryo-Save zijn voor de OK blijkbaar gedragingen die dermate schadelijk zijn dat zij 'over het geheel genomen en in onderling verband en in samenhang bezien' voldoende redenen zijn om aan een juiste gang van zaken bij Cryo-Save te twijfelen (r.o. 3.19). De OK motiveert dit echter niet.
4. Het belang daarvan wordt nog eens versterkt doordat het hier gaat om het opleggen van onmiddellijke voorzieningen. Uit de HR-jurisprudentie, bevestigd in de parlementaire geschiedenis van de laatste aanpassing van het enquêterecht, kan worden afgeleid dat onmiddellijke voorzieningen met terughoudendheid en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel moeten worden getroffen. Er moeten voldoende zwaarwegende redenen voor de onmiddellijke voorzieningen bestaan indien zij worden getroffen voordat een onderzoek is gelast.
5. Het is kwestieus of die terughoudendheid in deze casus door de OK is betracht en of er voor de OK voldoende zwaarwegende redenen waren om, voordat de enquête wordt toegewezen, in te grijpen. De OK gaat er bijvoorbeeld aan voorbij dat de wetgever in 2007 heeft bepaald dat pas vanaf het bereiken van 30% van de stemrechten een aandeelhouder overwegende zeggenschap in de AVA houdt. Deze drempel is vorig jaar nog door de Minister van Financiën bevestigd. In antwoord op Kamervragen over het partieel bod van América Móvil op aandelen KPN schreef de minister:

“Mij zijn [...] geen signalen uit de markt bekend waaruit blijkt dat de grens van 30 procent niet langer voldoet.”⁶

Blijkbaar zijn ook Nederlandse beursvennootschappen tevreden met deze grens. De OK zou m.i. alleen daarom al terughoudend moeten zijn om een belang onder de 30% van de stemrechten de facto toch als controlerend belang aan te merken door een BAVA te verdagen zonder dat de OK voldoende aannemelijk maakt dat de desbetreffende aandeelhouder de besluitvorming van de BAVA naar zijn hand zal zetten.

6. Indien een partij als Salveo een belang opbouwt tot net onder de biedgrens dan heeft het bestuur van de vennootschap bovendien nog voldoende mogelijkheden en middelen om voor zijn standpunten steun te vergaren bij de andere aandeelhouders, welke meer dan 70% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Vanaf 1 juli 2013 hebben beursvennootschappen ook meer mogelijkheden om die aandeelhouders te bereiken. De vennootschap heeft sindsdien de wettelijke mogelijkheid om – in principe – elke aandeelhouder met een belang groter dan 0,5% van het geplaatste kapitaal te identificeren. De vennootschap kan dan deze aandeelhouders een brief zenden waarin de argumenten van de vennootschap zijn opgenomen om bijvoorbeeld tegen de voorstellen van de agenderende aandeelhouder te stemmen (art. 49b lid 1 jo. lid 2 Wge). Ook kan de vennootschap het initiatief nemen om met de desbetreffende aandeelhouders een overleg te organiseren om hen te overtuigen van de huidige strategie van de vennootschap en de kwaliteit van het bestuur. De beursvennootschap in kwestie kan voorts gespecialiseerde bureaus inschakelen die desgewenst nog meer aandeelhouders opsporen en ook deze aandeelhouders aanmoedigen om (zo veel mogelijk tegen de aandeelhoudersvoorstellen) te stemmen op de AVA. Uit het verloop van het geding blijkt niet dat Cryo-Save enige van deze acties heeft ondernomen. Zolang de

⁶ *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 2788.

vennootschap niet alle mogelijkheden heeft benut om bij haar 'natuurlijke achterban' steun te mobiliseren zou de rechter m.i. terughoudendheid moeten betrachten om te interveniëren. En bovendien: als de BAVA de desbetreffende aandeelhoudersvoorstellen had aangenomen, dan had Cryo-Save altijd nog kunnen proberen de uitvoering van deze besluitvorming met een beroep op art. 2:14 of art. 2:15 BW tegen te houden.

7. Dan de responstijd. De OK overweegt in de eerste plaats in lijn met de *ABN AMRO*-beschikking van de HR dat de Nederlandse corporate governance code mede inhoud geeft aan de eisen van de redelijkheid naar welke volgens art. 2:8 BW degenen die krachtens de wet of de statuten bij de vennootschap zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen (r.o. 3.9). Daaronder vallen sinds de in 2008 aangepaste Nederlandse corporate governance code ook de best practice bepalingen over de responstijd. In lijn met de *Versatel*-beschikking⁷ van de HR overweegt de OK vervolgens dat een best practice bepaling in beginsel dient te worden gerespecteerd (r.o. 3.10). Tot zover weinig nieuws onder de zon. Wat wel nieuw is, is de interpretatie die de OK daarna aan de 'pas toe of leg uit'-regel bij de best practice bepaling over de responstijd, gericht tot de aandeelhouder (best practice bepaling IV.4.4)⁸, geeft, namelijk dat een afwijking van deze best practice bepaling alleen is toegestaan wanneer daarvoor voldoende zwaarwichtige redenen zijn (r.o. 3.11). De OK honoreert daarmee de opvatting van Monitoring Commissie Corporate Governance Code in haar nalevingsrapport 2011 waarin staat dat indien een bestuur van een vennootschap in overleg treedt met de agenderende aandeelhouder, deze laatste gehouden is de door het bestuur ingeroepen responstijd te respecteren.

⁷ HR 14 september 2007, NJ 2007/612, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Versatel*).

⁸ Waarbij de OK in r.o. 3.11 aangeeft dat de Code Tabaksblat niet van toepassing zou zijn op Salveo in de rol van aandeelhouder. De Nederlandse corporate governance code maakt bij de best practice bepalingen die gericht zijn tot aandeelhouders (opgenomen in hfdst. IV.4) echter geen uitzondering voor niet-Nederlandse aandeelhouders. Mogelijk bedoelt de OK dat de Nederlandse corporate governance code in juridische zin niet van toepassing is op Salveo, aangezien het toepassingsbereik van de wettelijke 'pas toe of leg uit'-regel van art. 5:86 jo. art. 1:1 Wft zich alleen uitstrekt tot Nederlandse institutionele aandeelhouders.

“Een afwijking van die termijn vindt de Commissie in deze situatie niet passend en niet acceptabel, zeer bijzondere omstandigheden daargelaten”, aldus de Commissie.⁹

8. De voorwaarden die de OK en de Monitoring Commissie stellen aan een afwijking van een best practice bepaling komen niet overeen met de bewoordingen die in paragraaf 4 van de preambule van de Nederlandse corporate governance code worden gebruikt. In die paragraaf staat dat afwijkingen onder omstandigheden gerechtvaardigd kunnen zijn en dat aandeelhouders en de ondernemingsleiding open moeten staan voor een dialoog over de redengeving van de afwijkingen. In de *Versatel*-beschikking sanctioneerde de HR weliswaar het oordeel van de OK dat onder bepaalde omstandigheden niet van de Nederlandse corporate governance code mag worden afgeweken, maar dit oordeel werd door de OK destijds uitvoerig gemotiveerd en werd toegespitst op de omstandigheden van het geval bij de betreffende vennootschap. Bovendien ging het daarbij om de handhaving van een bepaald *principe* uit de Code Tabaksblad en niet om een individuele *best practice bepaling*. Een principe heeft een zwaarder ‘gewicht’ dan een best practice bepaling. Paragraaf 4 van de preambule van de Nederlandse corporate governance code stelt immers dat principes kunnen worden opgevat als breed gedragen algemene opvattingen over goede corporate governance, maar dat best practice bepalingen niet meer dan ‘een zekere normstelling’ creëren voor het gedrag van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders. Juist van een best practice bepaling kan en mag worden afgeweken.¹⁰
9. Ook om een andere reden had de OK uiterste terughoudendheid moeten betrachten om juist de best practice bepaling over de responstijd die betrekking heeft op de aandeelhouder te vertalen in een rechtsregel. Deze best practice bepaling mist

⁹ Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Derde rapport over de naleving van de Nederlandse corporate governance code*, december 2011, p. 14.

¹⁰ Zie ook J. Winter, ‘In Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance’, in: *LT; Verzamelde ‘Groninger’ opstellen aangeboden aan Viro Timmerman*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 44, Kluwer, Deventer 2003, p. 340 en de noot van J.M.M. Maeijer bij HR 18 april 2003, NJ 2003/286.

namelijk een stevig draagvlak onder aandeelhouders, zoals institutionele beleggers. Gerespecteerde institutionele beleggers met een langetermijnbeleggingshorizon, zoals APG, ABP, PGGM, Pensioenfonds Zorg en Welzijn, MN, ING Investment Management, Robeco en Shell Pensioenfonds, hebben kort na het verschijnen van de aangepaste Nederlandse corporate governance code op hun eigen websites op de voet van art. 5:86 Wft aangegeven de desbetreffende best practice bepaling niet ongeclausuleerd te zullen toepassen, in de zin dat zij op voorhand het bestuur een responstijd van maximaal 180 dagen gunnen wanneer de desbetreffende institutionele belegger een agendavoorstel doet dat kan leiden tot een wijziging van de strategie van de vennootschap. Dit beeld wordt bevestigd door cijfers uit de nalevingsrapportage 2011 van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code: slechts 60% van de onderzochte Nederlandse institutionele beleggers wil de door het bestuur ingeroepen responstijd van maximaal 180 dagen eerbiedigen.¹¹ In het licht van de *overall* toepassing van de best practice bepalingen uit de Nederlandse corporate governance code (68% tot 91%)¹² is dit een laag percentage. Gelet op deze cijfers kan op zijn minst worden getwijfeld of de best practice bepaling over de responstijd het 'verdient' om het karakter van een materiële rechtsregel te krijgen.¹³ Een andersluidend oordeel door de Monitoring Commissie Corporate Governance Code, gedaan in het hiervoor aangehaalde 2011-nalevingsrapport, doet hieraan m.i. niet af.

10. De juridische status die de OK concreet aan de responstijd toedicht is ook anders dan die de wetgever voor ogen had. Zo merkt de Minister van Financiën in de nota naar aanleiding van het nader verslag bij het wetsvoorstel 'Frijns' op dat de aandeelhouder zelf beslist 'of hij een langere responstijd ten behoeve van het

¹¹ Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Derde rapport over de naleving van de Nederlandse corporate governance code*, december 2011, p. 41.

¹² Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Vierde rapport over de naleving van de Nederlandse corporate governance code*, december 2012, p. 8.

¹³ Zie in dezelfde zin J.H.M. Willems, 'De aangepaste code Tabaksblad', voordracht voor het Eumedion-symposium van 1 oktober 2008, punten 2.5-2.9 (www.eumedion.nl) en F.J. Oranje, 'Convocatie- en agenderingsrecht van aandeelhouders', in: P.J. van der Korst, R. Abma en G.T.M.J. Raaijmakers (red.) *Handboek Onderneming en Aandeelhouders*, Serie Onderneming & Recht, deel 69, Kluwer, Deventer 2012, hfdst. 9, p. 293.

bestuur erkent dan de termijn die het bestuur heeft om zich te beraden op een agenderingsverzoek op grond van de wettelijke regeling. Zo ja, dan doet hij feitelijk afstand van zijn recht om op kortere termijn beroep te doen op het agenderingsrecht. De wet noch de Code dwingt hem daartoe [...] De aandeelhouder kan zich beroepen op de kortere wettelijke agenderingstermijn'.¹⁴

11. Tot slot is het opmerkelijk dat de OK in r.o. 3.9 van oordeel is dat de toepassing van de best practice bepalingen over de responstijd niet in strijd zou zijn met de bepalingen van Boek 2 BW omtrent het vergader- en agenderingsrecht of met de statuten van Cryo-Save en dat de codebepalingen over de responstijd geenszins als effect hebben dat een aandeelhouder van zijn wettelijke vergader- of agenderingsrecht wordt afgehouden. Dit oordeel is opmerkelijk, omdat in art. 18.2 van de statuten van Cryo-Save geen voorbehoud is opgenomen voor het recht van een aandeelhouder die ten minste 10% van de aandelen houdt om het bestuur te verzoeken een BAVA bijeen te roepen en als de BAVA niet binnen zes weken wordt gehouden, de aandeelhouder de BAVA zelf mag convoceren. Ook bij het in art. 18.5 van de statuten van Cryo-Save geregelde agenderingsrecht wordt geen gewag gemaakt van de mogelijkheid voor het bestuur om een responstijd in te roepen wanneer een aandeelhouder gebruikmaakt van dit recht. Het bestuursreglement van Cryo-Save bevat die beperkingen evenmin (in tegenstelling tot bijvoorbeeld vennootschappen als DSM, Randstad Holding, Heijmans, PostNL en Ziggo die de mogelijkheid tot oproeping van de responstijd expliciet in het bestuursreglement hebben opgenomen). Daarbij komt dat sinds 1 juli 2010 het 'zwaarwichtig belang'-criterium niet meer door de vennootschap aan de agenderende aandeelhouder kan worden tegengeworpen. De wetgever heeft dit bij de implementatie van de Richtlijn aandeelhoudersrechten weloverwogen uit art. 2:114a BW geschrapt. Natuurlijk dient een aandeelhouder zich ook bij de uitoefening van het agenderingsrecht aan art. 2:8 BW te houden; hij mag het agenderingsrecht volgens de parlementaire geschiedenis

¹⁴ *Kamerstukken II 2010/11*, 32 014, nr. 12, p. 10. Zie in dezelfde zin M. Kroeze, 'Kroniek van het vennootschapsrecht', *Nederlands Juristenblad* 2008/14, p. 2155 en R.G.J. Nowak, 'Het rapport van de Commissie Frijs over de actualisering van de corporate governance code', *Ondernemingsrecht* 2008/125, p. 431.

van de implementatie van de Richtlijn aandeelhoudersrechten niet misbruiken. De wetgever noemt daarbij als voorbeelden de agendering van een onderwerp dat in geen enkele relatie staat tot de activiteiten van de onderneming of van een zodanige reeks van onderwerpen dat aannemelijk is dat de vergaderorde zal worden verstoord.¹⁵ De uitspraak van de OK herintroduceert min of meer het zwaarwichtig belang bij het agenderings- en convocatierecht van aandeelhouders, maar legt nu niet de bewijslast bij de vennootschap, maar bij de aandeelhouder. In het licht van de huidige statuten en bestuursreglement van Cryo-Save en van (de parlementaire geschiedenis van) de implementatie van de Richtlijn aandeelhoudersrechten is de stelling dat het invoeren van de responstijd geen inperking betekent van het statutaire of wettelijke vergader- of agenderingsrecht op zijn zachtst gezegd moeilijk te volgen.

Het paradoxale van de omarming van de letterlijke formulering van de best practice bepaling over de responstijd is dat zij uiteindelijk juist de convocerende en agenderende aandeelhouder in de kaart speelt. Deze aandeelhouder voelt waarschijnlijk geen prikkel om zich in de onderhandelingen constructief op te stellen om te komen tot een voor beide partijen werkbaar compromis. Niks staat de aandeelhouder in de weg om achterover te blijven leunen totdat de responstijd verloopt. Best practice bepaling II.1.9 van de Nederlandse corporate governance code stelt immers dat de responstijd per (B)AVA slechts eenmaal wordt ingeroepen en niet geldt ten aanzien van een aangelegenheid waarvoor reeds eerder een responstijd is ingeroepen.¹⁶ Desalniettemin had de OK-uitspraak het beoogde effect. Op 9 oktober 2013 bereikten beide partijen alsnog overeenstemming over de samenstelling van het bestuur van Cryo-Save. Onderdeel van het compromis is dat Amar zich terugtrekt als kandidaat-CEO in 'ruil' voor de steun van Cryo-Save voor zijn kandidaatstelling als niet-uitvoerend bestuurder.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 746, nr. 7, p. 5.

¹⁶ Anders de noot van R.M. Hermans bij OK 13 mei 2009, JOR 2009/163 (*ASM*).