

Reactie NautaDutilh consultatiewetsvoorstel

Reactie NautaDutilh op het consultatiewetsvoorstel tot aanpassing van het enquête-recht.

NautaDutilh N.V.

Paul Olden
Erik Hammerstein
Geert Raaijmakers
Paul Storm
Bastiaan Assink
Frans Overkleeft
Roderik van Hees

30 december 2009

Reactie NautaDutilh

Consultatiewetsvoorstel

Inleiding

NautaDutilh heeft met belangstelling kennis genomen van het concept-wetsvoorstel houdende wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête (hierna: het "Voorstel") dat op 29 oktober 2009 door de Minister van Justitie is gepubliceerd. Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid om in het kader van de consultatieronde op de voorgenomen wijzigingen te reageren.

Wij beoordelen het Voorstel als geheel overwegend positief. De voorgestelde wijzigingen zullen bijdragen aan een beter functioneren van het enquêterecht. Tegelijkertijd plaatsen wij een aantal kritische kanttekeningen bij de wijze waarop een deel van de voorgenomen wijzigingen is uitgewerkt en vragen wij ons af in hoeverre het Voorstel niet een aantal kansen voor verdergaande aanpassingen van het enquêterecht onbenut laat.

Hieronder zetten wij onze opmerkingen bij het Voorstel nader uiteen. Daarbij is gekozen voor een thematische behandelwijze in plaats van een artikelsgewijs commentaar. Achtereenvolgens komen daarbij aan bod:

- (1) het recht van enquête voor de vennootschap zelf;
- (2) de verhoging van de ontvankelijkheidsdrempels bij grote vennootschappen;
- (3) het toetsingskader bij de beoordeling van een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen;
- (4) de procedurele waarborgen voor partijen in de onderzoeksfase; en
- (5) de schadeloosstelling voor de kosten van verweer in het kader van aansprakelijkstellingen van door de Ondernemingskamer aangewezen onderzoekers en functionarissen.

Tot slot wijden wij nog een enkel woord aan de in het Voorstel afgewezen mogelijkheid om ook aan de ondernemingsraad het recht van enquête toe te kennen.

Reactie NautaDutilh

Consultatiewetsvoorstel

1. **Het recht van enquête voor de vennootschap zelf**

- 1.1. Wij willen vooropstellen dat het ons juist lijkt om ook de vennootschap het initiatief te geven om een verstoorde verhouding met de algemene vergadering van aandeelhouders of met een ander orgaan van de vennootschap in het kader van een enquêteprocedure, al dan niet gepaard met een verzoek tot het treffen van bepaalde onmiddellijke voorzieningen, aan de orde te stellen. Onder de huidige regeling heeft de vennootschap deze mogelijkheid niet en moet zij in dergelijke gevallen noodgedwongen haar toevlucht nemen tot maatregelen zoals het ad hoc bij overeenkomst toekennen van enquêtebevoegdheid aan een bevriend orgaan / bevriende entiteit. Een eigen recht van enquête voor de vennootschap is in onze visie een meer geëigend middel voor de oplossing van dergelijke conflicten.
- 1.2. Wel vinden wij het opmerkelijk dat het Voorstel het bestuur van de vennootschap slechts verplicht om ná het namens de vennootschap indienen van het enquêteverzoek de raad van commissarissen en de ondernemingsraad hiervan op de hoogte te stellen. Wij zouden menen dat het initiëren van een enquêteprocedure een dermate belangrijk besluit is dat zozeer aan de belangen van alle bij de vennootschap en haar onderneming betrokkenen kan raken dat de raad van commissarissen hierover vóóraf ingelicht zou moeten worden. Ook voor het vooraf inlichten van de ondernemingsraad kan een grond bestaan indien het voorwerp van geschil van de beoogde enquêteprocedure potentieel de belangen van de werknemers raakt.

Reactie NautaDutilh

Consultatiewetsvoorstel

1.3. Wij zijn van mening dat de regeling in het Voorstel aangepast zou moeten worden in die zin dat het bestuur in beginsel verplicht is om voorafgaande aan het indienen van het enquêteverzoek de raad van commissarissen te consulteren en in voorkomende gevallen de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen om van zijn gevoelen te doen blijken. Deze consultatieplicht zou niet aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur raken, maar het schenden van deze consultatieplicht zou behoudens een rechtvaardigingsgrond wel analoog aan de huidige regeling van artikel 2:349 BW met niet-ontvankelijkheid gesanctioneerd moeten kunnen worden.

2. De verhoging van de ontvankelijkheidsdrempels bij grote vennootschappen

2.1. Wij onderschrijven de gedachte die ten grondslag ligt aan het voorstel om afwijkende drempels voor "grotere" naamloze en besloten vennootschappen en beursgenoteerde naamloze vennootschappen in te voeren. Hierbij plaatsen wij wel de kanttekening dat het Voorstel kennelijk uitgaat van de veronderstelling dat het geplaatst kapitaal van een vennootschap in redelijke verhouding staat tot de marktwaarde van de aandelen, terwijl dit niet onder alle omstandigheden zo zal zijn. Met name kan de koppeling van het EUR 20 miljoen criterium aan de marktwaarde van de betreffende aandelen problematisch worden in geval van een déconfiture van een grote onderneming. De drempel van EUR 20 miljoen in marktwaarde zal in dergelijke gevallen wellicht niet meer gehaald kunnen worden, terwijl de drempel van 1% van het geplaatste kapitaal vanuit het perspectief van minderheidsaandeelhouders mogelijk disproportioneel hoog ligt bij vennootschappen met een omvangrijk geplaatst kapitaal.

2.2. Wij plaatsen wel een kanttekening bij de voorgestelde inperking van het enquêterecht voor certificaathouders in die zin dat dit recht slechts toekomt aan houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten. Naar de huidige stand van de jurisprudentie, meer in het bijzonder de Scheipar-beschikking van de Hoge Raad (HR 6 juni 2003, NJ 2003, 486), zijn economisch gerechtigden tot certificaten van aandelen niet zonder meer van de enquê-

Reactie NautaDutilh

Consultatiewetsvoorstel

tebevoegdheid uitgesloten. De memorie van toelichting van het Voorstel bevat geen onderbouwing van de voorgestelde inperking op dit punt, terwijl het toch om een vrij fundamentele wijziging gaat. Het Voorstel en de toelichting behoeven op dit punt nadere uitwerking.

2.3. Artikel 2:346 aanhef en onder b BW biedt "kleine" vennootschappen de mogelijkheid om de drempelwaarde in de statuten te verlagen. Vreemd genoeg wordt deze mogelijkheid niet expliciet genoemd in artikel 2:346 aanhef en onder c BW ten aanzien van "grote" vennootschappen of beursgenoteerde naamloze vennootschappen. Wij menen dat de zinsnede "of zoveel minder als de statuten bepalen" aan laatstgenoemd artikel dient te worden toegevoegd.

2.4. Ten aanzien van de formulering van artikel 2:346 onder c BW merken wij op dat het begrip "markt in financiële instrumenten" niet gedefinieerd is in artikel 1:1 Wft. Wij raden aan in plaats hiervan dezelfde formulering te hanteren als bijvoorbeeld in artikel 2:114a BW, te weten "gereguleerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit", hetgeen wél gedefinieerd is in artikel 1:1 Wft.

3. Het toetsingskader bij onmiddellijke voorzieningen

3.1. Wij onderschrijven de voorgestelde wijzigingen van artikel 2:349a lid 2 en 3 BW. Wij stemmen ermee in dat de norm ten aanzien van het treffen van onmiddellijke voorzieningen, zoals geformuleerd door de Hoge Raad in de DSM-beschikking, wettelijk wordt vastgelegd. Wel vragen wij ons af of de zinsnede "degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken" het kader voor de belangenafweging niet te restrictief afbakt. Er kunnen zich situaties voordoen waarbij een onmiddellijke voorziening ook aan de gerechtvaardigde belangen van derden kan raken. Een voorbeeld hiervan is de positie van Bank of America bij OK 3 mei 2007, JOR 2007, 143 (ABN AMRO). Ook deze belangen moeten in voorkomende gevallen door de Ondernemingskamer meegewogen kunnen worden. Het Voorstel behoeft op dit punt nog herziening dan wel een nadere onderbouwing. Voorts lijkt het uitgangspunt dat de Ondernemingskamer na het 'voorshands' treffen van onmiddellijke voorzie-

Reactie NautaDutilh

Consultatiewetsvoorstel

ningen binnen een redelijke termijn op het enquêteverzoek zelf heeft te beslissen ons juist. Hierbij merken wij wel op dat de belangen van de betrokken partijen een uitzondering op deze regel kunnen rechtvaardigen, bijvoorbeeld wanneer zij in overleg zijn.

- 3.2. Wij onderschrijven de keuze van de Minister om niet zozeer een wijziging aan te brengen in de huidige begrippen “gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen” en “wanbeleid”, maar in plaats daarvan een nadere invulling van het toetsingskader bij de hantering van deze begrippen in de praktijk te bekijken. De Minister onderkent daarbij terecht dat de aandachtspunten die in het kader van de business judgment rule in de Amerikaanse jurisprudentie zijn ontwikkeld, ook in het Nederlandse kader behulpzaam kunnen zijn. In de memorie van toelichting valt ook een voorzichtige aanzet tot een Nederlandse variant daarop te lezen waar wordt gesteld dat bij rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag een onderscheid gemaakt moet worden al naar gelang er al dan niet een persoonlijk belang van bestuurder(s) in het spel is en dat deze toetsing zich primair op de zorgvuldigheid van het besluitvormingsproces dient te richten wanneer een persoonlijk belang van een bestuurder ontbreekt. Deze uitgangspunten zijn op zichzelf reeds verhelderend voor de praktijk en zijn van belang voor de advisering van bestuurders en commissarissen.

4 Mag een eindvoorziening afwijken van dwingend recht?

- 4.1 De Ondernemingskamer treft met enige regelmaat eindvoorzieningen (als bedoeld in art. 2:356 BW) die afwijken van dwingend recht, met voor de praktijk heilzaam effect. Zo benoemt de Ondernemingskamer een bestuurder met doorslaggevende stem in het bestuur (zie onder meer OK 13 december 2006, ARO 2007, 12; in strijd met art. 2:239 lid 2 BW), een commissaris met doorslaggevende stem in de algemene vergadering van aandeelhouders (zie OK 20 juni 2007, JOR 2007, 203; in strijd met art. 2:228 lid 1 BW) en schorst zij het stemrecht op de aandelen van een aandeelhouder (zie bijvoorbeeld OK 18 januari 2001, JOR 2001, 35; in strijd met art. 2:228 lid 1 BW). De Hoge Raad sanctioneerde met zoveel woorden (en met een beroep op de artikelen 2:355 en 2:356 BW) een beschikking van de

Reactie NautaDutilh

Consultatiewetsvoorstel

Ondernemingskamer waarin deze een bestuurder, in strijd met de wet met terugwerkende kracht, had ontslagen. Zie HR 28 juni 2000, JOR 2000, 151. Nu lijkt de beschikking van de Hoge Raad inzake Versatel II (HR 14 september 2007, JOR 2007, 238, m.nt. Bartman, net name r.o. 4.3) een einde aan deze praktijk te maken. Voor de praktijk is het evenwel gewenst dat de Ondernemingskamer op zijn minst bevoegd is de door haar benoemde functionarissen die bevoegdheden toe te kennen die haar goedgevallen. Teneinde de huidige onzekerheid hieromtrent weg te nemen, pleiten wij ervoor dat de wetgever in deze zin ingrijpt.

5. Procedurele waarborgen in de onderzoeksfase

5.1 Wij juichen de voorgestelde codificatie van het beginsel van hoor en wederhoor in de onderzoeksfase toe als stap in de goede richting. Zowel de verzoekers als de personen die voorwerp zijn van het onderzoek hebben echter ook onder de voorgestelde regeling weinig invloed op het onderzoek. Zo zijn blijkens de memorie van toelichting de onderzoekers niet verplicht om eventuele opmerkingen over te nemen en/of het verslag naar aanleiding daarvan aan te passen. Ook een mogelijk disfunctioneren van een onderzoeker kan in de context van de enquêteprocedure niet door partijen aan de orde worden gesteld, terwijl zij wel in belangrijke mate gebonden zijn aan de feitelijke bevindingen in het door de onderzoeker(s) opgestelde verslag.

5.2 Onder de huidige regelgeving en jurisprudentie van de Ondernemingskamer zijn er (nog) geen richtlijnen voor de onderzoekers in de enquêteprocedure met een officiële status. De voorgestelde regeling brengt hier geen verandering in. Het Voorstel laat het primaat bij de inrichting en vormgeving van het onderzoek vrijwel geheel bij de onderzoeker. Hoewel wij het standpunt dat de onderzoeker hierin vrij dient te zijn in principe onderschrijven, zijn er naar onze mening toch bepaalde randvoorwaarden waaraan een onderzoek en de onderzoeksfase gelet op de belangen van de betrokken partijen moeten voldoen. Deze belangen rechtvaardigen dat een onderzoeker bij het uitvoeren van zijn taken bepaalde minimale grondregels in acht zou moeten nemen. Deze minimale grondregels zouden naar onze me-

Reactie NautaDutilh

Consultatiewetsvoorstel

ning ook dwingend voorgeschreven - en daarmee rechtstreeks door partijen afdwingbaar - moeten zijn. In aanvulling op deze minimale grondregels zouden bepaalde richtlijnen als "best practices" voor onderzoekers voorgeschreven kunnen worden, waarbij het vervolgens aan de onderzoekers is om te beoordelen of en zo ja in hoeverre er in de concrete omstandigheden van het geval redenen zijn om van die richtlijnen af te wijken.

- 5.3 Wij zouden in overweging willen geven om naast het beginsel van hoor- en wederhoor ook andere minimum-vereisten voor onderzoekers wettelijk te verankeren. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het vereiste dat onderzoekers over zaken die de instructie van het onderzoek betreffen (vergelijkbaar met rolinstructies in de dagvaardingsprocedure) alleen met alle partijen gelijktijdig corresponderen of spreken en niet met een partij afzonderlijk. Deze minimum-standaarden dienen dwingend van aard te zijn: in geval van schending zou een partij zich tot de Ondernemingskamer moeten kunnen wenden met het verzoek om bepaalde maatregelen tegen de onderzoekers te treffen. Zo kan worden voorkomen dat dergelijke gebreken in de onderzoeksfase leiden tot een gebrekkig onderzoeksrapport.
- 5.4 In aanvulling daarop menen wij dat het voorts wenselijk is om niet-verbindende richtlijnen vast te stellen, waarbij aansluiting gezocht kan worden bij de door Blanco Fernández, Holtzer en Van Solinge opgestelde "Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures". Onderzoekers zouden dergelijke richtlijnen als leidraad bij de inrichting en uitvoering van hun onderzoek kunnen gebruiken. Specifieke afwijkingen daarvan kunnen in het concrete geval gerechtvaardigd zijn. Onderzoekers zouden hierbij per afwijking een bewuste en voldoende gemotiveerde afweging moeten maken.

Reactie NautaDutilh

Consultatiewetsvoorstel

- 6. Vergoeding van kosten voor verweer van onderzoekers en Ondernemingskamer functionarissen**
- 6.1 Wij verwelkomen de gedachte dat een door de Ondernemingskamer aangestelde onderzoeker en een tijdelijk aangestelde bestuurder of commissaris in de regel niet zelf de kosten van verweer in een aansprakelijkheidsprocedure behoeven te dragen. De regeling zorgt ervoor dat een aansprakelijkstelling en het vooruitzicht op lange en kostbare procedures onderzoekers en Ondernemingskamer functionarissen niet per se weerhouden van het nemen van moeilijke beslissingen. Ook zal hierdoor de bereidheid van ervaren professionals om zich als onderzoeker, bestuurder of commissaris beschikbaar te stellen worden vergroot. Hierbij merken wij wel op dat de regeling voor vergoeding van kosten van verweer ook uitgebreid zou moeten worden tot de beheerder van aandelen die in het kader van een eindvoorziening of een onmiddellijke voorziening ten titel van beheer zijn overgedragen (zie OK 31 maart 2006, JOR 2006, 181).
- 6.2 Wij voorzien echter praktische problemen bij de toepassing van de regeling van het Voorstel. De vraag in hoeverre de kosten van verweer in een concreet geval redelijk zijn en in redelijkheid zullen zijn gemaakt, kan mogelijk tot heftige discussies leiden tussen de betrokken functionaris enerzijds en de vennootschap voor welke rekening de kosten komen anderzijds. Daar komt bij dat de huidige regeling alleen voorziet in een vergoeding achteraf, waarvan het op het moment dat de daadwerkelijke kosten gemaakt moeten worden onzeker is of deze vergoeding wel zal worden toegekend. Tot slot zal het niet in alle gevallen redelijk zijn dat de vennootschap de kosten van verweer zal moeten dragen.
- 6.3 De door de memorie van toelichting voorgestelde aansprakelijkheidsverzekering zal daarbij overigens moeilijk te realiseren zijn. Tot op heden hebben verzekeraars zich op dit punt zeer terughoudend opgesteld, waarschijnlijk gelet op de inherent ongecontroleerde positie die onderzoekers en door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen binnen de vennootschap genieten. Wij kunnen ons voorstellen dat het feit dat door de Ondernemings-

Reactie NautaDutilh

Consultatiewetsvoorstel

kamer benoemde bestuurders en commissarissen slechts verantwoording aan de Ondernemingskamer afleggen en ook door de Ondernemingskamer zelf worden gedechargeerd maakt dat verzekeraars het daadwerkelijke aansprakelijkheidsrisico moeilijk zouden kunnen kwantificeren.

- 6.4 Voor dit probleem zou naar onze mening naar een sectorwijde oplossing gezocht moeten worden. In dit kader ware te overwegen om een specifieke aansprakelijkheidsmaatstaf voor Ondernemingskamer functionarissen te formuleren, althans daarvoor aan te sluiten bij de geldende maatstaf voor werknemers. Als alternatief zou overwogen kunnen worden de regeling ten behoeve van de door de Ondernemingskamer aangestelde onderzoekers, bestuurders, commissarissen en houders van ten titel van beheer gehouden aandelen vorm te geven door de instelling van een garantiefonds. De Ondernemingskamer zou hierbij zelf voor de verzekering van haar eigen functionarissen zorgen, waarvan de premies uit verplichte afdrachten van procespartijen voldaan zouden kunnen worden. Een dergelijk stelsel maakt een effectieve aansprakelijkheidsverzekering voor Ondernemingskamer functionarissen mogelijk en legt de kosten daarvan tegelijkertijd bij de partijen die het meeste belang hebben bij het functioneren van deze functionarissen. Dit voorstel behoeft uiteraard nog nadere uitwerking, maar de praktische implementatie ervan lijkt ons op voorhand niet onrealiseerbaar.

7. Recht van enquête voor de ondernemingsraad

- 7.1 Het wetsvoorstel voorziet niet in het toekennen van een algemeen enquêterecht aan de ondernemingsraad. De belangrijkste reden voor het handhaven van de bestaande regeling is blijkens de memorie van toelichting het feit dat de ondernemingsraad geen rechtspersoonlijkheid heeft, waardoor er geen verhaal mogelijk is indien achteraf komt vast te staan dat het enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan. Naar onze mening is deze redenering onvoldoende om een categorische afwijzing van een enquêtebevoegdheid van de ondernemingsraad te dragen. Dit geldt zeker in het licht van het SER-advies "Evenwichtig Ondernemingsbestuur", waarin juist vóór de toe-

Reactie NautaDutilh

Consultatiewetsvoorstel

kenning van enquêtebevoegdheid wordt gepleit. Naar onze mening dient de vraag of de ondernemingsraad enquêtebevoegdheid zou moeten krijgen te worden gezien in de sleutel van een integrale beoordeling van de rechtspolitieke en beleidsmatige wenselijkheid ervan. Het Voorstel schiet op dit punt tekort.

8. Conclusie

- 8.1 Het Voorstel bevat een aantal belangrijke aanzetten tot aanpassing van het enquêterecht. Wij onderschrijven de uitgangspunten achter de voorgestelde aanpassingen. Ons commentaar beperkt zich dus hoofdzakelijk tot voorstellen met betrekking tot de praktische vormgeving en implementatie van deze uitgangspunten. Op een aantal van deze punten dient het Voorstel nog verder te worden uitgewerkt of dienen de voorgestelde regelingen nog nader te worden verduidelijkt. Wij hopen hiervoor in onze reactie een aantal handvatten te hebben aangereikt. Tot het verstrekken van een nadere toelichting zijn wij uiteraard bereid.

NautaDutilh N.V.

Reactie NautaDutilh

Consultatiewetsvoorstel

Contactgegevens

Paul Olden (Partner)
T. +31 20 71 71 619
E. paul.olden@nautadutilh.com

Erik Hammerstein (Partner)
T. +31 20 71 71 647
E. erik.hammerstein@nautadutilh.com

Geert Raaijmakers (Partner)
T. +31 20 71 71 992
E. geert.raaijmakers@nautadutilh.com

Paul Storm (Adviseur)
T. +31 10 22 40 503
E. paul.storm@nautadutilh.com

Bastiaan Assink (Senior Associate)
T. +31 20 71 71 518
bastian.assink@nautadutilh.com

Frans Overkleeft (Associate)
T. +31 20 71 71 573
E. frans.overkleeft@nautadutilh.com

Roderik van Hees (Associate)
T. +31 20 71 71 598
E. roderik.vanhees@nautadutilh.com