

COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

Datum: 19 oktober 2010

De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Excellentie,

Graag doe ik u het standpunt van de Commissie vennootschapsrecht toekomen over het voorontwerp tot aanpassing van het enquêterecht. De Commissie adviseert het wetsvoorstel en de memorie van toelichting op een aantal punten aan te passen.

De Commissie plaatst haar opmerkingen bij elk artikel van het voorontwerp, mede aan de hand van vraagpunten van het departement. Daarnaast adviseert de Commissie wat betreft de onderzoeksfase tot aanvulling van het wetsvoorstel.

Artikel 346

Deze bepaling regelt wie bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek en aan welke voorwaarden de verzoeker moet voldoen. Onder meer wordt een enquêteverzoek van certificaathouders mogelijk geacht. De Commissie adviseert hier het onderscheid tussen certificaten van aandelen die al dan niet met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, te schrappen. Alle houders van certificaten van aandelen hebben een economisch belang in het kapitaal van de vennootschap en zouden daarom de mogelijkheid moeten hebben om eventuele misstanden via een enquêteprocedure aan de orde te stellen, mits aan de overige voorwaarden van artikel 2:346 BW is voldaan. De Commissie erkent dat de afgrenzing van certificaten van aandelen en andere contractuele relaties aanleiding kan geven tot discussie, maar meent dat de rechter hier zo nodig de knoop kan doorhakken.

De Commissie ziet geen aanleiding de regeling te beperken tot aandelen of certificaten van aandelen die voor eigen rekening worden gehouden. Een dergelijk criterium biedt onvoldoende duidelijkheid en maakt de ontvankelijkheid afhankelijk van de contractuele vormgeving door partijen.

De Commissie adviseert voorts expliciet te bepalen dat de rechtspersoon, vertegenwoordigd door het bestuur of de raad van commissarissen, een enquêteverzoek kan indienen. Dat maakt het voor de raad van commissarissen mogelijk om een procedure te starten in het belang van de rechtspersoon, onafhankelijk van de vraag of het bestuur daarmee instemt en onafhankelijk van de vraag of het bestuur een tegenstrijdig belang heeft. Daarnaast wordt geadviseerd om in het wetsvoorstel op te nemen dat de curator in geval van het faillissement van een rechtspersoon bevoegd is om – in zijn hoedanigheid – een enquêteprocedure te entameren. De curator kan er belang bij hebben om vast te laten stellen of er wanbeleid heeft plaatsgevonden. Deze bevoegdheid voor de curator dient de bevoegdheid van het bestuur om een enquête te verzoeken onverlet te laten.

De Commissie adviseert in de memorie van toelichting op te nemen dat de rechtspersoon een enquêteverzoek kan doen in het geval gedragingen van een of meerdere aandeelhouders daartoe aanleiding geven, en daarnaast uiteraard voldaan wordt aan de eisen van artikel 2:350 BW; niet relevant is of dit gedrag in of buiten de algemene vergadering heeft plaatsgevonden. De desbetreffende aandeelhouders kunnen zich vervolgens voegen in de procedure om hun standpunt naar voren te brengen.

Ook de ondernemingsraad kan op grond van de huidige wetgeving opkomen als belanghebbende in een enquêteprocedure. Daarnaast kan de bevoegdheid om een enquêteverzoek in te dienen, aan de ondernemingsraad worden toegekend door de rechtspersoon bij de statuten of een overeenkomst. Zonder een dergelijke grondslag heeft de ondernemingsraad geen eigen bevoegdheid tot het doen van een enquêteverzoek. Ook het voorontwerp kent het enquêterecht niet (rechtstreeks) toe aan de ondernemingsraad. De Commissie meent dat hier primair sprake is van een rechtspolitieke keuze die aan de wetgever is voorbehouden. De Commissie heeft zich wel afgevraagd welke nadelen zouden kleven aan het toekennen van het enquêterecht aan de ondernemingsraad. De Commissie wijst er op dat de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) een uitgewerkt systeem van medezeggenschap bevat dat niet goed valt te rijmen met de toekenning van het enquêterecht. De ondernemingsraad heeft onder meer adviesrecht ten aanzien van – samengevat - belangrijke voorgenomen bestuursbesluiten die de organisatie van de onderneming raken (overdracht zeggenschap, belangrijke inkrimping, belangrijke investering, aantrekken belangrijk krediet; artikel 25 WOR). De ondernemingsraad kan bij de Ondernemingskamer beroep instellen tegen een besluit van de ondernemer wanneer dat besluit niet in overeenstemming is met het advies van de ondernemingsraad of wanneer in het geheel geen advies aan de ondernemingsraad is gevraagd (artikel 26 WOR). Wanneer het enquêterecht zou worden toegekend aan de ondernemingsraad, naast de bestaande bevoegdheden op grond van de WOR, zou dit ertoe kunnen leiden dat de ondernemingsraad, nadat hij is geconfronteerd met een afwijzing door de rechter terzake een niet opgevolgd advies, dezelfde kwestie opnieuw kan voorleggen aan de rechter via de enquêteprocedure. Een “dubbele” rechtsingang leidt tot een dubbele belasting van de rechtspersoon en komt de rechtszekerheid niet ten goede. Voorts zou de toekenning van enquêterecht binnen de onderneming conflictbevorderend kunnen werken en past de toekenning ook overigens niet goed bij de verdeling van verantwoordelijkheden binnen de rechtspersoon. De Commissie merkt verder op dat het huidige enquêterecht reeds toelaat dat de ondernemingsraad opkomt in een enquêteprocedure als belanghebbende en het enquêterecht reeds is toegekend aan

vakorganisaties. Zij meent dat de belangen van de werknemers op die wijze reeds voldoende kunnen worden behartigd. Afsluitend merkt de Commissie nog op dat de toekenning van het enquêterecht tot gevolg zou hebben dat de ondernemingsraad als enige een enquêteprocedure kan entameren zonder risico voor een proceskostenveroordeling en zonder risico voor aansprakelijkheid vanwege een niet op redelijke gronden gedaan verzoek. De Commissie adviseert om de toelichting ter zake van de gemaakte keuze aan te scherpen.

De Commissie meent dat het niet goed doenlijk is om in het enquêterecht rekening te houden met zogenoemde formeel buitenlandse vennootschappen. Voor zover deze in Nederland actief zijn, zou in voorkomende gevallen beroep kunnen worden gedaan op de voorzieningenrechter.

Artikel 348, 353, 355, 358

De Commissie meent dat het zwaartepunt van het toezicht op banken en verzekeringsmaatschappijen ligt bij DNB. Wanneer AFM in het enquêterecht een gelijke positie verkrijgt als DNB, zal een cumulatie van bevoegdheden kunnen optreden. De Commissie adviseert om de desbetreffende bepalingen te schrappen.

Artikel 349

De Commissie meent dat onder normale omstandigheden van het bestuur verlangd kan worden dat deze de raad van commissarissen voorafgaand aan het indienen van een enquêteverzoek daarover inlicht. Onder bijzondere omstandigheden kan een afwijking van dit uitgangspunt echter verdedigbaar zijn. Het voorontwerp behoeft op dit punt geen aanpassing.

Artikel 349a

De Commissie heeft zich mede in het licht van de zogenoemde business judgement rule afgevraagd of het wettelijke systeem aanpassing behoeft. De Commissie meent dat de bestaande regelingen reeds verplichten tot een terughoudende toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter. De Ondernemingskamer behoort in beginsel niet te treden in de merites van bestuurlijke beslissingen als daaraan een behoorlijke besluitvorming met afweging van voor- en nadelen ten grondslag ligt. De Commissie wijst in dit verband voorts op het belang van een zorgvuldige procesvoering, waaronder de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor, die ertoe leidt dat geoordeeld wordt op basis van een zo nauwkeurig en volledig mogelijke vaststelling van de feiten. Dit geldt voor alle enquêteverzoeken en ook indien wordt verzocht om onmiddellijke voorzieningen. De noodzaak van een terughoudende opstelling van de rechter met betrekking tot ondernemingsbeleid wordt bevestigd door uitspraken van de Hoge Raad. De Commissie adviseert de ruime beleidsvrijheid van het bestuur te onderstrepen in de memorie van toelichting. De Commissie meent dat de bestaande wettelijke regeling in samenhang met de jurisprudentie van de Hoge Raad in dit opzicht volstaat. De Commissie ziet geen aanleiding voor het bepalen van een nieuwe wettelijke toetsingsnorm of het overnemen van een variant van de business judgement rule. Voor de volledigheid merkt de Commissie nog op dat de business judgement rule naar zijn aard niet toegepast kan worden op de onmiddellijke voorzieningen, omdat zij het karakter van ordemaatregelen hebben. Dat standpunt volgt ook uit de doctrine die

inhoudt dat de business judgement rule als concept niet te verbinden is met onmiddellijke voorzieningen. De SER neemt hierin een afwijkend standpunt in.

Het voorgaande laat onverlet dat een goede procesorde een degelijke belangenafweging vergt. Zo'n afweging is slechts mogelijk indien de verweerder voldoende tijd heeft gehad om zich tegen een enquêteverzoek te verweren. De Commissie is er daarom voorstander van dat in de wet wordt bepaald dat de Ondernemingskamer een termijn stelt voor het indienen van verweerschriften, bijvoorbeeld een week voor de zitting, behoudens evidente spoedgevallen. De Commissie meent dat een goede procesorde voorts vergt dat ook in geval een belanghebbende een zelfstandig tegenverzoek doet, een dergelijke termijn moet gelden voor het antwoord van de verwerende rechtspersoon. In spoedgevallen moet de Ondernemingskamer een kortere termijn kunnen stellen. De Commissie acht het vanzelfsprekend dat de Ondernemingskamer de belangen van de procespartijen zorgvuldig moet afwegen. In afwijking van enkele reacties in de consultatieronde meent de Commissie dat niet van de Ondernemingskamer kan worden verwacht dat met alle mogelijke belangen van derden, die niet in het geding zijn betrokken, rekening wordt gehouden. Het voorontwerp volstaat op dit punt.

Ten aanzien van de mogelijkheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen merkt de Commissie op dat het wenselijk is dat in de wet een sterker verband wordt gelegd tussen de onmiddellijke voorziening en het onderzoek. In beginsel moet de beslissing over onmiddellijke voorzieningen niet losstaan van de beslissing op het verzoek om een onderzoek. In de wet zou kunnen worden bepaald dat de Ondernemingskamer slechts een onmiddellijke voorziening oplegt nadat voorlopig is geoordeeld dat er voldoende aanleiding is voor de toewijzing van het enquêteverzoek, tenzij partijen uitdrukkelijk te kennen hebben gegeven dat zij geen behoefte hebben aan een onderzoek. Indien de Ondernemingskamer oordeelt dat er onvoldoende reden is voor een onderzoek en diensengevolge voor onmiddellijke voorzieningen, staat voor partijen de weg open naar de voorzieningenrechter.

Artikel 350

De Commissie acht het – bij gebreke van een beter alternatief – verdedigbaar dat de redelijke kosten van verweer van de onderzoeker voor rekening van de rechtspersoon komen. De Commissie adviseert daarnaast de aansprakelijkheid van onderzoekers in de wet te beperken tot opzet of daaraan grenzende roekeloosheid. Hun positie wordt daarmee vergelijkbaar met die van arbiters. De verzekeraarbaarheid van de aansprakelijkheid van een onderzoeker is dan naar verwachting beter mogelijk. Een beperking van aansprakelijkheid wordt niet bepleit voor door de Ondernemingskamer aangestelde bestuurders en commissarissen; hun taak is niet vergelijkbaar met die van de onderzoeker.

Artikel 351

De Commissie kan zich verenigen met de nadere invulling van de onderzoeksfase in artikel 351 lid 4. De Commissie adviseert het toezicht op de onderzoeksfase in de wet te versterken. De Commissie stelt voor een raadsheer-commissaris te introduceren die als aanspreekpunt optreedt indien er vragen of klachten opkomen in de onderzoeksfase. Daardoor wordt de rechtsingang verduidelijkt voor het

geval in de onderzoeksfase problemen ontstaan. De benoeming van een raadsheer-commissaris laat de verantwoordelijkheid van de onderzoekers voor de opzet en uitvoering van het onderzoek geheel onverlet. De Commissie acht het voorts wenselijk dat de Ondernemingskamer een reglement ten behoeve van de onderzoeksfase opstelt, waarin voor de onderzoekers de voornaamste onderwerpen duidelijk worden geregeld.

Artikel 356

De Commissie meent dat het aanbeveling verdient om onderzoek te doen naar de mogelijkheid om te bepalen dat de Ondernemingskamer - op verzoek en bij wege van eindvoorziening - aandelen definitief kan (doen) overdragen. Vooralsnog zijn aandeelhouders geen partij in de enquêteprocedure. Wel kunnen zij zich als belanghebbende in de enquêteprocedure voegen. De definitieve overdracht van aandelen van een aandeelhouder kwalificeert als een vorm van uitstoting. De uitstoting van een aandeelhouder kan worden beschouwd als een vorm van onteigening. Artikel 6 EVRM en artikel 1, Eerste Protocol bij het EVRM eisen voor onteigening een procedure die met voldoende processuele waarborgen is omkleed. Aldus geldt dat ook de gedwongen uitstoting van een aandeelhouder niet mogelijk is dan nadat daaraan een met voldoende waarborgen omklede procedure vooraf is gegaan. Een belangrijk onderdeel van die met voldoende waarborgen omklede procedure is dat de aandeelhouder tegen wie het uitstotingsverzoek zich richt, is opgeroepen in de procedure en in staat is gesteld verweer te voeren. Op grond van het voorgaande zouden flankerende processuele regels in de wet moeten worden neergelegd.

De Commissie adviseert voorts onderzoek te doen naar de mogelijkheid om de zogenoemde ruziesplitsing toe te voegen aan de eindvoorzieningen.

Artikel 357

De Commissie adviseert om de regeling ter zake van de dekking van de redelijke kosten van verweer door de rechtspersoon uit te breiden tot de beheerder van aandelen die deze ten titel van beheer verkrijgt.

Afsluitend merkt de Commissie nog op dat voor het goed functioneren van de Ondernemingskamer noodzakelijk is dat zij beschikt over voldoende personeel. De Commissie heeft echter de indruk dat de Ondernemingskamer kampt met onderbezetting. Zij bepleit daarom passende maatregelen.

Hoogachtend,

A. Hammerstein,
Voorzitter