

## **Wijziging van Boek 2 BW in verband met de aanpassing van het recht van enquête**

Naar aanleiding van de consultatie door de minister van Justitie van het Wetsvoorstel aanpassing enquêterecht wil ik vanuit mijn ervaring als onderzoeker in enquêtes enkele aanvullende wijzigingen in de wettelijke regeling voorstellen.

### **I Koppeling met de geschillenregeling**

Het onderzoek “Het recht van enquête, Een empirisch onderzoek” van februari 2009 heeft onder meer uitgewezen dat in de periode 1971-2007 93% van de verzoeken om een enquête betrekking had op niet-beursgenoteerde NV's en BV's. Deze verzoeken werden vooral door aandeelhouders gedaan. Slechts in een betrekkelijk klein aantal gevallen heeft dit geleid tot verzoeken aan de ondernemingskamer om wanbeleid vast te stellen. Veel vaker wordt tijdens het onderzoek een oplossing voor de gerezen problemen bereikt.

Het onderzoek had geen betrekking op de aard en de ernst van de problemen. Dit kan slechts ten dele worden achterhaald door bestudering van procesdossiers bij de ondernemingskamer. Beter kan men hiervoor te rade gaan bij door de ondernemingskamer benoemde onderzoekers. Zowel uit eigen ervaring als uit gesprekken en contacten met ervaren onderzoekers kan dan het volgende beeld worden geschetst.

Verreweg het merendeel van de enquêtes betreft hoog opgelopen spanningen of ruzies tussen aandeelhouders, waarbij al dan niet ook het bestuur van de vennootschap is betrokken. Het kan gaan om pure machtsconflicten tussen joint-venture partners, om ernstige meningsverschillen tussen participanten in familiebedrijven en de aandeelhouders/familieleden of tussen de dga en de minderheidsaandeelhouders, om ordinare familietwisten of beleidsconflicten tussen wel en niet in het bedrijf werkzame personen, of om andere varianten op dit thema. Veelal kan vrij spoedig worden vastgesteld dat partijen niet langer met elkaar ‘door één deur’ kunnen. Aanleiding en oorzaak van de problemen zijn vaak moeilijker te traceren omdat de problematiek gaandeweg is gerezen en er doorgaans meerdere oorzaken zijn die veelal ook in de persoonlijke sfeer liggen. Met behoedzaam en tactisch opereren kan in veel gevallen de onderzoeker een oplossing bereiken, waarbij een of meerdere aandeelhouders worden uitgekocht. Lukt dat niet, dan resteert hem slechts de afronding van zijn onderzoek waarbij hij in zijn verslag vaststelt dat van een patstelling sprake is. Afhankelijk van zijn bevindingen kan hij daarbij aangeven dat dit in overwegende mate toe te schrijven is aan de opstelling van een of meerdere personen. Ook is denkbaar dat de onderzoeker met het oog op de continuïteit van de onderneming aanbeveelt bepaalde aandeelhouders hun zeggenschap te ontnemen of juist met de zeggenschap te belasten. Hiertoe bieden de

voorzieningen van artikel 356 BW in ieder geval tijdelijk soelaas. Wat ontbreekt is een voorziening die leidt tot uitkoop van een of meer aandeelhouders.

De casuïstiek, die hier aan de orde is, grenst aan het terrein van de geschillenregeling van Afdeling 1 van Titel 8 BW. Het verschil met de enquête is gelegen in de juridische grondslag van de vordering. Voor een enquête is voldoende dat er “gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid te twijfelen”. Bij de geschillenregeling moet worden gesteld en bewezen dat door het gedrag van een of enkele aandeelhouders het belang van de vennootschap wordt geschaad voordat de rechter de overdracht of overname van aandelen kan bevelen. Aangezien doorgaans sprake is van conflicten in de emotionele sfeer of structurele verschillen van inzicht omtrent het te voeren beleid, en niet om een concreet aanwijsbare en verwijtbare gedraging of handeling, is de bewijspositie bij de geschillenregeling veel lastiger dan bij de enquête. De procedure van de geschillenregeling vindt plaats in een formeel en bewijstechnisch kader. Dit is minder geschikt om de achterliggende problematiek van ‘incomptabilité des humeurs’ en de oorzaken daarvan goed over het voetlicht te brengen. Dit is een belangrijke reden waarom de geschillenregeling betrekkelijk weinig wordt ingeroepen en in plaats daarvan de gang naar de ondernemingskamer wordt gemaakt. Want, in de hier aan de orde zijnde situaties kan een enquête-onderzoek duidelijk in kaart brengen wat er aan de hand is en welke actoren daarbij een positieve of negatieve rol spelen. In veel gevallen luidt de conclusie dat overdracht van aandelen afdoende soelaas kan bieden. Het is een ernstig gemis dat een wettelijk mechanisme ontbreekt om dit te bewerkstelligen.

Het behoeft verder geen betoog dat het paardenmiddel van ontbinding van de vennootschap door de ondernemingskamer voor deze problematiek sowieso zijn doel voorbij schiet. Voorzieningen in de sfeer van ingrepen in het bestuur of het toezicht dragen evenmin bij aan een doorbreking van de scheefgegroeide verhoudingen tussen aandeelhouders. Slechts een tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer, al dan niet in combinatie met de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen, kan voor enige tijd soelaas bieden.

Dit is echter in menig opzicht een lapmiddel. Weliswaar wordt hiermee de bestaande patstelling doorbroken maar het gaat om een tijdelijke maatregel en in economische zin blijven de aandeelhouders verenigd. Vanuit het perspectief van het ondernemingsbelang is het bovendien een allesbehalve adequate oplossing want zolang de maatregel van kracht blijft wordt de onderneming ernstig belemmerd in haar bedrijfsvoering en haar groei- en expansiemogelijkheden. Nieuwe kapitaalverschaffers kunnen niet worden aangetrokken. Hetzelfde geldt voor de financiering van de onderneming. Krediet- en kapitaalverschaffers kijken liever de kat uit de boom en wachten totdat er weer sprake is van een stabiele aandeelhouderspositie. Daarbij komt dat door de ondernemingskamer benoemde bestuurders van de stichting, die ten titel van beheer de aandelen tijdelijk verwerft, en tijdelijke bestuurders en commissarissen zich voorzichtig, om niet te zeggen risicomijdend opstellen. Zij richten zich nolens volens primair op handhaving van de status quo en zijn minder geneigd verantwoordelijkheid te nemen voor een ondernemende en/of meer risicodragende aanpak. Meer dan eens komt het voor dat broodnodige investeringen of reorganisaties op de lange baan worden geschoven. Kortom, de onderneming kan niet vooruit zolang deze situatie voortduurt.

Uit eigen ervaring weet ik dat regelmatig deze situatie langdurig in stand blijft. In drie van de vier enquêtes, waarbij ik de afgelopen paar jaar was betrokken zijn de tijdelijke voorzieningen van de ondernemingskamer voor lange duur verlengd en duurde het enkele jaren voordat na langdurige discussie eindelijk op de een of andere wijze het gewenste

vetrek van een aandeelhouder kon worden bewerkstelligd. Voor advocaten en andere adviseurs was er intussen volop werk. Zolang de betrokken partijen weigeren mee te gaan met voorstellen en oplossingen van de door de ondernemingskamer benoemde functionarissen, staan laatstgenoemde machteloos.

Met een koppeling van de voorzieningen van het enquêterecht aan die van de geschillenregeling kan in deze lacune worden voorzien. Daarmee winnen beide wettelijke regelingen aanzienlijk aan effectiviteit en beantwoorden zij meer aan hun hoofddoelstelling: herstel van gezonde verhoudingen in de onderneming.

### **Het navolgende voorstel beoogt hierin te voorzien:**

*Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt gewijzigd als volgt:*

[.....]

J. Artikel 356 wordt gewijzigd als volgt:

1. Het huidige artikel wordt lid 1.
2. Er wordt een lid toegevoegd dat luidt:
3. In het geval het wanbeleid een vennootschap als bedoeld in artikel 335 betreft en het verzoek wordt gedaan door de in artikel 346 sub b bedoelde houder(s) van aandelen of certificaten kan de ondernemingskamer bepalen dat een aandeelhouder zijn aandelen of certificaten van aandelen overdraagt aan de verzoeker(s). In dat geval is het bepaalde in de artikelen 339 t/m 341 van overeenkomstige toepassing en is de ondernemingskamer de rechter als bedoeld in deze artikelen.

## **II Bevoegdheden van de rapporteurs**

Artikel 351 regelt het inzagerecht van de rapporteurs en de inlichtingenplicht van bestuurders, commissarissen en werknemers. Het is in 1993 aangevuld met een inlichtingenplicht van oud-bestuurders/commissarissen en ex-werknemers om te voorkomen dat zij formeel als getuigen zouden moeten worden opgeroepen. Voor de onderzoekspraktijk was deze aanvulling bijzonder nuttig. Een getuigenverhoor is echter omslachtig en tijdrovend. De formele *setting* van het getuigenverhoor is bovendien minder geschikt voor een open gedachtewisseling tijdens een gesprek van de rapporteur met betrokkenen.

Wanneer de enquête betrekking heeft op substantiële kwesties, waarmee grote belangen zijn gemoeid (zoals bij reorganisaties, de strategie van de onderneming, en fusie en overname), is vrijwel altijd sprake van externe advisering en begeleiding door consultants, interim-managers, accountants, advocaten en/of bankinstellingen. Niet zelden zijn hun betrokkenheid bij en invloed op de besluitvorming van bestuur en commissarissen van zodanig gewicht dat zij de facto als mede-beleidsbepaler kunnen worden aangemerkt. Zij zijn vrijwel permanent in de bestuurskamer aanwezig en fungeren dan als architect en vormgever van het besluit en/of de transactie. Vooral bij fusies en overnames, en ook bij

(herstructurering van) de financiering van de onderneming, en niet alleen de zeer grote onderneming, is de invloed van de externe adviseurs van grote, om niet te zeggen doorslaggevende invloed op het eindresultaat. Tegen die achtergrond is het dan ook niet onbegrijpelijk dat bestuurders en commissarissen de extern ingewonnen adviezen aanvoeren ter verantwoording of verklaring van hun beleid. Weliswaar ontslaat de externe advisering hen niet van hun eigen verantwoordelijkheid voor het gevoerde beleid. Voor een goede en afgewogen beoordeling van dat beleid is het van groot belang dat onderzoekers de wettelijke bevoegdheid krijgen om inlichtingen in te winnen bij de externe adviseurs. In dit verband is ook van betekenis dat externe adviseurs doorgaans goed gedocumenteerd zijn hetgeen niet altijd, en zeker niet bij faillissement, van de onderneming kan worden gezegd.

In de huidige situatie moet de onderzoeker proberen langs informele weg inlichtingen van externe adviseurs te verkrijgen. Dit is in toenemende mate een proces van lang en moeizaam aandringen. Steeds meer stuit de onderzoeker daarbij op een verdere juridisering van de gang van zaken bij het onderzoek, althans pogingen daartoe. In zoverre geeft de huidige wettelijke regeling hieraan voedsel dat onduidelijkheid bestaat over de informatieplicht van externe adviseurs. Veelal plegen deze zich te verschuilen achter de vertrouwelijkheid van hun adviesrelatie en zijn zij van nature minder geneigd informatie te verstrekken over hun betrokkenheid en adviezen. Dit kan worden ondervangen door een aanvullende bepaling ter zake in artikel 351 lid 1.

Volledigheidshalve wordt hierbij aangetekend dat een wettelijke informatieplicht van externe adviseurs het wettelijk verschoningsrecht niet mag doorkruisen. Indien daarover een verschil van inzicht rijst zal de rechter hierover moeten beslissen. Wel dient de voorgestelde informatieplicht van externe adviseurs te prevaleren boven afspraken omtrent vertrouwelijkheid of geheimhouding. Ook wanneer dergelijke afspraken zijn gemaakt dient de rapporteur zich een beeld te kunnen vormen van de aangelegenheden waarop deze afspraken betrekking hebben. De geheimhoudingsplicht van onderzoekers ingevolge artikel 351 lid 3 biedt een voldoende waarborg dat onderzoekers met deze informatie prudent zullen omgaan.

### **Het navolgende voorstel beoogt hierin te voorzien:**

*Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt gewijzigd als volgt:*

[.....]

F. Na de derde zin van het eerste lid van artikel 351 wordt een vierde zin toegevoegd:

Deze verplichting rust evenzeer op adviseurs, tijdelijk bestuurders en commissarissen, en krediet- of kapitaalverschaffers van de rechtspersoon of vennootschap gedurende het tijdvak waarover het onderzoek zich uitstrekt behoudens voor zover het betreft aangelegenheden ter zake waarvan zij zich op een wettelijk verschoningsrecht kunnen beroepen.

### **III Aansprakelijkheid**

Op zichzelf zijn de voorgestelde aanvullingen op de artikelen 350 lid 3 en 357 lid 4 een verbetering ten opzichte van de huidige situatie. De aanvullingen bieden echter geen soelaas indien de vennootschap na het eindigen van het mandaat van de onderzoeker of de tijdelijk bestuurder/commissaris failliet gaat. Dit is bepaald geen denkbeeldige situatie. Recent vernam ik dat vijf jaar na dato een door de ondernemingskamer aangestelde bestuurder door een pensioenfonds aansprakelijk is gesteld, terwijl de vennootschap zelf inmiddels failliet is verklaard. Ook indien uiteindelijk de claim wordt afgewezen zal de ten onrechte aangesproken bestuurder zelf de kosten van zijn advocaat moeten dragen. Bij zaken als de onderhavige belopen deze al snel vele tienduizenden euro's, terwijl de rechter slechts enkele duizenden euro's zal toewijzen als bijdrage in de kosten van verweer. Dit is een onverteerbare situatie, die zonder twijfel zal leiden tot een afnemende bereidheid in de kleine kring van ervaren en deskundige personen om een benoeming door de ondernemingskamer te aanvaarden.

Het zojuist door mij genoemde geval is helaas geen uitzondering. Sterker nog, toen ik dit memo in concept gereed had werd ik benaderd door iemand die als voormalig door de ondernemingskamer benoemde tijdelijk commissaris door een Amerikaanse minderheidsaandeelhouder is gedagvaard voor een rechtbank te New York. De bewuste aandeelhouder is door de ondernemingskamer volledig in het ongelijk gesteld en probeert nu in andere jurisdicties zijn gram te halen. Het betrokken bedrijf staat aan de rand van faillissement en zal naar verwachting de kosten van rechtsbijstand van betrokken ex-commissaris niet kunnen betalen. Gevreesd moet worden dat betrokkene zelf vele tienduizenden dollars advocatenkosten zal moeten spenderen. Dit is natuurlijk een onverteerbare situatie.

De tendens om "alles en iedereen" aansprakelijk te stellen neemt steeds verder toe. Juist waar benoemingen door de ondernemingskamer altijd plaatsvinden in complexe situaties, waarin vaak het voortbestaan van de onderneming op het spel staat en grote belangen in het geding zijn, moet rekening worden gehouden met - overigens vrijwel altijd onterechte - claims richting door de ondernemingskamer benoemde personen. Wanneer de vennootschap failliet kan zij niet langer instaan voor de kosten van rechtsbijstand.

Het betreft hier een complexe materie, waarvoor meerdere oplossingen denkbaar zijn. Zo kan worden gedacht aan een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van door de ondernemingskamer benoemde personen tot opzet of grove schuld. Stel dat hiervan sprake is (de betrokken functionaris moet het dan wel erg bont hebben gemaakt), dan is het reëel dat betrokkenen zelf de kosten van hun rechtsbijstand dragen c.q. deze kosten aan de vennootschap vergoeden. In eerste instantie dienen deze kosten conform de voorgestelde aanpassing van artikel 2:350 BW door de vennootschap te worden voldaan. Als vangnet ware hieraan toe te voegen dat bij faillissement de Staat deze kosten voor haar rekening neemt.

Ook kan worden gedacht aan een oplossing waarbij door tussenkomst van de overheid een collectieve polis wordt afgesloten ter dekking van de kosten van rechtsbijstand en van de aansprakelijkheid van door de ondernemingskamer benoemde personen. Daarbij kan worden overwogen om de premie en andere kosten van een dergelijke verzekering geheel of in belangrijke mate te dekken met bijdragen die bij de vaststelling van de kosten van het onderzoek of de benoeming van tijdelijk bestuurders en commissarissen door de ondernemingskamer aan de betrokken vennootschap worden opgelegd.

De hierboven door mij genoemde voorbeelden uit de praktijk geven aan dat sprake is van een serieus probleem. Voorkomen moet worden dat gekwalificeerde personen niet langer

beschikbaar zijn voor een benoeming door de ondernemingskamer vanwege de door mij geschetste risico's. Aangezien, zoals aangegeven, meerdere oplossingen voor dit probleem denkbaar zijn laat ik een concreet tekstvoorstel achterwege. In plaats daarvan stel ik voor dat een kleine commissie van deskundigen (deels afkomstig uit de praktijk) op korte termijn een werkbare oplossing hiervoor aandraagt.

Klaaswaal, 27 december 2009

Mr. W.G. van Hassel