

Ik verwijs naar mijn onderstaande bijdrage voor WPNR die binnenkort zal verschijnen. De bijdrage bevat geen concrete tekstvoorstellen. Ten aanzien van één opmerking, namelijk die over het verzekeren van aansprakelijkheid van tijdelijke houders van aandelen ten titel van beheer (par. 3.4), zou mijn tekstvoorstel voor een nieuw artikel 357 lid 4 als volgt luiden: "De ondernemingskamer kan aan degenen die zij tijdelijk aanstelt tot bestuurder, commissaris of beheerder van aandelen, een beloning ten laste van de rechtspersoon toekennen. Zij kan bepalen dat de rechtspersoon de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer van de bestuurder, commissaris of beheerder van aandelen terzake de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling tijdens de tijdelijke aanstelling, betaalt."

[Artikel WPNR]

## Het voorontwerp aanpassing enquêterecht

### 1. Inleiding

Het enquêterecht stamt uit 1928, maar het enquêterecht dat in de praktijk wordt toegepast dateert uit 1971.<sup>1</sup> In 1994 hebben twee adviezen van de SER geleid tot een belangrijke aanvulling: de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer ("OK") om in elke stand van het geding onmiddellijke voorzieningen te treffen.<sup>2</sup>

Sinds 29 oktober 2009 ligt een voorontwerp aanpassing enquêterecht met (concept) Memorie van Toelichting ("MvT") op tafel. Tot 30 december 2009 is aan belanghebbenden door het Ministerie van Justitie de gelegenheid geboden om op het voorontwerp te reageren, "bij voorkeur met concrete tekstvoorstellen".<sup>3</sup>

Bij de gedachtevorming heeft het ministerie het SER advies Evenwichtig Ondernemingsbestuur van 15 februari 2008 betrokken.<sup>4</sup> Maar het voorontwerp leunt ook sterk op een evaluatie van het enquêterecht door de minister, bestaande uit "rondetafelgesprekken" met wetenschappers en gebruikers van het enquêterecht, en op een empirisch onderzoek naar het enquêterecht onder leiding van Cools, Geerts, Kroeze en Pijls.<sup>5</sup> Daaruit is gebleken dat het enquêterecht door de bank genomen naar tevredenheid werkt en vooral ook efficiënt is als methode van geschillenbeslechting bij niet-beursvennootschappen; laatstgenoemde geschillen maken 94% van het totaal uit.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Wet van 10 september 1970, Stb. 1970, 411.

<sup>2</sup> Art. 2:349a lid 2 BW. SER adviezen 1988/14 en 1989/21, te vinden op [www.ser.nl](http://www.ser.nl).

<sup>3</sup> Zie [www.internetconsultatie.nl/enqueterecht](http://www.internetconsultatie.nl/enqueterecht) (Overheid.nl) en [www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/enqueterecht](http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/enqueterecht).

<sup>4</sup> Advies 2008/01 Evenwichtig Ondernemingsbestuur van 15 februari 2008, uitgebracht aan de Ministers van Economische Zaken, Financiën, Justitie en Sociale Zaken en Werkgelegenheid, te vinden op [www.ser.nl](http://www.ser.nl). Bij het Advies zijn 8 bijlagen gevoegd. Bijlage 8 bevat onder meer een Onderzoeksrapport ten behoeve van de SER Commissie Evenwichtig Ondernemingsbestuur van de hoogleraren Van der Elst, De Jong en (Theo) Raaijmakers, gedateerd 24 oktober 2007 ("Onderzoeksrapport"). Een echo van de daarin vervatte kritische beschouwingen over het enquêterecht (par. 3.9) keert terug in het SER Advies, waarvan een ontwerp op 1 november 2007 was verschenen ter bespreking in de achterbannen van de organisaties die in de commissie zijn vertegenwoordigd.

<sup>5</sup> *Het recht van enquête, een empirisch onderzoek* (2009), IVO-reeks deel 65, aangeboden aan de Tweede Kamer op 2 maart 2009, *Kamerstukken II*, 2008-2009, 29 752, nr. 8. In zijn brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 12 november 2007 over 'Modernisering van het ondernemingsrecht' (*Kamerstukken II*, 2007-2008, 29 752, nr. 5) kondigde de Minister van Justitie dit empirische onderzoek aan.

<sup>6</sup> MvT p. 6 met een verwijzing naar het in de vorige noot genoemde empirische onderzoek.

Om die reden neemt het ontwerp niet over het voorstel van de SER om enquêtegeschillen in twee feitelijke instanties te beslechten. Dat zou volgens de toelichting op het voorontwerp aan die efficiëntie afbreuk doen.<sup>7</sup> Dit is een gelukkige keus, die door het onderzoek van Kroeze c.s. van een overtuigend fundament is voorzien.<sup>8</sup>

Het verwachte effect van de nieuwe regeling is volgens het ministerie het beter functioneren van het enquêterecht als middel voor geschillenbeslechting.<sup>9</sup> Het gaat niet om een grondige herziening, maar om enkele aanpassingen. Wat zijn die voorgestelde wijzigingen? Het zijn er zeven. Drie aanpassingen betreffen de toegang tot het enquêterecht, de overige vier de rechtsbescherming tijdens de procedure (procespartijen, onderzoekers, onderzochten en tijdelijk benoemde bestuurders en commissarissen). De voorgestelde wijzigingen passeren hierna de revue, steeds met een kort commentaar, zonder pretentie van volledigheid.

## 2. De toegang tot het enquêterecht

### 2.1 Ontvankelijkheidsdrempels voor aandeelhouders

De ontvankelijkheidsdrempel voor aandeelhouders bij vennootschappen met een geplaatst kapitaal van meer dan € 22.5 miljoen wordt gewijzigd in: 1% van het geplaatst kapitaal of € 20 miljoen beurswaarde. Voor vennootschappen met een geplaatst kapitaal van € 22.5 miljoen of minder blijven de drempels uit 1971 gelden (dus ook als het om een beursvennootschap zou gaan): 10% van het geplaatst kapitaal of € 225.000 nominale waarde.<sup>10</sup>

Deze 'verzwaring' van de ontvankelijkheidsgrens voor aandeelhouders van 'zeer grote vennootschappen' werd door de VEB en Eumedion als adviserende leden van de SER gebillikt als 'een evenwichtige oplossing'.<sup>11</sup> En wel vanwege de stijging in de afgelopen 30 jaar van de marktkapitalisatie van beursvennootschappen door economische groei en Om een indruk te geven: medio 1961 bedroeg de marktkapitalisatie van Unilever NLG 19,8 miljoen (€ 9 miljoen). Op dit moment (november 2009) bedraagt die bijna € 36 miljard, 4.000 x zoveel dus (in 48 jaar). Zou de VEB nog eens een enquête willen beginnen bij Unilever<sup>12</sup>, dan zou zij op de basis van de voorgestelde 1%-regel dus € 360 miljoen aan beurswaarde achter zich moeten verzamelen. Dat is nogal wat en vandaar de alternatieve grens van € 20 miljoen beurswaarde.

De VEB is dan ook in haar razendsnelle reactie (persbericht van 29 oktober, de verschijningsdatum van het consultatiedocument) positief over het voorstel.<sup>13</sup> Wel meent zij dat de grens van € 20 miljoen aan beurswaarde niet werkt bij failliete beursvennootschappen, omdat de beurswaarde dan daalt naar nul. Maar de VEB zwijgt over de alternatieve drempel van 1% van het geplaatste kapitaal. Met een

<sup>7</sup> MvT p. 23/24.

<sup>8</sup> Anders P.N. Wakkie, Samenvatting van zijn bijdrage "Enquêteprocedure omkleden met meer waarborgen" aan het Van der Heijden-congres "Geschillen in de vennootschap" op 13 en 14 november 2009, die het niet aanvaardbaar acht dat beslissingen die voor de betrokken vennootschap (hij verduidelijkt tijdens de discussie: zowel beursvennootschap als niet-beursvennootschap) zulke grote gevolgen kunnen hebben, slechts in één feitelijke instantie worden behandeld.

<sup>9</sup> Zie "Verwachte effecten van de regeling" op [www.internetconsultatie.nl/enquêterecht](http://www.internetconsultatie.nl/enquêterecht).

<sup>10</sup> Voorontwerp, art. 2:346 aanhef en sub b en c (nieuw) BW.

<sup>11</sup> MvT p. 27 en p. 6. Het SER Advies noemt het enquêteverzoek een 'relatief laagdrempelig instrument' (par. 4.1.2). Het Onderzoeksrapport (zie noot 4) gewaagt van een 'zeer laagdrempelig instrument', terwijl de adviserende SER-leden VEB en Eumedion van mening waren dat het enquêterecht geen laagdrempelig middel is (par. 2.3 van het SER Advies).

<sup>12</sup> ARO 2004, 145 (zie verzoeker 27).

<sup>13</sup> Persbericht "Voorgestelde wetgeving voldoet niet in geval van faillissement", [www.veb.net](http://www.veb.net).

verwaarloosbare beurswaarde van het aandeel na een faillissement van de desbetreffende vennootschap is die 1% veel makkelijker te halen.<sup>14</sup>

Iedereen tevreden dus? Nee, twee Peters (Peter Paul de Vries en Peter Wakkie) blijven moedig weerstand bieden tegen dit poldercompromis, overigens vanuit diametraal verschillende invalshoeken. De Vries is tegen de verhoogde drempel voor grote vennootschappen.<sup>15</sup> Hij vindt de uiteindelijk bereikte oplossing, anders dan zijn opvolger Jan Maarten Slagter, niet evenwichtig. Hij meent dat de minister met het ontwerp opkomt voor wanbeleid plegende bestuurders en noemt daarbij de ex-top van Ahold, Landis, Fortis, LCI, KPNQwest en Rodamco North America. De enquêteprocedures bij die vennootschappen zouden niet of minder snel hebben plaats gehad indien destijds al de verhoogde drempel had gegolden. Bij ruim meer dan de helft van de AEX-fondsen wordt het met de nieuwe drempel moeilijker om wanbeleid aan de kaak te stellen, aldus nog steeds De Vries.

Een nuancering is op zijn plaats. De gevallen die De Vries noemt betreffen lang niet allemaal AEX fondsen. Voor midkapfondsen zoals Landis en LCI ziet De Vries kennelijk geen verzwaring. In de midkap is de 1% drempel soms zelfs makkelijker te bereiken dan de huidige € 225.000 nominaal. Ik neem als (bestaand) voorbeeld beursvennootschap X, waarvan de aandelen een nominale waarde hebben van € 0,04. € 225.000 nominale waarde komt neer op ruim 5,6 miljoen aandelen. Het geplaatste kapitaal bestaat uit 54 miljoen aandelen. Het is dus nu al iets makkelijker om 10% van X in handen te krijgen dan € 225.000 nominaal. Volgens het voorontwerp wordt het in de toekomst 10 keer makkelijker om een enquête bij X te beginnen, als de grens naar 1% gaat (540.000 aandelen zijn dan voldoende). De voorgestelde aanpassing is dus niet in alle gevallen een verzwaring, maar soms een aanmerkelijke verlichting.

Tegenover het betoog van De Vries staat dat van Wakkie.<sup>16</sup> Hij heeft juist oog voor die gevallen waarin het begrip wanbeleid in een meer neutrale context is toegepast (volgens hem moeten we dat geen wanbeleid noemen), zoals een conflict met aandeelhouders over informatievoorziening of een biedprocedure. De voorgestelde grens van € 20 miljoen beurswaarde komt bij Unilever overeen met slechts 5/100<sup>e</sup> van een procent van het geplaatste kapitaal. Dat staat evident in geen enkele verhouding tot de mogelijk ingrijpende gevolgen van een enquête of onmiddellijke voorzieningen voor de *stakeholders* van de betrokken vennootschap, aldus nog steeds Wakkie (met *stakeholders* worden hier denk ik niet tevens de aandeelhouders bedoeld). Wakkie stelt voor één grens van 10% van het kapitaal. Bij Unilever dus € 3,6 miljard aan beurswaarde, bij Ahold thans ruim € 1 miljard. Dit schiet wat mij betreft te veel door naar de andere kant. Het compromis uit het voorontwerp (de toelichting erkent dat elke grens iets willekeurig heeft) lijkt mij, gelet op de instemming daarmee van VEB en Eumedion ten tijde van het SER-beraad, de best verdedigbare oplossing.

## 2.2 Houders van niet bewilligde certificaten

<sup>14</sup> Het aandeel van het failliete Ceteco NV wordt bijvoorbeeld nog steeds verhandeld (op de incurante markt) en wel voor rond de 4 eurocent per aandeel. Zou de VEB een enquête willen verzoeken bij Ceteco, dan zou dat haar onder de voorgestelde regeling slechts een investering van (1% van 8.614.000 uitstaande aandelen x 0.04 =) EUR 3.446 kosten om ontvankelijk te zijn. Onder de huidige regeling kost het de VEB EUR 34.460.

<sup>15</sup> Opiniestuk in het FD van 19/11/09. Overigens zat De Vries tot 1 oktober 2007 namens de VEB als adviserend lid in de SER.

<sup>16</sup> Zie voetnoot 8.

In de wet wordt opgenomen dat houders van certificaten die zonder medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven niet gerechtigd zijn om een enquête te verzoeken.<sup>17</sup> Deze beperking tot wat men wel noemt bewilligde certificaten staat op dit moment niet in de wet en heeft er ook nooit ingestaan.

De MvT bevat op p. 3 een samenvatting van de voorgestelde aanpassingen, maar deze staat er niet bij. Wij lezen dat van de gelegenheid gebruik is gemaakt om "te verduidelijken" dat uitsluitend de houders van bewilligde certificaten worden meegeteld voor de ontvankelijkheidsgrens (MvT p. 28). Dit duidt erop dat de Minister dit niet als een inhoudelijke wijziging ziet: de huidige wet zou deze beperking al bevatten, maar het staat er alleen niet goed, zodat verduidelijking nodig is. Deze gedachte lezen we ook in het Handboek van Van der Grinten uit 1992<sup>18</sup>. Maar dat is niet zo.

In 1971 stond deze beperking niet in de wet. Bij de invoering van Boek 2 BW in 1974 is door Minister van Agt voorgesteld het enquêterecht alleen toe te kennen aan houders van bewilligde certificaten. Maar bij het amendement van onder anderen zijn partijgenoot Van Schaik is de toevoeging 'met medewerking der vennootschap uitgegeven' geschrapt.<sup>19</sup> Het voorontwerp draait dat amendement nu dus terug, maar zonder dat dit wordt onderkend.

De MvT (op p. 5) bevat het argument dat alleen houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven in een vennootschappelijke relatie tot de vennootschap staan en dat daarom alleen aan hen het enquêterecht behoort toe te komen. Dat standpunt komt overeen met dat van Van Agt in 1974 en we lezen hetzelfde bij Van der Grinten<sup>20</sup> en Van den Ingh<sup>21</sup>. Er is ook zeker iets voor te zeggen, maar de kamer heeft anders beslist na het laatste woord van het lid Van Schaik. Hij vroeg aandacht voor het geval van certificering, buiten de vennootschap om, ter bundeling van familiale belangen. De certificaathouder heeft dan meestal nauwelijks rechten uit de certificeringsverhouding. Van Schaik meende dat het in de praktijk gewenst voorkomt dat bij zulke benarde certificaathouders juist het dreigen met een enquête een goed en preventief middel is om het bestuur van de vennootschap tot een beleid te bewegen dat ook ten opzichte van hen redelijk en billijk is.<sup>22</sup> Ik heb sympathie voor die gedachte. Inmiddels heeft de Hoge Raad in zijn Scheipar-beschikking uit 2003 het belang bij een enquêteverzoek van de louter economische certificaathouder erkend.<sup>23</sup> Mocht deze terugkeer naar de opvatting van Van Agt een bewuste keuze zijn, dan is een nadere toelichting van de Minister op deze koerswijziging wel noodzakelijk, ook waar het gaat om het effect hiervan op de Scheipar-jurisprudentie. Is werkelijk beoogd om deze rechtsontwikkeling terug te draaien?

### 2.3 De rechtspersoon als enquêtegerechtigde

---

<sup>17</sup> Voorontwerp, art. 2:346 aanhef en sub b en c (nieuw) BW: 'certificaten van aandelen die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven'.

<sup>18</sup> *Handboek* nr. 362.

<sup>19</sup> Amendement nr. 27 op wetsontwerp 11 005, Vaststelling van de hoofdstukken 1 en 6 van de Invoeringswet Boek 2 nieuw BW, vergaderjaar 1973-1974.

<sup>20</sup> Zie voetnoot 18.

<sup>21</sup> F.J.P. van den Ingh, *Certificaathouder en enquêterecht*, TvOB 2004, p. 226 e.v. op p. 227.

<sup>22</sup> Verslag van de vergadering van de vaste commissie voor justitie van de Tweede Kamer van 26 augustus 1974, zitting 1973-1974, p. D47-D48.

<sup>23</sup> HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 486, m. nt. Ma; *JOR* 2003/161, m. n. Josephus Jitta. Zie ook OK 17 februari 2009, *JOR* 2009/129 m.nt. Van Solinge (*Butôt*).

Volgens het voorontwerp kan ook de rechtspersoon een enquêteprocedure beginnen. Elke rechtspersoon die het voorwerp kan zijn van een enquête kan dus een onderzoek naar zijn eigen beleid verzoeken, inclusief onmiddellijke voorzieningen en een verzoek tweede fase (vaststelling wanbeleid en/of voorzieningen na enquête).<sup>24</sup>

Over *het beginsel* van deze vorm van vennootschappelijke zelf-inquisitie bestaat bij mijn weten momenteel geen controverse.<sup>25</sup> De OK stond het al eerder toe, totdat de Hoge Raad het in de De Vries Robbé-beschikking verbood.<sup>26</sup> Nu wordt het weer mogelijk. De bedoeling hiervan is volgens de MvT vooral om bij een conflict tussen ondernemingsleiding en algemene vergadering van aandeelhouders ook de rechtspersoon het initiatief tot een enquête te bieden. Geen zelf-inquisitie dus, maar *equality of arms* in 'vechtenquêtes'.<sup>27</sup> Onder bijzondere omstandigheden kan volgens de MvT wellicht ook behoefte zijn aan een oordeel over het gedrag van een vorig bestuur dan wel een ander orgaan van de rechtspersoon.<sup>28</sup> Geldt dit ook voor het gedrag van het zittende bestuur? Onwaarschijnlijk. Welk bestuur gaat materieel tegen zichzelf procederen?

Willems heeft vanuit dit gezichtspunt dan ook kritiek op de uitwerking van deze regeling.<sup>29</sup> Hij stelt vast dat de RvC als orgaan zonder externe vertegenwoordigingsbevoegdheid niet zelfstandig een enquête kan uitlokken, bijvoorbeeld als er een conflict is tussen RvC en bestuur. Dat is op zichzelf juist (ik laat even daar de mogelijkheid dat de RvC wegens een tegenstrijdig belang van een of meer bestuurders toch vertegenwoordigingsbevoegd zou zijn).<sup>30</sup> Maar dit probleem – beslechting van een geschil tussen RvC en bestuur op initiatief van de RvC - is kennelijk niet een probleem waarvoor de wetgever primair een oplossing zoekt. Wellicht komt dat omdat het een meer algemeen probleem is: hoe kan de toezichthouder/*non-executive* actief handelen van de bestuurder, de *executive*, afdwingen?

De RvC heeft bepaalde machtsmiddelen om het bestuur onder druk te zetten (dreiging met schorsing, publiciteit zoeken, opstappen) met als mogelijk gevolg dat aandeelhouders of vakbonden een enquête zullen verzoeken. De vraag is of daaraan een zelfstandige enquêtebevoegdheid voor de RvC moet worden gekoppeld. Ik neig naar een ontkennend antwoord. Doen we het wel, dan wordt het in mijn ogen steeds minder verdedigbaar dat alleen de ondernemingsraad *geen* enquêtebevoegdheid heeft (zoals de MvT verdedigt, zij het op weinig overtuigende gronden, die al in 2001 door een deel van de SER weerlegd zijn).<sup>31</sup>

<sup>24</sup> Voorontwerp art. 2:346 aanhef en sub d (nieuw) BW.

<sup>25</sup> Overbodigheid in het licht van art. 2:346 aanhef en sub c is bij mijn weten het enige dat redelijkerwijs tegen dit beginsel kan worden ingebracht. Eumedion en VEB waarschuwden alleen voor mogelijk misbruik van deze bevoegdheid: MvT p. 14.

<sup>26</sup> HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225. Zie MvT p. 13.

<sup>27</sup> MvT p. 14-15. 'Vechtenquête' is een alternatieve benaming voor het type enquêtegeding dat door Hermans 'antagonistisch' wordt genoemd: R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, in: Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003, deel 72 VHI (2003), p. 113 e.v.

<sup>28</sup> MvT p. 16.

<sup>29</sup> J.H.M. Willems in zijn bijdrage "*Het enquêterecht in de revisie*" aan het Van der Heijden-congres "Geschillen in de vennootschap" op 14 november 2009.

<sup>30</sup> Zie artikel 2:146/256 BW. Een van de onduidelijkheden van deze bepaling is de vraag of de bijzondere vertegenwoordigingsbevoegdheid van de RvC tevens de bevoegdheid tot het aangaan van rechtshandelingen namens de vennootschap zonder bestuursbesluit impliceert. De rechtbank Arnhem (19 april 2006, LJN:AX7432) was van oordeel dat buiten 'bijzondere omstandigheden' aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de RvC op grond van art. 2:256 BW steeds een bestuursbesluit of in ieder geval instemming van het bestuur ten grondslag moet liggen. Onduidelijk blijft welke bijzondere omstandigheden de rechtbank op het oog heeft. Overigens heeft de Tweede Kamer op 8 december 2009 het wetsontwerp Bestuur en Toezicht (31 763) aangenomen, dat art. 2:146/256 BW doet vervallen.

<sup>31</sup> Zie bijlage 5 bij het SER Advies Evenwichtig Ondernemingsbestuur.

### 3. Rechtsbescherming

#### 3.1 Noodzaak van belangenafweging bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen; toetsing door de Ondernemingskamer

Volgens het voorontwerp wordt in de wet vastgelegd dat een belangenafweging vereist is voor de toewijzing van onmiddellijke voorzieningen.<sup>32</sup> De MvT legt uit dat dit niets anders is dan codificatie van bestaande jurisprudentie, in het bijzonder de DSM-beschikking van de Hoge Raad van 14 december 2007.<sup>33</sup> Waarom dit dan nog expliciet in de wet vastleggen? Bestaat de vrees dat de OK zich anders onvoldoende aan de Hoge Raad gelegen laat liggen? Daarvan blijkt niets uit de MvT. Terecht. Voorbeelden daarvan ken ik niet. Ik lees geen nadere uitleg in de toelichting, behalve dan dat ook de SER op deze vastlegging had aangedrongen.

De SER wilde echter nog verder gaan. Van de bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen moest slechts terughoudend gebruik worden gemaakt: "Anders gaat het niet meer om het achteraf beoordelen van ondernemersbeslissingen, zoals eigenlijk zou moeten in het vennootschapsrecht, maar neemt de rechter zelf de stuurknuppel over. 'Dat bestaat zo nergens ter wereld.'"<sup>34</sup> Die extra terughoudendheid wilde de SER bereiken door een oriëntatie van de OK op de Amerikaanse *business judgment rule* bij haar oordeel of een onmiddellijke voorziening vereist is. En overigens ook bij de beoordeling of sprake is van wanbeleid of gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.<sup>35</sup> Terecht neemt het consultatievoorstel deze gedachte niet over.

Daarbij wordt in de MvT overigens opgemerkt dat de aandachtspunten die uit de Amerikaanse jurisprudentie naar voren komen ook in het Nederlandse kader behulpzaam kunnen zijn, in het bijzonder waar die aandachtspunten de rechter zouden dwingen tot een diepgaandere motivering van zijn oordeel.<sup>36</sup> Twee observaties hierover.

De *business judgment rule* is een toetsingsnorm die ontwikkeld is voor de beoordeling achteraf van aansprakelijkheid van bestuurders. Dat is wat anders dan toetsing van ondernemingsbeleid in het enquêterecht. Daar komt bij dat gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen (of gronden voor wanbeleid) ook gelegen kunnen zijn in een conflict of patstelling binnen de algemene vergadering van aandeelhouders. Een norm voor aansprakelijkheid van bestuurders helpt daarbij niet. Dat geldt ook voor de toetsing van de vraag of een onmiddellijke voorziening vereist is in het belang van de rechtspersoon. Het gaat daarbij mijns inziens niet primair om het (vooraf of achteraf) beoordelen van ondernemersbeslissingen, maar om wat nodig is vanuit het belang van de vennootschap. De toelichting op het voorontwerp ademt dezelfde geest.<sup>37</sup>

De tweede observatie betreft de opmerking in de MvT dat niettemin de aandachtspunten die uit de Amerikaanse jurisprudentie naar voren komen ook in het Nederlandse kader

<sup>32</sup> Voorontwerp art. 2:349a lid 2 (nieuw) BW: "Indien gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken een onmiddellijke voorziening vereist is", etc. De terminologie sluit aan bij art. 2:8 lid 1 BW.

<sup>33</sup> NJ 2008, 105 m. nt. Maeijer, JOR 2008/11 m. nt. Doorman. MvT p.20.

<sup>34</sup> Citaat toegeschreven aan onafhankelijk commissielid Timmerman in het persbericht dat de SER op 15 februari 2008 uitgaf bij de presentatie van zijn rapport Evenwichtig Ondernemingsbestuur. Die stuurknuppel is een fraai beeld, waarbij de associatie opdoemt van de onderneming als *private jet* die wordt bestuurd door de rechter als potentiële brokkenpiloot.

<sup>35</sup> SER Advies Evenwichtig Ondernemingsbestuur, aanbeveling c) op p. 6. MvT p. 18.

<sup>36</sup> MvT p. 20 overlappend op p. 21.

<sup>37</sup> In vergelijkbare zin reeds Kroeze, *Ondernemingsrecht en politiek: de SER als wegbereider*, NJB 2008, p. 774 e.v. op p. 775. Assink reageert op deze kritiek op p. 131 e.v. van zijn preadvies 2009 voor de Vereeniging Handelsrecht, *Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur*. De ruimte ontbreekt om daarop nader in te gaan.

behulpzaam kunnen zijn, in het bijzonder waar die aandachtspunten de rechter zouden dwingen tot een diepgaandere motivering van zijn oordeel. De toelichting stelt voorop dat de vraag of sprake is van gegronde redenen of wanbeleid uitsluitend aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden beoordeeld. Als voorbeeld van Amerikaanse inspiratie voor het Nederlandse recht noemt de Minister dat voor de hand ligt dat de rechter daarbij onderscheidt tussen gevallen waarin het bestuur al dan niet een tegenstrijdig belang heeft.<sup>38</sup>

Nu hangt het antwoord op de vraag of het bestuur een belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap ook weer af van de relevante omstandigheden van het concrete geval.<sup>39</sup>

In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht<sup>40</sup> worden om die reden geen *per se* voorbeelden van tegenstrijdig belang opgevoerd. Dat was nog anders in de concept toelichting op het consultatievoorstel Bestuur en Toezicht. Daarin werden als voorbeelden van tegenstrijdig belang genoemd: de bestuurder die tevens een functie vervult bij een andere vennootschap 'of waar hij in privé een belang heeft bij de transactie'. In een overnamesituatie werd als voorbeeld genoemd de bestuurder die een substantieel aandelen- en/of optiepakket houdt in de vennootschap, dan wel aandelen en/of afgeleide rechten in deieder.<sup>41</sup> Tijdens de consultatie (uit 2008) is kritiek geuit op die voorbeelden, omdat afhankelijk van de omstandigheden het persoonlijk belang van de bestuurder niet strijdig hoeft te zijn met het vennootschappelijk belang. De belangen kunnen parallel lopen en dan heeft het bestuur (wel een persoonlijk maar) geen tegenstrijdig belang. Deze visie is vervolgens in de definitieve toelichting op het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht overgenomen.

En ook nu lijkt dat weer nodig. De MvT bevat toch weer een *per se* voorbeeld van tegenstrijdig belang, namelijk het activeren van een beschermingsconstructie:

*"Naar mijn mening ligt voor de hand dat de rechter daarbij onderscheidt tussen gevallen waarin het bestuur al dan niet een tegenstrijdig belang heeft. Bijvoorbeeld in het geval dat het bestuur een beschermingsconstructie inroept, is er aanleiding om het desbetreffende bestuursbesluit verdergaand te toetsen dan wanneer een persoonlijk belang ontbreekt".<sup>42</sup>*

Hier staat dat het bestuur bij het activeren van een beschermingsconstructie een tegenstrijdig belang heeft. Want als met 'persoonlijk belang' aan het eind van het citaat niet tevens een tegenstrijdig belang bedoeld wordt, is het geen voorbeeld van een situatie waarbij de rechter onderscheidt maakt tussen wel en geen tegenstrijdig belang. Het treffen van een beschermingsmaatregel wordt op deze manier bij voorbaat verdacht gemaakt. Terwijl toch eerst zal moeten worden vastgesteld dat het persoonlijke belang van het bestuur niet parallel loopt aan dat van de vennootschap. Ik vermoed dat de Minister niet bedoelt te zeggen dat het activeren van een beschermingsconstructie een *per se* geval van tegenstrijdig belang is. De MvT verwijst in een eerdere passage immers

---

<sup>38</sup> MvT p. 21.

<sup>39</sup> HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 m.nt. Maeijer, JOR 2007/169, m. nt. Leijten en nt. Bartman (*Bruil*).

<sup>40</sup> *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 763, nr. 3. Zie noot 29.

<sup>41</sup> Memorie van Toelichting op het consultatiedocument, p. 10/11. De consultatiestukken zijn niet meer op de website van het Ministerie van Justitie te vinden.

<sup>42</sup> MvT p. 21.

naar een onderdeel van de *business judgment rule*, te weten de *modified business judgment rule* of *enhanced scrutiny test* die toepasselijk is op overnamesituaties.<sup>43</sup> Volgens de MvT wordt deze zwaardere toets uit het recht van Delaware toegepast omdat bij het treffen van beschermingsmaatregelen tegen een vijandige overname een persoonlijk belang van het bestuur wordt verondersteld.<sup>44</sup> Maar daarmee is nog niet tevens gegeven dat het bestuur ook een tegenstrijdig belang heeft. Het wordt begrijpelijker als in de eerste zin van het bovenstaande citaat zou staan dat voor de hand ligt dat de rechter daarbij onderscheidt tussen gevallen waarin het bestuur al dan niet een *persoonlijk* belang heeft. De tweede zin zou dan tot uitdrukking kunnen brengen dat bij het inroepen van een beschermingsconstructie niet zelden persoonlijke belangen van bestuurders een rol spelen en dat in dat geval moet worden onderzocht of tevens sprake is van een tegenstrijdig belang. Is dat het geval, dan is een strengere toets op zijn plaats. Van een nieuwe ontwikkeling in de enquêterechtspraak getuigt dit alles overigens niet. Bestudering van de *modified business judgment rule* leidt tot de conclusie dat die niets toevoegt aan de bestaande enquêterechtspraak van de Hoge Raad over beschermingsconstructies.<sup>45</sup> Zie ik het goed, dan is in de praktijk al sprake van een zekere oriëntatie – waar nuttig – op de aandachtspunten uit de Amerikaanse jurisprudentie, zodat een nader 'dwingen' van de rechter tot een diepgaandere motivering van zijn oordeel met behulp van die aandachtspunten een onnodige aansporing van de wetgever lijkt. De hierboven geciteerde passage op p. 21 van de MvT vervolgt:

*"Ontbreekt een persoonlijk belang, dan dient de rechter ervoor te waken dat hij op de stoel van de ondernemer plaats neemt."*

Hier zal dus naar ik aanneem bedoeld zijn: "Ontbreekt een *tegenstrijdig* belang, dan dient de rechter ervoor te waken dat hij op de stoel van de ondernemer plaats neemt". De loutere aanwezigheid van een persoonlijk belang zonder dat tevens spreke is van een tegenstrijdig belang is onvoldoende grond voor het plaatsnemen van de rechter op de stoel van de ondernemer of voor het overnemen van diens stuurknuppel.

### 3.2 Connexiteit tussen enquêteverzoek en verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen

Indien een onmiddellijke voorziening wordt getroffen terwijl nog geen enquête is gelast, beslist de OK binnen een redelijke termijn daarna op het enquêteverzoek.<sup>46</sup> De bedoeling van deze aanpassing is te voorkomen dat de door een onmiddellijke voorziening getroffen belanghebbende voor onbepaalde tijd onder (de onzekerheid van) die tijdelijke voorziening te lijden heeft. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming een begrijpelijk

<sup>43</sup> MvT p. 19. Zie hierover M.J. van Ginneken, *De passiviteitsgedachte in het Amerikaanse recht*, in: Handboek Openbaar Bod, Serie Onderneming & Recht, deel 46 (2008), p. 1082-1084. De MvT verwijst naar de dissertatie van Assink.

<sup>44</sup> MvT p. 19. Van Ginneken, t.a.p., laat zien dat in de praktijk deze toets uit de *Unocal* beslissing van de Delaware Supreme Court veelal niet zwaarder uitpakt dan die van de *business judgment rule*. Volgens de *modified business judgment rule* moet het bestuur eerst aantonen (i) dat het bestuur redelijke gronden heeft om aan te nemen dat een bedreiging bestaat voor *corporate policy and effectiveness* en (ii) dat de beschermingsmaatregel redelijk was in verhouding tot de op handen zijnde bedreiging. Lukt dat, dan geniet het bestuur alsnog de bescherming van de *business judgment rule*.

<sup>45</sup> De uitspraak inzake RNA (HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286 m. nt. Ma, *JOR* 2003/110 m. nt. Blanco Fernandez) sluit aan op de regels uit *Unocal*, waarin de *modified business judgment rule* is neergelegd. Zie de vorige voetnoot en Van Ginneken, t.a.p. p. 1067 en 1093. Uit zowel *Unocal* als *ABN Amro* (HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434 m.nt. Ma, *JOR* 2007/178 m.nt. Nieuwe Weme) blijkt dat het bestuur onder omstandigheden beschermingsmaatregelen mag treffen.

<sup>46</sup> Voorontwerp art. 2:349a lid 3 (nieuw) BW.



streven, maar de toelichting noemt geen voorbeelden uit het verleden waarin dit belang door uitstel van de beslissing op het enquêteverzoek in de knel is gekomen. Ik ken die voorbeelden ook niet. Absoluut is deze nieuwe norm dan ook niet. Als partijen tijd willen om in onderling overleg tot een oplossing te komen, kan de OK de beslissing op het enquêteverzoek uitstellen. Er is dan volgens de toelichting nog steeds sprake van een redelijke termijn.<sup>47</sup>

### *3.3 Hoor en wederhoor in onderzoeksfase*

De onderzoekers moeten de in hun verslag genoemde personen in de gelegenheid stellen om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben, aldus het voorgestelde nieuwe lid 4 van artikel 2:351 BW. Dit is een uitwerking van het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor.<sup>48</sup> De voorgestelde aanvulling is grotendeels al bestaande praktijk, maar het is goed dat die wordt vastgelegd, want er is geen jurisprudentie over. Het lijkt wat mager, want de roep om meer richtlijnen voor onderzoekers is alom hoorbaar.<sup>49</sup> Het voorontwerp wil echter waken voor een gedetailleerde regeling, omdat het onderzoek moet worden toegesneden op de omstandigheden van het geval. De toelichting bevat voorts een passage, waarin we lezen dat de secretaris onder verantwoordelijkheid van de voorzitter van de OK het proces van het onderzoek bewaakt en vragen van de onderzoeker beantwoordt. De vormgeving van de aandachtspunten van het onderzoek wordt aan de OK overgelaten. De OK heeft aan het ministerie laten weten dat zij jegens procespartijen meer bekendheid zal geven aan die aandachtspunten.<sup>50</sup> Hoe dat zal gebeuren staat er niet bij.

### *3.4 Aansprakelijkheid van onderzoekers en andere door de OK benoemde tijdelijke functionarissen*

Het voorontwerp bepaalt dat als een onderzoeker aansprakelijk wordt gesteld wegens zijn functioneren, de vennootschap opdraait voor de redelijke kosten van verweer (niet voor de gevolgen van eventuele vastgestelde aansprakelijkheid).<sup>51</sup> De OK kan hetzelfde bepalen met betrekking tot tijdelijk benoemde bestuurders en commissarissen.<sup>52</sup> Wat ontbreekt, is de mogelijkheid om hetzelfde te bepalen ten behoeve van degenen die door de OK worden aangewezen om aandelen ten titel van beheer te houden; ik zou menen dat een uitbreiding naar deze personen gewenst is.

De toelichting merkt op dat de vennootschap aan haar verplichting kan voldoen door een verzekering af te sluiten die alleen dekking biedt tegen de kosten van verweer.<sup>53</sup> Er staat niet bij of dergelijke polissen op redelijke voorwaarden te koop zijn. Een beter systeem om met dit probleem om te gaan is er denk ik niet, want de overheid voelt zich niet geroepen om voor deze kosten in te staan. Is de vennootschap failliet, dan zal het onderzoek alleen door kunnen gaan als de verzoeker de onderzoekskosten fourneert.<sup>54</sup>

---

<sup>47</sup> MvT p. 33.

<sup>48</sup> MvT p. 26.

<sup>49</sup> Voorbeelden daarvan geeft de MvT op p. 26.

<sup>50</sup> MvT p. 27.

<sup>51</sup> Voorontwerp art. 2:350 lid 3 (nieuw) BW.

<sup>52</sup> Voorontwerp art. 2:357 lid 4 (nieuw) BW.

<sup>53</sup> MvT p. 34/35.

<sup>54</sup> Vgl. HR 26 juni 2009, *JOR* 2009/193 m. nt. Van Mierlo (*KPNQwest*).

Daar zal dan in de toekomst ook een potje of een verzekering bij horen ter dekking van eventuele kosten van verweer door de onderzoeker(s).

#### **4. Tot besluit**

Het is de vraag of deze zeven wijzigingen tezamen genomen tot betere geschillenbeslechting leiden. Ontvankelijkheidseisen in het enquêterecht hebben vooral een rechtspolitieke achtergrond en wijzigingen daarin verruimen of beperken het toepassingsgebied van het enquêterecht. Op zichzelf leiden dergelijke wijzigingen (de eerste drie) niet tot een betere geschillenbeslechting. De vier overige wijzigingen vormen in meerderheid een wenselijke verbetering van de rechtsbescherming in de enquêteprocedure. Als zodanig kunnen zij leiden tot een betere geschillenbescherming zoals Justitie beoogt. Maar belangrijker dan wat er in de herziene regeling komt te staan is hoe de OK ermee zal omgaan.

*A.F.J.A. Leijten*