

VERENIGING VAN EFFECTENBEZITTERS

veb

Vereniging van Effectenbezitters
Postbus 240, 2501 CE Den Haag, Nederland
Bezoekadres: Amallastraat 7, Den Haag

Tel.: +31 (0)70 313 00 00
Fax: +31 (0)70 313 00 99
internet: www.veb.net
E-mail: info@vet.net

PER E-MAIL:

EN PER POST

Ministerie van Justitie
Directie Wetgeving, sector Privaatrecht

Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG
NEDERLAND

Den Haag, 8 januari 2010

Referentie JMS/pc/ml/2010002

Betreft Reactie op het conceptwetsvoorstel aanpassing enquêterecht

Geachte

De Vereniging VEB NCVB ('VEB') heeft met interesse het conceptwetsvoorstel voor de wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassingen van het recht van enquête ('het conceptwetsvoorstel') bestudeerd. De VEB maakt graag gebruik van de mogelijkheid op dit conceptwetsvoorstel te reageren.

De VEB is niet overtuigd van de noodzaak voor een wijziging van het bestaande recht van enquête en wordt in die overtuiging gesteund door de empirische resultaten uit het onderzoek "Het recht van enquête, Een empirisch onderzoek" uit februari 2009.¹ Uit dat onderzoek blijkt dat de afgelopen jaren geen sprake is geweest van misbruik van het recht van enquête noch dat door belanghebbenden ondoordacht met de mogelijkheid van een enquêteverzoek of het vragen van (voorlopige) voorzieningen is omgegaan. De VEB heeft de afgelopen twintig jaar geregeld om een enquêteonderzoek verzocht om misstanden binnen beursvennootschappen aan het licht te brengen. In bijna alle gevallen waarin de VEB om een enquêteonderzoek verzocht, concludeerde de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam ('de OK') dat er inderdaad redenen waren om te twijfelen aan een juist beleid danwel dat sprake was van wanbeleid.

De wetgever geeft echter blijk van het voornemen het recht van enquête toch aan te passen. In het conceptwetsvoorstel wordt voorgesteld het recht van enquête op verschillende onderdelen aan te passen. Het betreft onder meer een nieuw criterium voor grote vennootschappen voor

¹ Het onderzoek is uitgevoerd onder verantwoordelijkheid van het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen en de Erasmus Universiteit Rotterdam en stond onder leiding van prof. Dr. K. Cobis, mr. dr. P.G.F.A. Geerts, prof. Mr. dr. M.J. Kroeze en mr. drs. A.W.C. Pijs.

de toegang tot de enquêteprocedure en ook de rechtspersoon krijgt het recht om zelf om een enquête te verzoeken. Tevens wordt de in de jurisprudentie vastgelegde regel dat ook bij het toewijzen van onmiddellijke voorzieningen een belangenafweging dient te worden gemaakt en ook dat na het treffen van onmiddellijke voorzieningen de OK binnen redelijke termijn moet besluiten of een onderzoek plaatsvindt. Voor onderzoekers en tijdelijk aangestelde bestuurders en commissarissen wordt het aansprakelijkheidsrisico beperkt.

De VEB heeft enkele bezwaren tegen bepaalde onderdelen van het conceptwetsvoorstel. Het commentaar is hieronder, grotendeels artikelsgewijs, uitgewerkt.

Gezien het voornemen van de wetgever tot aanpassing van het recht van enquête is dit het uitgelezen moment om een oplossing te creëren voor een prangend vraagstuk in het enquêterecht. Het betreft het verzoek tot enquête en het enquêteonderzoek bij een vennootschap die in surséance van betaling of faillissement verkeert. De huidige situatie, waarbij verzoekers in enquête geconfronteerd kunnen worden met de beschikking dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een onderzoek wordt gelast maar dat de vennootschap geen verhaal biedt voor de kosten, is volgens de VEB zeer ongewenst. Daarmee komt de waarheidsvinding op losse schroeven te staan en bestaat de mogelijkheid dat ongewenst gedrag met een mogelijk grote impact op de samenleving niet gesanctioneerd wordt. In het conceptwetsvoorstel wordt het bestaan van deze ongewenste situatie gesignaleerd maar wordt geen aanleiding gezien een algemene regeling te ontwerpen. De VEB betreurt dit en zal in deze consultatiereactie een voorstel doen voor een dergelijke regeling.

Toegang tot de enquêteprocedure (art. 2:346 en 349 BW)

In de bestaande regeling kunnen houders van aandelen of met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen die ten minste 1/10 van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, of een nominale waarde hebben van € 225.000, of zoveel minder als de statuten bepalen een enquêteverzoek indienen. Deze regeling blijft bestaan voor kleine (beurs)vennootschappen, te weten vennootschappen met een geplaatst kapitaal van minder dan € 22,5 miljoen. Voor grote (beurs)vennootschappen – met een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen – worden nieuwe criteria geïntroduceerd. De nieuwe regeling houdt in dat aandeelhouders en certificaathouders die ten minste 1/100 van het geplaatst kapitaal vertegenwoordigen of een beurswaarde van ten minste € 20 miljoen ten tijde van het indienen van het verzoekschrift vertegenwoordigen, kunnen verzoeken om een enquête.²

Volgens de Memorie van Toelichting ('MvT') dienen de eisen die aan kapitaalverschaffers worden gesteld te worden verzwagd, omdat de huidige regeling onvoldoende garandeert dat aandeelhouders en certificaathouders van grote vennootschappen een voldoende substantieel belang in de vennootschap vertegenwoordigen. De bestaande regeling is onvoldoende evenwichtig, aldus de MvT.³ Het oogt daarmee alsof er een relatie zou bestaan tussen het

² Deze nieuwe criteria sluiten aan bij de voorgestelde regeling in het SER-advies, evenwichtig ondernemingsbestuur, Publicatienummer 1, 2008, hoofdstuk 4.2, p. 58-60. De VEB en Eumedien hebben als adviserend lid deelgenomen aan de beraadslaging van de SER voor de totstandkoming van het SER-advies.

³ Memorie van Toelichting, p. 6, 27 en 28.

onvoldoende garanderen van een substantieel belang in de vennootschap en een oneigenlijk gebruik van het recht van enquête. Dat verband bestaat geenszins, zoals ook blijkt uit het eerder aangehaalde empirisch onderzoek. Veel meer moet worden gezien of de partijen die een verzoek hebben gedaan, van dat recht tot het indienen van een enquêteverzoek misbruik hebben gemaakt. Daarvan is naar mening van de VEB geen sprake. De vraag is daarom gerechtvaardigd of de toegang tot de enquêteprocedure wel verzaamd moet worden. De VEB ziet daartoe in ieder geval geen dringende noodzaak.

Als de toegang tot de enquêteprocedure dan toch dient te worden verzaamd, kan worden overwogen om maatschappelijke organisaties die zich bestendig hebben getoond in het opkomen voor de rechten van belanghebbenden bij een vennootschap en het enquêteonderzoek een zelfstandige toegang tot de enquêteprocedure te verschaffen.

Toegang tot het enquêterecht voor collectieve belangenbehartigers (art. 2:346 BW)

De voorgestelde wijziging van het enquêterecht ontbeert in art. 2:346 BW de bevoegdheid voor (bepaalde) collectieve belangenbehartigers ex art. 3:305a BW tot het indienen van een enquêteverzoek. De VEB wil een dergelijke aanpassing (binnen een beperkt kader) graag aanbevelen.

De VEB heeft in het verleden laten zien dat zij – niet alleen op basis van de reguliere en thans aan te passen ontvankelijkheidsbepalingen als kapitaalverschaffer doch – mede als collectieve belangenbehartiger en derhalve belanghebbende op bestendige en verantwoorde wijze van het enquêterecht bij Nederlandse (beursgenoteerde) ondernemingen gebruik heeft weten te maken. Van enig misbruik is nimmer sprake geweest.

De definiëring van het gerechtvaardigde belang staat bij het verlenen van een dergelijk recht aan een collectieve belangenorganisatie centraal. Naar de mening van de VEB zou de belangenbehartiger aan wie het enquêterecht wordt verleend moeten voldoen aan de volgende eisen:

- de gebruikmaking van het enquêterecht moet passen in het statutaire doel;
- de belangenbehartiger dient blijf te hebben gegeven van een bestendige aanwezigheid in het relevante maatschappelijke en vennootschapsrechtelijke kader waarbinnen zij op basis van haar statuten acteert;
- de belangenbehartiger dient blijf te hebben gegeven van een bestendig gedrag daar waar het haar acteren in het voornoemde kader betreft.

Dit betekent in casu dat de VEB voorstander is van een gekwalificeerde toegang van collectieve belangenbehartigers ex 3:305a BW tot het enquêterecht. De VEB herkent zich derhalve (ten dele) in de MvT daar waar het mogelijke misbruik van het enquêterecht langs deze weg wordt besproken. De VEB is van mening dat met aanscherping van het begrip collectieve belangenbehartiger langs voornoemde weg de opgeworpen bezwaren tegen een enquêterecht voor (een beperkte groep van) collectieve belangenbehartigers kunnen worden weggenomen.



In het SER-advies werd voorgesteld een koppeling aan te brengen tussen de drempel van het agenderingsrecht en het recht van enquête. Van deze koppeling wordt in het conceptwetsvoorstel afgezien. De VEB is het volledig eens met de overwegingen in de MvT dat een koppeling van het agenderingsrecht en het enquêterecht niet opportuun is omdat de verschillende rechten inhoudelijk anders van aard zijn. Via het agenderingsrecht kunnen de aandeelhouders de besluitvorming van de algemene vergadering beïnvloeden. Zij hebben recht op agendering indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. In tegenstelling tot een beroep op het enquêterecht vindt er geen rechterlijke toetsing van het verzoek plaats. De rechterlijke toets in het kader van een enquêteprocedure kan voorkomen dat ten onrechte om onmiddellijke voorzieningen of een onderzoek wordt verzocht. Een relatief lage drempel is gerechtvaardigd omdat het verkrijgen van openheid voor de minderheidsaandeelhouders een belangrijk doel is van het enquêterecht. De VEB is overigens een tegenstander van het afzonderlijk verhogen van de drempel van het agenderingsrecht zoals voorgesteld in het zogeheten wetsvoorstel Frijns.⁴ Voor de achtergronden van de bezwaren verwijst de VEB naar haar consultatiereactie op het conceptwetsvoorstel Frijns gericht aan het Ministerie van Financiën.⁵

De mogelijkheid voor de rechtspersoon om een enquête te verzoeken wordt opgenomen in art. 2:346 onderdeel d BW (nieuw). De regeling houdt in dat elke rechtspersoon, waarvan het beleid onderwerp van een enquête kan zijn, ook zelf bevoegd is om het desbetreffende verzoekschrift in te dienen. De VEB is hier niet principieel op tegen zoals ook blijkt uit de opmerkingen die de VEB en Eumedion hebben gemaakt in het SER-advies 'Evenwichtig Ondernemingsbestuur'.

Een dergelijk verzoek zal ingediend moeten worden door de vertegenwoordigers van de rechtspersoon. In het merendeel van de gevallen zal dat het bestuur van de rechtspersoon zijn. Het bestuur zal bij de afweging of er aanleiding bestaat een enquêteverzoek in te dienen in overeenstemming met het vennootschappelijk belang moeten handelen.

Gezien de driehoeksrelatie tussen het bestuur, de raad van commissarissen en de aandeelhoudersvergadering bij (beurs)vennootschappen, alsmede vanuit het oogpunt van een goede corporate governance, is de VEB van mening dat er binnen de vennootschap een extra toets moet komen of de feiten en omstandigheden dwingen tot het instellen van een enquête. Om toetsing van een toezichthoudend orgaan te waarborgen, stelt de VEB voor om in het wetsvoorstel op te nemen dat indien de rechtspersoon een enquêteverzoek indient dit de voorafgaande goedkeuring behoeft van het toezichthoudend orgaan van de rechtspersoon. Dit zal in geval van een (beurs)vennootschap de raad van commissarissen zijn.

Het is zeer gewenst dat de raad van commissarissen een belangrijke rol speelt bij de beslissing tot het indienen van een enquêteverzoek. In de MvT wordt geconstateerd dat de raad van commissarissen in de gelegenheid moet zijn de beslissing omtrent het starten van enquête te toetsen. Daarmee lijkt het alsof er een tijdmoment zou kunnen zitten tussen het indienen van het enquêteverzoek en de toetsing van dat besluit door de raad van commissarissen. Dat kan

⁴ Tweede Kamer 20082009, Kamerstukken 32 014.

⁵ Brief d.d. 15 februari 2008, VEB reactie conceptwetsvoorstel n.a.v. advies Monitoringcommissie Corporate Governance.

niet de bedoeling zijn. De VEB verzoekt de wetgever hier in de MvT meer specifiek op in te gaan. Het verdient tevens aanbeveling dat in de MvT aandacht wordt geschonken aan de besluitvorming en conflicten hierover binnen het bestuur, alsmede mogelijke tegenstrijdige belangsituaties en de rol van de raad van commissarissen hierin.

Het gedrag van alle organen van de rechtspersoon kan relevant zijn voor de vraag of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid van de vennootschap te twijfelen danwel te spreken van wanbeleid. In de MvT worden enkele voorbeelden geschetst waarin het gedrag van de aandeelhoudersvergadering van een vennootschap kan kwalificeren als gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. De MvT wijst bijvoorbeeld op het nemen van een bepaald besluit, het weigeren om een (noodzakelijk) besluit te nemen of het ontstaan van een patstelling die besluitvorming in de weg staat. De VEB wijst er nadrukkelijk op dat in al deze gevallen het zo zou kunnen zijn dat de aandeelhoudersvergadering een bijdrage wil leveren aan een juist beleid van de vennootschap en daarin wordt tegengewerkt door andere organen van de vennootschap. Naast een onderzoek naar het gedrag van de algemene vergadering, kan er onder bijzondere omstandigheden wellicht behoefte zijn aan een oordeel over het gedrag van een vorig bestuur dan wel een ander orgaan van de rechtspersoon. De feiten en omstandigheden zullen bepalend zijn voor zowel de afweging die het bestuur van de vennootschap moet maken om een enquête te verzoeken, alsmede voor de raad van commissarissen om de indiening van het verzoek goed te keuren. Het desbetreffende gedrag moet voldoende zwaarwegend c.q. ingrijpend zijn om te concluderen dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. De beoordeling van de feiten en omstandigheden kan aan de OK worden overgelaten.

Van een bestuur mag worden verwacht dat men zich vooraf serieus heeft ingespannen om het gerezen geschil met de algemene vergadering buiten de (enquête)rechter om op te lossen.⁶ Dit kan onder meer gebeuren door op constructieve wijze de dialoog met alle aandeelhouders te zoeken. Een dialoog tussen de aandeelhouders en het bestuur zal kunnen bijdragen aan verbetering van de verhoudingen binnen de vennootschap, terwijl een enquêteverzoek deze verhoudingen in de regel op scherp zetten. De VEB is daarom met Eumedion een voorstander van een inspanningsverplichting van het bestuur om een gerezen geschil met de algemene vergadering te slechten voordat een enquêteverzoek wordt ingediend niet alleen in de MvT maar ook als ontvankelijkheidsvereiste in de wet - in artikel 2:349 BW - tot uitdrukking te brengen. Daarmee wordt nadrukkelijker gewaarborgd dat een rechtspersoon niet "rauwelijks" of anderszins onnodig een enquêteprocedure start.

In geval van een door de vennootschap ingediend enquêteverzoek is niet duidelijk wie als verweerder namens de aandeelhoudersvergadering dient op te treden. De algemene vergadering van aandeelhouders van een beursvennootschap is meestal pluriform samengesteld en kent meestal buitenlandse aandeelhouders. Een aandeelhoudersvergadering komt doorgaans slechts één keer per jaar bij elkaar. Dit kan het in de praktijk bijzonder lastig maken voor de algemene vergadering van aandeelhouders om in een enquêteprocedure, waarin ten aanzien van de verzoekschriftprocedure relatief korte termijnen worden

⁶ Pag. 31 van de MvT. Dergelijke eisen worden ook gesteld aan aandeelhouders of certificaathouders die een enquêteverzoek hebben ingediend.



gehanteerd, effectief als verwerend belanghebbende aan het proces deel te nemen. Er kan worden gedacht aan een door de aandeelhoudersvergadering samengestelde en aangewezen aandeelhouderscommissie. De VEB verzoekt de wetgever aan deze problematiek nader aandacht te besteden. Hier kan tevens ook weer worden gedacht aan de eerder door de VEB geopperde route van maatschappelijke organisaties die zich bestendig hebben getoond in het opkomen voor de rechten van belanghebbende bij een vennootschap.

Betrokkenheid toezichthouders in enquête (art. 2:348, 353 lid 2, 355 lid 4 en 358 lid 3 BW)

De Nederlandsche Bank ('DNB') wordt in het bestaande recht van enquête in een aantal fasen van het proces betrokken. Het betreft een kennisgeving aan DNB dat een enquêteverzoek is ingediend, het toezenden van het enquêteverslag aan DNB, het horen van DNB alvorens een beslissing wordt genomen over het opleggen van voorzieningen en het toezenden van de beschikkingen aan DNB. De betrokkenheid van DNB komt voort uit het feit dat bepaalde voorzieningen die in een enquêteprocedure kunnen worden getroffen gevolgen kunnen hebben voor de financiële stabiliteit (solvabiliteit en liquiditeit) van een financiële onderneming en daarmee mogelijk de stabiliteit van het financiële systeem. De VEB vindt deze betrokkenheid van DNB zeer gewenst. In het conceptwetsvoorstel wordt voorgesteld de werkingsfeer van deze vier bepalingen uit te breiden tot de Autoriteit Financiële Markten ('AFM').

Voor de VEB is niet duidelijk waarom de AFM bij alle enquêteprocedures moet worden betrokken. AFM houdt geen toezicht op de financiële stabiliteit van vennootschappen en het financiële systeem in Nederland maar op gedragingen van beursvennootschappen en daarbij betrokken personen. Uit de toelichting wordt niet duidelijk om welke andere redenen de AFM 'standaard' betrokken zou moeten zijn bij een enquêteprocedure ten aanzien van een onderneming waarbij zij een bepaalde toezichttaak uitoefent, welke toezichttaak overigens naar gelang de aard van de onderneming (bijvoorbeeld een beursvennootschap, pensioenfonds of beleggingsonderneming) sterk kan verschillen. Een betrokkenheid van de AFM bij de enquêteprocedure zou tot ongewenste inmenging van de AFM kunnen leiden met de interne governance van de desbetreffende onderneming en zou de grens tussen het privaatrechtelijke vennootschapsrecht en het publiekrechtelijk gehandhaafde effectenrecht doen vervagen. De AFM heeft de informatieverschaffing en het hoorrecht zoals voorgesteld ook niet nodig, aangezien de AFM op grond van de Wet op het financieel toezicht reeds maatregelen kan treffen om bijvoorbeeld marktmanipulatie of andere vormen van marktmisbruik rond het moment waarop uitspraak wordt gedaan door de Ondernemingskamer tegen te gaan (de AFM kan bijvoorbeeld de handel in het aandeel van de betreffende vennootschap tijdelijk doen stilleggen). Overigens kan de AFM reeds onder het bestaande recht van enquête zich telkens als belanghebbende voegen in een lopende enquêteprocedure en haar zienswijze kenbaar maken. Het verdient aanbeveling dat de wetgever nader aandacht besteedt aan de betrokkenheid van de AFM bij alle enquêteprocedures. Van betrokkenheid van de AFM moet in ieder geval geen belemmerende werking uitgaan voor de effectiviteit, snelheid en oplossingsgerichtheid van de enquêteprocedure. Het is denkbaar dat in bepaalde situaties, bijvoorbeeld wanneer sprake is van systematisch onjuiste informatieverschaffing door de vennootschap en het bestuur en er aldus sprake is van grove verstoringen in de financiële markten, de AFM wel betrokken wordt. De VEB ziet veel meer in het creëren van een

bevoegdheid voor de OK, om de AFM te betrekken bij een enquêteprocedure dan de AFM volledig te incorporeren in het recht van enquête.

Belangenafweging en toetsing door de Ondernemingskamer (art. 2:349a BW)

De Ondernemingskamer heeft ingevolge artikel 2:349a BW de mogelijkheid onmiddellijke voorzieningen te treffen in verband met de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek. De SER heeft geadviseerd te bepalen dat de Ondernemingskamer bij de beoordeling van een verzoek om een voorlopige voorziening voortaan moet toetsen aan de *business judgement rule* zoals deze is ontwikkeld in de rechtspraak van de Amerikaanse staat Delaware. De wetgever heeft geen aanleiding gezien dit advies over te nemen. De VEB ondersteunt dit volledig.⁷

Overname van (elementen van) de *business judgement rule* in het Nederlandse ondernemingsrecht vindt de VEB ongewenst. Zoals de VEB en Eumedion als adviserende leden bij het SER-advies evenwichtig ondernemingsbestuur al hebben opgemerkt, past de *business judgement rule* niet goed in de Europese context, waarbij getracht wordt een machtsevenwicht binnen de vennootschap te bewerkstelligen door verdeling van bevoegdheden tussen bestuur, raad van commissarissen en aandeelhouders. Daarnaast beperkt de *business judgement rule* de mogelijkheden van aandeelhouders en werknemers om effectief op te treden tegen mismanagement en niet adequate corporate governance praktijken. De *business judgement rule* is ook minder passend bij het karakter van de onmiddellijke voorziening als ordemaatregel, zoals in de MvT wordt geconstateerd. Het codificeren van de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake DSM, inhoudende dat de Ondernemingskamer bij de uitoefening van de bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen rekening moet houden met en een billijke afweging moet maken van de belangen van betrokken partijen, vindt de VEB niet bezwaarlijk.⁸

Tegen de achtergrond dat de *business judgement rule* niet zal worden geïntroduceerd als toetsmaatstaf voor de bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen op te leggen, valt het moeilijk te rijmen dat volgens de MvT aan de *business judgement rule* wel "inspiratie" kan worden ontleend bij het motiveren van beschikkingen inzake de vaststelling of er sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen danwel van wanbeleid. De *business judgement rule* lijkt daarmee toch nog via de achterdeur het Nederlandse enquêterecht binnen te komen. Weliswaar valt uit de MvT op te maken dat de inspiratie, kort gezegd, betrekking heeft op het op zichzelf juiste uitgangspunt dat de rechter rekening moet houden met een zekere mate van beleidsvrijheid die het bestuur toekomt, maar dat uitgangspunt valt op zich ook al af te leiden uit de Nederlandse jurisprudentie. De VEB is van mening dat de passages over het ontlenen van inspiratie en het behulpzaam kunnen zijn van de Delaware jurisprudentie beter uit de toelichting kunnen worden geschrapt om verwarring te voorkomen.

⁷ SER-advies, evenwichtig ondernemingsbestuur, Publicatienummer 1, 2008, hoofdstuk 4.2, p. 53-54.

⁸ Pag. 21 MvT en HR 14 december 2007, JOR 2008, 11 (DSM).

Het enquêteonderzoek en verslag (art. 2:350 en 351 lid 4 BW)

Een nieuwe regeling voor de enquête bij de failliete vennootschap

Met het arrest van de Hoge Raad inzake Decidewise (HR 24 juni 2005; R04/109HR) is duidelijkheid geschapen over de kosten van een toegewezen enquête en de positie van de curator aldaar. Het is aan de curator om te bepalen of de kosten van een enquêteonderzoek al dan niet door respectievelijk uit de boedel zullen worden voldaan. Dat gegeven creëert naar de mening van de VEB de onwenselijke situatie dat er een aanzienlijk risico bestaat dat gelaste enquêteonderzoeken bij failliete ondernemingen geen doorgang kunnen vinden. Zulks is niet alleen voor de verzoekster(s) een onwenselijke gang van zaken, ook maatschappelijk is niet gewenst dat bij bewezen twijfel aan een juist beleid het gelaste onderzoek niet van start kan gaan vanwege gebrek aan financiering voor het onderzoek.

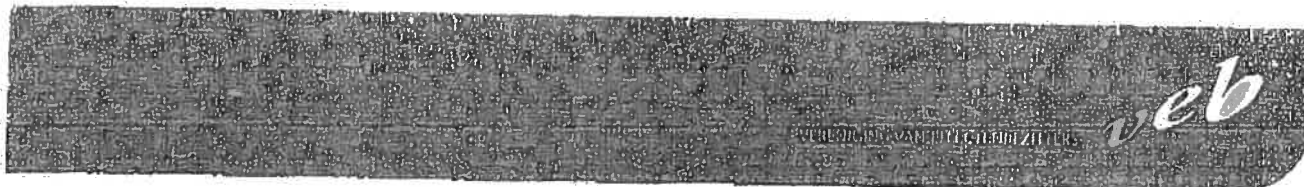
De VEB heeft bij een aantal failliete beursvennootschappen (onder andere bij KPNQWest, Landis en LCI) bewezen dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, hetgeen de rechtvaardiging voor een enquêteonderzoek opleverde. Het betrof bij de genoemde vennootschappen niet de minste faillissementen. Zo ging het bij KPNQWest om het grootste faillissement in de Nederlandse geschiedenis waarbij de onderneming ten onder ging met een boedeltekort van ruim 3 miljard US Dollar. Alle reden voor een onderzoek, zo bevestigde de Ondernemingskamer in de genoemde gevallen. Desalniettemin kwamen deze onderzoeken pas na jaren op gang nadat verzoekster VEB voor de kosten daarvan (deels) garant is gaan staan, nadat verzoeken aan de curatoren nul op het rekest opleverden, in die zin dat zij niet bereid bleken de kosten van het onderzoek als boedelkosten te willen beschouwen. Curatoren beriepen zich daarbij – kort gezegd – op het feit dat de belangen van kapitaalverschaffers/aandeelhouders niet de hunne zijn.

Een dergelijke gang van zaken geeft het maatschappelijke onwenselijke signaal dat enquêteonderzoeken bij failliete vennootschappen overbodig zouden zijn, terwijl het tegendeel het geval is. Juist in geval van faillissement is een enquêteonderzoek (bij gerede twijfel aan een juist beleid) meer dan noodzakelijk. Het getouwtrek om de kosten van het onderzoek levert (en leverde in de genoemde gevallen) een onwenselijke vertraging op met het risico dat administratie van de onderneming verdwijnt, moeilijker toegankelijk of beoordeelbaar is en de geheugens van de te horen personen vervagen.

De VEB is van mening dat aan de genoemde situatie (soms zelfs willekeur) en onzekerheid een einde dient te worden gemaakt middels een adequate regeling. Te denken valt aan aanpassing van het insolventie- en enquêterecht waarbij de kosten van het onderzoek tot boedelkosten worden bestempeld. Dan wel aan het creëren van een (overheids)fonds dat bij weigering van curatoren de kosten van het onderzoek op zich neemt.

Onderzoeksverslag

De VEB kan zich goed vinden in het principe dat personen die door de onderzoekers zijn ondervraagd de mogelijkheid krijgen de passages die op henzelf betrekking hebben in het onderzoeksverslag voorafgaand aan publicatie te mogen inzien en te becommentariëren. De VEB ondersteunt de voorgestelde wijziging maar verzoekt de wetgever in de MvT op te nemen dat in het verslag melding wordt gemaakt van de inzage, door welke personen inzage



heeft plaatsgevonden en welk commentaar de betrokken personen hebben geuit op de passages. Dit aangezien het onderzoeksverslag vooral de waarheidsvinding tot doel heeft en het van groot belang kan zijn exact te weten welke personen welke zienswijze hebben geuit. Dit belang wordt allengs groter nu wordt voorgesteld dat de rechtspersoon zelf een enquête kan entameren en daardoor grote discussie kan ontstaan over de vraag welk beleid als juist of onjuist wordt gekwalificeerd.

Beperking aansprakelijkheidsrisico onderzoekers en tijdelijk aangestelde personen (art. 2:350 lid 3 en 357 lid 4 BW)

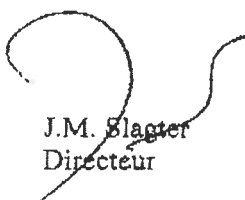
De VEB erkent het in de MvT opgeworpen probleem van de aansprakelijkheid van onderzoekers. Zij is er voorstander van dat dit probleem middels de voorgestelde aanpassing van het enquêterecht wordt opgelost. Uitgangspunt daarbij is wel dat de onderzoeker verantwoordelijk blijft voor de zorgvuldigheid van het onderzoek en zijn conclusies. Het lijkt daarbij redelijk dat de kosten van verweer (binnen redelijke grenzen) tegen eventuele aansprakelijkstellingen bij de te onderzoeken rechtspersoon worden neergelegd.

Wat het voorstel evenwel over het hoofd ziet is hoe dit uitpakt bij de failliete onderneming. Daar heeft de onderzoeker te maken met de curator die bepaalt of hij de terzake van de enquête gemaakte kosten (tevens ziende op de kosten van eventueel verweer van onderzoekers tegen aansprakelijkstellingen) wenst aan de merken als boedelkosten. Doet de curator dit niet, dan zal de belaagde onderzoeker op dit punt de kosten voor eigen rekening moeten nemen, wat thans juist als onwenselijk wordt geacht.

De VEB stelt voor dat dit probleem in het kader van de voorgestelde wijziging van het enquêterecht wordt opgelost middels de bepaling dat dergelijke kosten boedelkosten zijn danwel - bij gebreke aan baten in de boedel - door een te creëren overheidsfonds worden vergoed.

De VEB is zeer bereid nadere vragen te beantwoorden of deze consultatiereactie te bespreken.

Hoogachtend,
Vereniging VEB NCVB


J.M. Slagter
Directeur

