

-

## GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Opmerkingen in het kader van de consultatie over het Voorontwerp van de wet tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het enquêterecht

### **1. Algemene opmerkingen**

De Gecombineerde Commissie respecteert het uitgangspunt waarop het Voorontwerp is gebaseerd namelijk dat op hoofdlijnen het enquêterecht geen aanpassing behoeft.

Desalniettemin vindt de Gecombineerde Commissie het jammer dat het Voorontwerp helemaal niet probeert tot een codificatie te komen van min of meer procesrechtelijke aspecten die in de praktijk en in uitspraken van de Ondernemingskamer zijn ontwikkeld. De Gecombineerde Commissie noemt hierna onder 6 een aantal van die aspecten zonder daarbij naar volledigheid te streven. Zij doet voorsnog geen concrete tekstvoorstellen, omdat zij meent dat eerst een meer fundamentele benadering noodzakelijk is.

### **2. De toegang tot het enquêterecht**

De Gecombineerde Commissie meent dat de vraag wie toegang moet hebben tot het enquêterecht primair een vraag van rechtspolitieke aard is. De Gecombineerde Commissie maakt bij de keuzes in het Voorontwerp een aantal opmerkingen.

De bevoegdheid ten aanzien van aandeelhouders in naamloze en besloten vennootschappen

De Gecombineerde Commissie vraagt zich om twee redenen af of, waar het gaat om "beursgenoteerde" naamloze vennootschappen de toegang tot het enquêterecht beperkt zou moeten zijn tot de gevallen dat de aandelen/certificaten in een naamloze vennootschap zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt in de zin van art. 1:1 Wft. De eerste reden is dat onduidelijk is of het bij de implementatie begin november 2007 van de Richtlijn 2004/39/EG (Markets in Financial Instruments Directive; MiFID) in de Nederlandse wetgeving en de daarbij aangebrachte wijziging van het begrip "gereglementeerde markt" in art. 1:1 Wft de bedoeling is geweest de territoriale werkingssfeer van het begrip "gereglementeerde markt" uit te breiden tot markten buiten de EER. De Gecombineerde Commissie meent dat er geen bezwaar bestaat tegen toepassing van de regeling ook indien aandelen of bewilligde certificaten alleen zijn toegelaten tot de handel op een met een

gereguleerde markt vergelijkbare markt buiten de EER. In ieder geval is het wenselijk dat de werkingssfeer van het enquêterecht in dit opzicht geen aanleiding tot twijfel geeft. De tweede reden is dat de Gecombineerde Commissie zich afvraagt of de regeling niet ook zou moeten gelden indien aandelen of bewilligde certificaten van aandelen worden verhandeld op een multilaterale handelsfaciliteit. De Gecombineerde Commissie meent overigens dat alleen in de gevallen dat toelating tot de verhandeling/handel op de betrokken markten c.q. multilaterale handelsplatforms heeft plaatsgevonden met instemming van de vennootschap, deze bijzondere bevoegdheidsgrondslag open zou moeten staan. Deze gefaciliteerde mogelijkheid zou niet moeten bestaan indien een dergelijke toelating heeft plaatsgevonden zonder instemming van de vennootschap.

#### Certificaten uitgegeven met medewerking van de vennootschap

Het Voorontwerp beperkt de enquêtebevoegdheid tot houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten, maar licht die keuze niet toe. De Gecombineerde Commissie meent dat indien daarvoor in afwijking van de thans geldende wettelijke regeling wordt gekozen die keuze in de memorie van toelichting moet worden geëxpliciteerd.

De Gecombineerde Commissie meent dat voor beursgenoteerde ondernemingen die zelf voor hun aandelen/certificaten toegang hebben gezocht tot de kapitaalmarkt (of daarmee hebben ingestemd), er geen reden is de enquêtebevoegdheid te beperken tot de houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen. Anders ligt dit voor niet-beursgenoteerde ondernemingen, in ieder geval voor zover de aandelen in die rechtspersonen niet vrij overdraagbaar zijn. De Gecombineerde Commissie acht het verdedigbaar dat in deze gevallen de houders van certificaten die anders dan met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven (of in de woorden van het wetsvoorstel tot flexibilisering van de regelgeving voor besloten vennootschappen: de houders van certificaten die geen vergaderrechten hebben) geen toegang tot het enquêterecht zouden moeten hebben.

#### De ondernemingsraad

Of de ondernemingsraad wel of geen enquêtebevoegdheid moet krijgen is een rechtspolitieke keuze. Die keuze is vanzelfsprekend aan de wetgever. De Gecombineerde Commissie meent dat de rechtspolitieke overwegingen die keuze dan moeten kunnen dragen en een dergelijke keuze niet (slechts) gemotiveerd zou moeten worden door een oneigenlijk beroep op aspecten van praktische aard. De praktische argumenten die de toelichting op het Voorontwerp aanvoert voor de keuze om de enquêtebevoegdheid niet aan de ondernemingsraad toe kennen, kunnen volgens de Gecombineerde Commissie die keuze niet dragen. Ook in het kader van de Wet op de ondernemingsraden hebben ondernemingsraden procesbevoegdheid. Dat ondernemingsraden bij beroepen op grond van die wet niet in de kosten veroordeeld kunnen worden heeft, voor zover de Gecombineerde Commissie bekend, in ieder geval niet op grote schaal geleid tot misbruik van hun bevoegdheid beroep op grond van die wet in te stellen. De Ondernemingskamer pleegt ondernemingsraden in het kader van enquêteprocedures ook als belanghebbende toe te laten.

De gevallen waarin de Ondernemingskamer een enquêteverzoek afwijst én op verzoek van de rechtspersoon oordeelt dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan, zijn op de vingers van één hand te tellen. Een vordering tot vergoeding van schade is, voor zover de Gecombineerde Commissie bekend, zelfs nog nooit ingesteld bij de gewone rechter, terwijl de Ondernemingskamer slechts in een enkel geval de rechtspersoon heeft toegestaan de kosten van een onderzoek op de verzoeker van de enquête te verhalen. De verschillende in het

Voorontwerp gebruikte argumenten zouden ook aangevoerd kunnen worden tegen het toekennen van de enquêtebevoegdheid aan de rechtspersoon zelf.

### De rechtspersoon

De toelichting op de uitbreiding van de enquêtebevoegdheid tot de rechtspersoon zelf is beperkt. De Gecombineerde Commissie meent dat het goed is om, indien tot de toekenning van deze bevoegdheid aan de rechtspersoon zelf wordt besloten, in de memorie van toelichting in te gaan op de vragen die Prof. mr. J.H.M. Willems onder meer op het Congres van het Van der Heijden Instituut in november 2009 naar aanleiding van dit voorstel heeft opgeworpen. De Gecombineerde Commissie denkt daarbij met name aan de vraag of in dat kader de gewone vertegenwoordigingsregeling van de rechtspersoon zou moeten gelden.

De Gecombineerde Commissie meent dat het Voorontwerp de vraag wie namens de rechtspersoon een enquêteverzoek kan doen ten onrechte in het kader van de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid plaatst. De Gecombineerde Commissie meent dat het bij een enquêteverzoek door de rechtspersoon zelf bij uitstek gaat om een interne kwestie waarbij de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid geen rol zou moeten spelen en dat het enquêterecht moet bepalen wie bevoegd is namens de rechtspersoon een dergelijk verzoek te doen. De Gecombineerde Commissie meent dat, indien besloten wordt de enquêtebevoegdheid aan de rechtspersoon toe te kennen, de rechtspersoon bij het indienen van een dergelijk verzoek niet alleen vertegenwoordigd zou moeten kunnen worden door haar bestuur, maar dat ook de Raad van Commissarissen daartoe zelfstandig bevoegd zou moeten zijn en dat aan die indiening steeds een besluit van het bestuur c.q. de Raad van Commissarissen ten grondslag zou moeten liggen.

Het wetsvoorstel zou ook moeten bepalen dat noch het bestuur noch de Raad van Commissarissen overgaat tot de indiening van een enquêteverzoek alvorens het voornemen besproken te hebben met de Raad van Commissarissen respectievelijk het bestuur. Dit zou kunnen analoog aan de regeling voor de ontvankelijkheid van de vakorganisaties in art. 2:349 lid 2 BW (voorafgaande raadpleging van de ondernemingsraad). Indien namens de rechtspersoon een enquêteverzoek wordt gedaan, zal uit het verzoek moeten blijken dat deze raadpleging heeft plaatsgevonden en wat het standpunt van het geraadpleegde orgaan was. Het uitgangspunt van het Voorontwerp dat een bestuur pas nadat het een enquêteverzoek heeft ingediend de Raad van Commissarissen zou moeten informeren, is volgens de Gecombineerde Commissie in strijd met de fundamentele beginselen van een behoorlijke corporate governance. Mede omdat gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen ook kunnen bestaan in tegenstellingen tussen het bestuur en de Raad van Commissarissen meent de Gecombineerde Commissie dat niet de eis zou moeten worden gesteld dat het geraadpleegde orgaan instemt met de indiening van een enquêteverzoek namens de rechtspersoon.

Onduidelijk is of, indien de rechtspersoon de bevoegdheid krijgt een onderzoek bij zichzelf uit te lokken, die bevoegdheid in een faillissementssituatie door de curator als belast met het beheer van de boedel uitgeoefend zal kunnen worden. De Gecombineerde Commissie gaat er vanuit dat het de bedoeling is dat de curator deze bevoegdheid krijgt. Dit zou bij voorkeur in de wet (artikel 2:346 BW) moeten worden opgenomen maar anders in ieder geval in de memorie van toelichting. Dat voorkomt dat die vraag mogelijk ooit weer door de rechter moet worden beslist.

Tekstueel zouden in het voorgestelde 2:346 BW onder d de woorden "als bedoeld in artikel 344" moeten vervallen.

### **3. Het onderzoek; hoor en wederhoor**

De Gecombineerde Commissie realiseert zich dat als gevolg van de grote verschillen tussen ondernemingen en de uiteenlopende aard van de door de Ondernemingskamer te bevelen onderzoeken het niet eenvoudig is algemene criteria te formuleren waaraan onderzoeken en verslagen van onderzoeken moeten voldoen. De wijziging van art. 2:351 BW die het Voorontwerp nu voorstelt om de waarborgen voor betrokkenen te verbeteren, vindt de Gecombineerde Commissie wel heel erg summier. De Gecombineerde Commissie meent dat de wet ten minste zou moeten bepalen dat onderzoekers aan degenen die zij gehoord hebben niet alleen het op hen betrekking hebbende deel van het conceptverslag zouden moeten voorleggen maar het gehele verslag met uitzondering van de door de onderzoekers te trekken conclusies en dat onderzoekers daarbij de betrokkenen ook toegang moeten geven tot de bronmaterialen en gespreksverslagen met anderen waarop zij zich hebben gebaseerd. Indien de wetgever zou vinden dat een dergelijke toegang tot het bronmateriaal en de gespreksverslagen in de fase van het afronden van het verslag van het onderzoek te ver zou gaan, meent de Gecombineerde Commissie dat belanghebbenden in ieder geval na afronding van het onderzoek volledig toegang moeten hebben tot dat bronmateriaal omdat dat indien voorzieningen na enquête worden gevraagd van groot belang kan zijn. De Gecombineerde Commissie verwacht daarbij dat een dergelijke toegang tot het bronmateriaal indirect ook een disciplinerende werking op het onderzoek en de wijze van verslaggeving zal hebben.

### **4. De aansprakelijkheid van door de OK benoemde personen**

Het Voorontwerp gaat alleen in op de positie van onderzoekers (art. 2:350 BW) en door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen. De Gecombineerde Commissie wijst er op dat ook en misschien zelfs vooral personen aan wie de Ondernemingskamer aandelen ten titel van beheer overdraagt met kosten en potentiële aansprakelijkheden geconfronteerd kunnen worden. Het Voorontwerp gaat op hun positie in het geheel niet in.

De Gecombineerde Commissie heeft er begrip voor dat het Voorontwerp niet voorziet in dekking van overheidswege tegen het risico dat door de Ondernemingskamer benoemde personen aansprakelijk zouden kunnen worden of geconfronteerd zouden kunnen worden met kosten voor het voeren van verweer. Het gevolg daarvan is echter wel dat de betrokkenen met een debiteurenrisico op de rechtspersoon waarbij zij in opdracht van de Ondernemingskamer een functie vervullen, geconfronteerd blijven. De Gecombineerde Commissie denkt dat het de voorkeur verdient dat ten behoeve van de door de Ondernemingskamer te benoemen personen een (collectieve) verzekering ter dekking van het risico van aansprakelijkheid en de kosten van verweer wordt afgesloten en dat de Ondernemingskamer de bevoegdheid krijgt de premie als onderdeel van de kosten van het onderzoek ten laste van de ondernemingen waarbij zij personen benoemt, te brengen. Op welke voorwaarden een dergelijke dekking verkregen kan worden, zal nader onderzocht moeten worden.

Waar het om door de Ondernemingskamer te benoemen bestuurders en commissarissen gaat is in ieder geval de plaatsing van de regeling in art 2:357 BW weinig gelukkig omdat dit artikel alleen aan de orde komt indien voorzieningen na enquête worden gevraagd en toegewezen. Als gevolg daarvan zouden bestuurders en commissarissen die bij wege van onmiddellijke voorziening op grond van art. 2:349a BW zijn benoemd niet onder de werking van de bepaling vallen.

De toelichting op art. 2:357 lid 4 BW vermeldt dat de rechtspersoon de redelijke kosten van verweer moet dragen indien de Ondernemingskamer dat bepaalt, en dat het voor de hand ligt dat de rechtspersoon ter voldoening aan deze verplichting zorg draagt voor een aansprakelijkheidsverzekering terzake van de kosten van verweer ten gunste van de tijdelijk aangestelde personen.

De Gecombineerde Commissie meent dat de verplichting om deze kosten te dragen voor de rechtspersoon moet bestaan zonder dat een nadere beslissing van de Ondernemingskamer is vereist. Uit de tekst van de toelichting is niet duidelijk of de opstellers bij het gebruik van het begrip "aansprakelijkheidsverzekering" het oog hebben op een aansprakelijkheid van de rechtspersoon of op een aansprakelijkheid van de door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke functionarissen. Ongeacht aan welke van beide mogelijkheden de opstellers hebben gedacht, meent de Gecombineerde Commissie dat de rechtspersoon niet alleen voor dekking van de kosten van verweer zal moeten zorgdragen maar ook voor de dekking van het aansprakelijkheidsrisico van bestuurders en commissarissen op in de markt gebruikelijke voorwaarden zonder verdere uitsluitingen.

## **5. Een diepgaander wijziging van de regeling van de procedure is wenselijk**

De Gecombineerde Commissie zal, zoals hiervoor onder 1 (Algemene opmerkingen) aangekondigd, een aantal voorbeelden noemen van procesrechtelijke aspecten van de enquêteprocedure die naar het oordeel van de Gecombineerde Commissie codificatie behoeven, zonder te pretenderen daarmee volledig te zijn:

- Op de enquêteprocedure zijn de gewone regels van de verzoekschriftprocedure van toepassing (art. 261 Rv e.v.). Op grond van art. 282 Rv kan iedere belanghebbende tot de aanvang van de behandeling of, indien de rechter dit toestaat, in de loop van de behandeling een verzoekschrift indienen. De Ondernemingskamer pleegt de haar bekende belanghebbenden te verzoeken eventuele verzoekschriften uiterlijk op een bepaalde datum in te dienen; een dergelijk verzoek is naar zijn aard niet bindend. De Gecombineerde Commissie meent dat het wenselijk is de Ondernemingskamer de bevoegdheid te geven wel met bindende kracht een datum te bepalen waarop verzoekschriften uiterlijk moeten zijn ingediend; na die datum zouden verzoekschriften nog slechts ingediend mogen worden nadat de voorzitter van de Ondernemingskamer daarvoor toestemming heeft gegeven.
- De Ondernemingskamer pleegt in haar uitspraken de rechtspersoon wiens beleid onderwerp van de procedure uitmaakt, aan te duiden als "verweerster". De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 4 februari 2005 (Landis) vastgesteld dat de wettelijke regeling slechts onderscheid maakt tussen verzoekers en belanghebbenden, tot welke laatste categorie de rechtspersoon naar wiens beleid en gang van zaken een onderzoek wordt verzocht, behoort. De Gecombineerde Commissie denkt dat het goed zou zijn indien vanuit procesrechtelijk opzicht de eigen positie van de rechtspersoon als verweerder wordt onderkend.
- Als een meer principiële punt - dat overigens tot op zekere hoogte het kader van het Voorontwerp te buiten gaat - wijst de Gecombineerde Commissie op het spanningsveld dat juist bij het enquêterecht bestaat. De procedure speelt tussen de verzoekers en de in de procedure verschenen belanghebbenden (waaronder veelal de rechtspersoon). In die procedure zijn in principe de gewone regels van het burgerlijk procesrecht van toepassing, terwijl in het kader van de procedure te nemen beslissingen van invloed kunnen zijn op de

relaties van derden die niet als belanghebbende in de procedure zijn verschenen tot de rechtspersoon. De regeling van art. 279 Rv werkt bij enquêteprocedures niet goed. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of de rechtspersoon op het beleid waarvan een procedure zich richt, niet verplicht zou moeten worden dergelijke belanghebbenden, voor zover redelijkerwijs aan de rechtspersoon bekend, te informeren zodat zij tijdig door het indienen van een verweerschrift als partij in de procedure kunnen opkomen.

- De Gecombineerde Commissie meent dat het, nu wijzigingen in art. 2:349a BW worden aangebracht, ook wenselijk is omtrent een punt waarover thans onvoldoende duidelijkheid bestaat, duidelijkheid te scheppen. Het gaat daarbij om de vraag of, nadat een enquêteverzoek is gedaan maar de verzoeker geen verzoek heeft gedaan tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen of een dergelijk verzoek niet aanhangig is, ook andere belanghebbenden dan de oorspronkelijke verzoeker zelfstandig, zonder dat zij zelf bevoegd zijn een enquêteverzoek te doen, de Ondernemingskamer kunnen vragen onmiddellijke voorzieningen te treffen. De Gecombineerde Commissie onderkent dat dit tot een toename van het aantal verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen kan leiden. De Gecombineerde Commissie meent dat het weinig gelukkig is de mogelijkheid voor een belanghebbende onmiddellijke voorzieningen te vragen afhankelijk te laten zijn van het vragen van onmiddellijke voorzieningen door degene die de enquête heeft verzocht (of omtrent die bevoegdheid onduidelijkheid te laten voortbestaan).
- De wet regelt thans alleen de benoeming van onderzoekers maar regelt niet (i) de bijbenoeming van verdere onderzoekers, en (ii) het ontslag van onderzoekers en hun vervanging.
- De wet regelt thans niet de wijze waarop onderzoekers de in de art. 2:351, 352 en 352a BW bedoelde verzoeken moeten doen en welke procedure daarbij door de Ondernemingskamer gevolgd moet worden; dit geldt ook voor verzoeken van de onderzoekers om de door de Ondernemingskamer begrote kosten van onderzoek aan te passen. De Gecombineerde Commissie denkt dat het goed zou zijn de door de Hoge Raad in zijn uitspraken van 26 juni 2009 en 20 november 2009 (KPNQwest) geformuleerde regels in de wet op te nemen.
- De wettelijke bepalingen gaan in hun bewoordingen uit van een éénmalige formulering van een onderzoeksopdracht in een procedure. Op grond van de rechtspraak bestaat de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer in de eerste fase van de enquêteprocedure een nader onderzoek kan bevelen maar ook in de tweede fase van de procedure onderzoekers kan vragen nader onderzoek te doen. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of het niet wenselijk is deze mogelijkheden ook in de wet neer te leggen.

Den Haag, 8 januari 2010