

Ministerie van Justitie
Directie wetgeving

Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Betreft: consultatiereactie conceptwetsvoorstel aanpassing enquêterecht
Ons kenmerk: 2.009.069
Amsterdam, 23 december 2009

Geachte

Eumedion heeft met veel belangstelling kennis genomen van het consultatiedocument d.d. 29 oktober 2009 betreffende de Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête. In het conceptwetsvoorstel wordt voorgesteld het enquêterecht op verschillende onderdelen aan te passen. Het betreft onder meer een nieuw criterium voor grote (beurs)vennootschappen voor de toegang tot de enquêteprocedure, het recht van de rechtspersoon om zelf een enquête op te starten en het wettelijk verankeren dat een onmiddellijke voorziening een belangenafweging vereist.

Eumedion ondersteunt het conceptwetsvoorstel in grote lijnen. De conceptwettekst en -toelichting steken evenwichtig in elkaar.¹ Wel heeft Eumedion enkele bezwaren tegen enkele onderdelen van het wetsvoorstel en de toelichting. Het commentaar is hieronder uitgewerkt. Uit het commentaar blijkt dat Eumedion niet principieel tegen het toekennen van het recht van enquête aan de vennootschap is, maar meent zij wel dat de praktische uitwerking ervan nog nadere aandacht behoeft. Zo menen wij dat een enquêteverzoek van de vennootschap vooraf dient te worden goedgekeurd door de raad van commissarissen. Ook zien wij geen noodzaak voor betrokkenheid van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) bij de enquêteprocedure, althans niet in de mate zoals wordt voorgesteld in het conceptwetsvoorstel. Wij hopen dat u onze opmerkingen en suggesties betreft bij de voorbereiding van het definitieve wetsvoorstel.

¹ De concepttoelichting (op pagina's 15 en 21) gaat uit van het ongewijzigd tot stand komen van artikel 2:129 lid 5 en 6 BW van het bij de Eerste Kamer voorliggende wetsvoorstel 'bestuur en toezicht' (kamerstukken 31 763).

1. Toegang tot enquêteprocedure voor grote (beurs)vennootschappen

Volgens het huidige recht kunnen houders van aandelen of, met medewerking van de vennootschap, certificaten van aandelen die tenminste 1/10 van het geplaatst kapitaal vertegenwoordigen of een nominale waarde hebben van € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen een enquêteprocedure entameren. In het conceptwetsvoorstel wordt voor grote (beurs)vennootschappen – met een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen – nieuwe criteria geïntroduceerd. Voortaan komt ten aanzien van deze vennootschappen het recht van enquête toe aan aandeel- of certificaathouders die ten minste 1% van het geplaatste kapitaal representeren of aandelen of certificaten houden die een beurswaarde van ten minste € 20 miljoen vertegenwoordigen.

Eumedion onderschrijft deze nieuwe criteria. Het voorstel van het ministerie komt overeen met het voorstel dat Eumedion en de VEB ter zake als adviserend lid in het SER-advies Evenwichtig Ondernemingsbestuur hebben gedaan.² Zoals Eumedion en de VEB in het advies opmerkten, is het criterium van 10 procent van het geplaatste kapitaal is voor aandeelhouders van grote (beurs)vennootschappen te zwaar, terwijl het nominale waarde criterium van € 225.000 weinig zegt over de werkelijke investering van de belegger(s). Bovendien kan de stijging van de marktkapitalisatie van de beursvennootschappen sinds 1970, toen de enquêteprocedure geïntroduceerd werd, een reden zijn om het financiële criterium te heroverwegen.

Het afzien van de door de SER voorgestelde koppeling tussen de drempel van het agenderingsrecht en het recht van enquête vindt Eumedion verstandig. Het agenderingsrecht en het recht van enquête verschillen sterk van aard en doelstelling waardoor een koppeling grondslag zou missen. Waar het agenderingsrecht ertoe dient aandeelhouders in de gelegenheid te stellen een punt op agenda van de algemene vergadering te zetten, waarna het aan vergadering is om het punt te bespreken en, indien aan de orde, bij (gekwaliceerde) meerderheidsbesluit te stemmen over het voorstel, strekt het enquêterecht ertoe om, mede ten behoeve van minderheidsaandeelhouders, openheid van zaken te krijgen over het beleid van de onderneming en mogelijk wanbeleid vast te stellen. Een koppeling zou er ook toe leiden dat in geval van een verhoging van de drempel van het agenderingsrecht wordt voorgesteld, de drempel voor het enquêterecht ook automatisch wordt verhoogd. Aandeelhouders worden dan als het ware “dubbel gepakt”. Eumedion is, met of zonder koppeling, tegen de verhoging van het agenderingsrecht zoals is voorgesteld in het zogeheten wetsvoorstel Frijns (kamerstukken 32

² SER-advies, Evenwichtig Ondernemingsbestuur, Publicatienummer 1, 2008, p. 59, www.ser.nl.

014). Voor de achtergronden van onze bezwaren wordt korthedshalve verwezen naar onze recente brief aan de Vaste Commissie voor Financiën van de Tweede Kamer.³

2. Toegang tot enquête voor de rechtspersoon

In het conceptwetsvoorstel wordt ook de vennootschap het recht op enquête toegekend. Eumedion is hier niet principieel op tegen zoals ook bleek uit de opmerkingen die Eumedion en VEB hebben gemaakt in het SER-advies 'Evenwichtig Ondernemingsbestuur'. Zoals in de conceptmemorie van toelichting terecht wordt opgemerkt, kan het gedrag van alle organen relevant zijn voor de vraag of er sprake is van gegronde redenen om een juist beleid van de vennootschap te twijfelen c.q. wanbeleid.⁴ In het geval het gedrag van de algemene vergadering zodanig mocht zijn dat er gegronde reden kan zijn om aan een juist beleid van de onderneming te twijfelen, kan het nuttig zijn als de rechtspersoon de mogelijkheid heeft dit door de ondernemingskamer te laten onderzoeken. Van een bestuur mag dan wel worden verwacht, zoals op pagina 31 van de memorie van toelichting is vermeld, dat men zich vooraf serieus heeft ingespannen om het gerezen geschil met de algemene vergadering buiten de (enquête)rechter om op te lossen. Dit kan onder meer gebeuren door op constructieve wijze de dialoog met de institutionele 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 stelt. Eumedion is er daarom een voorstander van om de inspanningsverplichting van het bestuur om gerezen geschil met de algemene vergadering te slechten voordat een enquêteverzoek wordt ingediend niet alleen in de memorie van toelichting 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 opstart.

In de memorie van toelichting worden op pagina 15 de weigering van de algemene vergadering om een (door het bestuur voorgesteld) besluit te nemen of het ontstaan van een patstelling tussen het bestuur en de algemene vergadering omdat zij beide een verschillend beleid voorstaan, opgebracht als algemene voorbeelden van situaties waarin het gedrag van de algemene vergadering gegronde reden kan zijn om aan een juist beleid te twijfelen. Die voorbeelden lijken wat tendentius gekozen. Weigering van de algemene vergadering om een voorstel van het bestuur te accorderen of het ontstaan van een patstelling kan namelijk evenzeer een voorbeeld zijn van een relevante bijdrage van aandeelhouders aan een juist beleid van de vennootschap. Alles zal afhangen van de concrete feiten en omstandigheden.

³ Brief d.d. 29 september 2009 van Eumedion aan de Vaste Commissie voor Financiën van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (kenmerk: 2009.052).

⁴ Pagina 14 van de memorie van toelichting.

Die moeten gegronde redenen geven om aan een juist beleid van de vennootschap te twifelen, anders zal het verzoek van de vennootschap niet worden toegewezen. Hetzelfde kan worden gezegd van door de algemene vergadering gedane suggesties of voorstellen tot wijziging van het beleid van het bestuur. Op pagina 22 van de memorie van toelichting wordt als voorbeeld voor een aanleiding van het treffen van onmiddellijke voorzieningen genoemd de situatie waarin de algemene vergadering medewerking weigert aan een voorstel van het bestuur, dat volgens het bestuur zou moeten worden doorgezet. Eumedion vindt ook dit een ongepast voorbeeld. De wettelijke en statutaire bevoegdheden van de algemene vergadering bestaan niet voor niets. De juistheid van het besluit van de algemene vergadering dient in beginsel te worden aangenomen ook in de situatie dat het bestuur graag anders had gezien. Pas wanneer zou blijken dat het besluit van de algemene vergadering in strijd is met maatstaven van redelijkheid en billijkheid of andere wettelijke of statutaire bepalingen tot stand is gekomen, kan een andere situatie ontstaan.. Eumedion stelt voor de genoemde voorbeelden uit de toelichting te schrappen.

In de memorie van toelichting op pagina 15 wordt terecht opgemerkt dat het optreden van een individuele aandeelhouder geen aanleiding kan geven voor een enquête. Gedrag van een individuele aandeelhouder kan niet worden toegerekend aan de algemene vergadering, tenzij het tegendeel blijkt. Pas wanneer de individuele aandeelhouder steun krijgt van de meerderheid van de aandeelhouders kan er een andere situatie ontstaan, zo wordt in de memorie van toelichting juist geconstateerd. Eumedion zou willen aanbevelen, volledigheidshalve, nog aan de toelichting toe te voegen dat de steun van deze meerderheid van de aandeelhouders in de regel zal moeten blijken uit het overleg of de besluitvorming binnen de algemene vergadering.

Daarmee rijst ingeval van een beursvennootschap overigens wel de vraag op welke wijze de algemene vergadering vervolgens als verweerder in de enquêteprocedure kan optreden. De algemene vergadering van een beursvennootschap is meestal zeer pluriform samengesteld, kent (bij de grotere beursvennootschappen) merendeels buitenlandse aandeelhouders, en komt in beginsel slechts eenmaal per jaar bijeen. Dit kan het in de praktijk bijzonder lastig maken voor de algemene vergadering om in een enquêteprocedure, een verzoekschriftprocedure waarin relatief korte termijnen worden gehanteerd, effectief als verwerend belanghebbende aan het proces deel te nemen. Eumedion beveelt het ministerie van Justitie aan nader aandacht te besteden aan deze problematiek.

3. Raad van commissarissen

Het bestuur zal bij de afweging of er aanleiding bestaat een enquêteverzoek in te dienen in overeenstemming met het vennootschappelijk belang moeten handelen. Zoals in de memorie van toelichting volkomen terecht wordt geconstateerd dient de raad van commissarissen in de gelegenheid te zijn de beslissing omtrent het starten van enquête te toetsen.⁵ Vanuit het oogpunt van goede corporate governance zou dit vanzelfsprekend moeten zijn.

Eumedion meent dat de betrokkenheid van de raad van commissarissen omtrent de beslissingen tot het doen van een enquêteverzoek in de wettekst nog onvoldoende tot uitdrukking komt. Het nieuw voorgestelde artikel 2:349 lid 1 BW bepaalt namelijk dat de raad van commissarissen, indien het verzoek (al) is gedaan door de vennootschap, zo spoedig mogelijk op de hoogte moet worden gesteld van het besluit. Dit lijkt ruimte te bieden aan het bestuur om de raad van commissarissen pas bij de enquêteprocedure te betrekken nadat het verzoek is ingediend. Dit lijkt Eumedion ongewenst. Het dient klip en klaar te zijn dat de raad van commissarissen vooraf wordt betrokken. Om dit te waarborgen stelt Eumedion voor om in het wetsvoorstel op te nemen dat indien de rechtspersoon een verzoek doet dit de voorafgaande goedkeuring behoeft van de raad van commissarissen. Er dient tevens aandacht geschonken te worden aan de besluitvorming en conflicten hierover binnen het bestuur, alsmede mogelijke tegenstrijdig belangsituaties.

4. Toetsing door de ondernemingskamer

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. Het ministerie van Justitie heeft geen aanleiding gezien dit advies over te nemen.⁶ Eumedion ondersteunt dit volledig. Overname van (elementen van) de *business judgement rule* in het Nederlandse ondernemingsrecht vindt Eumedion ongewenst.

Zoals Eumedion en de VEB 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.⁷

⁵ Pagina 15 van memorie van toelichting.

⁶ SER-advies, Evenwichtig Ondernemingsbestuur, Publicatienummer 1, 2008, p. 53-54. www.ser.nl.

⁷ Zie ook pagina 20 van de memorie van toelichting.

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 memorie van toelichting wordt geconstateerd.⁸ 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 Eumedion niet bezwaarlijk, ofschoon de codificatie niet per se nodig is.⁹

Tegen de achtergrond dat de *business judgement rule* niet zal worden geïntroduceerd als toetsmaatstaf voor de bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen op te leggen, wekt het enige verbazing dat volgens de memorie van toelichting 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 memorie van toelichting op te maken dat de inspiratie, kort gezegd, betrekking heeft op het op zichzelf juiste uitgangspunt dat de rechter rekening moet houden met de zekere mate van beleidsvrijheid die het bestuur toekomt, maar dat uitgangspunt valt op zich ook al af te leiden uit de Nederlandse jurisprudentie.¹⁰ Eumedion is van opvatting dat de passages omtrent ontlenen van inspiratie en het behulpzaam kunnen zijn van de Delaware-jurisprudentie beter uit de toelichting kunnen worden geschrappt om verwarring te voorkomen. Mocht de wetgever het toch nodig achten rechtspraak uit andere jurisdicties te betrekken, dan rijst de vraag of het niet meer voor de hand zou liggen een studie te doen naar de mogelijke meerwaarde die valt te ontlenen uit jurisprudentie uit de meest relevante Europese lidstaten, aangezien ten aanzien daarvan in elk geval hetzelfde communautaire acquis voor vennootschapsrecht en corporate governance van toepassing is.

Hoe dan ook dient de rechter bij het ontbreken van een persoonlijk belang van bestuurder, welk belang hij veel eerder zal hebben dan een tegenstrijdig belang, niet alleen de zorgvuldigheid van de totstandkoming van het besluit te toetsen, zoals aangegeven op pagina 21 van de memorie van toelichting, maar onder meer ook te toetsen of het besluit zorgvuldig is uitgevoerd en tussentijds op effectiviteit is geëvalueerd.

⁸ Zie pagina 21 van de memorie van toelichting.

⁹ Hoge Raad 14 december 2007, r.o. 3.6, JOR 2008, 11 (DSM).

¹⁰ Zie o.a. Hoge Raad, 13 juli 2007, r.o. 4.4 JOR 2007, 178 (ABN AMRO), Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, 4 april 2005, r.o. 3.9, JOR 2005, 179 (Audilux N.V) en Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, 2 september 2004, r.o. 3.9, JOR 2004, 271 (Getronics), Hoge Raad, 21 februari 2003, r.o. 6.6.4, JOR 2003, 57 (HBG).

5. Betrokkenheid AFM bij de enquêteprocedure

Wanneer een enquêteprocedure betrekking heeft op een onderneming die onder toezicht staat van De Nederlandsche Bank (DNB) dan dient DNB in een aantal fasen van het proces te worden 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.¹¹ In het conceptwetsvoorstel wordt voorgesteld de werkingsfeer van deze vier bepalingen uit te breiden tot de AFM.

Eumedion vindt betrokkenheid van de AFM bij de enquêteprocedure zoals voorgesteld in het conceptwetsvoorstel ongewenst. De betrokkenheid van DNB kent een achtergrond die ermee verband houdt dat de voorzieningen die in een enquêteprocedure kunnen worden bevolen direct gevolgen kunnen hebben voor de financiële soliditeit van financiële ondernemingen waarop DNB toezicht uitoefent. AFM houdt geen toezicht op de financiële soliditeit van ondernemingen. Uit de toelichting wordt niet duidelijk om welke andere de AFM 'standaard' betrokken zou moeten 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 de 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).

Mocht toch worden voorzien in betrokkenheid van de AFM bij het enquêterecht dan verdient het de voorkeur om dit te beperken tot financiële ondernemingen in de zin van de Wet op het financieel toezicht waarop de AFM, samen met DNB, toezicht op de markttoegang en doorlopend toezicht uitoefent.

6. Recht van enquête bij faillissement

In de memorie van toelichting (p. 36) concludeert het ministerie dat een onderzoek kan uitblijven wanneer de rechtspersoon in staat van faillissement verkeert en de curator geen zekerheid stelt voor de onderzoekskosten.

¹¹ De artikelen 2:348, 2:353lid 2 BW, 2:355 lid 4 BW en 2:358 lid 3 BW.

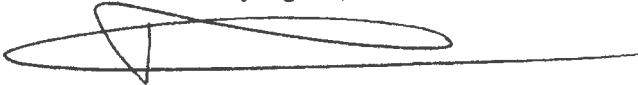
Dit is een voor ons een wat onbevredigende conclusie, aangezien in het geval de ondernemingskamer ten aanzien van aan failliete onderneming een onderzoek beveelt er gegronde redenen zijn om aan de juistheid van het gevoerde beleid te twijfelen. Natuurlijk zal in het geval van faillissement de curator onderzoek doen naar de oorzaken van het faillissement. Dit onderzoek vindt echter primair in het belang van de schuldeisers plaats. In de memorie van toelichting (p. 35) wordt opgemerkt dat er geen aanleiding wordt gezien voor "een algemene regeling op grond waarvan het belang van bepaalde belanghebbenden bij de failliete vennootschap (aandeelhouders) telkens prevaleert ten opzichte van het belang van de gezamenlijke crediteuren". Het ministerie legt, omgekeerd, echter niet uit waarom in het geval van faillissement bij de vraag in hoeverre de oorzaken van faillissement moeten worden onderzocht het belang van de gezamenlijke crediteuren in de regel dient te prevaleren boven het belang van de vennootschap en haar aandeelhouders. Daar komt bij dat een onderzoek met het kwalificatie wanbeleid ook in het belang is van de gezamenlijke crediteuren, omdat dit de curator handvatten biedt bestuurders en commissarissen ook op grond van onbehoorlijk bestuur aansprakelijk te stellen, niettegenstaande de faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Wij verzoeken u daarom om in de toelichting dieper in te gaan op deze problematiek en op welke wijze deze problematiek kan worden opgelost. Voorstelbaar is dat van de boedel een deel wordt gereserveerd om de kosten van het enquêteonderzoek te dragen.

7. Wetstechnische opmerking

Op pagina 28 van de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat statutair een lagere drempel voor aandeelhouders kan worden vastgesteld dan uit het nieuw voorgestelde artikel 2: 346 onderdeel c BW volgt. Voorgesteld wordt om de mogelijkheid om statutair een lagere drempel vast te stellen vanuit het oogpunt van consistentie in ontwerpartikel 346, onderdeel c, BW op te nemen, nu dat in het bestaande onderdeel b van artikel 2:346 BW ook het geval is.

Wij zijn uiteraard graag bereid ons commentaar mondeling nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,



Rients Abma
Directeur