

Utrecht, 4 november 2019

Geachte mevrouw, mijnheer,

Hieronder treft u mijn reactie aan op de consultatie voor het voorstel Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure.

Deze reactie mag openbaar worden gemaakt.

Uittredingsregeling

Een suggestie voor het opnemen van een mogelijkheid tot onmiddellijke overdracht tegen voorlopige betaling bij toepassing van artikel 2:343c BW van het voorstel.

Ingeval een onherroepelijk, onvoorwaardelijk en redelijk bod tot overname is gedaan, zoals bedoeld in artikel 2:343c van het voorstel, gaat de procedure alleen nog over de prijs. Het is een veilige aanname dat in die situatie de beoogde overdracht van de aandelen daadwerkelijk zal plaatsvinden. Hetzelfde geldt ingeval de OK wanbeleid heeft vastgesteld en op die voet van het voorgestelde artikel 2:343c wordt voortgeprocedeerd.

Het lijkt in die situatie niet noodzakelijk om de overdracht van de aandelen uit te stellen totdat precies de prijs van die aandelen is vastgesteld.

Er bestaan daarentegen volgens mij juist voldoende redenen om de overdracht alvast uit te voeren en alleen de definitieve afrekening van de prijs op te schorten totdat einduitspraak is geweest.

Daartoe zou ik de suggestie willen doen om aan 2:343c de mogelijkheid toe te voegen dat in elke stand van het geding de Ondernemingskamer op verzoek van één der partijen kan bepalen dat de aandelen aan de overnemer van de aandelen worden overgedragen vóórdat de Ondernemingskamer einduitspraak heeft gedaan over het verzoek de prijs van de aandelen vast te stellen.

Bij die overdracht tegen voorlopige betaling zou de verkrijger dan verplicht worden een door de Ondernemingskamer te begroten bedrag in depot te storten als zekerheid voor betaling van de definitief vast te stellen te prijs voor de aandelen.

Bij deze voorlopige overdracht zou de Ondernemingskamer nadere voorwaarden moeten kunnen stellen, zoals dat ten laste van het depot een voorschot aan de vervreemder kan worden uitbetaald of dat de aandelen worden overgedragen onder voorbehoud van pandrecht als zekerheid voor de betaling van (de restant van) de door de Ondernemingskamer te bepalen definitieve prijs voor de aandelen.

De overdracht tegen voorlopige betaling heeft volgens mij duidelijke voordelen.

De hiervoor genoemde suggestie bewerkstelligt dat reeds vroeg in de uittredingsprocedure een einde wordt gemaakt aan het negatieve effect van het geschil tussen de aandeelhouders op de bedrijfsvoering, althans het functioneren van de algemene vergadering.

Voor de vervreemder ontstaat het voordeel dat hij niet hoeft te wachten tot het einde van de procedure alvorens hij geld ontvangt voor de aandelen.

De procedure over de definitieve prijs voor de aandelen zal worden voortgezet nadat de aandelen tegen voorlopige betaling zijn geleverd. De procedurele waarborgen die voor de vaststelling van een juiste prijs gelden blijven daarbij intact. Sterker nog. Principiële discussies die van belang zijn voor de bepaling van de prijs kunnen in alle rust worden gevoerd omdat de tijdsdruk om tot afwikkeling van de overdracht te komen grotendeels zal zijn weggenomen door de overdracht van de aandelen tegen voorlopige betaling.

Een mogelijk nadeel van de overdracht tegen voorlopige betaling is dat de verkrijger teveel betaalt voor de aandelen. De rechter zou daarom terughoudend moeten zijn om eventueel een voorschot ten laste van het depot uit te betalen. Van de beoogde verkrijger die om de overdracht tegen voorlopige betaling verzoekt, kan worden verwacht dat hij enig risico van betaling van een te hoog voorschot aanvaardt. Hij heeft er belang bij om nog voorafgaand aan de afloop van de uittredingsprocedure over de aandelen te kunnen beschikken. Tevens mag het feit dat er gronden voor uittreding bestaan rechtvaardigen dat de verkrijger van de aandelen aan enig risico wordt blootgesteld. Dit geldt vooral als reeds wanbeleid is vastgesteld en de verkrijger daarvoor verantwoordelijk is gehouden.

Door de overdracht tegen voorlopige betaling wordt volgens mij de voorgestelde artikelen 2:343 lid 1 onder 3 en 2:356 BW effectiever. De nadruk wordt direct op de uittreding gelegd en het is dan wellicht niet noodzakelijk om de enquêteprocedure in volle omvang voortzetten. Dit strookt beter met de belangen van partijen en de wijze waarop zij hun geschil kunnen beëindigen.

De ontvankelijkheid in enquête: benadeling van de aandeelhouders van grote ondernemingen waarvan de aandelen niet aan de beurs zijn genoteerd?

De wettelijke regeling maakt onderscheid tussen aandeelhouders van grote ondernemingen waarvan de aandelen wel en die waarvan de aandelen niet aan de beurs zijn genoteerd.

De houder van minder dan 1% van de aandelen in een vennootschap met een geplaatst kapitaal dat groter is dan € 22,5 miljoen heeft geen toegang tot de enquêteprocedure ook al heeft zijn aandelenbezit een economische waarde van € 20 miljoen of meer. De aandeelhouder met een vergelijkbaar aandelenbelang in een beursvennootschap heeft

die bevoegdheid wel. Dat dit onderscheid tamelijk willekeuring lijkt wordt duidelijk bij een dergelijke aandeelhouder die belegt in een vennootschap die besluit de notering van de aandelen te beëindigen. Door dit besluit van de vennootschap zou deze aandeelhouder zijn enquêtebevoegdheid verliezen. De rechtvaardigheid daarvan zie ik niet in.

Bij mij is niet bekend of het onderscheid in ontvankelijkheid tussen wel en niet aan de beursgenoteerde aandelen praktisch gezien van groot belang is omdat ik niet weet of er veel grote – niet beursgenoteerde – ondernemingen zijn met een kapitaalstructuur waarbij minder dan 1% van de aandelen of certificaten een waarde van € 20 miljoen vertegenwoordigen.

In de toelichting van het voorontwerp wordt overwogen:

‘Een aantal auteurs beargumenteert dat de toegangseisen tot de enquêteprocedure aanpassing behoeven om te voorkomen dat beursvennootschappen met een hoge beurswaarde de toegang tot de enquêteprocedure kunnen bemoeilijken door een lage nominale waarde toe te kennen aan de geplaatste aandelen.’ (paragraaf 2.3, pag. 6).

Deze overweging heeft volgens mij ook betekenis voor vennootschappen met een hoge waarde die niet aan de beurs zijn genoteerd. Deze vennootschappen zouden ook hun kapitaalstructuur kunnen inrichten met de bedoeling de toegang tot het enquêterecht te bemoeilijken.

Denkbaar is dat bij handhaving van het huidige verschil een vennootschap zou overwegen om aandelen niet aan een beurs te noteren omdat door de beursnotering een groep aandeelhouders in aanmerking zal komen voor toegang tot het enquêterecht.

Een verschil tussen beide soorten aandelen is dat de waarde van niet aan de beurs genoteerde aandelen minder eenvoudig is vast te stellen dan de waarde van beursaandelen. Hierin zie ik echter geen reden om verschil te maken tussen de ontvankelijkheidseisen voor houders van beursgenoteerde en niet beursgenoteerde aandelen. De Ondernemingskamer moet zich immers wel vaker buigen over ontvankelijkheid die niet eenvoudig is vast te stellen. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de vaststelling van de vraag of een verzoeker economisch gerechtigde is of de vraag naar ontvankelijkheid van de aandeelhouder die als gevolg van wanbeleid niet langer de drempel van 10% geplaatst aandelenkapitaal haalt. Het is mijns inziens niet nodig om aandeelhouders van grote ondernemingen anders te behandelen al naar gelang deze ondernemingen wel of niet aan de beurs zijn genoteerd.

De houder van beursgenoteerde aandelen kan vanwege de grotere verhandelbaarheid van zijn aandelen eenvoudiger zelf een afscheid van de vennootschap bewerkstelligen dan de houder van niet aan de beurs genoteerde aandelen. Dit geldt vooral als de niet aan de beurs genoteerde aandelen zijn onderworpen aan een blokkeringsregeling. Het belang van toegang tot de geregelde uittredingsregeling na enquête, zoals bedoeld in

artikel 2:356a van het voorstel, is voor de houder van niet beurs genoteerde aandelen daarom groter dan voor de houder van beursaandelen.

Ik meen daarom dat het overdenking behoeft om de toegang tot de enquêteprocedure te verruimen en wel ten gunste van houders van aandelen of certificaten die naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer een waarde vertegenwoordigen van € 20 miljoen, of zoveel minder als de statuten bepalen.

Het ligt voor de hand dat een verzoeker die op grond van dit ontvankelijkheids criterium toegang zoekt tot de enquêteprocedure een verklaring van een deskundige overlegt ter onderbouwing van het standpunt dat zij tenminste € 20 miljoen aan aandelen of certificaten heeft. Het lijkt daarenboven efficiënt dat ingeval een belanghebbende verweer voert tegen de gestelde ontvankelijkheid de ontvankelijkheidsvraag door de Ondernemingskamer wordt behandeld en beoordeeld voordat partijen inhoudelijk procederen over de vraag of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twifelen.

Mogelijke aanvulling van de geschillenregeling met het oog op de positie van OK functionarissen

Ik meen dat het enquêterecht gebaat is bij twee wijzigingen met betrekking tot de aanstelling en positie van functionarissen door de Ondernemingskamer.

De eerste wijziging betreft de uitbreiding van de rol van de raadsheer commissaris bedoeld in artikel 2:350 BW met kwesties die de aanstelling en positie van de tijdelijk bestuurder betreffen.

De tweede wijziging is een regeling die drempels in het leven roept om te voorkomen dat OK bestuurders lichtvaardig aansprakelijk worden gesteld.

Hieronder ga ik vooral in op de bestuurders die door de Ondernemingskamer worden benoemd, maar onderstaande opmerkingen gelden volgens mij grotendeels ook voor commissarissen en beheerders van aandelen. Onderstaande opmerkingen zijn ingegeven door mijn ervaring als OK functionaris in plusminus de afgelopen tien jaar.

De uitbreiding van de taak van de rechter commissaris

Er is volgens mij aanleiding om de rol van de rechter commissaris bij de Ondernemingskamer te verruimen vanwege de volgende omstandigheden.

De Ondernemingskamer ziet soms aanleiding om in haar beschikkingen een bijzondere taak te omschrijven of bijzondere voorzieningen te treffen. Deze taakstelling of voorziening kan tot interpretatieverschillen aanleiding geven. Zo heb ik in een enquêteprocedure als tijdelijk bestuurder onder meer het salaris van de bestuurder moeten aanpassen, rekening-courantstanden moeten terugdringen en de vraag moeten

beantwoorden of het buitenwerkingstellen van de bijzondere rechten die aan prioriteits aandelen zijn verbonden gevolgen heeft voor de vergaderrechten van de houder van prioriteits aandelen in de algemene vergadering van aandeelhouders.

De benoeming van de OK bestuurder kan niet door de vennootschap ongedaan worden gemaakt (2:357 lid 3 BW). Het is mij opgevallen dat belanghebbenden dikwijls moeite hebben met deze vergaande autonomie en onafhankelijkheid van de OK bestuurders. Dit leidt er soms toe dat zij zich soms ook zeggenschap aanmeten over de wijze waarop de OK bestuurder zou moeten optreden die verder gaat dan inhoudelijk overleg.

Een ander onderwerp is de kosten van de OK bestuurder. De Ondernemingskamer stelt vast dat de vennootschap de kosten van de OK bestuurder moet betalen. Weliswaar zou iedereen er op moeten kunnen vertrouwen dat de OK functionaris prudent met zijn beloning omgaat, maar denkbaar is dat daarover niettemin hoogoplopende discussies ontstaan. Hetzelfde geldt voor andere gevallen waarbij een tegenstrijdig belang van de OK bestuurder opkomt.

Discussies over de hiervoor genoemde onderwerpen kunnen escaleren tot een zitting bij de voltallige Ondernemingskamer. Deze zittingen concentreren zich doorgaans tot de vraag of de tijdelijk bestuurder het zo bond maakt dat hij uit zijn taak moet worden ontheven.

Het lijkt inefficiënt dat klachten van belanghebbenden over de OK bestuurder alleen door de relatief zwaar bezette Ondernemingskamer in zijn geheel beoordeeld kunnen worden. Bovendien is het oordeel over het optreden van de OK doorgaans beperkt tot een ingrijpende en daardoor mogelijk ongenueanceerde beslissing over de vraag of de OK functionaris uit zijn taak moeten worden ontheven.

Het is efficiënter en genuanceerder als de hiervoor genoemde kwesties (eerst) in een bijeenkomst met belanghebbenden en een raadsheer commissaris worden besproken en zo mogelijk afgedaan. Een dergelijk gesprek zou in elk geval de-escalerend kunnen werken en daarmee de Ondernemingskamer, belanghebbenden, en de OK bestuurder kunnen ontlasten.

De rol van een raadsheer commissaris behoort niet te zien op uitoefening van de bestuurstaak. Daarin treedt de bestuurder autonoom op, zoals ook bij een gewone bestuurder het geval is.

Aansprakelijkheid tijdelijk bestuurder

OK bestuurders worden dikwijls aansprakelijk gesteld. In mijn eigen ervaring gaat het dan niet altijd om een welgemeende zorg dat de belangen van de vennootschap in gevaar zijn gebracht. Belanghebbenden zetten de OK bestuurder niet zelden met een aansprakelijkheidsstelling onder druk om een andere beslissing te nemen die de belanghebbende beter uitkomt.

Het disproportioneel gebruik van dreiging met aansprakelijkheid bedreigt de rechtsbedeling die met de benoeming van een OK bestuurder wordt beoogd.

De OK functionaris dient immers zijn besluiten niet in de eerste plaats te nemen om onenigheid met belanghebbenden te vermijden of discussies over zijn privé vermogen te voorkomen. Bovendien moeten discussies over wenselijk beleid in vennootschapsrechtelijk verband worden gevoerd en niet achteraf in de context van het aansprakelijkheidsrecht.

Te overwegen valt een wettelijke drempel te introduceren waarmee wordt voorkomen dat OK bestuurders lichtvaardig aansprakelijk worden gesteld. Anderen hebben reeds geopperd dat de Ondernemingskamer eerst toestemming moet geven voordat een OK bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld. Er bestaat echter geen drempel om die toestemming te vragen en het ligt niet voor de hand dat de Ondernemingskamer spoedig de toegang tot een aansprakelijkheidsprocedure zal afsluiten zonder inhoudelijk onderzoek naar de vermeende aansprakelijkheid. Daarmee wordt de Ondernemingskamer min of meer met de taak van de civiele rechter belast.

Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn dat de OK functionaris alleen aansprakelijk kan worden gesteld door een vordering in te dienen tegen de Staat. De Staat dient dan te bepalen of sprake is van aansprakelijkheid die regres op de OK bestuurder rechtvaardigt. Zo wordt ontmoedigd dat OK bestuurders op oneigenlijke gronden met aansprakelijkheid worden bedreigd. Gelijktijdig is ook geen sprake van immuniteit van OK bestuurders. Als zij hun taak onbehoorlijk hebben vervuld kan de Staat immers regres halen.

Een andere drempel zou kunnen zijn te bepalen dat de eiser de volledige proceskosten van de OK bestuurder moet vergoeden na een procedure waarin de gestelde aansprakelijkheid is afgewezen.

Deze vergoeding zou zich ook moeten uitstrekken over de tijd die de OK bestuurder zelf heeft besteed aan het verweer tegen de vermeende aansprakelijkheid. Er is immers voldoende samenhang met de taak die de Ondernemingskamer hem heeft opgedragen en bij de beschikking wordt bepaald dat de kosten van de werkzaamheden van de OK bestuurder voor rekening van de vennootschap komen. Het is moeilijk te rechtvaardigen dat de OK bestuurder zelf de kosten draagt die voortvloeien uit de juiste uitvoering van de aan hem door de Ondernemingskamer opgedragen taak. Dit geldt vooral als deze taak hem extra moeilijk wordt gemaakt door lichtvaardige aansprakelijkheidsvorderingen. Mogelijk komen deze kosten pas op nadat de enquêteprocedure is geëindigd. Dit zou geen doorslaggevend verschil mogen maken voor de vraag of de vennootschap of de bestuurder de kosten moet betalen die aan zijn werkzaamheden zijn verbonden.

De aansprakelijkheidsprocedure via de Staat en de volledige proceskostenveroordeling kunnen ook worden gecombineerd, zodat uiteindelijk niet de Staat opdraait voor de kosten van verweer tegen lichtvaardig ingestelde aansprakelijkheidsprocedures.

Een aansprakelijkheidsprocedure via de Staat past volgens mij bij het gegeven dat de OK bestuurder zijn werk verricht in het kader van rechtsbedeling en dat hij daarbij vaak minder dan bij regulier optreden als bestuurder maatregelen kan treffen om zijn blootstelling aan aansprakelijkheid te beperken.

Zo heeft de bestuurder nauwelijks gelegenheid om in te schatten welke risico's aan zijn optreden zijn verbonden voordat hij zijn opdracht aanvaardt en gaat het vaak om spoedeisende kwesties met groot belang in een uiterst litigieuze omgeving. De verzekeraarbaarheid voor aansprakelijkheid van de OK bestuurder is vaak beperkt. Dit kan komen door de eisen van de verzekeraar, de beperkte middelen van de onderneming, of het feit dat direct na de instelling spoedeisende maatregelen moeten worden genomen die voortgaan op de zoektocht van de OK bestuurder om zijn eigen positie veilig te stellen.

Hoe dan ook, ik pleit voor een wettelijk regeling die bevordert dat alleen goed onderbouwde vorderingen vanwege aansprakelijkheid worden ingesteld en dat een einde komt aan de bedreiging van bestuurders vanwege meningsverschillen.

In de hoop dat het bovenstaande bij kan dragen aan verdere verbetering van het voorstel.

Hoogachtend,

J.G. Molenaar

Molenaar | Marks
advocaten

T +31 6 130 76 467 | john@molenaarmarks.nl | www.molenaarmarks.nl

Museumlaan 2

3581 HK Utrecht

