

Het conceptwetsvoorstel aanpassing enquêterecht

HOE HET ENQUÊTERECHT BLIJFT BESTAAN ALS EFFECTIEF INSTRUMENT VOOR GESCHILOPLOSSING

MR. C. DE BRES

Het enquêterecht heeft zich de laatste twee decennia ontwikkeld tot een effectief instrument voor het beslechten van geschillen binnen rechtspersonen. De Ondernemingskamer heeft echter ook weerstand gecreëerd, met name door beslissingen terzake beursgenoteerde vlaggenschepen van de 'BV Nederland'. Dit leidde tot een beweging die het enquêterecht ernstig wilde doen verwateren. Uit het voorliggende wetsvoorstel blijkt echter dat die soep niet zo heet wordt gegeten; zij is kennelijk net zo snel afgekoeld als de markt voor overnames van beursvennootschappen. Het conceptwetsvoorstel¹ brengt aanpassingen die hoofdzakelijk als verbeteringen voor de praktijk zijn te kwalificeren.

Het succes van het enquêterecht

Het enquêterecht heeft zich, sinds de invoering van de onmiddellijke voorziening in 1994, ontwikkeld tot een van de meest effectieve instrumenten voor de corporate litigator, met name wanneer patstellingen binnen rechtspersonen moeten worden doorbroken of wanneer het gaat om conflicten die met een strikt juridische benadering niet effectief kunnen worden beslecht.

Het succes van het enquêterecht hangt mede samen met het ontbreken van effectieve alternatieven. De geschillenregeling heeft in de praktijk nimmer gefunctioneerd. De belangrijkste reden hiervoor is bekend: de onmogelijkheid om uitspraken uitvoerbaar bij voorraad te verklaren maakte dat er – in het ergste geval – zes instanties moesten worden doorlopen voordat een uitvoerbaar vonnis werd verkregen. Het lijkt niet waarschijnlijk dat het voorstel voor een nieuwe geschillenregeling die situatie ingrijpend zal veranderen. De voorgestelde regeling zal nog steeds tot een lange rechtsgang leiden (vonnis gegrondheid vordering, deskundigenonderzoek, vonnis prijs). Deze procedure zal

waarschijnlijk ten minste 18 maanden in beslag nemen, zeker bij de drukker bezette rechtbanken. Dit is niet veel langer dan een gemiddelde volledige enquêteprocedure, maar in de enquêteprocedure worden knellende problemen vaak al in een vroeg stadium efficiënt ondervangen. Bovendien worden relatief veel enquêteprocedures niet uitgedeed. Ik kom later terug op de redenen daarvoor.

De geschillenregeling zal waarschijnlijk alleen een interessant alternatief gaan vormen als de rechtbanken effectief gebruik gaan maken van het instrument van de voorlopige voorziening (art. 223 Rv), dat in het voorstel nadrukkelijk wordt genoemd. Het is echter de vraag of de rechtbanken dit middel zullen weten toe te passen met de effectiviteit waarmee de Ondernemingskamer het middel van de onmiddellijke voorziening inzet. De voorlopige voorziening ex art. 223 Rv kan slechts worden ingesteld tegen een procespartij; is de vennootschap niet in de procedure betrokken (en dat is niet noodzakelijkerwijs het geval), dan kan er geen voorziening op het niveau van de vennootschap worden getroffen. De rechter zal zich dan moeten behelpen met voorzieningen als tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer of ingrepen in het stemrecht. Een andere beperkende factor is het toepassingsgebied van art. 223 Rv dat beperkter is dan dat van art. 2:349a BW. De voorlopige voorziening ex art. 223 Rv moet samenhangen met

¹ Het conceptwetsvoorstel is te vinden op <http://www.internetconsultatie.nl/enqueterecht>, de consultatiefase is inmiddels per 30 december jl. afgesloten.

de hoofdvordering, terwijl de onmiddellijke voorziening ex art. 2:349a BW de toestand van de rechtspersoon en het belang van het onderzoek voorop stelt. Het is daarom de vraag of in het kader van de geschillenregeling de voorziening kan worden getroffen die in de praktijk de meest effectieve conflictneutraliserende werking heeft: de benoeming van een tijdelijk functionaris, al dan niet met doorslaggevende stem. Deze voorziening is moeilijk te koppelen aan een vordering tot uitstoting of uittreding, of aan een vordering tot schadevergoeding.

Met de nadruk op de voorlopige voorziening in het voorstel zal wellicht wel de toepassing van de geschillenregeling in kort geding tot een einde komen. Dat valt toe te juichen aangezien deze praktijk vanuit dogmatisch oogpunt geen schoonheidsprijs verdient. De vordering zoals die werd toegewezen kan immers naar haar aard eigenlijk niet op art. 2:336 e.v. BW worden gegrond. Deze regeling voorziet slechts in levering na een prijsbepalend vonnis. Het zou daarom in mijn optiek zuiverder zijn dergelijke geschillen aan de hand van art. 6:163 BW (schadevergoeding in natura) op te lossen, waarbij de eerste stap is het (voorschots) vaststellen of de gedaagde onrechtmatig handelt (bijvoorbeeld in strijd met art. 2:8 BW) of toerekenbaar tekortschiet, waarna een dictum strekkende tot levering tegen een nader te bepalen prijs kan worden uitgesproken.² Wat daar ook van zij, voorlopig blijft het enquêterecht het instrument bij uitstek voor het beslechten van conflicten binnen de rechtspersoon. De nieuwe geschillenregeling biedt, ook als deze beter hanteerbaar blijkt dan de oude, in ieder geval geen oplossing voor alle conflicten (bijv. conflicten die door gebrek aan bereidheid of middelen bij partijen niet kunnen worden beslecht met een aandeletransactie).

Wat maakt het enquêterecht zo effectief?

De Ondernemingskamer wordt alom geprezen vanwege de deskundigheid van zijn leden en vanwege de snelheid waarmee partijen worden geholpen. Die lof is terecht, maar biedt geen volledige verklaring. Wat de Ondernemingskamer met name uniek maakt, is (i) de goede toegankelijkheid als gevolg van het open toetsingscriterium in de eerste fase, en (ii) het bestand van (als tijdelijk functionaris of onderzoeker te benoemen) personen dat de Ondernemingskamer heeft opgebouwd.

De toegankelijkheid van het enquêterecht komt mede voort uit de laagdrempeligheid die is gecreëerd met het open toetsingscriterium in de eerste fase. De verzoeker hoeft slechts te laten zien dat er gegronde redenen zijn om te *twijfelen* aan een juist beleid of aan een juiste gang van zaken. Hij hoeft niet aan te tonen dat er onjuist beleid *is*. Verder moet duidelijk zijn dat het resultaat dat de verzoeker wil bereiken overeenkomt met de doeleinden waarvoor het enquêterecht is geschapen (herstel gezonde verhoudingen, ope-

ning van zaken, vaststelling van verantwoordelijkheid voor wanbeleid).

Dit criterium brengt met zich dat traditionele verweren uit de civiele procedure doorgaans niet succesvol zijn, omdat dergelijke verweren vaak zijn gebaseerd op verwijten aan het adres van de verzoeker zelf. Dat leidt tot escalatie van het geschil en benadrukt de noodzaak om gezond-

Voorlopig blijft het enquêterecht het instrument bij uitstek voor het beslechten van conflicten binnen de rechtspersoon.

de verhoudingen te herstellen c.q. versterkt de vrees dat meerderheidsmacht ten nadele van de minderheid wordt misbruikt. De verweerder die een enquête wil voorkomen, moet daarom juist de-escaleren, zoveel mogelijk transparantie tonen en, in voorkomend geval, oplossingen aanbieden voor problemen die de verzoeker opwerpt. Te denken valt bijvoorbeeld aan het aanbieden van een onafhankelijk onderzoek wanneer de marktconformiteit van een transactie tussen gelieerde partijen ter discussie wordt gesteld. De Ondernemingskamer lijkt in de praktijk ontvankelijk voor het betoog dat er geen gegronde redenen bestaan indien er een redelijke oplossing is aangeboden voor het gesignaleerde probleem.³

Echter, ook deze verweerstrategie is verre van waterdicht. De statistieken tonen aan dat het voordeel in beginsel altijd bij de verzoeker ligt. Van de 510 verzoeken die tussen 1971 en 2007 werden ingediend, werden er 316 toegewezen (62 procent). Wanneer het aantal schikkingen vóór de eerste fase-beschikking wordt meegewogen (alleen al 48 in de periode tussen 1994 en 2007), lijkt de Ondernemingskamer in de praktijk minstens 70 procent van de (niet-ingetrokken) verzoeken toe te wijzen.

Wordt het verzoek toegewezen, dan staan partijen er niet meer alleen voor. Op dat moment – en dit is het tweede element dat het enquêterecht zo effectief maakt – worden een onderzoeker en eventueel een tijdelijk functionaris (commissaris, bestuurder, beheerder van aandelen) benoemd, die partijen kunnen begeleiden bij het vinden van een oplossing. In de loop der jaren heeft de Ondernemingskamer een

De effectiviteit van het enquêterecht is met name verklaarbaar vanuit goede toegankelijkheid en effectiviteit van onmiddellijke voorzieningen.

bestand van personen opgebouwd die in de praktijk zeer goed in staat blijken patstellingen binnen ondernemingen op te lossen, dikwijls door een *negotiated exit* van één der partijen.

Ook dit blijkt uit de cijfers: tussen 2000 en 2007 werden

² Vgl. HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42, waarin levering van een onroerende zaak werd bevolen en *Vrzngr. Rb. Haarlem* 20 september 1994, *KG* 1994/396, waarin overdracht van aandelen als schadevergoeding in de zin van art. 6:103 BW werd toegewezen.

³ Vgl. de uitspraak inzake *SLAM!FM (ARO 2007/103)*, waarin werd aangeboden een emissiekoers onafhankelijk en bindend vast te doen stellen en, waar nodig, een correctie toe te passen indien de koers zou afwijken van de in eerste instantie gehanteerde koers.

300 enquêteverzoeken ingediend tegen niet-beursgenoteerde rechtspersonen. In 110 gevallen werd er geschikt. Na indiening van een enquêteverzoek is de kans dus aanzienlijk dat een minnelijke regeling wordt bereikt. De ervaring van de auteur is dat veel van die regelingen het gevolg zijn van een actieve bemiddelende rol van de benoemde persoon. Het *track record* van de benoemde personen, hun onpartijdigheid, en het gewicht dat benoeming door de Ondernemingskamer met zich brengt, maken dat zij partijen vaak uit de loopgraven krijgen waar anderen daar niet in slagen.

Wat gaat er veranderen?

Gelukkig gaat er aan de cruciale onderdelen van het enquêterecht weinig veranderen, ondanks de radicale voorstellen die daartoe zijn gelanceerd, bijvoorbeeld vanuit de SER.⁴ De wijzigingen die worden voorgesteld, zijn merendeels logisch en beantwoorden aan in de praktijk gevoelde behoeften. Hierna worden de belangrijkste wijzigingen besproken.

Een eerste wijziging ziet op de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek tegen grotere vennootschappen (met een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen). Teneinde te voorkomen dat deze vennootschappen worden belast met enquêteverzoeken van een niet-representatieve minderheid van de aandeelhouders, wordt de ondergrens voor het indienen van een verzoek verhoogd. Het voorstel gaat ervan uit dat tegen een grote vennootschap nog slechts een verzoek zal kunnen worden ingediend door partijen die ten minste 1 procent van het geplaatst kapitaal vertegenwoordigen of – indien het een beursgenoteerde vennootschap betreft – die aandelen of certificaten houden met een beurswaarde van ten minste € 20 miljoen. Het vertegenwoordigen van € 225.000 nominaal kapitaal zal dus niet meer voldoende zijn. De vraag is overigens of deze wijziging echt een verschil zal maken. Voor de activistische aandeelhouders die het meest worden bekritiseerd (zoals hedgefonds), zijn de nieuwe grenzen immers niet bepaald hoog te noemen, mede gelet op het feit dat dergelijke partijen vaak de krachten bundelen.

Een tweede wijziging ten aanzien van de bevoegdheid is dat ook de rechtspersoon bevoegd zal worden een verzoek in te dienen. De invoering hiervan beantwoordt aan een in de praktijk gevoelde behoefte die tot nu toe vaak, enigszins ge-

door de Ondernemingskamer gesauveerd, ook wanneer verweren op basis van (bijv.) tegenstrijdig belang werden gevoerd. Deze aanpassing maakt ook een wijziging noodzakelijk in de ‘klachtplicht’ van art. 2:349 BW. Indien de rechtspersoon zelf het verzoek indient, geldt die plicht volgens het voorstel niet, maar moet de rechtspersoon de raad van commissarissen en de ondernemingsraad zo spoedig mogelijk op de hoogte stellen van het verzoek.

Het voorstel bevat verder een additioneel criterium voor toewijzing van onmiddellijke voorzieningen. In het huidige art. 2:349a BW is doorslaggevend “de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek”. Het voorstel voegt daar aan toe “de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken”. Beoogd is een codificatie van bestaande jurisprudentie omtrent proportionaliteit van de onmiddellijke voorziening.⁵ Deze wijziging zal in de praktijk naar verwachting dus niet tot grote veranderingen leiden, maar betekent wellicht wel dat de Ondernemingskamer beschikkingen uitgebreider zal moeten motiveren. Dit heeft een nuttig gevolg in die zin dat ook de toetsing in cassatie uitgebreider kan zijn. Het nadeel is echter dat dit kan leiden tot omvangrijker beschikkingen en vertragingen in de doorlooptijd.

Een andere wijziging in verband met de onmiddellijke voorziening is het voorgestelde art. 2:349a lid 3 BW. Dit lid bepaalt dat, wanneer een onmiddellijke voorziening is toegewezen, maar nog geen onderzoek, de Ondernemingskamer “binnen redelijke termijn” over het onderzoek beslist. Deze wijziging is het gevolg van kritiek op de praktijk van de Ondernemingskamer om in spoedeisende zaken eerst een onmiddellijke voorziening te gelasten, waarna de beschikking omtrent het onderzoek soms lang op zich liet wachten. Gelet op de duidelijke band tussen onmiddellijke voorziening en onderzoek, is de voorgestelde wijziging begrijpelijk en zeker niet ongewenst. De praktische invulling van het begrip “redelijke termijn” is in eerste instantie aan de Ondernemingskamer. Blijkens de toelichting op het voorstel is gedacht aan “enkele maanden”, maar kan dit ook langer zijn in geval van bijzondere omstandigheden (bijv. indien een schikking nabij lijkt of de kosten van het onderzoek niet kunnen worden opgebracht). Dit betekent overigens niet dat, wanneer alle partijen dit willen, er geen ruimte zou zijn voor een onmiddellijke voorziening zonder onderzoek (althans: zonder onderzoeker). Dat gebeurt in de huidige praktijk ook reeds. In overleg met partijen kan, nadat een onmiddellijke voorziening is getroffen en een onderzoek is gelast, de benoeming van een onderzoeker voor onbepaalde tijd worden aangehouden.⁶ Komen partijen er alsnog samen uit, dan kan het verzoek worden ingetrokken. Lukt dat niet, dan kan de Ondernemingskamer op verzoek van de meest gereede partij alsnog een onderzoeker benoemen.

Het voorstel bevat verder bepalingen ter bescherming van

5 In het Advies Evenwichtig Ondernemingsbestuur.

6 Hetgeen bijv. geschiedde in de zaak *Crescendo* (ARO 2002/114) en recent in de zaak *Inter Access Groep* (nog niet gepubliceerd).

4 In het Advies Evenwichtig Ondernemingsbestuur.

Gelukkig gaat er aan de cruciale onderdelen van het enquêterecht weinig veranderen, ondanks de radicale voorstellen die daartoe zijn gelanceerd.

kunsteld, werd ingevuld door bij overeenkomst de enquêtebevoegdheid toe te kennen aan individuele bestuurders, een ondernemingsraad of een raad van commissarissen (op grond van art. 2:346 sub c BW). Deze praktijk werd

onderzoekers en tijdelijk benoemde bestuurders en commissarissen tegen aansprakelijkstellingen door partijen, die belemmerend kunnen werken en soms ook als zodanig bedoeld zijn.⁷ In het voorstel worden de redelijke kosten van verweer ten laste van de rechtspersoon gebracht. Dit doet echter niet af aan de wenselijkheid van een goede D&O verzekering voor tijdelijk functionarissen. De schadevergoeding als gevolg van een succesvolle aansprakelijkstelling kan immers, uiteraard, niet op de rechtspersoon worden verhaald. De tijdelijk functionaris doet er dan ook goed aan te verlangen dat voor hem of haar een D&O verzekering wordt gesloten op kosten van de rechtspersoon.

De laatste wijziging die ik wil bespreken, ziet op het onderzoek zelf. Het voorstel bepaalt dat de onderzoeker personen die in het verslag worden genoemd in de gelegenheid moet stellen opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben. Dit gebeurt in de praktijk in veel gevallen al, maar het is goed dat deze praktijk tot regel wordt verheven. De wijziging dient immers een nuttig doel, hoor en wederhoor. De wijziging kan echter – indien onderzoekers te kwistig gaan klankborden – wel als keerzijde hebben dat de duur van het onderzoek zal worden verlengd. De onderzoeker zal daar zelf een balans in moeten vinden. Overigens is het voor de partijen die worden genoemd maar de vraag of het zinvol is opmerkingen te maken, zeker wanneer de initiële conclusies in het nadeel van die partij zijn. Niet zo heel waarschijnlijk is dat een opmerking dan nog tot een andere conclusie leidt, hooguit tot een betere onderbouwing van die conclusie. Uit strategisch oogpunt kan het dan praktischer zijn sommige bezwaren ‘op te sparen’ en te gebruiken om in de tweede fase het verslag te bestrijden. Overigens moet ook over het überhaupt verschijnen in de tweede fase goed worden nagedacht. Voor de verschenen belanghebbende is de conclusie dat sprake is van wanbeleid immers bindend. Een rechter in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure kan (onder omstandigheden en mede gelet op de inhoud van het verslag en het debat in de tweede fase) op grond van de conclusie wanbeleid voorshands bewezen achten omdat de aangesproken partij zijn taken jegens de rechtspersoon niet behoorlijk heeft vervuld.⁸ Dat bewijsvermoeden geldt in beginsel niet wanneer de belanghebbende niet verschijnt.

Blijft er nog iets te wensen over?

Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. De praktijk zou met name gediend zijn met de mogelijkheid een definitieve voorziening te treffen die echt een einde aan het geschil maakt, zoals gedwongen uitstoting of uittreding van een aandeelhouder. Dit is nu slechts mogelijk via de (niet-functionerende) geschillenregeling, terwijl deze re-

medie juist ook in het enquêterecht een grote bijdrage zou kunnen leveren aan het herstel van gezonde verhoudingen. Dit zou weliswaar een mogelijkheid tot onteigening na één feitelijke instantie inhouden, maar dat hoeft vanuit EVRM-perspectief geen bezwaar op te leveren.⁹ Het voordeel zou zijn dat er een *one stop-shop* concept wordt ingevoerd, waarin alle mogelijke oplossingen voor een geschil beschikbaar zijn. Wordt een geschil niet hangende de procedure in der minne opgelost, en blijkt uit het verslag dat partijen zo gebrouilleerd zijn dat de problemen niet effectief kunnen

De praktijk zou gediend zijn met de mogelijkheid van een definitieve voorziening tot gedwongen uitstoting of uittreding van een aandeelhouder.

worden opgelost met het huidige scala aan definitieve voorzieningen, dan kan een gedwongen afscheid worden gelast. De enkele mogelijkheid dat een dergelijke voorziening in de tweede fase wordt getroffen, zal naar verwachting al leiden tot een vermindering van het aantal zaken dat de tweede fase bereikt. Overigens lijkt de Ondernemingskamer ook zelf de wens te hebben dit type voorzieningen te kunnen gelasten, getuige de beschikking inzake e-Traction,¹⁰ waarin een voorziening werd getroffen strekkende tot tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer, waarbij de beheerder het tot zijn taak mocht rekenen de aandelen ter certificering over te dragen, teneinde een definitief einde te maken aan de zeggenschap van de betrokken aandeelhouder. Die oplossing is creatief en praktisch, maar past niet goed binnen het huidige systeem.

Een andere belangrijke wens is niet zo zeer inhoudelijk van aard, maar logistiek. De Ondernemingskamer zou baat hebben bij uitbreiding van de personele bezetting. De leden van de Ondernemingskamer werken hard, maar worden geconfronteerd met een zeer hoge werklast. Mede daardoor duurt een gemiddelde enquêteprocedure bij een niet-beursgenoteerde rechtspersoon 440 dagen. Dat is lang wanneer personen met een hoge mate van betrokkenheid bij, en zeggenschap over de rechtspersoon met elkaar gebrouilleerd zijn. Grotere snelheid van handelen, in de eerste fase én daarna, zou zeer welkom zijn. De met die extra menskracht gepaarde publieke lasten worden ruimschoots gecompenseerd door de maatschappelijke belangen (bijv. werkgelegenheid) die zijn gemoeid met efficiënte geschilbeslechting binnen rechtspersonen.

Over de auteur

Mr. Chris de Bres is partner corporate litigation bij Lexence NV.

7 Een voorbeeld is te vinden in OK 14 december 2007, «JOR» 2008/34 (e-Traction).

8 HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 (Laurus).

9 Vgl. Mr. F. Eikelboom, 'Een toetsingskader voor het treffen van voorzieningen in het enquêterecht: artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (bescherming van eigendom)', *Ondernemingsrecht* 2009/143.

10 OK 8 september 2008, «JOR» 2009/127.