

Vergaderjaar 2008–2009

29 752

Modernisering van het ondernemingsrecht

Nr. 8

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 2 maart 2009

De modernisering van de materiële regels van het ondernemingsrecht die in de afgelopen jaren is gerealiseerd en nog steeds voortgaat, kan geschillen in de onderneming niet voorkomen. Een goede juridische infrastructuur moet voorzien in een snelle en efficiënte toegang tot de rechter voor het geval partijen een geschil niet in onderling overleg kunnen beslechten. In de brief van 12 november 2007 (Kamerstukken II 2007–2008, 29 752, nr. 5) heeft de minister van Justitie een herbezinning op de geschillenbeslechting in de onderneming aangekondigd.

Veel geschillen in ondernemingen zijn via het enquêterecht voorgelegd aan de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. In een relatief klein aantal gevallen is ook de Hoge Raad om een oordeel gevraagd. De enquêteprocedure voorziet in een duidelijke behoefte. De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 10 januari 1990 inzake Ogem (NJ 1990, 466) opgemerkt dat de wetgever «als doeleinden van een enquête niet slechts heeft beschouwd de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan.»

Op basis van de enquêteprocedure kan de Ondernemingskamer ingrijpen bij een rechtspersoon. Zij kan één of meer personen benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon indien blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. De Ondernemingskamer oordeelt op basis van het onderzoek of sprake is van wanbeleid en zij kan dan desgewenst voorzieningen treffen. Zo kunnen besluiten van de aandeelhoudersvergadering, het bestuur en de raad van commissarissen worden geschorst of vernietigd, kunnen bestuurders en commissarissen worden geschorst of ontslagen en andere bestuurders of commissarissen tijdelijk worden aangesteld en

kan tijdelijk van statutaire bepalingen worden afgeweken. In de praktijk is van groot belang gebleken dat de Ondernemingskamer ook onmiddellijke voorzieningen kan treffen in elke stand van het geding indien dat in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek vereist is. In beginsel draagt de vennootschap de kosten van de procedure.

De omstandigheid dat met enige regelmaat beroep wordt gedaan op het enquêterecht is een feit van algemene bekendheid. Empirisch onderzoek naar de ervaringen met het recht van enquête ontbrak echter. In die gegevens wordt inmiddels voorzien door het onderzoek «Het recht van enquête, Een empirisch onderzoek» van februari 2009. Dit onderzoek is verricht onder verantwoordelijkheid van het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen en de Erasmus Universiteit Rotterdam en stond onder leiding van prof. dr. K. Cools, mr. dr. P. G. F. A. Geerts, prof. mr. dr. M. J. Kroeze en mr. drs. A. C. W. Pijls. Het rapport waarin de resultaten van het onderzoek zijn neergelegd, bied ik u hierbij aan.¹

Empirisch onderzoek naar het recht van enquête

De onderzoekers hebben 1734 uitspraken van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad in enquêteprocedures geanalyseerd. Onderzocht zijn de uitspraken in de periode 1971 (het jaar dat de huidige enquêteprocedure is ingevoerd) tot en met 2007.

In het onderzoek zijn vele aspecten betrokken. Zo zijn de uitspraken onderzocht op de vraag wat de duur is van enquêteprocedures en de onderzoeken die in dat verband zijn verricht, hoeveel verzoeken om enquête per jaar zijn ingediend en bij welke rechtspersonen, wie optraden als verzoeker, op welke ontvankelijkheidseis (kapitaalbelang van 10% of vertegenwoordiging van een nominaal bedrag van € 225 000) beroep is gedaan, welke conflicten ten grondslag lagen aan een enquêteverzoek, hoe vaak een minnelijke regeling tot stand is gekomen, hoe vaak is verzocht om vaststelling van wanbeleid en dat ook is toegewezen, welke onmiddellijke en definitieve voorzieningen zijn toegewezen, hoe vaak cassatie is ingesteld (en is gecasseerd) tegen de toewijzing van een enquête, de vaststelling van wanbeleid en het treffen van onmiddellijke en definitieve voorzieningen. Bij de verantwoording van de resultaten is door de onderzoekers onderscheid gemaakt tussen beursvennootschappen en niet-beursvennootschappen.

In de periode 1971–2007 is 510 keer verzocht om het instellen van een enquête. Daarbij ging het in 479 gevallen om niet-beursgenoteerde rechtspersonen en in 31 gevallen om beursvennootschappen. De onderzoekers hebben een sterke stijging in het aantal enquêteverzoeken geconstateerd sinds de invoering van de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te treffen in 1994. Naar de mening van de onderzoekers is de invoering daarvan één van de meest in het oog springende ontwikkelingen in het enquêterecht en is daarmee voorzien in een belangrijke maatschappelijke behoefte.

De onderzoekers menen dat de gemiddelde duur van enquêteprocedures en de mediaan van de duur (dat wil zeggen de waarde waarboven en waaronder 50% van de waarnemingen ligt en waardoor aan extremen voorbij wordt gegaan) in de periode 2000–2007 niet onredelijk lang is geweest. Bij niet-beursvennootschappen is de gemiddelde duur in de periode 2000–2007 (berekend op basis van 300 zaken) 440 dagen. De mediaan komt lager uit, te weten op 265 dagen. Bij beursvennootschappen is de gemiddelde termijn in dezelfde periode (berekend op basis van

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

23 zaken) 564 dagen. De mediaan is 447 dagen. De gemiddelde (totale) duur van enquêteprocedures is overigens in de periode 2000–2007 aanzienlijk afgenomen ten opzichte van de periode 1994–1999. Dit laatste geldt voor enquêteprocedures bij beursvennootschappen en niet-beursvennootschappen.

In verband met het voorgaande is van belang dat in de duur van een enquêteprocedure ook de duur van het onderzoek is begrepen. De gemiddelde duur van het onderzoek bij niet-beursvennootschappen is in de periode 2000–2007 306 dagen (mediaan 244 dagen). Bij beursvennootschappen is de gemiddelde duur van het onderzoek 246 dagen (mediaan 205 dagen). De onderzoekers merken op dat de duur van het onderzoek in de periode 2000–2007 aanmerkelijk korter is geworden ten opzichte van de periode 1994–1999, overigens vooral bij beursvennootschappen.

De onderzoekers hebben voorts de snelheid van de Ondernemingskamer gemeten aan de hand van de termijn tussen de indiening van het eerste verzoekschrift en de eerste inhoudelijke beschikking van de Ondernemingskamer. Zij concluderen dat de Ondernemingskamer in staat is om snel te werken. Bij beursvennootschappen is de gemiddelde periode tot een inhoudelijke beslissing in de periode 2000–2007 61 dagen, terwijl de mediaan uitkomt op slechts 15 dagen. De onderzoekers verklaren de termijn van 15 dagen door de omstandigheid dat in een aanzienlijk aantal zaken sprake was van een verzoek om onmiddellijke voorzieningen in een spoedprocedure. Voor niet-beursvennootschappen was de termijn voor de eerste inhoudelijke beslissing in de genoemde periode 88 dagen (mediaan 81 dagen).

De onderzoekers stellen dat hun onderzoek lijkt te bevestigen dat het aanzienlijk moeilijker is geworden om mensen bereid te vinden een onderzoek te verrichten bij een beursvennootschap. Zij leiden dit af uit de omstandigheid dat de benoeming van onderzoekers bij beursvennootschappen tegenwoordig vaak niet meer geschiedt op de dag van toewijzing van de enquête. Voor de benoeming is in de periode 2000–2007 een gemiddelde termijn van 43 dagen (mediaan van 4 dagen) geconstateerd. De onderzoekers vinden aannemelijk dat deze ontwikkeling onder meer verband houdt met het aansprakelijkheidsrisico dat onderzoekers lopen bij het doen van een onderzoek bij een beursvennootschap.

Bij niet-beursvennootschappen blijkt in een aanzienlijk aantal zaken waarin om een enquête is verzocht, een minnelijke regeling te worden getroffen. In de periode 2000–2007 is daarvan in 37% van de zaken sprake. Veel van de schikkingen komen tot stand na de toewijzing van en tijdens het onderzoek. Minnelijke regelingen komen bij beursvennootschappen slechts zelden voor.

Het verzoek om een enquête had in de periode 1971–2007 in 93% van de gevallen betrekking op besloten kapitaalvennootschappen (niet-beursgenoteerde NV's en BV's). Daarnaast zijn enkele verzoeken om enquête ingediend ten aanzien van stichtingen, verenigingen en coöperaties. In 6% van de gevallen betrof de enquêteprocedure een beursvennootschap.

In alle onderzochte periodes blijkt dat het enquêterecht vooral door de kapitaalverschaffers is gebruikt (aandeelhouders en certificaathouders). Bij niet-beursvennootschappen hebben zij daarbij in de regel beroep gedaan op de ontvankelijkheids eis dat ten minste 10% van het geplaatste kapitaal wordt vertegenwoordigd. Dat ligt ook voor de hand omdat het aandelenbezit bij niet-beursvennootschappen vaak geconcentreerd is. In de bedoelde gevallen is derhalve niet primair beroep gedaan op de ontvankelijkheids eis dat de verzoekende kapitaalverschaffers rechtheb-

benden zijn op een bedrag van aandelen of certificaten met een nominale waarde van ten minste € 225 000. De kapitaalverschaffers van beursvennootschappen hebben in vrijwel alle gevallen wel beroep gedaan op die ontvankelijkheidsis. Dit resultaat hangt samen met het gespreide aandelenbezit bij beursvennootschappen.

Totdat de Hoge Raad oordeelde dat het huidige recht daartoe geen grondslag inhoudt (Hoge Raad 1 februari 2002, NJ 2002, 225), trad de vennootschap met enige regelmaat op als verzoeker van een enquête. In de periode 1994–1999 was dat in 9% van de enquêteprocedures het geval. Ook in de periode tot 1 februari 2002 zijn nog verschillende verzoeken ingediend door de vennootschap. De onderzoekers concluderen dat is gebleken van een behoefte van de vennootschap om zelf een enquête te kunnen verzoeken. Vakbonden hebben daarentegen slechts zelden om een enquête verzocht. De advocaat-generaal heeft in 5 zaken een verzoek om enquête gedaan om redenen van openbaar belang (periode 1971–2007). In de periode 1994–2007 is in 4 gevallen door de ondernemingsraad, individuele werknemers of een beschermingsstichting een enquêteverzoek ingediend op basis van een daartoe toegekende bevoegdheid via de statuten of een overeenkomst met de rechtspersoon (artikel 2:346 onder c BW).

Een impasse in de besluitvorming, belangenverstremgeling of een schending van de wet en/of de statuten waren bij niet-beursvennootschappen de belangrijkste aanleiding voor een enquêteverzoek in de periode 2000–2007. In dezelfde periode gaven vooral conflicten tussen het bestuur en de aandeelhouders aanleiding tot een beroep op de enquêteprocedure bij beursvennootschappen. Veelal is het conflict dan veroorzaakt door verschil van inzicht ten aanzien van het gevoerde beleid of het te voeren beleid van de vennootschap. In verhouding tot de niet-beursvennootschappen is relatief vaak verzocht om een enquête bij een failliete beursvennootschap. Ook is opgemerkt dat het enquêterecht bij beursvennootschappen wordt aangewend door vijandige bidders in het kader van een biedingstrijd.

Het aantal verzoeken aan de Ondernemingskamer om wanbeleid vast te stellen op basis van het onderzoek bij de rechtspersoon is relatief klein. Bij niet-beursvennootschappen is in de periode 2000–2007 in 36 gevallen verzocht om de vaststelling van wanbeleid. In 22 van die gevallen betrof het een verzoek van een aandeelhouder. Bij beursvennootschappen is in dezelfde periode zeven maal verzocht om de vaststelling van wanbeleid. In zes van die gevallen ging het verzoek uit van een aandeelhouder.

Wanneer de Ondernemingskamer wanbeleid heeft vastgesteld, is bij niet-beursvennootschappen in de periode 2000–2007 vooral ingegrepen door zittende bestuurders en commissarissen te schorsen of te ontslaan en anderen tijdelijk te benoemen. In geval van wanbeleid bij beursvennootschappen heeft de Ondernemingskamer in dezelfde periode het meest ingegrepen door besluiten te schorsen of te vernietigen.

Verzoeken om onmiddellijke voorzieningen zijn in alle onderzochte periodes vooral gedaan door de kapitaalverschaffers (aandeelhouders en certificaathouders) van niet-beursvennootschappen en beursvennootschappen. Slechts een enkele keer is een onmiddellijke voorziening verzocht door een vakbond, de vennootschap zelf of een verzoeker die op grond van de statuten of een overeenkomst met de rechtspersoon een enquête kan entameren.

In de periode 2000–2007 zijn ten aanzien van niet-beursvennootschappen 300 enquêteverzoeken gedaan. Daarbij is 234 keer verzocht om onmiddel-

lijke voorzieningen, hetgeen in 109 gevallen ook tot een voorziening heeft geleid. De meest voorkomende onmiddellijke voorziening die de Ondernemingskamer bij niet-beursvennootschappen heeft getroffen is de benoeming van bestuurders en commissarissen. In de periode 2000–2007 zijn ten aanzien van beursvennootschappen 23 enquêteverzoeken gedaan, met in 21 gevallen een verzoek om onmiddellijke voorzieningen en 12 gevallen waarin een onmiddellijke voorziening ook daadwerkelijk is getroffen. Daarbij is 6 keer een commissaris benoemd, in 3 gevallen is een bestuurder benoemd en in 4 gevallen kreeg de aandeelhoudersvergadering een verbod tot besluitvorming.

Opmerking verdient nog dat de toewijzing van onmiddellijke voorzieningen in een groot aantal gevallen niet wordt gevolgd door een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. In de periode 2000–2007 was dit het geval voor 23% van de zaken ten aanzien van niet-beursvennootschappen. In dezelfde periode is bij beursvennootschappen in 42% van de gevallen waarin een verzoek om onmiddellijke voorzieningen is toegewezen, geen onderzoek gevolgd.

De onderzoekers hebben vastgesteld dat het aantal verzoeken tot cassatie, alsmede het aantal cassaties als percentage van het aantal beschikkingen, voor beursvennootschappen aanzienlijk hoger ligt dan voor niet-beursvennootschappen. Het onderhavige onderzoek heeft geen gegevens opgeleverd die dit verschil in uitkomst kunnen verklaren.

Rondetafelgesprekken

Zoals aangekondigd in de brief van de minister van Justitie van 12 november 2007 is over het functioneren van het enquêterecht in de praktijk een aantal rondetafelgesprekken georganiseerd met vertegenwoordigers van het bedrijfsleven, advocatuur, rechterlijke macht en wetenschap. De desbetreffende gesprekken hebben plaatsgevonden in november en december 2007.

Tijdens de gesprekken hebben de deelnemers hun persoonlijke ervaringen toegelicht. Samengevat bleek dat de deelnemers veel waardering hebben voor het instrument van het enquêterecht en de werkzaamheden van de Ondernemingskamer in dat verband. Geprezen zijn de mogelijkheden om onmiddellijke voorzieningen te treffen en de snelheid waarmee de Ondernemingskamer kan handelen wanneer daartoe aanleiding bestaat. De meeste deelnemers gaven te kennen dat een ingrijpende wijziging van het enquêterecht niet noodzakelijk is. Dat laat onverlet dat verbetering van de procedure op onderdelen is bepleit. Zo is opgemerkt dat de toegang tot de enquêteprocedure moet worden gezien, dat de onderzoeksfase met meer waarborgen kan worden omkleed, dat een oplossing moet worden geboden voor het aansprakelijkheidsrisico dat door de Ondernemingskamer benoemde personen treft alsmede dat rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat de enquêteprocedure vooral wordt gebruikt door niet-beursvennootschappen, onder meer omdat die procedure de voorkeur krijgt ten opzichte van de bestaande geschillenregeling.

Hoe nu verder?

Het enquêterecht is een belangrijk middel voor de beslechting van geschillen. We zijn blij nu te beschikken over betrouwbare empirische gegevens over de toepassing van het enquêterecht. Die gegevens kunnen behulpzaam zijn bij de beslissingen die ten aanzien van het enquêterecht moeten worden genomen. Zo moet worden beslist of de toegang tot de enquêteprocedure wordt verruimd of juist niet, wanneer sprake is van wanbeleid (waaronder de vraag of het vermengen van politieke en econo-

mische motieven door aandeelhouders tot de conclusie van wanbeleid moet kunnen leiden (vgl. Kamerstukken II 2008–2009, 31 350, nr. 7), of de voorzieningen die de rechter kan treffen aanpassing behoeven en of het aansprakelijkheidsrisico van onderzoekers en tijdelijke bestuurders en commissarissen aanleiding geeft voor wetgeving.

Zowel het empirische onderzoek als de rondetafelgesprekken ondersteunen het uitgangspunt dat de regeling op onderdelen nog kan worden verbeterd. Bij de uitwerking zal ook rekening kunnen worden gehouden met de voorstellen van de SER terzake het enquêterecht in zijn advies «Evenwichtig ondernemingsbestuur» (08/01, vgl. voor de kabinetsreactie op dat advies Kamerstukken II 2007–2008, 31 083, nr. 22).

De minister van Justitie streeft ernaar dat een voorontwerp van een wetsvoorstel betreffende het enquêterecht in de tweede helft van dit jaar gereed is. Vervolgens zal via het internet worden geconsulteerd over de voorstellen tot aanpassing van het enquêterecht.

De staatssecretaris van Justitie,
N. Albayrak