

Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018

Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 152), III.15.1 Inleiding

Vindplaats: Vereniging Corporate Litigation 2017-2018 (VDHI nr. 152) 2018/III.15.1
Datum: 2018-06-01
Auteur: mr. M. Schönau
Vakgebied(en): Ondernemingsrecht (V)
Samenvatting: mr. M. Schönau, datum 01-06-2018

III.15.1 Inleiding

Auteur: mr. M. Schönau

De Ondernemingskamer is terughoudend in het geven van instructies aan door haar benoemde bestuurders en commissarissen. Hiermee geeft zij uitvoering aan het in vaste rechtspraak verankerde uitgangspunt dat deze functionarissen hun taak in beginsel zelfstandig uitvoeren.¹ Het is namelijk aan hen en niet aan de Ondernemingskamer om te beoordelen of bepaalde maatregelen binnen of door de rechtspersoon moeten worden getroffen.² Procespartijen die de Ondernemingskamer vragen om een dwingende instructie (bevel) aan een tijdelijke functionaris te verstrekken, zullen dan ook nul op het rekest krijgen. Instructies hoeven echter geen dwingend karakter te hebben. Het verstrekken van instructies doet daarom niet per definitie afbreuk aan de uiteindelijke zelfstandige beslisbevoegdheid van een tijdelijke functionaris. De Ondernemingskamer geeft tijdelijke functionarissen bovendien vaak wel suggesties in de beschikking waarin zij worden benoemd, bijvoorbeeld ten aanzien van de invulling van hun taak of bevoegdheid. Deze suggesties zijn een soort instructie.

Naar mijn mening zijn er goede gronden om het uitgangspunt van terughoudendheid ten aanzien van het geven van instructies te verlaten. Ik ben dan ook voor de stelling dat de Ondernemingskamer instructies moet kunnen geven aan door haar benoemde functionarissen. Daarmee wordt in algemene zin tegemoetgekomen aan de bij tijdelijke functionarissen in bepaalde situaties gevoelde behoefte aan richting en wordt ook gehoor gegeven aan de meer kritische gebruikers van het enquêterecht, die de vaak vergaande bevoegdheden van de tijdelijke functionaris met argusogen bekijken. De wetenschap dat de Ondernemingskamer, voordat een ingrijpend besluit genomen wordt, richting kan geven draagt bij aan de acceptatie van deze bevoegdheden.

Voetnoten

- ¹ Zie bijvoorbeeld OK 11 december 2013, **JOR 2014/36** (*Jeemer en Meromi*), r. o. 3.1.
- ² HR 11 juli 2014, **JOR 2014/263** (*Novero*), r.o. 3.3. Hierover onder meer Sinninghe Damsté, 'De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', TvOP 2014/5 en Krop, Scholten & Verburgt, 'De tijdelijk bestuurder: daadkrachtig op eieren lopen' in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014/2015* (VDHI nr. 128), hoofdstuk 6.2.

Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 152), III.15.2 Instructies

Vindplaats: Vereniging Corporate Litigation 2017-2018 (VDHI nr. 152) 2018/III.15.2
Datum: 2018-06-01
Auteur: mr. M. Schönau
Vakgebied(en): Ondernemingsrecht (V)
Samenvatting: mr. M. Schönau, datum 01-06-2018

III.15.2 Instructies

Auteur: mr. M. Schönau

De Ondernemingskamer mag dan terughoudend zijn in het verstrekken van instructies aan tijdelijke functionarissen, ze geeft ze wel degelijk. Ik wijs op de suggesties die de Ondernemingskamer tijdelijke functionarissen regelmatig geeft in de omschrijving van hun taak of bevoegdheid in de beschikking waarin zij worden benoemd. Zo gaf de Ondernemingskamer in haar beschikking van 25 oktober 2017 inzake huisartsenpraktijk De La Rey,¹ waarin een hoogoplopend conflict tussen twee van de drie artsen de praktijk onbestuurbaar maakte met risico's voor de continuïteit van de patiëntenzorg, de door haar te benoemen tijdelijke bestuurder de instructie (r.o. 3.9) om de verhouding met verzekeraars, de bank en de fiscus te normaliseren en in overleg te treden met de Inspectie voor de Gezondheidszorg. De bestuurder zou, wat de Ondernemingskamer betreft, ook een beslissing kunnen nemen over de vraag of de huisarts die de oorzaak van de problematiek was al dan niet zou kunnen terugkeren in de praktijk. De Ondernemingskamer gaf haar bestuurder verder in overweging te bezien of een ontvlechting van de praktijk gerealiseerd kon worden door middel van een bindend advies.²

Dit soort suggesties of taakopdrachten zijn toch moeilijk anders te zien dan als een soort instructie ten aanzien van de invulling van de opdracht die de tijdelijke functionaris meekrijgt. Het is naar mijn mening goed om op deze manier voor alle belanghebbenden inzichtelijk te maken wat er volgens de Ondernemingskamer moet en dus waarschijnlijk ook gaat gebeuren om orde op zaken te stellen in een vennootschap die onderwerp is van een enquête. De tijdelijke functionaris, die vaak als *troubleshooter* in een vennootschap wordt gearachuteerd, is evident ook gebaat bij richting.

III.15.2.1 Concrete instructies ten aanzien van bepaalde bestuurshandelingen

III.15.2.2 Procesmatige of formele instructies

Voetnoten

1 OK 25 oktober 2017, **ARO 2018/15** (*De La Rey*).

2 Zie bijvoorbeeld ook OK 22 december 2017, **AR 2018/422** (*Global Publishing*), r.o. 3.22.

Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 152), III.15.3 De positie van door de ondernemingskamer benoemde functionarissen

Vindplaats: Vereniging Corporate Litigation 2017-2018 (VDHI nr. 152) 2018/III.15.3

Datum: 2018-06-01

Auteur: mr. M. Schönau

Vakgebied(en): Ondernemingsrecht (V)

Samenvatting: mr. M. Schönau, datum 01-06-2018

III.15.3 De positie van door de ondernemingskamer benoemde functionarissen

Auteur: mr. M. Schönau

De positie van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen staat onder druk.¹ Dat is een belangrijke reden om de Ondernemingskamer minder terughoudend te laten zijn ten aanzien van het geven van instructies aan haar functionarissen. Was de tijdelijke functionaris vroeger nog gewoon 'frontsoldaat' of 'personeelslid' van de Ondernemingskamer, nu verkeert deze 'parachutist in een mijnenveld van tegengestelde belangen' in een latrelatie met deze zelfde Ondernemingskamer. Tegen deze achtergrond moet hij ook nog eens 'daadkrachtig op eieren lopen'. In het Financieel Dagblad van 20 februari 2017 karakteriseerde voormalig tijdelijk commissaris van telecombedrijf ZED+, Frank Schreve, de positie waarin hij en Peter Wakkie als tijdelijk bestuurder verkeerden als die van 'een soort God in Frankrijk'. Schreve bekritiseerde de afstand die de Ondernemingskamer behield ondanks de bij hem gevoelde behoefte aan een klankbord.² Het hoogoplopende conflict tussen de Russisch-Armeense en Spaanse aandeelhouders van ZED+ getuigt van de complexe grensoverschrijdende problematiek waar tijdelijke functionarissen in dergelijke extreme gevallen mee te maken kunnen krijgen.

Gelukkig biedt het enquêterecht de tijdelijke functionarissen wel een zekere mate van bescherming. Zo kunnen zij alleen door de Ondernemingskamer worden geschorst of ontslagen en kunnen de kosten van verweer in geval van een aansprakelijkstelling ten laste van de vennootschap worden gebracht. Marius Josephus Jitta noemde tijdelijke functionarissen met het oog daarop 'betrekkelijk onkwetsbaar'.³ Aan de andere kant geldt dat de Ondernemingskamer hen sinds de beschikking inzake Orthopedische Schoenmakerij⁴ geen décharge kan verlenen. Bovendien is er geen aansprakelijkheidsbeperking in de wet opgenomen zoals die geldt voor de onderzoeker in **art. 2:351 lid 5 BW**. In de praktijk bedienen *stakeholders* zich regelmatig van dreigementen met aansprakelijkstellingen aan het adres van tijdelijke functionarissen om hun handelen of nalaten te beïnvloeden.⁵ Bij mijn weten hebben deze dreigementen slechts in een enkel geval in een civiele aansprakelijkheidsprocedure geresulteerd: een vonnis ligt er in die zaak nog niet. Wat daar verder ook van zij, dit soort dreigementen hebben de tijdelijke bestuurder van E-traction er wel toe doen besluiten om zich op eigen verzoek uit zijn functie te laten ontheffen.⁶

In de gelegenheid tot klankborden, waar Schreve tijdens zijn tijdelijke commissariaat bij ZED+ behoefte aan had, wordt voorzien door Stichting Rimari.⁷ Deze stichting, die onafhankelijk is van de Ondernemingskamer en waarvan zowel beginnende als ervaren OK-functionarissen deel uitmaken, biedt *sparring partners* aan door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen die worden geconfronteerd met lastige keuzes of vraagstukken. Of dit sparren naar tevredenheid van de tijdelijke functionarissen gebeurt en hoe vaak Rimari wordt aangezocht, is niet bekend buiten de kring van de stichting.

De 'ex ante toetsing' die de Ondernemingskamer door het geven van instructies in het leven zou roepen, geeft de bestuurder meer duidelijkheid en houvast en voorziet in de behoefte aan directe rechtsbescherming voor de tijdelijke functionaris. Dit heeft mogelijk een positieve invloed op de geconstateerde angst en aarzeling bij potentiële functionarissen in verband met de dreiging van aansprakelijkheid en reputatieschade. Een concrete instructie zal op zijn minst een omstandigheid opleveren die een tijdelijke functionaris geconfronteerd met een aansprakelijkstelling in haar voordeel kan uitleggen.

De wetenschap dat de Ondernemingskamer concrete instructies kan geven aan door haar benoemde functionarissen, geeft ook aan andere belanghebbenden in de enquêteprocedure duidelijkheid. Denk bijvoorbeeld aan aandeelhouders gevestigd in andere jurisdicties, waar een instituut als de Ondernemingskamer en haar vergaande bevoegdheden op weinig begrip kunnen rekenen. De wetenschap dat ze wel op enige manier gestuurd kunnen worden in hun handelen, kan bijdragen aan de acceptatie en dus ook de internationale legitimatie van de Ondernemingskamer.

Voetnoten

- 1** Getuige de voordracht van Duynstee 'Het (gebrek aan) toezicht op door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen', tijdens het Van Der Heijden congres op 10 en 11 november 2017. De schriftelijke uitwerking van de voordracht was nog niet gepubliceerd op het moment van afronding van deze bijdrage. Zie ook Makkink, 'De verhouding tussen OK-functionarissen en de OK; een latrelatie in het Ondernemingsrecht', in: Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd*, (VDHI nr. 133) 2017, p. 255-257; Borrius, 'De OK-bestuurder, manoeuvreerruimte en dreiging van aansprakelijkheid' in: Makkink e.a. (red.), *Ik ben niet overtuigd: opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse*, Prinsengrachteeks, Ars Aequi 2015, p. 73-84.
- 2** Zie interview met Frank Schreve door Couwenbergh en De Groot, 'Door Ondernemingskamer benoemde bestuurder is een soort God in Frankrijk', *Financieel Dagblad* 20 februari 2017.
- 3** Josephus Jitta, 'Over black boxes en black swans in het enquêterecht' in: Makkink e.a. (red.), *Ik ben niet overtuigd: opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse*, Prinsengrachteeks, Ars Aequi (2015), p. 259.
- 4** OK 18 maart 2013, **JOR 2013/136** (*Orthopedische Schoenmakerij*), r.o. 2.3.
- 5** Zie daarover Borrius in: 'De OK-bestuurder, manoeuvreerruimte en dreiging van aansprakelijkheid' in: Makkink e.a. (red.), *Ik ben niet overtuigd: opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse*, Prinsengrachteeks, Ars Aequi (2015), p. 73-84.
- 6** OK 14 december 2007, **ARO 2008/2** (*E-traction*).
- 7** Van Hassel, 'Rimari' in: Makkink e.a. (red.), *Ik ben niet overtuigd: opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse*, Prinsengrachteeks, Ars Aequi (2015), p. 171-173.

Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 152), III.15.4
Conclusie

Vindplaats: Vereniging Corporate Litigation 2017-2018 (VDHI nr. 152) 2018/III.15.4

Datum: 2018-06-01

Auteur: mr. M. Schönau

Vakgebied(en): Ondernemingsrecht (V)

Samenvatting: mr. M. Schönau, datum 01-06-2018

III.15.4 Conclusie

Auteur: mr. M. Schönau

De stelling dat de Ondernemingskamer instructies moet kunnen geven aan door haar benoemde bestuurders en commissarissen is juist. Het in vaste rechtspraak gehanteerde uitgangspunt dat de Ondernemingskamer terughoudend is bij het verstrekken van concrete instructies moet worden verlaten. Daarmee wordt in de door gebruikers van het enquêterecht gevoelde behoefte aan *checks* en *balances* voorzien en de tijdelijke functionarissen kunnen rekenen op de richting waar ze in bepaalde situaties behoefte aan kunnen hebben.
