

Partijen in 'puur buitenlandse' enquêteprocedures: *put your money where your mouth is*

Door: Marcel Evers

Verschenen in: S. Perrick, H.J. de Kluiver & I. Spinath (red.), *Kort juridisch, Liber Amicorum Peter Wakkie*, Wolters Kluwer 2018

Inleiding

Peter Wakkie is een icoon van de ondernemingsrechtelijke praktijk van de afgelopen decennia. Zijn staat van dienst als advocaat, bestuurder en commissaris is ronduit indrukwekkend. In deze hoedanigheden heeft hij, met scherpste en ogenschijnlijke nonchalance, menig onderneming door uiterst woelige crisistijden geloodst. In zijn strategische aanpak en zijn befaamde leer van de voldongen feiten, herkent men in Wakkie de schaker die hij in zijn schaarse vrije tijd graag is. Belangrijker is dat Wakkie uit het juiste hout is gesneden. Hij blijft trouw aan zijn overtuiging en zijn gegeven woord, ook als een hevige storm overtrekt. Het is te hopen dat Peter Wakkie nog lange tijd kleur blijft geven aan de advocatuur en het bedrijfsleven.

Deze bijdrage gaat over de bestuurder die door de Ondernemingskamer bij wijze van (onmiddellijke) voorziening is aangesteld (hierna: OK-bestuurder) in zogenaamde 'puur buitenlandse' enquêteprocedures. De ZED+ zaak, waarin Wakkie is aangewezen als OK-bestuurder, is een dergelijke zaak.¹ Wakkie zal hierop wellicht met gemengde gevoelens terugkijken. Uit de door de Ondernemingskamer in deze zaak gedane uitspraken blijkt echter dat hij ook in deze juridische orkaan is blijven staan, alle pogingen van sommige procespartijen om zijn positie met zeer verstrekkende middelen te ondermijnen en hem te doen aftreden, ten spijt. Dat verdient louter waardering. Ik zal hierna in meer algemene zin ingaan op de positie van de OK-bestuurder en de uitdagingen waarvoor hij in dergelijke 'puur buitenlandse' zaken kan komen te staan. Ook zal ik enkele suggesties doen hoe de Ondernemingskamer een OK-bestuurder op voorhand wellicht beter zou kunnen wapenen tegen dergelijke zaken.

De omschrijving van een zaak als 'puur buitenlands', is ontleend aan een voordracht van De Kluiver.² Het begrip is niet exact omlijnd, maar hiermee wordt bedoeld op een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer die geen andere aanknopingspunten met Nederland heeft dan dat de betrokken vennootschap een Nederlandse NV of BV is.³ De ondernemingsactiviteiten worden ontplooid in het buitenland door buitenlandse

¹ O.a. OK 27 november 2014, ARO 2015/26 en OK 8 december 2017, JOR 2018/9 (ZED+). Volledigheidshalve meld ik dat ik in deze zaak als advocaat heb opgetreden.

² H.-J. de Kluiver, 'Over Delaware, de Ondernemingskamer en de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland', in: G. van Solinge, e.a., *Nederland, het Delaware van Europa?* (Serie VDHI, deel 135), Deventer 2016, p. 143-159.

³ H.-J. de Kluiver 2016, *supra*, p. 149.

groepsmaatschappijen, en ook de aandeelhouders van de vennootschap zijn gevestigd in het buitenland. De Ondernemingskamer wordt met enige regelmaat in dit type zaken aangezocht.⁴ Ik laat hier verder onbehandeld de (op zich interessante) vraag of de Ondernemingskamer niet terughoudender zou moeten zijn met toewijzing van dergelijke enquêteverzoeken.

De OK-bestuurder

Het juridisch kader waarbinnen de OK-bestuurder opereert, is inmiddels redelijk uitgekristalliseerd, zie onder meer de uitspraken in de zaken Slotervaartziekenhuis,⁵ Novero⁶ en de diverse bijdragen over dit onderwerp in de literatuur.⁷ Een OK-bestuurder heeft dezelfde bevoegdheden en verantwoordelijkheden als een 'gewone' bestuurder.⁸ Daarnaast verricht een OK-bestuurder zijn taak in beginsel zelfstandig. Dat betekent dat de Ondernemingskamer – mogelijk uitzonderingen daargelaten – geen concrete instructie tot het verrichten van bestuurshandelingen geeft.⁹ Een verzoek tot 'onthefing' van een OK-bestuurder moet door de Ondernemingskamer met terughoudendheid worden beoordeeld.¹⁰

De reguliere gang van zaken bij een benoeming bij wijze van onmiddellijke voorziening is dat de Ondernemingskamer vooralsnog voor de duur van het geding "*een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon*" tot bestuurder benoemt. In een vervolgbeschikking, korte tijd daarna, vindt vervolgens de aanwijzing en bekendmaking van deze persoon plaats.

De Ondernemingskamer bepaalt standaard dat de vennootschap zekerheid stelt voor het salaris en de kosten van de OK-bestuurder, vóór de aanvang van diens werkzaamheden. Echter, formeel is de bestuurder al in functie vanaf de aanwijzing door de Ondernemingskamer en heeft hij diens gevolgde de hiervoor bedoelde verantwoordelijkheden – of hij nu wel of niet al werkzaamheden verricht – voordat de zekerheid daadwerkelijk is gesteld. Daarnaast wordt op deze manier niet voorzien in het

⁴ Bijvoorbeeld: OK 15 juni 2011, ARO 2011/97 (*Rickley International*); OK 22 juli 2015, ARO 2015/188 (*Leaderland*); OK 17 januari 2017, JOR 2017/94, m.nt. C.J. Scholten (ZED+); OK 30 januari 2014, ARO 2014/38 (*Petro Ventures Europe B.V.*).

⁵ OK 11 december 2013, JOR 2014/36, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Slotervaart*).

⁶ OK 30 oktober 2013, JOR 2013/337, m.nt. Josephus Jitta (*Novero*); HR 11 juli 2014, NJ 2014/389, m.nt. P. van Schilfgaarde; JOR 2014/263 (*Novero II*).

⁷ O.a. G.C. Makkink, 'De verhouding tussen OK-functionarissen en de OK; een latrelatie in het ondernemingsrecht', in: C.D.J. Bulten, e.a. (red.), *Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta* (Serie VDHI, deel 133), Deventer 2016, p. 253-262; F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (diss. Rijksuniversiteit Groningen; Serie IVOR), Deventer 2017, par. 16.3 en 16.5-16.8.

⁸ Zie ook: OK 18 oktober 2013, JOR 2014/96 (*Greenchoice*) en HR 4 oktober 2002, NJ 2002/556 (*Zwagerman Beheer B.V.*).

⁹ OK 11 december 2013, JOR 2014/36, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Slotervaart*), r.o. 3.1. Zie ook G.C. Makkink 2016, *supra*, p. 256, die terecht signaleert dat in de Slotervaart-beschikking niet staat "*mogelijke uitzonderingen daargelaten*".

¹⁰ OK 30 oktober 2013, JOR 2013/337, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Novero*).

zeker stellen van een bepaald budget voor de OK–bestuurder waaruit hij door hem noodzakelijk geachte ondersteuning kan financieren.

Ter bescherming van zijn belangen kan de OK-bestuurder proberen dekking te verkrijgen onder een reeds aanwezige D&O-aansprakelijkheidsverzekering. Indien de OK-bestuurder op die wijze niet verzekerd kan worden, kan hij aanspraak maken op een aansprakelijkheidsverzekering die speciaal ten behoeve van OK-bestuurders, naar ik heb begrepen op initiatief van Stichting Rimari, in het leven is geroepen (de 'Masterplus Ondernemingskamer'-polis). Deze polis bevat echter een aantal uitsluitingen. Een relevante uitsluiting is dat aanspraken die verband houden met of voortvloeien uit het faillissement van de vennootschap en/of van haar deelnemingen, niet zijn gedekt. Het risico verbonden aan deze uitsluitingsgrond zal grotendeels verdwijnen als het voorgestelde art. 2:9c lid 7 BW (art. 2:11c BW voor de OK-commissaris) wordt ingevoerd. Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen bevat op dit onderdeel immers voor de OK-bestuurder een uitsluiting van aansprakelijkheid in faillissement ex artikel 2:138/248 BW, wat overigens onverlet laat de mogelijkheid van de curator om een vordering in te stellen op grond van artikel 2:9b lid 1 BW (voorstel), het huidige artikel 2:9 BW.¹¹

In aanvulling op het voorgaande kan de OK-bestuurder de Ondernemingskamer verzoeken aanvullende maatregelen te treffen ter bescherming van zijn belangen. Zo bepaalde de Ondernemingskamer in de zaak Cunico dat de OK-bestuurder bevoegd was een bedrag van EUR 1,5 miljoen in escrow te plaatsen, tot zekerheid van de kosten van advies en verweer in rechte van de vennootschap en de OK-functionarissen.¹² In de zaak Leaderland legde de Ondernemingskamer (ambtshalve) zelfs een verbod op aan partijen om ongevraagd contact op te nemen met de OK-bestuurder, tenzij door tussenkomst van hun advocaat, op straffe van een dwangsom.¹³

OK-bestuurder in 'puur buitenlandse' zaken

In 'puur buitenlandse' zaken is dikwijls sprake van een joint venture tussen twee (of meer) (groepen) buitenlandse aandeelhouders in de vorm van een Nederlandse vennootschap die als houdstervennootschap van buitenlandse groepsvennootschappen (met buitenlandse activiteiten) fungeert.¹⁴ De Nederlandse houdstermaatschappij dankt haar bestaan in dergelijke situaties doorgaans aan fiscale redenen.

In het algemeen geldt dat een aanstelling van de OK-bestuurder bij alleen een moedermaatschappij, zonder dat sprake is van een concernenquête en zonder dat de moedervennootschap tevens bestuurder is van de dochtervennootschappen, meebrengt

¹¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491. Het betreft daarbij zowel de bestuurder die is aangesteld op grond van art. 2:349a lid 2 BW als de bestuurder die is aangesteld op grond van art. 2:355 lid 1 BW.

¹² OK 27 oktober 2015, *JOR* 2016/60, m.nt. S.C.M. van Thiel (*Cunico*).

¹³ OK 22 juli 2015, *ARO* 2015/188 (*Leaderland*).

¹⁴ H.-J. de Kluiver 2016, *supra*, p. 157.

dat de OK-bestuurder geen rol kan vervullen bij de dochtervennootschappen. In een van de beschikkingen inzake Deus Ex Machina heeft de Ondernemingskamer overwogen dat in een dergelijke situatie er voor een OK-functionaris geen grond bestaat om zich feitelijk met de operationele gang van zaken van de dochtermaatschappijen te bemoeien.¹⁵ Dat neemt niet weg dat de OK-bestuurder gerechtigd is tot informatie (ook buiten een algemene vergadering om) over de gang van zaken in alle dochtervennootschappen, met het oog op het door de moedermaatschappij als grootaandeelhouder te voeren beleid, aldus dezelfde beschikking.

Deze situatie kan spanning opleveren tussen de OK-bestuurder en de directie van een dochtervennootschap – zeker wanneer die laatste wordt gevormd door (een vertegenwoordiger van) een van de strijdende joint venture partners – indien de OK-bestuurder voor zwaarwegende en acute beslissingen staat waarvoor hij meer grip wil krijgen op de door de dochtervennootschappen gedreven onderneming. Zo is de moedermaatschappij vaak de leidende entiteit in het kader van de bankfinanciering voor de groep. Zij gaat bovendien over de concernfinanciering en de keuze om bepaalde activiteiten binnen de groep niet langer te financieren. Ook de verantwoordelijkheid voor de verkoop en/of het reorganiseren van bedrijfsonderdelen zal doorgaans liggen bij de concernleiding (de OK-bestuurder). De moedervennootschap gaat daarnaast over het al dan niet verlenen van eventueel statutair of wettelijk vereiste goedkeuringen aan besluiten van de directies van dochtervennootschappen. Ook is de moedermaatschappij verantwoordelijk voor het opmaken en publiceren van de geconsolideerde jaarrekening. Op het aftekenen van deze jaarrekening door de OK-bestuurder kan aanzienlijke druk komen te staan, bijvoorbeeld wanneer het voortduren van een bankkrediet of kredietverzekering mede daarvan afhankelijk is.

Al deze taken veronderstellen dat de OK-bestuurder zelf direct de leiding kan geven aan de alsdan te volgen processen en zich daadwerkelijk een eigen beeld kan vormen over de financiën en de relevante bedrijfsmatige en strategische zaken. In 'puur buitenlandse' situaties laat dit te wensen over. Dat heeft er o.a. mee te maken dat een Nederlandse moedermaatschappij in dergelijke zaken vaak geen eigen financiële, juridische en commerciële organisatie heeft. De Nederlandse holding heeft dan vaak niet meer *substance* dan noodzakelijk is voor de instandhouding van de fiscale vestigingsplaats. Feitelijk betekent dit dat de OK-bestuurder er na zijn benoeming in Nederland alleen voor staat. Nog uitdagender kan het worden als de moedermaatschappij zelf niet over noemenswaardige liquide middelen beschikt en de OK-bestuurder voor de financiering van de door hem gewenste operatie afhankelijk is van (buitenlandse) groepsmaatschappijen of de bereidheid van een of meer procespartijen om middelen ter beschikking te stellen. Uit uitspraken van de Ondernemingskamer in 'puur buitenlandse' zaken blijkt dat geldgebrek van de Nederlandse moedermaatschappij, o.a. met als gevolg dat OK-functionarissen niet

¹⁵ OK 24 april 2016, JOR 2016/302, m.nt. C.D.J. Bulten (*Deus Ex Machina*).

op normale wijze kunnen worden betaald, niet zelden een thema is. Een vergelijkbaar spanningsveld ontstaat wanneer de OK-bestuurder voor zijn informatievoorziening nagenoeg volledig afhankelijk is van een hem ongunstig gezinde directie van een buitenlandse groepsvennootschap zonder dat de OK-bestuurder over de middelen beschikt om zich op zelfstandige wijze een onafhankelijk oordeel te kunnen vormen. Ondertussen staat het huis in brand en valt op dat het er in 'puur buitenlandse' zaken in de richting van de OK-bestuurder zeer stevig aan toe gaat.

Op grond van het voorgaande meen ik, uiteraard afhankelijk van de omstandigheden, dat in dergelijke zaken voorafgaand aan de aanwijzing van de OK-bestuurder zeker wordt gesteld dat een budget aanwezig is voor het salaris en de kosten van de OK-bestuurder, alsook voor het opkuisen van een tijdelijke (ondersteunende) organisatie.

Aanbevelingen

Afhankelijk van de omstandigheden van een 'puur buitenlandse' zaak, doe ik daarom de volgende aanbevelingen, in het bijzonder wanneer te verwachten is dat de moedermaatschappij over onvoldoende middelen beschikt:

- bij de benoeming van "*een nader aan te wijzen en bekend te maken persoon*" tot OK-bestuurder wordt niet alleen bepaald dat het salaris en de kosten van de OK-bestuurder ten laste van de vennootschap komen, maar wordt ook een minimum bedrag bepaald dat de vennootschap ten tijde van de aanwijzing van de persoon van de OK-bestuurder beschikbaar moet hebben ter aanwending door de OK-bestuurder voor uitgaven die noodzakelijk worden geacht in verband met het opzetten van een tijdelijke (ondersteunende) organisatie. Onder deze uitgaven kunnen vallen de kosten van het aannemen of inhuren, al dan niet op interim basis, van gekwalificeerde financiële, commerciële en/of juridische krachten en/of adviseurs;
- de aanwijzing en bekendmaking van de persoon die bij wijze van onmiddellijke voorziening is benoemd tot bestuurder vindt pas plaats nadat eerst zekerheid is gesteld voor het salaris, de kosten alsook voor het bedoelde minimum bedrag aan uitgaven als bedoeld in het vorige onderdeel, waarvan de hoogte initieel door de Ondernemingskamer wordt begroot. Dit (initiële) bedrag dient te worden begroot op een realistische en voldoende ruime inschatting van de bedoelde uitgaven, eventueel na overleg met de kandidaat OK-bestuurder;
- de Ondernemingskamer bepaalt de termijn waarbinnen de vennootschap de zekerheid dient te stellen en de vorm waarin dit dient te gebeuren;
- de Ondernemingskamer bepaalt tevens dat wanneer de vennootschap niet binnen deze termijn zekerheid heeft gesteld, alsdan alle verschenen partijen (al dan niet gezamenlijk) op dezelfde wijze gedurende een door de Ondernemingskamer te bepalen termijn de gelegenheid krijgen om de bedoelde zekerheid te stellen. Bepaald zou kunnen worden dat partijen die daartoe (al dan niet gezamenlijk) overgaan tevens

- moeten bevestigen dat zij een eventuele (regres)vordering op de vennootschap voor de duur van het geding niet zullen opeisen, tenzij met voorafgaande instemming van de OK-bestuurder;
- als sluitstuk bepaalt de Ondernemingskamer (naar analogie van de zaak KPNQwest II ter zake de kosten van het onderzoek)¹⁶ dat wanneer geen van de partijen binnen deze termijn de zekerheid heeft gesteld, de procedure alsdan zal zijn beëindigd met ingang van de eerste dag na het verstrijken van de termijn.

Afronding

In mijn ogen wordt op deze wijze ten eerste voorkomen dat een OK-bestuurder al formeel bestuursverantwoordelijkheid draagt zonder dat daadwerkelijk de door de Ondernemingskamer bepaalde zekerheid is gesteld. Ten tweede wordt hiermee bereikt dat de OK-bestuurder in 'puur buitenlandse' zaken beter in staat wordt gesteld op zelfstandige wijze binnen de Nederlandse moedermaatschappij afwegingen te maken en de noodzakelijke processen te leiden. Hij is minder afhankelijk van de bereidheid van de procespartijen (of door hen gecontroleerde directies) om de OK-bestuurder hierin op *ad hoc* basis te faciliteren. Ten derde voorkomt het opleggen van een termijn waar binnen zekerheid moet worden verstrekt dat discussies over financiering van de procedure (te) lang blijven lopen.

De keerzijde van de gedane suggestie is uiteraard dat een rechtzoekende ermee kan worden geconfronteerd dat hij zeer aanzienlijke bedragen moet (voor)financieren als de vennootschap deze zekerheid niet kan of wil stellen,¹⁷ op straffe van het eindigen van de procedure. Daarover zal dan ongetwijfeld debat plaatsvinden, ook in de context van art. 17 Grondwet en art. 6 EVRM. Een ander nadeel is dat wanneer de benoeming van de OK-bestuurder tevens gepaard gaat met een schorsing van de zittende bestuurder(s), ook een dergelijke schorsing logischerwijs pas effect kan krijgen nadat de zekerheid is gesteld.

Ik meen dat deze nadelen in voorkomend geval onvoldoende gewicht in de schaal leggen tegenover het belang dat de OK-bestuurder op behoorlijke wijze zijn werk moet kunnen doen, welk belang inherent is aan het goed functioneren van de enquêteprocedure. Dit geldt zeker in zaken die verder weinig aanknopingspunten met Nederland hebben en waarin de strijdende partijen bovendien geen middel lijken te schuwen. Dus partijen in dergelijke zaken: *put your money where your mouth is*.

¹⁶ Vgl. HR 26 juni 2009, NJ 2011/211, m.nt. W.J.M. van Veen; JOR 2009/193, m.nt. J.J.M. van Mierlo (*KPNQwest II*).

¹⁷ Als na het aantreden van de OK-bestuurder blijkt dat sprake is geweest van onwil van de vennootschap, staat niets eraan in de weg dat de OK-bestuurder namens de vennootschap de financierende partij alsdan reeds aflost.