

OK gast¹

Door: Ellen Soerjatin*)

1. Inleiding

Sinds haar instelling heeft de Ondernemingskamer onder verschillende voorzitters duizenden gasten ontvangen. Sinds medio 2009 fungeert Peter Ingelse als voorzitter van de Ondernemingskamer (inmiddels) in het Paleis van Justitie aan de IJdok waar de harde bankjes van de grote zittingszaal een strijd leveren met zijn gastvrijheid. Het aanstaande vertrek van de voorzitter geeft mij aanleiding te pleiten voor een speciale editie van het VPRO programma Zomergasten deze zomer met als subtitel 'OK gast'. Deze bijdrage aan het Liber Amicorum bevat een aantal suggesties voor de onderwerpen die tijdens deze aflevering besproken zouden kunnen worden. Inspiratie voor de onderwerpkeuze is gevonden in enkele (maatschappelijk getinte) kwesties, zaken die Ingelse sinds september 2009 voorbij heeft zien komen, en de gasten die de Ondernemingskamer in de toekomst zal kunnen verwachten. Bij deze suggesties voor onderwerpen geef ik geen pasklaar antwoord voor de uitkomst van de gedachtewisseling daarover; ik volsta met een (uitdagende) aanzet daartoe.

2. Onderwerpen voor de speciale editie Zomergasten

*The fun way to communicate*²

In het Amsterdams Balie Bulletin van september 2012 verzuchtte de voorzitter dat advocaten tijdens de mondelinge behandeling *'zoveel herhalen'*, met de oproep: *'Beperk je als advocaat tot hetgeen naar jouw mening bijzondere aandacht vraagt en ga niet nog eens het hele verhaal vertellen. Het gaat erom aandacht te vragen voor de kern en voor lastige punten. [...] Bedenk wel, een mondelinge behandeling is strikt genomen geen pleidooi, het is de rechter die vragen stelt – eventueel punten die toegelicht kunnen worden.'*³ Ik plaats hier één kanttekening bij: de schriftelijke fase van de enquêteprocedure kent maar één ronde. De verweerder moet nu als het ware gokken wat de verzoeker

Ellen Soerjatin is advocaat/partner bij Stek; zij is corporate litigator en wordt regelmatig door de Ondernemingskamer benoemd als onderzoeker, commissaris of beheerder van aandelen.

¹ Te begrijpen als: (i) [Van Dale: gast (*de; m,v; meervoud: gasten*)] iem. die op bezoek is] de procespartij die procedeert bij de Ondernemingskamer, (ii) [van Dale: gast (*de; m,v; meervoud: gasten*)] figuur, type, persoon, die [Van Dale: oké, OK (*bijvoeglijk naamwoord, bijwoord*)] in orde is.

² Ontleend aan de *pay off* van de in het najaar 2014 geïntroduceerde *Dubsmash app* voor *iphone* en *android* waarmee men *playbackend* een ultrakort *statement* kan maken.

³ Amsterdams Balie Bulletin, september 2012, blz. 4-8.

bij de mondelinge behandeling in reactie op het verweerschrift naar voren zal brengen. Dit werkt de door de voorzitter gevreesde herhaling in de hand.

Om dit tegen te gaan zou de Ondernemingskamer, in zaken die zich daarvoor lenen,⁴ de advocaten tegemoet kunnen komen door voorafgaand aan de zitting (meer) de regie te nemen over de inhoud en het verloop daarvan. Dat kan bijvoorbeeld vorm krijgen door in overleg met de advocaten een lijst vast te stellen van de aspecten waarover Ondernemingskamer ter zitting nader voorgelicht wenst te worden (en waartoe de mondelinge behandeling zich dan ook zou moeten beperken), en ook de verdeling van de spreektijd per partij per aspect af te spreken. Dit past bij het door Ingelse aangehaalde karakter van de mondelinge behandeling, én bij de gedachten van de wetgever achter de aanstaande digitale procesvoering,⁵ waarbij van de rechter verwacht wordt dat hij minder lijdelijk is en het proces meer regisseert.

Afgezien van de communicatie tussen de rechter en advocaten staan de kanalen waarmee de rechter zich, buiten de gerechtelijke uitspraak om, tot de justitiabelen richt, nog min of meer in de kinderschoenen. Het is mij bekend dat de voorzitter geen bezwaar ziet om zich in de media te uiten zolang het niet over zijn eigen uitspraken gaat.⁶ Hoewel het gerechtshof Amsterdam sinds maart 2010 een eigen *twitter account* heeft (@HofAmsterdam),⁷ kan - gelet op het uitdijende aantal *social media* platforms - het onderwerp 'nut en noodzaak van *social media* voor de rechterlijke macht' dus niet in de speciale editie van Zomergasten ontbreken.

Tijdens een debat hierover op de Dag van de Rechtspraak in september 2012 waren de meningen nog verdeeld. De één vond dat de rechterlijke macht zichtbaar moet zijn voor jongeren die zich juist op *social media* ophouden. De ander was van mening dat rechtspraak bij uitstek een daad van reflectie is waarvoor *social media* zich niet leent. Weer een ander waarschuwde voor *'te veel passiviteit en angst voor het onbekende'*. Een maand later daagde minister Opstelten van Veiligheid & Justitie de nieuwe presidenten van de gerechten uit: *'[...] De rechtspraak dient de rechtsstaat door zich publiek te manifesteren. Ook de zittende magistratuur moet – als een belangrijke functie in de rechtsstaat – zichtbaar in de samenleving aanwezig zijn. [...] [O]m toe te lichten waarom beslissingen worden genomen zoals ze worden genomen. Door aandacht te vragen voor initiatieven. Om te laten zien dat u uw werk goed doet. Om de beeldvorming dichter bij de realiteit te brengen. Ik zou u willen uitdagen de ruimte die media u bieden om het werkelijke verhaal van de rechtspraak te vertellen, met beide*

⁴ Bijvoorbeeld complexe/grote zaken, zaken waarbij veel partijen/belanghebbenden betrokken zijn.

⁵ Vanaf 1 juli 2015 kan in civiele zaken uitsluitend digitaal geprocedeerd worden.

⁶ Amsterdams Balie Bulletin, september 2012, blz. 4-8.

⁷ Snel *scrollend* door de *tweets* van het Gerechtshof Amsterdam in 2014 kwam ik van de Ondernemingskamer alleen berichten tegen over haar zittingsagenda en een enkele keer een *tweet* met een link naar een wanbeleiduitspraak.

handen aan te grijpen. Op een manier die past bij uw ambt, dus verstandig, weloverwogen en genuanceerd.'⁸

Inmiddels heeft een aantal gerechten een raad van advies opgericht die (vertrouwelijk en niet bindend) adviseert over onder meer communicatie en *social media*.⁹ Bij de gedachtenvorming over het gebruik van *social media* zou naar mijn mening niet alleen gekeken moeten worden naar de communicatie *door* maar ook die *over* de gerechten. Ik denk dat Ingelse het daarmee eens zal zijn.¹⁰

What's next?

Hoewel een enquête ook wel een 'dure vorm van geschiedschrijving' wordt genoemd, verkeert de Ondernemingskamer met de zaken die aan haar voorgelegd worden in het brandpunt van de actualiteit. Het beeld dat uit de enquêterechtjurisprudentie naar voren komt is dat de focus van de bij de Ondernemingskamer ingediende enquêteverzoeken steeds met het economische tij lijkt mee te bewegen. Tussen eind jaren '90 vorige eeuw en het begin van dit millennium werd een aantal overnamegevechten voor de Ondernemingskamer uitgevochten;¹¹ vervolgens verschenen buitenlandse activistische aandeelhouders op het toneel van de Prinsengracht;¹² tijdens de kredietcrisis vierden de zaken over noodzaakfinanciering hoogtij,¹³ en in de nasleep van de financiële crisis waarin een aantal grote ondernemingen in de problemen kwam en/of failliet ging, maakten aandeelhouders enquêteprocedures aanhangig gemaakt als opstapje naar de aansprakelijkstelling van de betrokken bestuurders en commissarissen.¹⁴

In het licht van deze met de economie meebewegende tendens kan een deel van de speciale editie van Zomergasten gewijd worden aan de vraag wat een voorzichtig herstel van de Nederlandse economie aan zaken bij de Ondernemingskamer zal opleveren. Na de financiële crisis heeft de Nederlandse economie een oppepper nodig. Economisch herstel zal moeten komen vanuit het bedrijfsleven, met inbegrip van buitenlandse investeerders.

⁸ Toespraak Opstelten bij de kennismaking met de nieuwe presidenten van de gerechten, Den Haag, 15 oktober 2012, te vinden op: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2012/10/15/kennismaking-met-de-nieuwe-presidenten-van-de-gerechten.html>.

⁹ De rechtbank Overijssel haalde recent het landelijk nieuws met de benoeming van televisiepresentator Humberto Tan voor haar nieuwe raad van advies.

¹⁰ In het hierboven aangehaalde interview met het Amsterdams Balie Bulletin zei Ingelse: *'Wij rechters hebben de luxe dat ons werk altijd zeer inhoudelijk beoordeeld wordt, uitspraken worden gepubliceerd en geannoteerd, er is veel feedback, maar altijd op de inhoud; er wordt nauwelijks iets gezegd over de vorm. Maar voor de rechter is dat eigenlijk net zo belangrijk.'*

¹¹ Bijvoorbeeld: Gucci, HBG, Laurus.

¹² Onder andere: ABN AMRO, Stork, ASMI.

¹³ Enkele voorbeelden: Interaccess, ATR Leasing, Triple E.

¹⁴ Bijvoorbeeld: Landis, van der Moolen, Fortis.

De buitenlandse aandeelhouders die eerder (uit activistische overwegingen) bij de Ondernemingskamer aanklopten waren met name afkomstig uit het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten. Een toenemend aantal buitenlandse investeerders in Nederlandse ondernemingen is afkomstig uit Rusland,¹⁵ en opkomende economieën als China en India. Het valt daarom te verwachten dat de Ondernemingskamer in de toekomst vaker vanuit die hoek zal worden benaderd voor de beslechting van *joint venture* geschillen en kwesties die *au fond* de samenwerking betreffen. Een snelle blik op de in *Legal Intelligence* opgenomen OK-zaken uit 2013 en 2014 lijkt die conclusie voorzichtig te bevestigen.

In dat verband komt de vraag op naar de mate van diversiteit binnen de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer houdt sinds de tweede helft van 2009 zitting onder wisselend voorzitterschap, het aantal raadsheren is gestegen naar zeven (met drie vrouwelijke raadsheren), en het percentage vrouwelijke raden is toegenomen van 0% tot bijna 2%.¹⁶ Daarmee houdt het - afgezien van de diversiteit aan expertises binnen het bestand van de raden - qua diversiteit wel op. Ik snap dat het budget van de Ondernemingskamer niet onbeperkt, en mogelijk zelfs krap, is. Maar in het licht van een mogelijke aanwas van enquêteverzoeken door buitenlandse partijen met de genoemde achtergrond zou, voor zaken waarin dat relevant is, culturele pluriformiteit in de samenstelling van de Ondernemingskamer toe te juichen zijn. Bij enquêteprocedures zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan de instelling van (niet westerse) allochtone 'gast raden' die, uiteraard na een uitgebreide kennismaking met het werk van de Ondernemingskamer, de vertaalslag kunnen maken tussen Nederlandse omgangs- en samenwerkingsvormen en andere culturen. Ik ben me ervan bewust dat deze gedachte onaf is, en misschien gezien kan worden als onuitvoerbaar toekomstmuziek. Toch meen ik dat de gedachtenvorming over culturele pluriformiteit binnen de Ondernemingskamer niet zou mogen ontbreken in een discussie over *'what's next'*.

Vrouwenquota

Met de invoering per 1 januari 2013 van de Wet bestuur en toezicht is voor de grote BV's en NV's¹⁷ een streefquotum opgenomen voor de evenwichtige verdeling van zetels in de raad van bestuur en de raad van commissarissen: ten minste 30% van de zetels moet worden bezet door vrouwen en ten minste 30% door mannen, voor zover deze zetels worden verdeeld over natuurlijke personen.¹⁸ Het

¹⁵ De bankencrisis op Cyprus (tot dan toe een gewilde vestigingsplek voor Russen) schijnt in Nederland (en Ierland, Luxemburg en Engeland) tot een toename van buitenlandse investeringen te hebben geleid, en volgens www.ftm.nl is Nederland voor Rusland 'een waar brievenbusparadijs'.

¹⁶ Bron: de jaarverslagen van de Ondernemingskamer over 2010 en 2013.

¹⁷ Het streefquotum geldt niet voor de grote BV en NV die, overeenkomstig art. 2:397 lid 1 BW voldoet aan twee van de volgende vereisten: (i) de waarde van de activa volgens de balans met toelichting is niet meer dan EUR 17,5 miljoen; (ii) de netto omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan EUR 35.000; het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 250.

¹⁸ Art. 2:166 BW voor de NV; art. 2:276 BW voor de BV.

gaat om tijdelijke wetgeving tot 1 januari 2016. In de *Female Board Index* 2014 is genoteerd dat deze wetgeving van toepassing is op 4.500 Nederlandse ondernemingen.¹⁹ In november 2013 heeft het Europees Parlement een voorstel aangenomen voor een richtlijn met een vergelijkbare doelstelling.²⁰ In tegenstelling tot het recent in Duitsland aangekondigde verplichte quotum,²¹ kennen de Nederlandse en Europese streefquota geen sanctie. Voor het Nederlandse quotum geldt alleen een zogenaamde *comply or explain* verplichting in het jaarverslag.²²

Professor Mijntje Lückerath doet jaarlijks onderzoek naar de vrouwelijke vertegenwoordiging in de raden van bestuur en de raden van commissarissen van Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen. Uit haar onderzoek de *Female Board Index* 2014 blijkt dat van de 87 onderzochte ondernemingen:²³

- Negen ondernemingen voldoen aan het streefquotum voor de raad van bestuur;
- Zestien ondernemingen (en zeven bijna) voldoen aan het streefquotum voor de raad van commissarissen;
- Eén onderneming (en een andere onderneming bijna) voldoet aan het streefquotum voor zowel de raad van bestuur als de raad van commissarissen;
- Dertig ondernemingen geen enkele vrouw in de raad van commissarissen of de raad van bestuur hebben.

In totaal is 6% van de bestuurders en 19,5% van de commissarissen een vrouw; dat is niet meer dan een *lichte* stijging ten opzichte van 2013. Op basis van de huidige groei zal de 30% target voor raden van commissarissen pas in 2020, en voor raden van besturen niet eerder dan in 2033 worden bereikt, dus zéér geruime tijd na het vervallen van het onder de Wet bestuur en toezicht ingevoerde streefquotum. Minister Bussemaker van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap is getergd door '*de lakse houding van bedrijven*'.²⁴ Hoewel zij niets ziet in de invoering van een *verplicht* quotum verwacht zij dat als in het bedrijfsleven niets verandert de politieke druk zal toenemen om toch tot zo'n verplichting te komen.

Eén van de voorstanders van meer vrouwen in het bedrijfsleven en de politiek, Neelie Kroes, heeft al in 2009 gezegd: '*My clear line is that if Lehman Brothers had been 'Lehman Sisters,' would the crisis*

¹⁹ <http://www.mluckerath.nl/uploads/Femaleboardindex2014.pdf>.

²⁰ Het voorstel voor de Europese richtlijn ziet op de *non-executive boards* van grote beursgenoteerde ondernemingen (met een tijdelijke target van 40% die uiterlijk in 2020 gerealiseerd moet zijn).

²¹ Vanaf 2016 geldt voor de raden van toezicht van de grootste Duitse beursgenoteerde ondernemingen een vrouwenquotum van 30 %. Ondernemingen die het quotum niet halen, moeten de zetel(s) onbezet laten.

²² Op grond van art. 2:391 lid 7 BW dient de BV of NV waarop het streefquotum van toepassing is maar die daar nog niet aan voldoet, in het jaarverslag toe te lichten waarom de zetels niet evenwichtig zijn verdeeld, op welke wijze de vennootschap heeft getracht tot een evenwichtige verdeling van de zetels te komen, en op welke wijze de vennootschap beoogt in de toekomst een evenwichtige verdeling van de zetels te realiseren.

²³ Zie noot 19, naar de stand van 31 augustus 2014.

²⁴ <http://www.trouw.nl/tr/nl/4500/Politiek/article/detail/3799078/2014/11/27/Bussemaker-wars-van-vrouwenquotum.dhtml>.

have happened like it did? No.’ Uitgaande van deze visie kan betoogd worden dat het ondernemingsbeleid inderdaad gebaat zou zijn bij een evenwichtige(r) samenstelling van de raden van bestuur en de raden van commissarissen. Een op de uitspraak van Neelie Kroes voortbordurende verdergaande visie zou zijn dat een goede *corporate governance* die evenwichtige samenstelling *eist*.

Wellicht is er een rol weggelegd voor de Ondernemingskamer bij het bevorderen van naleving van het in art. 2:166/276 BW opgenomen streefquotum. De enquêterechtjurisprudentie van de Ondernemingskamer, die mede inhoud geeft aan de opvattingen over een goede *corporate governance*, is immers een belangrijke bron voor de normering van het ondernemingsbeleid. De beoordeling door de Ondernemingskamer van gewraakt ondernemingsbeleid hoeft zich bovendien niet te beperken tot de externe strategie maar kan ook betrekking hebben op het gedrag of het functioneren van organen van de vennootschap zoals de raad van commissarissen.²⁵

Uiteraard kan de Ondernemingskamer die rol niet uit eigen beweging op zich nemen. Maar ik zou wel heel benieuwd zijn naar haar beoordeling van een enquêteverzoek met als grondslag dat de ondernemingsleiding zich onvoldoende inspant om een evenwichtige verdeling van de zetels binnen de raad van commissarissen of de raad van bestuur te realiseren, of weigert in het jaarverslag uit te leggen waarom de onderneming (nog) niet voldoet aan het streefquotum.

3. Slotwoord

Toen dit Liber Amicorum werd aangekondigd in verband met het terugtreden van Peter Ingelse als voorzitter van de Ondernemingskamer was ik verbaasd. Het leek bovendien nog maar zo kort geleden dat Ingelse tot voorzitter werd benoemd. Vergelijken met de zittingstermijn van de vorige voorzitter wás het ook kort. Wat mij betreft had Ingelse zijn levenslange benoeming als lid van de rechterlijke macht volledig mogen benutten. Zijn terugtreden is wel te begrijpen vanuit zijn veelzijdigheid, van advocaat/journalist en later rechter-met-een-eigen-website naar uiteindelijk schrijvende raadsheer. De kans op het koningschap is met de troonwisseling op 30 april 2013 helaas verkeken.²⁶ Kantonrechter worden in Terborg kan ook niet meer na de herziening gerechtelijke kaart.²⁷ Ik ben voor de instelling van de club van *Past Presidents* van de Ondernemingskamer die Peter Ingelse als *Immediate Past President* en als OK gast (in de tweede definitie)²⁸ kan voorzitten.

²⁵ Bijvoorbeeld: de PCM enquête (OK 27 mei 2010, *JOR* 2010/189 m.nt. Stevens) en de Van der Moolen enquête (OK 15 februari 2013, *JOR* 2013/102 m.nt. Strik).

²⁶ Open sollicitatie van Ingelse naar het koningschap van 30 maart 2013 in NRC, na een eerdere gooi naar het koningschap in ‘*Koninklijke sollicitatie*’ in *NJB* 1997, p. 586.

²⁷ Vgl. noot 3, tap.

²⁸ Vgl. noot 1.