

Tips om een onderzoek door de Ondernemingskamer te doorstaan

Aandeelhouders die ontevreden zijn over het beleid van een rechtspersoon schakelen vaak via de enquêteprocedure de Ondernemingskamer (OK) in. Vindt de OK de twijfels over de juistheid van het beleid of de gang van zaken gegrond, dan kan zij een onderzoeker benoemen om het beleid te onderzoeken. De onderzoeker heeft veel vrijheid. Hij heeft toegang tot alle 'boeken en bescheiden' van de rechtspersoon, ook informatie die niet openbaar is. Denk onder andere aan: financiële informatie, notulen van RvB, RvC en MT vergaderingen (inclusief de stukken die in die vergaderingen zijn besproken), notulen van aandeelhoudersvergaderingen, overeenkomsten die de rechtspersoon is aangegaan waaronder lenings- en financieringsdocumentatie, communicatie tussen de rechtspersoon en haar advocaten (ook adviezen die onder het *attorney-client* privilege vallen), communicatie met de accountant (waaronder de accountantsverslagen met opmerkingen over de ao/ic), en communicatie met externe toezichthouders (bijvoorbeeld DNB of de AFM). De onderzoeker heeft ook recht op inzage in e-mailboxen van functionarissen van de onderneming, bijvoorbeeld bestuurders en commissarissen (ook als zij inmiddels bij de onderneming zijn vertrokken). Tot slot zijn (voormalig) bestuurders en commissarissen en medewerkers verplicht om mee te werken aan het onderzoek. De onderzoeker zal meestal ook met de (voormalig) accountant willen spreken.

Onderzoeken kunnen lang duren en zijn kostbaar. Niet alleen moet de rechtspersoon de uren en de kosten van de onderzoeker vergoeden, ook zal de rechtspersoon (dure) adviseurs moeten inschakelen. Een onderzoek vormt ook een grote belasting voor het management dat daarnaast de onderneming draaiende moet houden.

Als de onderzoeker met een loep door de onderneming gaat, vindt hij altijd wel iets. Is eenmaal een onderzoek bevolen dan is dus het relatief makkelijk om, mits het onderzoeksverslag daarvoor basis biedt, wanbeleid door de OK te laten vaststellen en maatregelen te laten nemen ter reparatie van het wanbeleid. Deze maatregelen zijn ingrijpend: o.a. schorsing/ontslag van bestuurders of commissarissen, vernietiging van besluiten, tijdelijke benoeming van nieuwe bestuurders of commissarissen, tijdelijke overdracht van aandelen in de onderneming of tijdelijke afwijking van de statuten. Bestuurders en commissarissen (of feitelijk leidinggevend) kunnen verantwoordelijk worden gehouden voor het door de OK geconstateerde wanbeleid en eventueel veroordeeld worden tot vergoeding van de onderzoekskosten die de rechtspersoon heeft moeten maken.

Geen enkele onderneming zit te wachten op het stempel van wanbeleid, ook omdat dit kan leiden tot aansprakelijkstellingen en schadeclaims, nog afgezien van reputatieschade. Het is dan ook het belangrijk om aan de ene kant de onderzoeker ervan te overtuigen dat het beleid de toets der kritiek kan ontstaan, en gelijktijdig de grenzen van het onderzoek te bewaken.

Daarom enkele tips om het onderzoek zo goed mogelijk te doorstaan.

1. Zorg voor een dataroom die – vooruitlopend op de toewijzing door de OK van het onderzoek – alvast wordt gevuld met zoveel mogelijk relevante informatie. Dat scheelt tijd want zodra de onderzoeker is benoemd zal hij onmiddellijk (na betaling van de factuur voor het onderzoekskosten) aan de slag gaan en om stukken en informatie vragen;

2. Wijs een persoon binnen de onderneming (of de advocaat van de onderneming) aan die de dataroom bewaakt en via wie informatieverzoeken van de onderzoeker kunnen worden gekanaliseerd;
3. Bij beursvennootschappen zal de onderzoeker veel (openbare) informatie op de website kunnen vinden. Als de website in de periode waarover het onderzoek zich uitstrekt is aangepast of uit de lucht is gegaan, is het nuttig de onderzoeker toegang te geven tot een back up van de oude website;
4. Vraag de onderzoeker om een onderzoeksplan zodat duidelijk is wat de focus van het onderzoek is, organiseer een regiebespreking met de onderzoeker waarin afspraken worden gemaakt over het onderzoeksproces, en nodig de onderzoeker uit voor een rondleiding binnen het bedrijf zodat hij zich een beeld kan vormen van de dagelijkse gang van zaken;
5. Werk ruimhartig mee aan informatieverzoeken van de onderzoeker maar wees er alert op dat deze verzoeken binnen de grenzen van het door de OK gelaste onderzoek blijven. Bij twijfel kan de raadsheer commissaris van de OK, die toezicht houdt op het onderzoek, gevraagd worden de onderzoeker een aanwijzing te geven;
6. De onderzoeker heeft ook toegang tot niet openbare, vertrouwelijke informatie van de rechtspersoon. Hoewel de onderzoeker een geheimhoudingsplicht heeft, mag hij zelf beoordelen of hij informatie wel of niet in zijn onderzoeksverslag wil opnemen. Als de rechtspersoon belang heeft bij het vertrouwelijk houden van informatie, bijvoorbeeld vanwege concurrentiegevoeligheid, is het belangrijk dat dit onderbouwd wordt toegelicht aan de onderzoeker zodat hij daarmee rekening kan houden;
7. De onderneming hoeft niet af te wachten met welke informatieverzoeken of vragen de onderzoeker komt. Het staat de onderneming vrij om de onderzoeker op eigen initiatief van informatie en toelichtingen te voorzien;
8. Anticipeer op een eventueel verzoek van de onderzoeker om inzage in e-mailboxen van relevante bestuurders door afgesloten emailaccounts te *restoren*. Het verdient ook aanbeveling om alvast onderzoek in de bestaande en *gerestorede* e-mailaccounts te doen om inzicht te krijgen in de inhoud ervan, maar wees er alert op dat de privacy van de betrokkenen niet wordt geschonden. Commissarissen zullen in de regel via hun eigen privé e-mailadres met functionarissen van de onderneming communiceren. De onderzoeker heeft geen toegang tot die privé accounts (maar heeft wel recht op kennisneming van de e-mails die vanuit deze accounts met functionarissen van de onderneming zijn gewisseld – deze bevinden zich immers in de e-mailboxen van die functionarissen);
9. Informeer bestuurders en commissarissen dat zij aan het onderzoek moeten meewerken. Het is nuttig hen te *briefen* over de onderwerpen van het onderzoek zodat zij zich kunnen voorbereiden. Dit geldt ook voor de personen die al zijn vertrokken maar bestuurder of commissaris waren in de periode waarover het onderzoek zich uitstrekt. De onderzoeker zal er prijs op stellen als de onderneming de contactgegevens van deze personen beschikbaar stelt;
10. De onderzoeker zal *key* functionarissen meestal meer dan één keer willen interviewen. Vraag de onderzoeker om zo mogelijk vooraf opgave te doen van de gespreksonderwerpen en specifieke vragen die hij wil stellen. Het komt de interviews ten goede als de betrokkenen zich daarop kunnen voorbereiden;

11. Als de OK wanbeleid vaststelt, is dat regelmatig een opstapje naar een aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen. Informeer daarom de verzekeraar waarbij de *D&O* aansprakelijkheidspolis loopt;
12. Het is aan raden om de advocaat van de onderneming aanwezig te laten zijn bij de interviews met (in ieder geval de) zittende bestuurders en commissarissen. Als een (voormalig) bestuurder of commissaris zich door een eigen advocaat wil laten bijstaan in de interviews, worden die advocaatkosten in de regel gedekt door de *D&O* aansprakelijkheidspolis;
13. De onderzoeker is niet verplicht om interviewverslagen te maken of deze ter accordering aan de geïnterviewde voor te leggen. Het komt regelmatig voor dat tussen onderzoeker en geïnterviewde discussie ontstaat over wat er precies tijdens een interview is gezegd. Zorg er daarom voor dat de onderzoeksinterviews goed worden gedocumenteerd. Het is aan te bevelen dat de advocaat die bij het interview aanwezig is zelf een verslag maakt. Omdat het meestal gaat om langdurige interviews kan er ook voor gekozen worden de interviews op band op te nemen en woordelijk te laten uitwerken;
14. De onderzoeker zal het concept onderzoeksverslag aan de onderneming (en degenen die om het onderzoek hebben verzocht) voorleggen voor een reactie voordat hij zijn verslag definitief maakt en deponeert bij de OK. Als het concept onderzoeksverslag wezenlijke bevindingen bevatten die een bepaalde persoon betreffen, dan krijgt ook die persoon gelegenheid tot het geven van een reactie op (het relevante deel van) het concept onderzoeksverslag. Maak zeker gebruik van deze gelegenheid want dit is de laatste kans is de onderzoeksuitkomsten te beïnvloeden.

Deze tips bieden geen garantie voor een gunstige uitkomst van het onderzoek maar kunnen wel bijdragen aan een efficiënt onderzoeksproces, wat ook in het belang is van de onderzochte rechtspersoon.

Ellen Soerjatin*)

Ellen adviseert ondernemingen die verwikkeld zijn in een enquêteprocedure en zij wordt regelmatig door de OK tot onderzoeker benoemd.