

Enquêterecht

Ondernemingsrecht 2018/123

Hof Amsterdam 18 juli 2018, nr. 200.238.435/01 OK
m.nt. mr. T. Salemink & mr. F.C.A van de Bult¹

ARO 2018/180

ARO 2018/166

ARO 2018/165

TRA 2018/90

RO 2018/65

ECLI:NL:GHAMS:2018:2488

ECLI:NL:GHAMS:2018:2650

ECLI:NL:GHAMS:2018:2715

Enquête. Verhouding bestuur en raad van commissarissen. Verscherpt toezicht raad van commissarissen. Bestuursdomein. Adviesrecht ondernemingsrecht ex art. 30 WOR. Gegronde redenen voor twijfel aan juist beleid en juiste gang van zaken. Onderzoek bevolen naar beleid en gang van zaken van Eneco.

Eneco Group N.V.

1. Inleiding en feiten

Bij beschikking van 18 juli 2018 heeft de Ondernemingskamer op verzoek van de centrale ondernemingsraad ("COR") van Eneco Group N.V. ("Eneco") een onderzoek gelast naar het beleid en de gang van zaken bij Eneco en bij wijze van onmiddellijke voorziening de voorzitter van de raad van commissarissen geschorst en een tijdelijke voorzitter benoemd.

Deze uitspraak is met name van belang voor de wijze waarop de raad van commissarissen onder omstandigheden zijn toezicht op het bestuur dient te intensiveren, maar er tegelijkertijd voor moet waken niet op de stoel van het bestuur te gaan zitten. Deze beschikking alsook de beschikking inzake *TMG* laten zien dat verscherpt toezicht door de raad van commissarissen en de verhouding met het bestuur voor de praktijk bijzonder lastige materie kunnen zijn.²

Eneco is een energiebedrijf met ruim 3.000 medewerkers en actief in onder meer Nederland, België en Duitsland. De vennootschap is op 31 januari 2017 opgericht en ontstaan uit een wettelijk verplichte verdeling van Eneco Holding N.V. ("Eneco Holding") in een netwerkbedrijf (Stedin Holding N.V.) en een productie- en leveringsbedrijf (Eneco).

Op Eneco is het volledige structuurregime van toepassing. De aandeelhouders zijn 53 Nederlandse gemeenten, waarvan de gemeente Rotterdam (31,69%), de gemeente Den Haag (16,55%) en de gemeente Dordrecht (9,05%) de groot-

sten zijn. De overige gemeenten houden elk minder dan 4% van het geplaatste kapitaal.

De aandeelhouders hebben een (informeel) overlegplatform ingesteld in de vorm van een aandeelhouderscommissie (de "AHC") bestaande uit vertegenwoordigers van de aandeelhouders.

De statuten van Eneco bepalen dat iedere overdracht van aandelen aan een private aandeelhouder de goedkeuring van de raad van commissarissen behoeft. In het tussen de aandeelhouders en (toen nog) Eneco Holding gesloten aandeelhoudersconvenant (het "Aandeelhoudersconvenant") staat voorts dat bij een mogelijke (gedeeltelijke) verkoop van de aandelen het bestuur, de raad van commissarissen en de AHC samenwerking zullen zoeken om te komen tot een georganiseerd proces van toetreding van nieuwe aandeelhouders.

Direct na oprichting ontstaan de eerste voornemens van een aantal aandeelhouders tot verkoop van hun aandelenbelang. Eneco en de AHC treden daartoe conform het Aandeelhoudersconvenant in overleg om te beziën welke vervolgstappen nodig zijn.

Al vrij snel ontstaan echter wrijvingen tussen de AHC enerzijds en het bestuur en de raad van commissarissen anderzijds over het proces en de voorwaarden voor een eventuele verkoop. In plaats van de voorgenomen constructieve samenwerking, gaan beide partijen steeds vaker solistisch te werk waardoor de relatie verder verslechtert.

Voordat de situatie escaleert en de aandeelhouders het vertrouwen in de raad van commissarissen opzeggen, komen de AHC en de raad van commissarissen mediation overeen. Dit resulteert in een vaststellingsovereenkomst tussen de AHC en de raad van commissarissen waarin afspraken zijn opgenomen over het verloop en de voorwaarden van het verkoopproces. Het bestuur is geen partij bij de mediation en de vaststellingsovereenkomst.

De raad van commissarissen legt de vaststellingsovereenkomst voor akkoord aan het bestuur voor. Het bestuur gaat schoorvoetend akkoord. Uit de schriftelijk vastgelegde overwegingen die hebben geleid tot het besluit de vaststellingsovereenkomst te ondertekenen, blijkt echter dat de overeenkomst op onderdelen afspraken bevat die verder gaan dan het bestuur wenselijk acht.

De mediation en de vaststellingsovereenkomst hebben de relatie tussen de raad van commissarissen en de AHC verbeterd, maar zorgen juist voor spanningen tussen het bestuur en de raad van commissarissen. De samenwerking en het vertrouwen tussen beide organen verslechtert zodanig dat de raad van commissarissen op enig moment tot de slotsom komt dat bestuursvoorzitter De Haas niet langer het privatiseringsproces kan leiden en dient te vertrekken. Twee commissarissen delen de bestuursvoorzitter het besluit van de raad van commissarissen mede en maken afspraken over een vertrekregeling.

Eneco maakt vervolgens bekend dat De Haas als bestuursvoorzitter vertrekt. De enige kandidaat voor de opengevallen functie is Sondag. Tussen de COR en de raad van commissarissen ontstaat discussie over het bestaan van een adviesrecht omtrent het vertrek van De Haas en over

¹ Tom Salemink is advocaat in Amsterdam en universitair docent Ondernemingsrecht bij het Van der Heijden Instituut, OOR, Radboud Universiteit. Floris van de Bult is advocaat in Amsterdam.

² Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 maart 2017, *Ondernemingsrecht* 2018/19; *JOR* 2017/229 (*TMG*).

de tijdigheid van de adviesaanvraag met betrekking tot de voorgenomen benoeming van Sondag.

Uiteindelijk benoemt de raad van commissarissen Sondag tot bestuursvoorzitter en treedt De Haas terug. De COR heeft op dat moment zijn enquêteverzoek al bij de Ondernemingskamer ingediend.

2. Beslissing

Het verzoekschrift van de COR valt uiteen in vier hoofdthema's: (i) de aanloop naar het voornemen van de aandeelhouders om het vertrouwen in de raad van commissarissen op te zeggen; (ii) het mediationtraject en de vaststellingsovereenkomst; (iii) het vertrek van De Haas; en (iv) de benoeming van Sondag.

De Ondernemingskamer oordeelt dat ten aanzien van alle in het verzoek aan de orde gestelde onderwerpen sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken binnen Eneco te twijfelen. Interessant zijn met name de overwegingen ten aanzien van het optreden van de raad van commissarissen en de vraag of het vertrek van De Haas adviesplichtig was.

Ten aanzien van het eerste hoofdthema oordeelt de Ondernemingskamer dat de omstandigheid dat de tussen partijen voorafgaand aan het verkoopproces overeengekomen samenwerking niet tot stand is gekomen en dat de AHC enerzijds en het bestuur en de raad van commissarissen anderzijds in toenemende mate tegenover elkaar zijn komen te staan, op zichzelf reeds gegronde reden is om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen. In plaats van constructieve samenwerking is bij verschil van opvatting telkens gekozen voor escalatie en eenzijdige stappen.

De Ondernemingskamer noemt het verklaarbaar dat de onvrede van de aandeelhouders zich in eerste instantie richtte tot de raad van commissarissen in de vorm van (de dreiging van) het opzeggen van het vertrouwen. In een volledig structuurregime hebben de aandeelhouders geen machtsmiddel tegenover het bestuur en kunnen zij hun onvrede enkel uiten door het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen.

Inhoudelijk zagen de bezwaren van de aandeelhouder veeleer op het bestuur. Het betrof immers de strategie van de vennootschap, hetgeen tot het domein van het bestuur behoort. Om die reden lag het volgens de Ondernemingskamer dan ook bepaald niet voor de hand dat alleen de AHC en de raad van commissarissen deelnamen aan de mediation. Bovendien was het gelet op de aard van het geschil voorzienbaar dat tijdens de mediation onderwerpen aan de orde zouden komen die tot de bevoegdheid van het bestuur behoorden.

Dit alles roept aldus de Ondernemingskamer de vraag op of de raad van commissarissen zich heeft gerealiseerd dat hij bij aanvang van en gedurende het mediationtraject mede het terrein van het bestuur betrad.

Niet alleen de wijze waarop mediation tot stand is gekomen, maar ook de inhoud van de vaststellingsovereenkomst roept bij de Ondernemingskamer vragen op over de verhouding tussen de normale – wettelijke en statutaire – taak- en

rolverdeling tussen het bestuur en de raad van commissarissen en de positie van de raad van commissarissen bij de totstandkoming en uitvoering van de vaststellingsovereenkomst. De gemaakte afspraken hebben deels betrekking op onderwerpen die bij uitstek behoren tot het domein van het bestuur.

De Ondernemingskamer acht de omstandigheid dat de raad van commissarissen in het kader van de mediation en de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst buiten afwezigheid van het bestuur met de AHC heeft onderhandeld en afspraken heeft gemaakt met betrekking tot onderwerpen die behoren tot het domein van het bestuur, een gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid.

Volgens Ondernemingskamer is het denkbaar dat voor de handelswijze van de raad van commissarissen valide redenen bestonden, maar de raad heeft onvoldoende inzicht gegeven in zijn beweegredenen en niet toegelicht waarom het noodzakelijk was in de onderhandelingen op de stoel van het bestuur te gaan zitten.

Ten aanzien van de gang van zaken omtrent het al dan niet gedwongen vertrek van bestuursvoorzitter De Haas, oordeelt de Ondernemingskamer dat de gehele gang van zaken *“een zo grote gelijkensis vertoont met een voorgenomen besluit tot ontslag als bedoeld in art. 30 WOR dat het daarmee op één lijn moet worden gesteld”*.³ Een andere opvatting zou volgens de Ondernemingskamer ertoe leiden dat het adviesrecht van de ondernemingsraad in wezenlijke mate wordt uitgehouden.

Ook over de benoeming van Sondag oordeelt de Ondernemingskamer dat geen zorgvuldig medezeggenschapstraject is gevolgd. Het is volgens haar niet goed in te zien waarom het advies van de COR niet kon worden afgewacht alvorens de aanstaande benoeming van Sondag bij persbericht bekend te maken.

De gang van zaken rondom de bestuurswissel levert volgens de Ondernemingskamer eveneens gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid op.

3. Commentaar

3.1 Inleiding

Deze zaak illustreert de lastige positie van de raad van commissarissen in situaties waarin hij zijn toezicht op het bestuur dient te intensiveren. In het geval hij niet of te laat ingrijpt, vervult hij zijn taak onbehoorlijk, maar als hij daarentegen te snel of te intensief ingrijpt en daarbij op de stoel van het bestuur gaat zitten, is mogelijk eveneens sprake van onbehoorlijke taakvervulling. In deze zaak ging het om een privatiseringsproces, maar dezelfde vragen over verscherpt toezicht door de raad van commissarissen spelen in andere situaties, zoals bij een openbaar bod of financiële moeilijkheden.

Voorts bevat de beschikking enkele interessante overwegingen over de toepasselijkheid van het adviesrecht van de ondernemingsraad op grond van art. 30 WOR bij het al dan niet vrijwillige aftreden van een bestuurder.

³ Zie r.o. 3.33.

Andere relevante onderwerpen uit de beschikking zijn de vraag in hoeverre de raad van commissarissen zijn goedkeuringsrecht voorwaardelijk kan uitoefenen en mede afhankelijk kan maken van derden⁴ en de mogelijkheid om aan de bij overeenkomst toegekende enquêtebevoegdheid voorwaarden te verbinden.⁵ De laatste twee onderwerpen vallen buiten de reikwijdte van ons commentaar.

3.2 *Verscherpt toezicht door raad van commissarissen*

De raad van commissarissen heeft op grond van art. 2:140/2:250 BW tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en staat het bestuur met raad ter zijde. Voor zijn toezichthoudende taak kan de raad van commissarissen zich in beginsel beperken tot de hoofdlijnen. Dat wil zeggen dat hij niet voortdurend en tot in detail de werkzaamheden van het bestuur dient te volgen. Zo hoeft de raad van commissarissen bijvoorbeeld niet de letterlijke tekst en inhoud van een overnamecontract te controleren.⁶ Onder bijzondere omstandigheden dient de raad van commissarissen zijn toezicht echter te intensiveren.⁷ Verscherpt toezicht is bijvoorbeeld vereist in geval van een kritieke financiële situatie, een ingrijpende herstructurering, een vijandige overname of – zoals bij Eneco – een privatiseringstraject.

Het intensiveren van toezicht door de raad van commissarissen kan op verschillende manieren. De raad van commissarissen zal zich bijvoorbeeld kritischer moeten opstellen tegenover het bestuur en vaker en eerder moeten doorvragen. Hij dient wellicht aanvullende informatie bij het bestuur of bij derden op te vragen, frequenter moeten vergaderen of mogelijk een intern onderzoek moeten opstarten. Dit verscherpte toezicht kan er in het uiterste geval toe leiden dat de raad van commissarissen een of meer bestuurders schorst of – indien mogelijk – ontslaat.

Als de raad van commissarissen zijn toezicht niet, te laat of onvoldoende intensiveert, kan sprake zijn van onbehoorlijke taakvervulling of van gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid.

Recente voorbeelden van onvoldoende toezicht zijn de zaken *Fairstar* en *ZED+*. In de *Fairstar*-zaak was sprake van onbehoorlijke taakvervulling van de raad van commissarissen die duidelijke signalen kreeg dat het bestuur hem onjuist of onvoldoende informeerde over de aankoop van een schip,

maar desondanks niet doorvroeg of ingreep.⁸ Het wanbeleid oordeel van de Ondernemingskamer bij *ZED+* was onder meer gegrond op het uitblijven van gedegen onderzoek naar de bestuursvoorzitter door de raad van commissarissen nadat in rechte was komen vast te staan dat de bestuursvoorzitter verantwoordelijk was voor frauduleuze manipulatie.⁹ De raad van commissarissen moet echter ervoor waken dat hij met het intensiveren van zijn toezicht niet op de stoel van de bestuurder gaat zitten. Dit leidt mogelijk eveneens tot gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid, omdat de raad van commissarissen dan ten onrechte het domein van het bestuur betreedt. De raad van commissarissen riskeert bovendien te worden aangemerkt als feitelijk bestuurder met alle aansprakelijkheidsrisico's van dien.¹⁰

Zoals ook uit de *Eneco*- en *TMG*-beschikking blijkt, is het echter een grijs gebied wanneer nog sprake is van intensief toezicht en wanneer dit overgaat in medebestuur. Op het moment dat toezicht dreigt over te gaan in medebestuur, zal de raad van commissarissen ofwel zijn toezicht dienen terug te schroeven ofwel formeel moeten ingrijpen in het bestuur door schorsing of – indien mogelijk – ontslag. Beide opties zijn niet ideaal: met het terugschroeven van toezicht riskeert de raad van commissarissen onbehoorlijke toezicht en schorsing of ontslag van het bestuur heeft een bijzonder grote impact op zowel de bestuurder als de vennootschap en haar organisatie.

Het is dus een bijzonder delicate positie waarin de raad van commissarissen zich in geval van verscherpt toezicht bevindt. De beschikkingen in *Eneco* en *TMG* laten dit lastige evenwicht zien.

3.3 *Verscherpt toezicht door de raad van commissarissen van Eneco en TMG*

Allereerst *Eneco*. Vanaf het begin van het privatiseringsproces intensiveert de raad van commissarissen zijn toezicht en treedt hij nadrukkelijk op de voorgrond in het contact met de aandeelhouders en de AHC. De berichtgeving vanuit de vennootschap geschiedt veelal namens het bestuur en de raad van commissarissen samen.

Op een gegeven moment starten de AHC en de raad van commissarissen een mediationtraject en leggen de afspraken als resultaat daarvan vast in een vaststellingsovereenkomst. Uit de beschikking is niet duidelijk van wie het initiatief tot mediation komt en waarom het bestuur geen partij is bij de mediation en de vaststellingsovereenkomst.

Waar de raad van commissarissen eerder nog vanuit zijn toezichthoudende en adviserende taak samen optrekt met het bestuur, slaat het toezicht op dit punt om en begeeft de raad van commissarissen zich aldus de Ondernemingskamer mede op het domein van het bestuur. De mediation en de vaststellingsovereenkomst zagen volgens de Ondernemingskamer deels op onderwerpen die tot de taak en verantwoordelijkheid van het bestuur behoren, zoals de

4 Zie r.o. 3.20. Vgl. in dit verband ook recent Hof 's-Hertogenbosch 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3362 over de voorwaardelijke goedkeuring van de raad van toezicht van een stichting.

5 Zie r.o. 3.44. Zie in dit verband ook K. Spruitemburg, *De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 153), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 389-390.

6 Hof Den Haag 6 april 1999 (r.o. 18), *JOR* 1999/142 (*Verto/Drenth*).

7 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 oktober 2003 (r.o. 3.8 e.v.), *JOR* 2003/260 (*Laurus*); Rb. Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008/10 (*Ceteco*); Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013 (r.o. 8.8.6), *JOR* 2013/237 (*Landis*); Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, *JOR* 2014/64 (*Betelgeuze*); Rb. Amsterdam 30 september 2015 (r.o. 6.6 e.v.), *JOR* 2016/182 (*Fairstar*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 december 2017 (r.o. 4.19-4.20), *JOR* 2018/9 (*ZED+*). Hierover ook Hendrikse, 'De commissaris in crisis: code geel, oranje of rood', *TOP* 2014/379; Holtzer, 'De doorvraagplicht van commissarissen', in: S. Perrick e.a. (red.), *Kort Juridisch, Liber Amicorum Peter Wakkie*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 55-65.

8 Rb. Amsterdam 30 september 2015 (r.o. 6.6-6.6.3), *JOR* 2016/182 (*Fairstar*).

9 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 december 2017 (r.o. 4.19-4.20), *JOR* 2018/9 (*ZED+*).

10 Zie bijv. Rb. Rotterdam 14 april 2010, *JOR* 2010/181 (*Smelik/De Regt*); Rb. Noord-Nederland 19 juli 2017 (r.o. 4.18 e.v.), *JOR* 2017/259 (*Welsec*).

zeggenschap over investeringen en over het privatiseringsproces.

De Ondernemingskamer oordeelt dan ook dat de raad van commissarissen ten onrechte buiten aanwezigheid van het bestuur met de AHC heeft onderhandeld en afspraken heeft gemaakt met betrekking tot onderwerpen die behoren tot het primaat van het bestuur.

Interessant is dat de Ondernemingskamer het denkbaar acht dat voor het handelen van de raad van commissarissen valide redenen bestonden. Dit heeft de raad van commissarissen niet of niet voldoende toegelicht. Wat die valide redenen kunnen zijn, is dus niet duidelijk.

De raad van commissarissen had ofwel zijn toezicht kunnen terugschroeven, ofwel formeel kunnen ingrijpen door het bestuur te schorsen. Deze laatste stap nam de raad van commissarissen echter te laat. Pas nadat het bestuur weigerde de door de raad van commissarissen met de AHC uitonderhandelde vaststellingsovereenkomst uit te voeren, greep hij in door de bestuursvoorzitter te ontslaan. Op dat moment zat de raad van commissarissen volgens de Ondernemingskamer al op de stoel van het bestuur.

Dan de *TMG*-beschikking. Bij *TMG* was sprake van een overnamesituatie waarbij de raad van commissarissen eveneens zijn toezicht diende te intensiveren. De raad van commissarissen van *TMG* hield echter wel voldoende afstand van het bestuursdomein en greep tijdig formeel in door het bestuur te schorsen.

Het betrof een biedingsstrijd tussen enerzijds VPE en Mediahuis (het "Consortium") en anderzijds Talpa. Op een gegeven moment achtte de raad van commissarissen het in het belang van de vennootschap om exclusieve onderhandelingen met het Consortium te starten omdat het Consortium als enige dealzekerheid kon bieden gelet op het aantal aandelen dat zij had en aan haar waren toegezegd. Het bestuur wilde hier nog niet aan en beoogde het *level playing field* tussen beide bieders te handhaven.

Vanaf het begin van het biedingsproces verscherpt de raad van commissarissen het toezicht. Hij treedt niet of nauwelijks op de voorgrond, maar zit intern dicht op het bestuur en volgt de gang van zaken nauwlettend. De raad van commissarissen laat het bestuur met regelmaat weten zich zorgen te maken over de voortgang van het proces en het in zijn ogen persoonlijk tegenstrijdig belang van de bestuurders bij het bod van Talpa.

Op een gegeven moment intensiveert de raad van commissarissen zijn toezicht verder en bemoeit zich steeds dwingender met het biedingsproces. Hij zoekt daarbij nadrukkelijk de grens met het domein van het bestuur op. Wij noemen vier voorbeelden: (i) de raad van commissarissen neemt de regie over het verdere biedingsproces in handen; (ii) hij is van mening dat de voorzitter van de raad van commissarissen binnen de *strategic committee* – een commissie die de onderhandelingen voert en bestaat uit de twee bestuurders en de voorzitter van de raad van commissarissen – een doorslaggevende stem moet hebben; (iii) hij besluit tot het starten van exclusieve onderhandelingen met het Consortium en verzoekt het bestuur te bevestigen dit besluit onvoorwaardelijk te steunen; en (iv) de voorzit-

ter van de raad van commissarissen laat Talpa telefonisch weten "dat voorrang werd gegeven aan verdere besprekingen met het Consortium".¹¹

Nadat de *strategic committee* uiteindelijk een finaal concept van het fusieprotocol met het Consortium heeft uitonderhandeld en het bestuur weigert deze te tekenen, grijpt de raad van commissarissen formeel in en schorst beide bestuurders. Op basis van de statutaire ontstentenis- en beletregeling neemt de raad van commissarissen de bestuurstaken tijdelijk op zich en tekent namens *TMG* diezelfde dag nog het fusieprotocol.

Het is de vraag of de raad van commissarissen van *TMG* in de hiervoor genoemde voorbeelden met zijn verscherpt toezicht niet ook het domein van het bestuur betreedt. Dat geldt met name indien aan de mededeling van de voorzitter van de raad van commissarissen aan Talpa om voorrang te geven aan verdere gesprekken met het Consortium geen gezamenlijk besluit van het bestuur en de raad van commissarissen ten grondslag ligt of indien de voorzitter van de raad van commissarissen met zijn doorslaggevende stem in de *strategic committee* feitelijk de onderhandelingen voert. Dit wordt onvoldoende duidelijk uit de beschikking.

De Ondernemingskamer ziet echter geen kwaad in het handelen van de raad van commissarissen¹² en acht het begrijpelijk dat "het geduld van de raad van commissarissen uitgeput was en [hij] zich genoodzaakt zag om in het belang van *TMG* en met gebruikmaking van zijn bevoegdheid tot schorsing van de leden van de raad van bestuur, zeker te stellen dat het fusieprotocol met het Consortium ondertekend werd".¹³

Een belangrijk verschil tussen beide zaken lijkt met name het moment waarop de raad van commissarissen formele stappen richting het bestuur onderneemt. Bij *TMG* was de raad van commissarissen vanaf het begin op de achtergrond dwingend aanwezig, maar betrad het bestuursdomein (als tijdelijk bestuur) pas nadat hij de juiste formele weg had gevolgd en het bestuur had geschorst. Bij *Eneco* daarentegen trad de raad van commissarissen vanaf het begin op de voorgrond en greep pas formeel in nadat hij in het mediationproces al mede het bestuursdomein had betreden.¹⁴

Verder lijkt een verschil te bestaan in dossiervorming door de raad van commissarissen. Uit de *TMG*-beschikking is duidelijk dat de raad van commissarissen in toenemende mate kritisch was op de handelswijze van het bestuur en hem bij e-mail en in (telefonische) besprekingen meermaals heeft gewaarschuwd. Mede op basis van deze schriftelijke stukken komt de Ondernemingskamer tot de conclusie dat het

11 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 maart 2017, *Ondernemingsrecht* 2018/19; *JOR* 2017/229 (*TMG*), zie feiten onder 2.68, 2.84 en 2.87.

12 De Ondernemingskamer gaat in haar beschikking met betrekking tot de vraag of *TMG* op een zeker moment haar aandacht primair mocht richten op het bereiken van overeenstemming met het Consortium over het fusieprotocol, niet in op het handelen van de raad van commissarissen en zijn voorzitter. Zij verwijst consequent naar *TMG* als vennootschap en maakt geen onderscheid tussen het handelen van het bestuur en de raad van commissarissen (zie r.o. 3.26-3.35).

13 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 maart 2017 (r.o. 3.40), *Ondernemingsrecht* 2018/19; *JOR* 2017/229 (*TMG*).

14 De vraag is overigens of in de *Eneco*-zaak op een eerder moment voldoende redenen en rechtvaardiging bestond voor schorsing van het bestuur. Uit de feiten blijkt dit onvoldoende.

begrijpelijk is dat het geduld van de raad van commissarissen op was en hij overging tot schorsing. Dergelijke schriftelijke documenten waaruit de rechtvaardiging voor het handelen en ingrijpen van de raad van commissarissen inzake Eneco blijkt, lijken niet of nauwelijks aanwezig, althans zijn niet overgelegd.

Beide uitspraken illustreren de lastige positie voor commissarissen op het moment dat zij hun toezicht dienen te intensiveren. In theorie lijkt verscherpt toezicht duidelijk en eenvoudig, maar de praktijk blijkt – zoals vaker – weerbarstiger. Er bestaat een verplichting tot verscherpt toezicht, maar dit mag enerzijds niet te laat of te beperkt zijn en anderzijds niet te snel of te intensief. Het toezicht kan er onder omstandigheden bovendien toe leiden dat de raad van commissarissen formeel moet ingrijpen en het bestuur dient te schorsen. Dit heeft niet alleen grote impact op de individuele bestuurder en de onderneming, maar brengt ook voor de commissarissen wezenlijk nadelen en risico's met zich indien zij op basis van een statutaire ontstentenis- en beletregeling belast worden met het tijdelijk bestuur.

3.4 Adviesrecht ex art. 30 WOR bij afspraken vertrekregeling bestuurder

De beschikking inzake *Eneco* is verder interessant waar het gaat over de toepasselijkheid van het adviesrecht van de ondernemingsraad op grond van art. 30 WOR bij het al dan niet vrijwillige terugtreden van een bestuurder in de zin van de WOR.

In art. 30 WOR is bepaald dat de ondernemingsraad in de gelegenheid moet worden gesteld om voorafgaand aan een besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder advies uit te brengen. Bij de wijziging van de WOR in 1979 werd de verplichting van de ondernemer om de ondernemingsraad in kennis te stellen over een voorgenomen benoeming of ontslag van een bestuurder, gewijzigd in een adviesrecht. In de memorie van toelichting bij die wetwijziging is te lezen dat het begrip 'ontslag' niet ziet op "een ontslag op eigen verzoek" maar op een "onvrijwillig ontslag, waarbij het veelal [zal gaan] om een verschil van mening over het te voeren beleid".¹⁵ Sindsdien geldt in de literatuur en in de praktijk als stelregel dat de ondernemingsraad geen adviesrecht heeft in geval van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een bestuurder met wederzijds goedvinden. Overigens overwoog de President van de Rb. Amsterdam in kort geding in 2000 wel dat "in een situatie waarin het ontslag van de ondernemer is uitgegaan en waarin de bestuurder de facto geen andere keus is gelaten dan om in te stemmen met het ontslag, – en derhalve sprake is van een verkapt onvrijwillig ontslagbesluit van de ondernemer – (...) het evenwel in strijd met de strekking van de wet [moet] worden geacht om voorbij te gaan aan het adviesrecht van de ondernemingsraad".¹⁶ De feiten in die zaak leidden overigens niet tot de conclusie dat sprake was van een art. 30 WOR adviesrecht.

De *Eneco*-beschikking lijkt nu door die praktijk een streep te zetten. De Ondernemingskamer baseert zich op de omstandigheid dat de raad van commissarissen (i) op 25 maart 2018 concludeert dat het beter is dat De Haas zal vertrekken als bestuurder van Eneco in plaats van dat Van den Assem, Van Lier en Sijmons opstappen als commissarissen; (ii) de raad van commissarissen op 30 maart 2018 aan De Haas heeft medegedeeld dat de raad "er geen vertrouwen in heeft dat De Haas het privatiseringsproces kan leiden"; en (iii) op 11 april 2018 aan de ondernemingsraad en de leden van het bestuur heeft medegedeeld dat "De Haas als gevolg van een unaniem besluit van de raad van commissarissen zal vertrekken".¹⁷ De ondernemingsraad kwalificeert die omstandigheden als een onvrijwillig ontslag en concludeert dat hij dus een adviesrecht heeft.

Hoewel het vertrek van De Haas was vormgegeven als een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, oordeelt de Ondernemingskamer dat de omstandigheden er toe leiden dat "het voor de hand [ligt] dat De Haas vervolgens geen andere keus had, dan afspraken te maken over een vertrekregeling conform zijn arbeidsovereenkomst" en dat die gang van zaken "een zo grote gelijkenis [vertoont] met een voorgenomen besluit tot ontslag als bedoeld in art. 30 WOR dat het daarmee op één lijn moet worden gesteld. Een andere opvatting zou er toe leiden dat het adviesrecht van de ondernemingsraad in wezenlijke mate wordt uitgehold".¹⁸ De Ondernemingskamer lijkt hier – deels – dezelfde toets aan te brengen als dat de President van de Rb. Amsterdam deed in 2000.

De vraag die opkomt, is wat deze uitspraak betekent voor de praktijk, waarin tot het moment van de *Eneco*-beschikking slechts in beperkte mate advies werd gevraagd aan de ondernemingsraad omdat er in het merendeel van de gevallen – door een beëindiging met wederzijds goedvinden – geen sprake was van een 'onvrijwillig ontslag'. In situaties zoals bij *Eneco*, waarbij de raad van commissarissen het voornemen had om De Haas te ontslaan en ook bevoegd was om het ontslagbesluit te nemen, of bij een gewone vennootschap waarin een enig aandeelhouder het voornemen heeft om de bestuurder te ontslaan, zal op basis van de *Eneco*-beschikking de ondernemer eerder over moeten gaan tot het vragen van advies aan de ondernemingsraad. Dat zal dan zijn op het moment dat de raad van commissarissen dan wel aandeelhouder het voornemen heeft om de bestuurder te ontslaan en niet pas op het moment dat na onderhandelingen met de bestuurder geconcludeerd wordt dat partijen niet tot overeenstemming kunnen komen over de voorwaarden voor een beëindiging met wederzijds goedvinden. Dat zal anders zijn in de situaties waarin niet vaststaat dat de aandeelhoudersvergadering ook daadwerkelijk zal overgaan tot het ontslag (bijvoorbeeld bij meerdere aandeelhouders), dan wel indien de raad van commissarissen een bestuurder wel kan schorsen en het ontslag kan voorstellen, maar dat de aandeelhoudersvergadering het tot ontslag bevoegde orgaan is.

¹⁵ Kamerstukken II 1975/76, 13954, 1-3, p. 47.

¹⁶ Rb. Amsterdam (pres.) 11 mei 2000 (r.o. 5), KG 2000/127, zie ook F. Laagland in Sdu Commentaar Arbeidsrecht 2018, p. 3345.

¹⁷ Zie r.o. 3.29-3.31.

¹⁸ Zie r.o. 3.33.

Een andere vraag die opkomt, is of de gevolgen van de *Eneco*-uitspraak in het belang zijn van de bij het ontslag betrokken partijen: de ondernemer, de bestuurder en de ondernemingsraad. Om met die laatste te beginnen: het belang van de ondernemingsraad is dat hij in een eerder stadium bij het voorgenomen besluit tot ontslag betrokken is en zijn advies dus meer wezenlijke invloed kan hebben. Die verhoogde mate van wezenlijke invloed zal in de praktijk beperkt zijn vanwege het ontbreken van enerzijds de opschortingstermijn van art. 25 lid 6 WOR en anderzijds het ontbreken van het beroepsrecht van art. 26 WOR. De *Eneco*-beschikking is in dat verband bijzonder omdat de ondernemingsraad door het aan hem bij overeenkomst verleende recht van enquête *de facto* toch een beroepsrecht had. Een ondernemingsraad heeft een dergelijk contractueel recht in de regel echter niet. Geen van beide rechten zijn van toepassing op art. 30 WOR. Het belang van de ondernemer en – met name – de betrokken bestuurder is daarentegen vaak om het ontslagvoornemen van de ondernemer zo lang mogelijk in een zo klein mogelijke kring te bespreken, totdat er overeenstemming is bereikt over een beëindigingsovereenkomst. Op dat moment kunnen bestuurder en ondernemer immers in de interne en externe communicatie in een voor beiden wenselijk bericht wereldkundig maken. De eerdere betrokkenheid van de ondernemingsraad en daarmee het aanzienlijk vergroten van de kring van betrokkenen, vergroot het risico dat de – vaak zeer gevoelige – onderhandelingen niet in volledige vertrouwelijkheid kunnen worden gevoerd.

Mr. T. Salemink & mr. F.C.A van de Bult