

Is de Ondernemingskamer ‘anders’?²

87

Laten wij het eens over de annotatoren hebben. Maar eerst leg ik u de vraag voor of procederen bij de Ondernemingskamer ‘anders’ is. Het antwoord luidt – verrassend is dat niet – ‘ja en nee’. ‘Nee’, omdat de Ondernemingskamer net als iedere andere rechter gewoon rechtspreekt. Wij behandelen de aan ons voorgelegde vragen en geschillen, beoordelen deze en beslissen daarop aan de hand van wet en jurisprudentie. Al wil dat laatste niet iedereen geloven. Maar procederen bij de Ondernemingskamer is ook ‘anders’. Om tal van redenen. Ik noem er twee: de luxe van meervoudige rechtspraak met vijf rechters en de luxe van permanente aandacht. De eerste luxe bekijk ik vanuit uw positie, de meesten van u zijn advocaat, de tweede vanuit de Ondernemingskamer.

Die meervoudige rechtspraak is toch inderdaad een luxe? Waar krijgt u nu de kans uw geschil, klein of groot, voor te leggen aan vijf rechters. En, ik noem het maar even, nog aangevuld met een griffier die ook van wanten weet. Twee van die rechters zijn geen jurist maar wel rechter. Ook zij beslissen aan de hand van wet en jurisprudentie. Maar hun perspectief is anders, breder. Sterk versimpeld: de juristen zien de juridische werkelijkheid en de raden zien wat ik maar noem de werkelijke werkelijkheid, elk vanuit hun expertise: financieel, bedrijfseconomisch, *corporate governance* of medezeggenschap.

Een advocaat die iets wil bereiken voor zijn cliënt moet proberen in het hoofd van de rechter te kruipen om aldaar in zijn voordeel orde op zaken te stellen. Hier dus in vijf hoofden. Daartoe moet hij zich bij de voorbereiding, de presentatie en de interactie ter zitting in die rechters verplaatsen. Vraag u af wat de rechter bij voorbereiding en behandeling van de zaak zal opvallen en anticipeer daarop. Het lukt u toch niet om een evidente zwakte in de positie van uw cliënt op te heffen door deze eenvoudig ‘weg’ te zwijgen. Die zwakte blijft het achterhoofd van de rechter de hele zitting troubleren. Ga daar dus de confrontatie mee aan. En doe iets met hetgeen op de zitting gebeurt, met die opgetrokken wenkbrauw en met de gestelde vragen.

Terzijde, antwoord op vragen nooit: ‘u heeft gelijk’ of nog erger: ‘daar heeft u een punt’. Rechters hebben nooit gelijk en al helemaal geen punten. Wij stellen vragen om uw stellingen te begrijpen en soms om hiaten die we in raadkamer niet willen tegenkomen op te vullen. En uiteindelijk geven wij *U* gelijk, of niet. Al dan niet op punten.

Goed, u kruipt in het hoofd van de rechter. Maar doet u dat voldoende, kruipt u in het hoofd van alle vijf? Het is mijn

stellige indruk en het is ook best te begrijpen, dat u zich meer senang voelt in de hoofden van de raadsheren dan in die van de raden. Je merkt het aan uw worsteling met vragen over eigen vermogen, voorzieningen of EBITDA en aan uw opluchting als u weer een lastige vraag over niet-ontvankelijkheid mag beantwoorden.

Ik legde aan een paar raden de vraag voor hoezeer zij zich door de pleitende advocaat aangesproken voelen. Een eerste reactie was: pleidooien vormen vaak niet meer dan een herhaling van verzoek- en verweerschrift. De beste advocaat was hij die met de mededeling: ‘alles staat al in mijn verweerschrift’ afzag van een mondelinge toelichting. Dat klinkt niet hoopgevend. Vaak spreekt men onvoldoende de ‘taal’ van de raden.

- Indien u het verwijt van te late vaststelling van de jaarrekening pareert met: ‘het was toch tijdig binnen 13 maanden?’;
 - indien u de cijfers in een jaarrekening behandelt als de absolute werkelijkheid in plaats van als een beeld, een poging tot een beste schatting;
 - een beeld, dat je niet kunt zien zonder de toelichting te lezen,
- dan komt u nooit in die hoofden terecht.

Natuurlijk zijn er tal van advocaten die wel degelijk de zaak van alle relevante perspectieven bezien. Toch durf ik in zijn algemeenheid de aanbeveling aan om meer dan nu ook te anticiperen op hetgeen de raad beroert en op zijn of haar vragen en tegenwerpingen. Niet uit beleefdheid maar om te overtuigen. Ik spreek uit ervaring: in raadkamer geldt immers hetzelfde. Het debat daar is tot op zekere hoogte een weerspiegeling van het debat op de zitting. Wil ik een raad met het oog op de te nemen beslissing aan mijn zijde krijgen, dan dien ik zijn of haar ‘taal’ te spreken. Per slot van rekening heeft ieder van de vijf rechters precies dezelfde stem en zijn er bij de raden derhalve zowel voor u als voor mij twee stemmen te winnen.

Kortom: die raden maken het procederen bij de Ondernemingskamer ‘anders’.

Dan de luxe van de permanente aandacht. Vrijwel iedere uitspraak die wij doen, zien of horen wij terug in vakblad of op vakbijeenkomst. Het kan toch nauwelijks luxer: elk woord dat je opschrijft wordt van commentaar voorzien. Wij doen ons best om onze overwegingen zo precies mogelijk op te schrijven, maar de goudschaaltjes waarmee de annotatoren onze formuleringen wegen, daar kan de financiering van rechtspraak nooit tegenop.

Vaak staan wij te popelen om te reageren, maar dat past ons helaas niet. Dat heeft de Hoge Raad op 6 maart van dit

¹ Peter Ingelse is voorzitter van de Ondernemingskamer.

² Dit is de schriftelijke weergave van een tijdens het Ondernemingsrecht diner op 6 juni 2013 gehouden *diner speech*. Het is op verzoek van de redactie en met instemming van de auteur in deze aflevering opgenomen.

jaar vastgesteld.³ Ware dat anders, dan zouden wij bij zo'n bijeenkomst onlangs – het ging over Chinese Workers in relatie tot TESN⁴ – graag antwoord hebben gegeven op de volgende vragen.

- Is het niet mogelijk dat het verzoek van een aandeelhouder in een moedervenootschap tot het bevelen van een concernenquête in twee onderscheiden zaken niet toewijsbaar is, omdat die moeder in beide zaken nu eenmaal een buitenlandse vennootschap is?
- En kan het zich daarbij dan niet voordoen dat de feiten in de ene zaak wel en in de andere niet de conclusie rechtvaardigen dat de verzoeker als economisch rechtgebende van de aandelen in de dochter moet worden aangemerkt?
- Vormen concernenquête en economisch rechtgebenden immers niet – met reden – verschillende leerstukken, de een betreffende – zeg maar – het object en de ander betreffende het subject van de procedure?

En we hadden ook nog wel de volgende vragen beantwoord.

- Wat verzet zich ertegen om een indirect aandeelhouder – als het ware dus een verticaal geval – als economisch gerechtigde aan te merken, indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven?
- Heeft het woord 'uitzondering' sommigen wellicht op het verkeerde been gezet? Als je 'gelijktstelt met', neem je voor het afwijkende toch juist geen uitzondering aan, maar strijk je de afwijking glad, met hetzelfde resultaat?
- Was het woord 'uitzondering' inderdaad wellicht ongelukkig gekozen?

De antwoorden blijf ik u schuldig.

Vaak verklaart een annotator het 'jammer' te vinden dat wij een bepaald punt niet hebben beslist. Voorbeelden? Ik tikte 'JOR', 'Jitta' en 'jammer' in en ik had zo een hele lijst. Anderen gebruiken 'betreuren'. Doorman heeft een voorkeur voor 'helaas', maar dan vooral om vast te stellen dat hij helaas te weinig ruimte heeft voor nog meer commentaar.

Men mist onze slagvaardigheid in het bijzonder in uitkoopzaken. Josephus Jitta laat daarover geen misverstanden bestaan in zijn noot onder *Fairstar*: volgens hem komt beantwoording van de vraag wie de uitkoper in bepaalde gevallen van beursnotering in het buitenland moet dagvaarden 'neer op het lezen van theebladen'.⁵ Toe maar! Hij ziet graag, dat de Ondernemingskamer duidelijke criteria neerlegt in een uitspraak of *in abstracto* publiceert. Wij begrijpen best dat de praktijk graag duidelijkheid wil en het kan ongetwijfeld beter. De zeven raadsheren en veertien raden die in wisselende samenstelling de Ondernemingskamer bezetten, vormen echter geen orgaan dat zich als wetgever kan opstellen. Uitgangspunt blijft dat de Ondernemingskamer recht doet in concrete zaken. Daarbij opereert zij net als iedere rech-

ter ten dele op niet door de wetgever ontgonnen terrein. In die ruimte gaat zij tastend en stapje voor stapje voort. Dat gaat natuurlijk een stuk makkelijker, als partijen ons daarbij helpen: hoe meer debat, hoe meer houvast voor de rechter. En dat ontbreekt nu juist vaak in uitkoopzaken, waar de gedaagden doorgaans verstek laten gaan. En de eiser heeft geen behoefte aan debat maar aan de aandelen.

Het is goed en nuttig dat de annotatoren deze leemte opvullen. Wij waarderen uw permanente aandacht zeer en zien er altijd reikhalzend naar uit. Wij volgen u op de voet.

Ik rond af. U kruipt in het hoofd van de rechter en dat resulteert in een uitspraak, die het voorwerp van een noot is. In de volgende zaak probeert u de vorige zaak plus die noot in de door u gewenste zin weer in die hoofden te krijgen. En dat resulteert in de volgende uitspraak. Een eindeloze cyclus die we tegenwoordig waarschijnlijk met 'communicatie' moeten aanduiden. Maar wel een aan de rechtspraak eigen, formele, afstandelijke vorm van communicatie. Wij doen ook – voorzichtig – aan informele communicatie.

Wij hadden een half jaar geleden een overleg met een aantal advocaten-*repeat players* om van gedachten te wisselen over algemene kwesties en over verbetering van vooral procedurele aspecten. Dat verschaft ons los van concrete zaken en belangen inzicht van wat er van ons wordt verwacht. Het is ons niet slecht bevallen. Wij stellen ons voor dit te herhalen, deze keer wat ruimer opgezet: een bijeenkomst van de Ondernemingskamer met in het algemeen advocaten die bij haar procederen. Wij denken aan de behandeling van een in overleg met de VCL vast te stellen thema en vooral gelegenheid voor een open discussie over wat u maar wilt. Wij veronderstellen dat een dergelijke informele vorm bevorderlijk is voor de kwaliteit van de formele communicatie. Eenzelfde effect bereikt u met een diner als dit. Het wordt tijd om daaraan te beginnen.

Ik dank U.

³ HR 6 maart 2013, *LJN* BZ3450.

⁴ HR 8 april 2011, *LJN* BP4943, *RO* 2011/44, respectievelijk HR 29 maart 2013, *LJN* BY7833, *RO* 2013/37.

⁵ OK 12 februari 2013, *JOR* 2013/101, (*RO* 2013/38).