

# Wanbeleid bij Landis: enkele ‘saillante’ onderwerpen

*Mr. J. I. van der Pennen* \*

## Inleiding

De *dot com*-zeepbel heeft vele slachtoffers gemaakt. Landis Group N.V. en haar dochters Landis Group B.V., Landis Group International B.V. en Detron Group B.V. (hierna gezamenlijk: Landis) vallen hier ook onder. Waar echter velen een stille dood zijn gestorven, heeft Landis een erfenis nagelaten aan juridisch Nederland. Ik noem bijvoorbeeld de uitspraak van de Hoge Raad van 4 februari 2005 ten aanzien van de bevoegdheidsdoorbraak bij het verzoeken van een concern-enquête.<sup>1</sup>

Nadat het onderzoek in eerste instantie ernstige vertraging had opgelopen (bijna vijf jaar!) door het ontbreken van toereikende financiering, heeft de Ondernemingskamer op 15 december 2011 wanbeleid ten aanzien van de periode van 11 maart 1998 tot en met 23 april 2002 vastgesteld bij Landis voor wat betreft (1) het financieringsbeleid, (2) het acquisitiebeleid, (3) de externe verslaggeving, (4) de administratie en (5) het functioneren van de raad van commissarissen (hierna: RvC). In het bijzonder acht de Ondernemingskamer bestuurder Kuiken en de commissarissen De la Haye en Vrisekoop individueel verantwoordelijk voor dit wanbeleid.

Gezien de voorgeschiedenis komt de kwalificatie ‘wanbeleid’ niet als een verrassing. Wel bevat de beschikking enkele (om in de woorden van de onderzoekers te spreken) ‘saillante’ overwegingen, die vragen opwerpen en nopen tot (nadere) uitleg. In deze bijdrage zal ik me beperken tot het bespreken van de volgende twee onderwerpen: (1) de overwegingen van de Ondernemingskamer ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) op de totstandkoming van het rapport (dus: de onderzoeksfase) en (2) de overwegingen van de Ondernemingskamer ten aanzien van de samenstelling en het functioneren van de RvC bij een beursgenoteerde onderneming met een agressief acquisitiebeleid.

## *Toepasselijkheid van artikel 6 EVRM bij de totstandkoming van het rapport*

Het eerste saillante onderwerp is het gemak waarmee de Ondernemingskamer voorbij lijkt te gaan aan de verstrekkende bezwaren van Vrisekoop tegen de totstandkoming van het onderzoeksverslag.

Vrisekoop, als enige van de RvC verschenen in deze procedure, heeft uitvoerig en gemotiveerd bezwaar gemaakt tegen de wijze waarop het enquêteverzoek heeft plaatsgevonden. Haar bezwaren richten zich in het bijzonder tegen de gehanteerde opzet van het onderzoek en de toegankelijkheid van het archief.<sup>2</sup> Met een verwijzing naar jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) heeft de Ondernemingskamer haar bezwaren in één enkele rechts-overweging van tafel geveegd:

‘4.30 Op grond van haar hierboven samengevatte kritiek op de totstandkoming van het verslag en het belang van het verslag in deze tweede fase van de enquêteprocedure, meent Vrisekoop dat geen sprake is van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Voor zover dit betoog niet reeds strandt op hetgeen hierboven is overwogen, overweegt de Ondernemingskamer dat, zoals volgt uit EHRM 19 maart 2002, JOR 2002, 127 (Text Lite), het bepaalde in het eerste lid van artikel 6 EVRM toepassing mist op de werkzaamheden van de onderzoeker tot aan het moment waarop het onderzoeksrapport ter griffie van de Ondernemingskamer werd gedeponeerd, omdat bij die werkzaamheden geen sprake is van vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen van Vrisekoop (vgl. HR 25 juni 2010, LJN BM0710, JOR 2010, 226 (e-Traction)). Vrisekoop zoekt in dit verband tevergeefs aansluiting bij het Mantovanelli-arrest (EHRM 18 maart 1997, LJN AD4449, NJ 1998, 278); zoals hierboven reeds aan de orde kwam, is Vrisekoop tijdens het onderzoek in de gelegenheid geweest om naar aanleiding van de door de onderzoekers aan haar voorgelegde vragen, maar ook desgewenst ongevraagd, de onderzoekers te voorzien van alle informatie die zij van belang achtte. Bovendien heeft Vrisekoop volledig de gelegenheid om in het geding in deze fase verweer te voeren tegen alle aspecten van het onderzoek en het verslag. Zij heeft van die gelegenheid gebruik gemaakt.’

\* Mr. J.I. van der Pennen is werkzaam als advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. HR 4 februari 2005, JOR 2005, 58 m.nt. Van den Ingh (Kuiken c.s./VEB).

2. Hof Amsterdam 15 december 2011, LJN BV1076, r.o. 4.2 (VEB/Landis).

Een aantal kanttekeningen bij dit – in mijn ogen – iets te gemakkelijk afdoen van de bezwaren van Vriskoop. Het EHRM heeft inderdaad in het Text Lite-arrest bepaald dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op de werkzaamheden van de onderzoekers, omdat de onderzoekers zelf geen rechten en verplichtingen van partijen vaststellen. Echter, fundamentele gebreken in de onderzoeksfase kunnen wel degelijk tot gevolg hebben dat de procedure als geheel niet meer aan de eisen van artikel 6 lid 1 EVRM voldoet.<sup>3</sup> Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als een deskundigenrapport een belangrijke rol heeft gespeeld in de beslissing van de rechter en, bij het maken van deze beslissing, het recht op tegenspraak van een van de partijen ten aanzien van dit rapport is geschonden (bijvoorbeeld door het niet toestaan van het inbrengen van een contra-rapport).

De opzet van de Landis-enquête verdient niet de schoonheidsprijs. Al was het maar omdat het onderzoek door een tekort aan middelen ernstige vertraging heeft opgelopen en, na het bevelen ervan door de Ondernemingskamer, bijna vijf jaar heeft stilgelegen. Gevolg van deze vertraging is geweest dat de resultaten van de in opdracht van de curatoren uitgevoerde onderzoeken door een onderzoekscommissie en BDO Camps-Obers Accountants & Belastingadviseurs B.V. (hierna: de Rapportages) beschikbaar kwamen voordat het enquêteonderzoek überhaupt was gestart. Het tekort aan middelen heeft vervolgens de toen nog enige onderzoeker doen besluiten om zijn onderzoek te beperken tot enige ‘saillante onderwerpen’ die volgden uit de Rapportages. Toen eindelijk het gesteggel tussen de curatoren en de vereniging van effectenbezitters (hierna: VEB) opgelost was (mede door onderling gemaakte afspraken over eventuele opbrengsten die de boedel zou ontvangen van een aan VEB eventueel toe te wijzen schadevergoeding ten laste van de bestuurders en/of commissarissen van Landis) en in februari 2008 een tweede onderzoeker kon worden benoemd, is het enquêteonderzoek gestart. Daarbij hebben de onderzoekers vervolgens maar besloten om niet een zelfstandig onderzoek te starten, maar voort te bouwen op de bevindingen van de opstellers van de Rapportages.

Zoals bekend kan een enquêterapport waarin wanbeleid wordt vastgesteld verstrekkende gevolgen hebben voor het bestuur en de RvC van een onderneming. Allereerst vormt een dergelijk rapport de basis voor het treffen van voorzieningen op grond van artikel 2:355 Burgerlijk Wetboek (BW) en/of het uitspreken van kostenveroordelingen op grond van artikel 2:354 BW. Dit laatste is ook gebeurd in onderhavige procedure. De Ondernemingskamer heeft op grond van het enquêterapport geoordeeld dat Kuiken, De la Haye en Vriskoop ieder individueel verantwoordelijk zijn voor het onjuiste beleid van Landis en dat de curatoren op de voet van arti-

kel 3:254 BW de onderzoekskosten van EUR 45.000 kunnen verhalen op hen, ieder voor het geheel en hoofdelijk. Dit lijkt mij een rechtstreekse vaststelling van de rechten en verplichtingen van Kuiken, De la Haye en Vriskoop en dus een situatie waarin artikel 6 EVRM wel degelijk een rol zou moeten spelen.

Het enquêterapport is bovendien van waarde in een aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders en/of commissarissen. Ondanks dat het oordeel van de Ondernemingskamer dat sprake is geweest van wanbeleid, waarvoor bepaalde personen verantwoordelijk zijn, geenszins impliceert dat een bestuurder en/of commissaris persoonlijk aansprakelijk zou zijn voor eventuele schade,<sup>4</sup> fungeert een dergelijk onderzoeksrapport desondanks als een fraai bewijsmiddel (onderhandse akte in de zin van art. 157 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Het staat buiten kijf dat onderhavige beschikking een rol gaat spelen in de door curatoren gestarte civiele procedure bij de Rechtbank Utrecht, waarin de voormalige bestuurders en commissarissen aansprakelijk zijn gesteld voor het boedeltekort van ongeveer EUR 165 miljoen.<sup>5</sup>

Dit werpt dan ook de vraag op of het niet beter is voor een bestuurder of commissaris om niet te verschijnen en geen verweer te voeren in een enquêteprocedure. Door het verweer van Vriskoop zijn haar gedragingen middelpunt van het debat geworden en gaat de Ondernemingskamer bijna volledig voorbij aan de gedragingen van de niet-verschenen bestuurders en commissarissen. Laatstgenoemden zullen dus gemakkelijker dan Vriskoop verweer kunnen voeren in de aansprakelijkheidsprocedure, aangezien zij simpelweg minder te weerspreken hebben dan Vriskoop. Hun individuele gedragingen zijn immers niet al uitgebreid beoordeeld door de Ondernemingskamer.

In het licht van het hierboven besprokene is het dan ook op zijn minst opmerkelijk dat de Ondernemingskamer met wel erg weinig motivering de bezwaren van Vriskoop van tafel veegt. Immers, gegrondverklaring van haar bezwaren zou kunnen betekenen dat het onderzoeksrapport niet (geheel) meer zou kunnen worden gebruikt in het kader van deze procedure. Mogelijk zou een nieuw onderzoek moeten worden bevolen door de Ondernemingskamer, met alle mogelijke (financiële) gevolgen van dien. In een procedure als de onderhavige, die zich al kenmerkt door opvallend veel vertraging, zou dat wellicht de doodsteek hebben betekend voor de VEB en de curatoren. Het is dan ook maar zeer de vraag of de Ondernemingskamer, ook met een uitgebreidere motivering, zich had willen wagen aan een zodanig verstrekkende en ingrijpende beslissing. Bovendien lijkt de Ondernemingskamer de bestuurders en commissarissen enigszins toe te rekenen dat, ondanks dat in de ogen van de Ondernemingskamer de curatoren er voldoende aan hebben gedaan om toegang te verlenen tot het (omvangrijke) archief, zij onvoldoende gebruik hebben

3. EHRM 23 april 1997, NJ 1998, 278 m.nt. HJS (Mantovanelli) en HR 18 februari 1994, NJ 1994, 742 m.nt. HJS (Copo/Berger); R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, in: Geschriften vanwege de vereniging Corporate Litigation 2002-2003, Deventer: Kluwer 2003, p. 113-173.

4. HR 8 april 2005, NJ 2006, 433, r.o. 3.8 (Laurus).

5. Rb. Utrecht, zaak- en rolnummer 252856/HA ZA 08-1570.

gemaakt van deze mogelijkheden. De Ondernemingskamer acht dan ook dat het op de weg van de bestuurders en commissarissen had gelegen om concreet aan te geven welke stukken zij nog wilden inzien. Desondanks zou wat extra motivering van de Ondernemingskamer deze beslissing wel wat meer *body* hebben gegeven.

### Vereisten voor goed functioneren van de RvC bij beursgenoteerde ondernemingen met agressief acquisitiebeleid

Een ander 'saillant' onderwerp wordt gevormd door de overwegingen van de Ondernemingskamer ten aanzien van de RvC (r.o. 4.117 e.v.). De Ondernemingskamer lijkt in deze overwegingen verschillende vereisten te formuleren voor het goed functioneren van een RvC van een beursgenoteerde onderneming met een agressief acquisitiebeleid.

Uitgangspunt hierbij voor de Ondernemingskamer is dat in het geval een beursgenoteerde onderneming er een agressief acquisitiebeleid op nahoudt, zoals Landis, er hoge eisen moeten worden gesteld aan het functioneren van de RvC, zowel voor wat betreft diens deskundigheid als voor wat betreft de zorgvuldigheid van de besluitvorming en het toezicht op het bestuur.<sup>6</sup>

'De ICT-branche waarin Landis opereerde was in de jaren vanaf 1998 aan snelle ontwikkelingen onderhevig en Landis had gekozen voor een offensieve strategie gericht op snelle groei door overnames en verschuiving van het zwaartepunt van haar activiteiten van louter distributie van ICT producten naar dienstverlening op het gebied van ICT en telecom. Deze omstandigheden stellen hoge eisen aan het functioneren van de raad van commissarissen zowel voor wat betreft diens deskundigheid als voor wat betreft de zorgvuldigheid van de besluitvorming en het toezicht op het bestuur.'

Onderdeel van dit eisenpakket houdt onder meer in dat de RvC een financieel deskundige commissaris onder zijn gelede- ren dient te hebben:<sup>7</sup>

'Voor zover de commissarissen – zoals Vrisekoop stelt – mochten afgaan op "de betrouwbaar voorkomende informatie die aan hun wordt verstrekt", laat dat onverlet dat (in het algemeen en te meer in de in 3.120 genoemde omstandigheden) commissarissen in staat dienen te zijn om de door het bestuur verstrekte gegevens en de door het bestuur gemaakte afwegingen (bijvoorbeeld bij beslissingen over acquisities) kritisch te analyseren en zich daarover een eigen oordeel te vormen. In de bewoordingen van aanbeveling 2.3 van de Commissie Peters: "De Raad van Commissarissen dient zodanig te zijn samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar en de Raad van Bestuur onafhankelijk en kritisch opereren". Op grond van het

verslag moet worden aangenomen dat Vrisekoop en De la Haye niet beschikten over de, voor de hier bedoelde onafhankelijke en kritische houding vereiste kwalificaties en hebben nagelaten om waar nodig op regelmatige of incidentele basis externe deskundigen te raadplegen. Dit betekent, kort en goed, dat de raad van commissarissen niet op zijn taak berekend was. (...) Reeds vanaf hun feitelijke infunctietreding bij gelegenheid van de beursgang van Landis in april 1998 was immers duidelijk dat Landis ambitieuze groeiplannen had en dat financiële deskundigheid dus een voorwaarde was voor het goed functioneren van de raad van commissarissen.'

Tot dusver nog niet veel nieuws aan de horizon. Ten aanzien van *principle* III.3 (Deskundigheid en samenstelling van de RvC) van de Corporate Governance Code wordt ook het onder de gelede- ren hebben van een financieel expert gezien als onderdeel van het 'zodanig te zijn samengesteld dat hij zijn taak naar behoren kan vervullen':

'Minimaal één lid van de raad van commissarissen is een zogenoemd financieel expert, hetgeen inhoudt dat deze persoon relevante kennis en ervaring heeft opgedaan op financieel administratief/accounting gebied bij beursvennootschappen of bij andere grote rechtspersonen.'

Ontbreekt deze financiële deskundigheid echter, dan zal de RvC vervolgens (waar nodig) onafhankelijk deskundig advies dienen in te winnen, aldus de Ondernemingskamer.<sup>8</sup> Hierbij moet overigens niet worden vergeten dat het inwinnen van extern advies niet betekent dat de RvC is vrijgepleit van het instellen van een eigen onderzoek waar nodig.<sup>9</sup>

Dergelijk deskundig advies kan tot slot niet worden ingewonnen bij de externe accountant van de vennootschap, aangezien deze met het oog op het door de RvC uit te oefenen toezicht niet als een van het bestuur onafhankelijke deskundige kan worden beschouwd:<sup>10</sup>

'Dat verweer miskent dat de externe accountant met het oog op de het door commissarissen uit te oefenen toezicht niet als een van het bestuur onafhankelijke deskundige kan worden beschouwd en derhalve dat deze het ontbreken van financiële deskundigheid niet toereikend kan onder- vangen. Daarnaast overtuigt dat verweer de Onder- nemingskamer niet, gegeven het feit dat de raad van commis- sarissen nooit blijkt heeft gegeven van effectief toezicht op het gebied van concernfinanciering of een van de andere door Vrisekoop genoemde onderwerpen, zoals ook uit [het] volgende blijkt.'

6. Landis-beschikking, r.o. 4.117.

7. Landis-beschikking, r.o. 4.120-121.

8. Landis-beschikking, r.o. 4.122.

9. Hof Amsterdam 28 december 2006, JOR 2007, 67, r.o. 3.42 e.v. (KPNQwest).

10. Landis-beschikking, r.o. 4.123.

Hoe verhoudt deze overweging zich tot de overweging van de Hoge Raad in de Text Lite-beschikking (de voorloper van het hierboven aangehaalde arrest van het EHRM) dat bij de beoordeling van de jaarrekening en de daarin verwerkte posten door de RvC juist serieus acht moet worden geslagen op de bezwaren van de accountant?<sup>11</sup> Betekent dit dat in het vervolg de RvC niet zomaar steun kan vinden in het oordeel van de accountant ten aanzien van de jaarrekening? En wat voor gevolgen kan dit mogelijk hebben voor de risicoaansprakelijkheid van commissarissen voor een misleidende jaarrekening (art. 2:150 BW)? Betekent dit dat de RvC een tweede 'onafhankelijke' accountant moet laten kijken naar de jaarrekening voordat hij kan aftekenen op de jaarrekening en zich zou kunnen disculperen voor deze aansprakelijkheid? En hoe zit dat dan met de algemene vergadering van aandeelhouders en het vaststellen van de jaarrekening? Duidelijk is in ieder geval dat soortgelijke verplichtingen de efficiëntie (en kosten) in de praktijk niet ten goede zullen komen. Vraag blijft dan ook wat de Ondernemingskamer precies bedoelt.

Heeft de Ondernemingskamer met deze overweging stelling genomen in een van de langstlopende discussies ten aanzien van accountants: de (on)afhankelijkheid van de externe accountant ten aanzien van de vennootschap? Of is het slechts een *slip of the pen*? Duidelijk is in ieder geval dat het financiële toezicht van de RvC op het beleid van Landis – op zijn zachtst gezegd – ontoereikend en niet effectief was. In het licht hiervan acht de Ondernemingskamer in ieder geval de externe accountant van de vennootschap (en dus het bestuur) te afhankelijk om de RvC te ondersteunen in zijn toezichthoudende rol ten aanzien van het financiële beleid van die vennootschap. Of beter gezegd: onvoldoende basis voor verweer tegen de stelling dat het toezicht van de RvC ontoereikend was en dus kwalificeert als wanbeleid.

En daarmee zullen we het vooralsnog moeten doen. De erfenis van Landis heeft in ieder geval weer wat extra stof tot nadenken gegeven aan juridisch Nederland.

---

11. HR 4 juni 1997, JOR 1997, 82, r.o. 4.10-4.10.1 (Text Lite).