



STICHTING RIMARI

PRAKTIJKTIPS VOOR OK-BESTUURDERS

Maart 2018

INHOUDSOPGAVE

1.	INLEIDING	2
2.	LEESWIJZER	3
3.	PRAKTIJKTIPS VOOR DE EIGEN POSITIE VAN DE OK-BESTUURDER	3
4.	PRAKTIJKTIPS VOOR DE EIGENLIJKE BESTUURSTAKEN	4
5.	SCHIKKING	7
6.	EINDE VAN DE BENOEMING	7

1. INLEIDING

1.1. Achtergronden, doel en verantwoordelijkheid

- 1.1.1. De Stichting Rimari stelt zich onder meer ten doel een bijdrage te leveren aan de kwaliteit en de verdere professionalisering van diegenen die door de Ondernemingskamer (OK) worden benoemd in het kader van geschillen ten aanzien waarvan de OK bevoegd is. Een belangrijke categorie hiervan vormen de tijdelijke, door de OK benoemde bestuurders (hierna: OK-bestuurders). Gebleken is dat er bij OK-bestuurders behoefte bestaat aan een praktische handreiking voor de uitvoering van deze specifieke bestuurstaak.
- 1.1.2. Deze praktijktips zijn bedoeld om in deze behoefte te voorzien. De praktijktips kunnen helpen bij de structurering van de uitvoering van de opdracht en bij het bepalen van een werkwijze in de wat atypische setting waarin de OK-bestuurder zijn bestuurstaak moet vervullen. De OK-bestuurder blijft te allen tijde zelf verantwoordelijk voor de uitvoering van zijn taken (zie ook hierna onder status).

1.2. Reikwijdte

- 1.2.1. Deze praktijktips zijn toegesneden op de taken van de OK-bestuurder in middelgrote en kleinere ondernemingen die in de rechtsvorm van een besloten vennootschap worden gedreven. Benoeming van OK-bestuurders vindt grotendeels bij ondernemingen van deze omvang plaats. De praktijktips zijn deels ook bruikbaar voor door de OK benoemde commissarissen en beheerders van aandelen, maar deze hoeven minder beslissingen te nemen en hebben over het algemeen meer tijd om zich in te werken vanwege hun afstand tot het operationele werk. Deze praktijktips zijn niet relevant voor door de OK benoemde onderzoekers; hun opdracht heeft een heel ander karakter. De OK heeft aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers opgesteld. Deze zijn gepubliceerd op de website van de OK (te vinden via www.rechtspraak.nl).

1.3. Status van de praktijktips, “living document”

- 1.3.1. Deze praktijktips zijn opgesteld op grond van ervaringen van verschillende OK-bestuurders en zijn slechts bedoeld als praktische handreiking. Het zijn geen richtlijnen, normen of instructies.
- 1.3.2. Het is de bedoeling de praktijktips van tijd tot tijd te evalueren en waar nodig aan te passen en te actualiseren. De inbreng van OK-bestuurders op grond van opgedane praktijkervaringen is daarbij van belang. Stichting Rimari roept OK-bestuurders dan ook op relevante ervaringen, die voor een bredere kring van bestuurders nuttig kunnen zijn onder de aandacht van de Stichting te brengen.

1.4. Algemeen uitgangspunt voor de OK-bestuurder

- 1.4.1. Uitgangspunt voor het werk van de bestuurder is het dienen van het belang van de vennootschap, de daaraan verbonden onderneming en alle betrokken stakeholders (zoals werknemers, klanten, leveranciers en ook, maar zeker niet alleen, aandeelhouders). Dit belang is over het algemeen gediend met continuïteit van de onderneming en daarop dient de bestuurder zijn beslissingen in de eerste plaats te richten. De bestuurder dient er verder naar te streven zijn benoeming zo kort mogelijk te laten duren; de vennootschap moet snel weer op eigen benen kunnen staan en daarom moeten de activiteiten van de bestuurder er ook op gericht zijn een spoedige oplossing van het onderliggende geschil, vaak een aandeelhoudersgeschil tot stand te brengen.

1.5. Verhouding met de Ondernemingskamer

- 1.5.1. De OK houdt afstand van de benoemde functionarissen. Hiervoor zijn verschillende redenen. Zo is het niet aan de rechter om ondernemingen te besturen. Ook is niet uitgesloten dat de OK-bestuurder een geschil met een van partijen krijgt en deze dit geschil aan de OK voorlegt. De OK wil dan onbevooroordeeld zijn en stelt het dus ook niet op prijs als OK-bestuurders daaraan voorafgaand informeel inhoudelijke vragen voorleggen. Hetzelfde geldt voor de secretarissen van de OK; aan hen kunnen geen inhoudelijke vragen worden voorgelegd. Wel kunnen OK-functionarissen bij hen terecht voor praktische informatie en stellen de secretarissen het op prijs van tijd tot tijd telefonisch over de voortgang te worden geïnformeerd.
- 1.5.2. De OK maakt doorgaans geen gebruik van de wettelijke mogelijkheid de OK-functionarissen op te dragen haar regelmatig verslag uit te brengen (ex artikel 2:357 lid 5 BW). Het spontaan toesturen van tussentijdse verslagen zal in het algemeen niet leiden tot een inhoudelijke reactie van de OK, indien er niet enig verzoek in de zaak aan de OK is/wordt voorgelegd.

2. LEESWIJZER

- 2.1.1. Hierna komen in hoofdstuk 3 eerst de praktijktips aan de orde die de eigen positie van de OK-bestuurder betreffen, zoals een verzekering en te hanteren tarieven. Vervolgens komen in hoofdstuk 4 de praktijktips met betrekking tot de eigenlijke bestuurstaken aan de orde. Het eerste deel van hoofdstuk 4 betreft de algemene tips. Voor de uitvoering van de bestuurstaak worden verschillende fases onderscheiden: een begin-, midden- en eindfase en de uitwerking van de praktijktips in hoofdstuk 4 sluit op deze onderverdeling aan. In hoofdstuk 5 wordt aandacht besteed aan schikkingen tussen partijen en hoofdstuk 6 behandelt het einde van de benoeming.

3. PRAKTIJKTIPS VOOR DE EIGEN POSITIE VAN DE OK-BESTUURDER

3.1. Financieel

- 3.1.1. Vraag een voorschot aan de vennootschap voor de te declareren werkzaamheden (bijvoorbeeld ter hoogte van het naar schatting maandelijks te declareren bedrag). Voorschot terug te betalen na voldoening laatste declaratie.
- 3.1.2. Maak na benoeming, eventueel na afstemming met een andere benoemde functionaris of een ervaren OK-bestuurder, afspraken over een redelijk tarief (dit kan een uur-, dag(deel)-, week- of maandtarief zijn) en stel dit tarief vast c.q. laat dit tarief vaststellen. Overweeg daarbij de omvang van de onderneming, de complexiteit van de zaak, de benodigde deskundigheid of andere factoren, waaronder eventuele internationale aspecten en spoedeisendheid. Bij twijfel kan contact gezocht worden met een van de secretarissen van de OK die informatie kunnen geven over de in de praktijk door OK functionarissen gehanteerde tarieven.
- 3.1.3. Indien het niet lukt om afspraken te maken over het tarief, kan een verzoek tot vaststelling van het tarief bij de OK worden ingediend en zal de OK het tarief vaststellen.

3.2. Verzekering

- 3.2.1. Check verzekeraarbaarheid onder bestaande D&O-polis van de vennootschap en onder de door de Stichting Rimari in samenwerking met AON/Chubb ontwikkelde polis voor OK-bestuurders. Let op uitsluitingen, zoals regio's (Verenigde Staten, Canada), milieu en faillissement en denk aan mee-verzekering van het uitlooprisico. Ga na of statuten een vrijwaring van bestuurders bevatten en vraag eventueel vrijwaring van claims aan partijen. Ga ook na of er onder de D&O-polis van het bedrijf al melding is gedaan c.q. moet worden gedaan.

3.3. Klankbord

- 3.3.1. Overweeg om snel contact op te nemen met eventuele andere door de OK benoemde functionarissen (medebestuurder, commissaris, beheerder en/of onderzoeker) om met inachtneming van de verschillende rollen de werkzaamheden te verdelen en gebruik deze functionarissen, behalve in hun formele rol, ook als informeel klankbord. Als er geen andere OK-functionaris is benoemd, of als er anderszins behoefte aan is, overweeg dan een ervaren OK-bestuurder te vragen om als klankbord te fungeren. De Stichting Rimari (waarin OK-functionarissen zijn verenigd) of de OK kunnen daarbij behulpzaam zijn. Als daaraan kosten zijn verbonden, dienen deze in beginsel door de OK-bestuurder zelf te worden gedragen.

4. PRAKTIJKTIPS VOOR DE EIGENLIJKE BESTUURSTAKEN

4.1. Algemene tips

- 4.1.1. De OK-bestuurder streeft naar een goede communicatie met alle betrokken partijen waarbij partijen zo veel mogelijk op gelijke wijze worden geïnformeerd. Als er onderscheid in wijze van communiceren of de inhoud daarvan wordt gemaakt, dan moet de reden voor dat onderscheid ook goed beargumenteerd kunnen worden.
- 4.1.2. Het is verstandig de communicatie zoveel mogelijk schriftelijk te doen of nadien vast te leggen en goede gespreksverslagen en notulen van vergaderingen op te stellen.

4.2. Beginfase

- 4.2.1. Maak zo spoedig mogelijk (eventueel via de advocaten) een afspraak voor kennismaking met partijen en de onderneming en ga daarvoor naar het bedrijf.
- 4.2.2. Beslis zo spoedig mogelijk of je zelf de dagelijkse leiding van het bedrijf op je kunt nemen en zo nee, - hetgeen meestal het geval zal zijn - in wiens handen de leiding van de onderneming dan wel het beste tijdelijk kan worden gelegd en welke rol je zelf als bestuurder daarin wilt spelen (bij welke beslissingen word je wel en niet betrokken). Geef ook aan wanneer je op het bedrijf zult zijn.
- 4.2.3. Als het personeel op de hoogte is van het geschil, zal er onrust onder de werknemers zijn. Communiceer aan het personeel wie je bent, wat je komt doen en hoe je in de bedrijfsleiding voorziet. Dat geeft rust en komt de stabiliteit van de onderneming ten goede. Geef zo nodig ook extern (klanten, leveranciers, bank) duidelijkheid.

- 4.2.4. Check de statuten van de vennootschap en de daarvan afgeleide regelingen zoals een aandeelhoudersovereenkomst, een directiereglement en dergelijke, zodat van meet af aan de bevoegdheden en het besluitvormingsproces duidelijk zijn. De griffie van de OK zorgt ervoor dat de benoeming wordt ingeschreven bij het Handelsregister. Ga na of de Kamer van Koophandel deze informatie in het Handelsregister heeft verwerkt en zorg eventueel dat de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid bij de bank wordt vastgelegd. Leg eventuele volmachten schriftelijk vast.
- 4.2.5. Laat je informeren over de financiële positie van de onderneming. Check de liquiditeitspositie, zorg dat je inzicht krijgt in het betalingsverkeer, stel de prioriteiten van je werkzaamheden vast en communiceer deze prioriteiten aan partijen. Overweeg, als daartoe aanleiding bestaat, een digitale kopie van de financiële administratie te (laten) maken. Ga na of de jaarrekeningen tijdig zijn opgesteld, vastgesteld en gedeponneerd en of de accountant opdracht heeft gekregen voor controle van de laatste jaarrekening.
- 4.2.6. Interview een aantal senior personeelsleden en kijk of er wellicht ook een onafhankelijke derde (bijv. de externe accountant) is die beide partijen goed kent en die informatie heeft over de achtergrond van het geschil en mogelijke oplossingen.
- 4.2.7. Leg jegens partijen kort vast welke situatie bij benoeming is aangetroffen, welk onderzoek is gedaan, welke maatregelen waarom zijn getroffen en hoe je verdere plan van aanpak er uit ziet.
- 4.2.8. Lees de beschikking en het een paar dagen na benoeming met de post binnenkomende, meestal omvangrijke procesdossier van de OK goed door. De OK formuleert zorgvuldig en geeft duidelijk aan waarom zij tot benoeming van een bestuurder is gekomen en waarom de bestuurder zijn bevoegdheden (die niet altijd dezelfde zijn) heeft gekregen.
- 4.2.9. Bezie of het noodzakelijk is een eigen advocaat (op kosten van de vennootschap) in te schakelen. Over het algemeen zal daar geen aanleiding toe zijn; in sommige gevallen kan het echter aan te bevelen zijn, bijvoorbeeld indien de bestuurder behoefte heeft aan onafhankelijk juridisch advies over een aanhangige procedure waarbij de vennootschap partij is of als de bestuurder door partijen met persoonlijke aansprakelijkstelling wordt bedreigd. Ook andere adviseurs kunnen op kosten van de vennootschap door de bestuurder worden ingeschakeld indien behoefte bestaat aan onafhankelijk advies.

4.3. **Middenfase**

- 4.3.1. Als de onderneming na het nemen van de eerste maatregelen in rustiger vaarwater is gekomen, ontstaat er tijd en ruimte om onderzoek (niet te verwarren met het onderzoek van de door de OK benoemde onderzoeker) te doen naar de oorzaken van het aandeelhoudersgeschil en opties voor oplossing daarvan te formuleren. Vaak geeft de OK bij benoeming uitdrukkelijk de opdracht mee een minnelijke regeling te onderzoeken, maar, ook als de OK dat niet heeft gedaan, zijn partijen en ook alle andere betrokkenen gebaat bij zo'n onderzoek.
- 4.3.2. Neem de tijd om ieder van partijen te horen en binnen de grenzen van het zakelijke een vertrouwensband op te bouwen. Vertrouwen aan beide kanten winnen en behouden is cruciaal om een minnelijke regeling tot stand te brengen. Dit doet er niet aan af dat een bestuurder af en toe een beslissing moet nemen die door een van beide partijen niet wordt begrepen en geaccepteerd. Indien en zolang partijen de bestuurder blijven vertrouwen en dus niet van partijdigheid verdenken, zullen zij zijn

gezag en dus ook in hun nadeel uitvallende beslissingen aanvaarden. Advocaten van partijen kunnen in dit verband een zinnvolle rol vervullen. Het is dan ook aan te bevelen contact met hen te houden tijdens het verloop van de zaak.

- 4.3.3. Het komt hoogst zelden voor dat partijen bij het geschil met elkaar kunnen worden verzoend. Daarom zal bijna altijd moeten worden onderzocht welke oplossing het meest in het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming is. In een aandeelhoudersgeschil zijn de opties meestal beperkt tot uitkoop van de ene aandeelhouder door de andere, verkoop van de onderneming aan een derde (onwaarschijnlijk) of splitsing van de activiteiten van de onderneming waarbij elke aandeelhouder een deel van de activiteiten voortzet. Splitsing is operationeel, juridisch en fiscaal ingewikkeld en heeft niet de voorkeur.
- 4.3.4. Bij uitkoop dient de bestuurder zich een oordeel te vormen over de vraag met welke aandeelhouder (en dus bedrijfsleiding) de vennootschap het meest is gebaat. Daartoe kan hij ieder van aandeelhouders om een ondernemingsplan vragen, een bod op de aandelen van de ander laten doen en laten aangeven hoe dat bod zal worden gefinancierd. In een door de bestuurder te begeleiden onderhandeling dient vervolgens te worden bepaald wie de kopende en verkopende partij wordt. De bestuurder heeft in deze onderhandeling invloed omdat hij, indien een van partijen zich onredelijk opstelt, kan dreigen gebruik te maken van zijn bevoegdheden.
- 4.3.5. Een oplossing waarmee partijen (al dan niet knarsetandend) instemmen heeft de voorkeur. In de praktijk komt het echter voor dat de OK-functionarissen bij (aanhoudende) onwil van de aandeelhouders om (tijdig) een regeling te treffen aanleiding zien om de onderneming van de vennootschap te verkopen (dus bijvoorbeeld de aandelen in werkmaatschappijen of de activa en passiva van de vennootschap). Van die mogelijkheid dient met grote terughoudendheid gebruik te worden gemaakt en alleen indien een reële prijs voor de onderneming wordt betaald. Maak daarbij indien mogelijk gebruik van een waardering door een onafhankelijk deskundige. Houd ook rekening met de vraag of de verkoopopbrengst voldoende is om de (eventueel) achterblijvende schulden van de vennootschap te voldoen.
- 4.3.6. Ook in dit proces moet de bestuurder op belangrijke momenten de standpunten van partijen en zijn eigen standpunt met de daaraan ten grondslag liggende overwegingen vastleggen en gebruik maken van een klankbord. De waardering van de aandelen is vaak een bron van discussie. Via de OK, Rimari of andere OK-bestuurders zijn de namen van ervaren, onafhankelijke waarderingsdeskundigen te verkrijgen.
- 4.3.7. Vergeet niet ook als de benoeming langer duurt nog altijd goede notulen en gespreksverslagen te maken.
- 4.3.8. Door de OK benoemde bestuurders en commissarissen leggen in beginsel verantwoording af aan de aandeelhoudersvergadering en, indien die er zijn, aan hun medebestuurders en commissarissen. Agendeer decharge voor het gevoerde beleid op de aandeelhoudersvergadering. Beheerders van aandelen leggen in beginsel verantwoording af aan de aandeelhouders. Zorg dat je regelmatig overleg hebt met de relevante organen van de vennootschap. Het verdient de voorkeur om hen in de vorm van tussentijdse verslagen van de benodigde informatie te voorzien en op de hoogte te houden van relevante ontwikkelingen binnen de vennootschap. Bij het tussentijds verslag kunnen tevens de

tussentijdse declaraties en een overzicht van de verrichte werkzaamheden worden gevoegd. Zo houden betrokkenen zicht op de kosten.

- 4.3.9. Doe regelmatig (beknopt) verslag van je werkzaamheden/bevindingen aan mede aangestelde OK-functionarissen en/of aan het door je zelf gekozen klankbord.

4.4. **Slotfase**

- 4.4.1. De duur van elke zaak verschilt. Voor een definitieve ontvlechting zonder rechterlijk ingrijpen dienen partijen het onderling met elkaar eens te worden en de OK-bestuurder kan daar vaak een belangrijke rol in spelen. Als het echter niet lukt om partijen tot een schikking te brengen, loopt de benoeming van de OK-bestuurder in beginsel door totdat het onderzoeksverslag is gedeponereerd en de OK beslist op een verzoek tot het vaststellen van wanbeleid op basis van dat onderzoeksverslag. De hiervoor beschreven praktijktips blijven uiteraard gedurende de gehele benoeming waardevol.

5. **SCHIKKING**

- 5.1. Bij een schikking dienen partijen het uiteindelijk met elkaar eens te worden over (in het meest voorkomende geval) de voorwaarden van de uitkoop van de een door de ander. Voorwerp van discussie zijn dan over het algemeen in ieder geval de waardering van de aandelen, de financiering van de koop, de wijze van betaling en het stellen van zekerheid voor de betaling, een concurrentie en/of relatiebeding en de interne en externe communicatie. De regeling tussen partijen wordt door de advocaten van partijen (de OK-bestuurder kan daarin zelf ook het voortouw nemen) neergelegd in een vaststellingsovereenkomst waarin ook de datum van overdracht van de aandelen wordt geregeld. Daarin kan de OK-bestuurder, die over het algemeen zelf geen partij zal zijn bij de vaststellingsovereenkomst, door partijen en de vennootschap een vrijwaring/afstand van aansprakelijkstelling vanwege het door hem gevoerde beleid laten opnemen.
- 5.2. Voorzie de relevante organen van de vennootschap en eventueel medefunctionarissen van een eindverslag. Bij het eindverslag kan dan tevens de einddeclaratie en een overzicht van alle verrichte werkzaamheden worden gevoegd.
- 5.3. Onderdeel van de vaststellingsovereenkomst is dat partijen overeenkomen de procedure bij de OK in te trekken hetgeen tot beëindiging van de onmiddellijke voorzieningen, inhoudende de benoeming van een bestuurder en andere functionarissen, leidt. Advocaten van partijen zullen hierover de OK inlichten waarna de OK de bestuurder/functionarissen benadert met de vraag of al zijn/hun declaraties zijn voldaan. Indien dat het geval is, zal de OK na ontvangst van een verzoek tot intrekking door beide partijen een eenvoudige beschikking afgeven waarmee de werkzaamheden van de bestuurder tot een einde zijn gekomen.

6. **EINDE VAN DE BENOEMING**

- 6.1. Bedenk, indien je een aansprakelijkheidsverzekering hebt lopen, of je uitloop van de dekking daarvan (meestal 1 jaar) wenst. Dit dient voor het einde van de benoeming te worden geregeld. Let wel, er is geen dekking in faillissementssituaties.

- 6.2. Na afloop van de zaak is het aan te bevelen het verloop met de betrokken andere OK-functionaris(sen), met je klankbord en wellicht ook met de OK te evalueren. Doel daarvan is lessen te leren in verband met eventuele nieuwe benoemingen.

Maart 2018