

## De raad in de Ondernemingskamer

### Deskundigheid ten dienste van recht en onderneming

**Mr. drs. M.D. Hendriks, Mr. S.C. Prins en Prof. dr. mr. S. ten Have**

*De auteurs hebben de raden en twee raadsheren van de Ondernemingskamer geïnterviewd over de toegevoegde waarde van de raden en hun persoonlijke ervaringen. Hieruit volgt dat de raden van de Ondernemingskamer met hun brede ervaring in de top van het bedrijfsleven een waardevolle bijdrage aan het oordeelvormende vermogen van de Ondernemingskamer leveren.*

## 1 Inleiding

Tijdens een zitting van de Ondernemingskamer worden de drie in toga geklede raadsheren altijd geflankeerd door twee raden, zonder toga. De afgelopen decennia is het nodige geschreven over de Ondernemingskamer (hierna: de OK). Vooral spraakmakende zaken, het enquêterecht en de positie en werkwijze van de OK waren het onderwerp. Dat is alleszins begrijpelijk. Wat echter opvalt, is dat zeer weinig is geschreven over de raden en hun rol binnen de OK. Dat terwijl ze al sinds de oprichting van de Ondernemingskamer in 1970 deel uitmaken van deze meervoudige kamer.<sup>1</sup> De raad is een deskundig lid als bedoeld in artikel 66 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO). Er is een bijzondere rol weggelegd voor de raad als niet-juridisch deskundige binnen het rechterlijk college dat een juridisch oordeel velst over vennootschappelijke geschillen. Dikwijls wordt verondersteld dat de raden een financiële achtergrond hebben en opgeleid zijn als accountant. Dit geldt echter slechts voor een deel van de raden. De OK houdt zich immers met allerlei aspecten van ondernemingen en instellingen bezig, niet alleen met financiële kwesties. De brede en gevarieerde achtergronden en de grote hoeveelheid praktijkervaring van eerdere en de huidige zeventien raden sluiten hierbij aan. De raden beschikken over kennis en ervaring verbonden met hun voormalige en huidige rollen als met name bestuurder ('executive'), toezichthouder, wetenschapper (hoogleraar), ondernemer en professional (organisatieadviseur,

accountant, business consultant). Ze weten hoe het er in de praktijk aan toegaat en kennen de ‘ins’ en ‘outs’ van de praktijkomgevingen waarop het oordeel van de OK betrekking heeft. Dat blijkt ook uit de gerichte, vaak niet-juridische, vragen die de raden tijdens de zitting aan partijen stellen. Deze zorgen volgens Ingelse, oud-voorzitter van de OK, ervoor dat menig advocaat tijdens het procederen voor de OK ongemakkelijke momenten doormaakt.<sup>2</sup>

In dit themanummer over de actoren in het enquêterecht zullen wij de rol en bijdrage van de raad beschouwen, om deze tot nu toe onderbelichte actor een gezicht te geven. Daartoe zullen we om te beginnen kijken naar het ontstaan van de functie van raad bij de OK. Daarnaast zullen we aandacht besteden aan de achtergronden, beweegredenen en persoonlijke ervaringen van de nu actieve raden. Ten behoeve van het artikel is er naast literatuuronderzoek ook onderzoek in de praktijk gedaan, met name onder deze raden. Zestien raden hebben een vragenlijst ingevuld. Daarnaast zijn mr. G.C. Makkink, voorzitter van de OK, en mw. mr. M.M.M. Tillema, raadsheer van de OK en tevens betrokken bij de selectie van de raden, geïnterviewd. Met hen is gesproken over onder andere de rol, de werkwijze, de selectie en de toegevoegde waarde van de raden. In lijn met dit themanummer beperken wij ons tot de enquêteprocedure, tenzij anders vermeld.

## 2 Geschiedenis van de raad

De OK is opgericht in 1970 en sindsdien bestaat de zittingscombinatie uit drie raadsheren en twee raden, ondersteund door een griffier.<sup>3</sup> In 1965 publiceerde de commissie-Verdam na een intensief proces met onder andere 34 commissiebijeenkomsten het rapport ‘Herziening van het ondernemingsrecht’.<sup>4</sup> Een van de onderwerpen was het concept van de OK. De commissie stelde in dat verband toen al dat ter vergroting van de deskundigheid van de voorziene OK twee niet tot de rechterlijke macht behorende deskundige leden onderdeel behoren te zijn van de meervoudige kamer.<sup>5</sup> Destijds werden deze deskundige personen reeds als ‘raad’ betiteld. Dat het gebruiken van deskundige leden in de rechtspraak niet uniek is, valt ook te lezen in de desbetreffende memorie van toelichting. Daarin staat dat de samenstelling van de OK geschiedt op een wijze analoog aan die van de Pachtkamer van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, welke ook drie raadsheren en twee deskundige leden kent.<sup>6</sup> Het gebruik van deskundige leden binnen een rechterlijk college is uitsluitend mogelijk voor colleges die exclusief rechtspreken in een juridische niche, zoals in het geval van de OK.<sup>7</sup> Het is immers praktisch zo goed als onhaalbaar om bij een meervoudige civiele kamer die een verscheidenheid aan verschillende onderwerpen behandelt, steeds weer precies de juiste deskundige leden voor elke zaak te vinden. De commissie-Verdam heeft in haar rapport voorzien in een uitgebreide

beargumentering van de wenselijkheid van toegevoegde deskundigheid in het oordeelvormende orgaan dat de OK is. Gewezen werd op de vergaande gevolgen die het instellen van een enquête en de door de rechter te nemen maatregelen met zich meebrengen. Dit stelt volgens de commissie hoge eisen aan de rechter en verlangt ook enige mate van tact. De rechter moet een deskundig inzicht in de behoeften en verhoudingen in het bedrijfsleven hebben of daarin voorzien. Juist door de combinatie van de bijzondere deskundigheid van de OK – lees: de praktische ervaring en specifieke kennis van de raden – en de gespecialiseerde ervaring van de OK met ondernemingsrechtelijke zaken is de OK bij uitstek geschikt om te interveniëren in vennootschappelijke geschillen.<sup>8</sup> Uiteindelijk is de OK vijf jaar na ‘Verdam’ daadwerkelijk ingesteld krachtens artikel 41 Wet op de jaarrekeningen van ondernemingen (WJO). In de memorie van toelichting bij deze wet wordt ook beschreven dat de raden onder meer dienen te beschikken over expertise op het gebied van accountancy of bedrijfseconomie.<sup>9</sup> Het voornoemde is bij voorkeur benodigd in het geval van jaarrekeningprocedures, maar niet voor enquêteprocedures en andere procedures bij de OK.<sup>10</sup>

### 3 Achtergrond van de raden

Door de jaren heen heeft het radenbestand verschillende groottes gekend.<sup>11</sup> Op dit moment beschikt de OK over een groep van zeventien raden. Samen vertegenwoordigen zij een schat aan bestuurlijke en toezichthoudende ervaring. Dit wordt ook geïllustreerd door de meer dan honderd nevenfuncties die zij op dit moment bekleden. De raden zijn of waren actief in tal van sectoren, zowel in profit als non- of not-for-profit; voorbeelden zijn de financiële sector, retail, professionele dienstverlening, vakbonden, de gezondheidszorg en de onderwijssector. Voorbeelden van grotere ondernemingen waar raden actief zijn (geweest) als bestuurder of toezichthouder zijn ASML, ABN AMRO en KPMG. Verder zijn diverse raden werkzaam geweest voor verschillende ministeries, DNB en pensioenfondsen. Vijf raden zijn hoogleraar, onder andere op het gebied van externe verslaglegging en strategisch management. Een aantal raden heeft ook ervaring met ondernemingsraden, hetgeen bijvoorbeeld van pas komt bij geschillen over adviesplichtige besluiten op basis van de Wet op de ondernemingsraden. De (voormalige) nevenfuncties van de afgelopen zes jaren staan vermeld in het register nevenfuncties op de website van de OK.<sup>12</sup> Van de zeventien raden zijn er zeven vrouw en tien man, een verhouding van circa 40/60. Makkink en Tillema geven aan voor nu blij te zijn met deze verhouding en hopen en verwachten dat het in de toekomst 50/50 zal worden. Gevraagd naar mogelijke en wenselijke specifieke aanvullingen van de kennis en ervaring, geeft Makkink aan bijvoorbeeld graag nog meer ervaring met start-ups en scale-ups te willen binnenhalen. Dat soort ondernemingen melden zich ook regelmatig bij de

OK. Een ondernemer of adviseur met veel ervaring met dergelijke ondernemingen zou het radenbestand verrijken.

Binnen de groep van zeventien raden wordt een onderscheid gemaakt tussen de financiële raden en de niet-financiële raden. In de eerste categorie zijn er naast vijf registeraccountants (van wie er drie tevens hoogleraar zijn) raden met ervaring als financieel bestuurder (bijvoorbeeld als CFO) of met een andere financiële achtergrond. In het geval van de specifieke jaarrekeningenzaken (circa een tot drie per jaar<sup>13</sup>) bij de OK worden de raadsheren nagenoeg altijd terzijde gestaan door twee van de financiële raden. In dat soort zaken zijn de specialistische kennis van en ervaring met jaarrekeningen, externe verslaglegging en het jaarrekeningenrecht gewenst. Hetzelfde geldt ten aanzien van zogenoemde uitkoopprocedures. Voor de overige zaken bij de OK worden de raden steeds een halfjaar van tevoren ingedeeld op basis van beschikbaarheid en verhinderdata.<sup>14</sup> Op dat moment is uiteraard nog niet bekend welke zaken op de desbetreffende data aan de orde zijn. Er wordt dus bij deze indeling in beginsel geen rekening gehouden met de specifieke achtergrond en expertise van de raden.<sup>15</sup> Uitgangspunt is dat elke raad breed inzetbaar is. Bij uitzonderlijk specialistische procedures proberen de secretarissen mogelijkwjs rekening te houden met de expertise van de raden. Altijd, maar zeker in dit soort gevallen is conflict of interest een aandachtspunt. Het is voorstelbaar dat raden in specialistische zaken waarbij hun specifieke expertise een rol speelt, sneller geconflicteerd zullen zijn dan normaal, bijvoorbeeld door hun relaties binnen de desbetreffende sector. De OK en de raden beginnen bij het verkrijgen van de processtukken derhalve altijd met een conflictcheck. In sommige situaties is het conflict evident en wordt van raad gewisseld. In andere situaties is er expliciet overleg tussen de voorzitter en de betreffende raad en eventueel met betrokken partijen.

#### **4 Selectie en ontwikkeling van de raden**

Aan de raden worden hoge eisen gesteld. Dat blijkt ook uit het profiel dat de OK bij de werving en selectie van raden hanteert.<sup>16</sup> Zo moet een raad een academisch werk- en denkniveau hebben en tot de gezaghebbende top van de eigen beroepsgroep behoren. Dat wil zeggen dat een kandidaat in ieder geval haar of zijn sporen in het bedrijfsleven of de non-profitsector verdiend moet hebben om in aanmerking te kunnen komen voor een benoeming als raad.<sup>17</sup> Verder beschikt een raad aantoonbaar over gedegen kennis van en inzicht in ondernemingen, hun governance en *boardroom dynamics*, alsook medezeggenschap. Raden dienen daarnaast goede luisteraars te zijn, kunnen doorvragen waar nodig en kunnen analytisch, onafhankelijk en kritisch denken. Tot slot moet de raad geïnteresseerd zijn in en op de hoogte zijn van maatschappelijke ontwikkelingen, integer zijn en bekend zijn met de basiskenmerken van

juridische procedures.

Een raad wordt bij koninklijk besluit benoemd voor een periode van vijf jaar. Daarna volgt in principe verlenging voor volgende periodes van vijf jaar tot een raad 70 jaar wordt.<sup>18</sup> Als een raad afscheid neemt en de behoefte of noodzaak bestaat om de formatieruimte te vullen, is er een vacature en wordt een nieuwe raad gezocht. Als het afscheid van een raad of raden zich aandient, wordt er een wervingsadvertentie geplaatst in een landelijke krant, zoals Het Financieele Dagblad. Tillema vertelt dat de belangstelling altijd groot is en er zich zo'n veertig à vijftig kandidaten melden. Dat aantal is meestal lager in het geval het gaat om een vacature voor specifiek een financiële raad. De eerste ronde van de procedure bestaat uit een brievenselectie. Op basis van motivatie en cv wordt beoordeeld wie in principe in aanmerking kan komen voor de 'zware', veeleisende functie van raad bij de OK.<sup>19</sup> De voor de tweede ronde geselecteerde kandidaten worden vervolgens uitgenodigd voor een gesprek met de voorzitter van de OK, de president van het gerechtshof en een ervaren raad. In deze ronde wordt vooral beoordeeld of de kandidaat in termen van mentaliteit en affiniteit past bij de pragmatische en empathische werkwijze van de OK. Belangrijk is dat kandidaten beseffen dat de OK zich niet uitsluitend of vooral buigt over grote nieuwswaardige geschillen, zoals bijvoorbeeld rond ABN AMRO, SNS, AkzoNobel of ADO. Het grootste deel van de geschillen speelt zich af binnen het MKB, met enige regelmaat binnen (kleinere) familiebedrijven.<sup>20</sup> Waar het gaat over de eisen aan en competenties van de raad, benadrukken de raden zelf dat men voor alles in staat moet zijn om goed te luisteren, het oordeel uit te stellen en om op een analytische en integere wijze te werken. Verder geven zij aan dat het gegeven de uiteenlopende vraagstukken en soorten organisaties belangrijk is dat een raad een brede en oprechte interesse heeft. Een raad moet ook empathisch zijn en aandacht hebben voor de menselijke en emotionele aspecten die verbonden zijn met partijen en het geschil.<sup>21</sup> Hierbij dient de raad te acteren vanuit een goede balans tussen betrokkenheid en distantie. Voor een goede beoordeling en belangenafweging is inzicht in de beweegredenen van partijen belangrijk. Dat vergt inlevingsvermogen alsook een zakelijke houding. Makkink wijst in dat verband op het verschil tussen een raad en een OK-functionaris die bijvoorbeeld als bestuurder of commissaris wordt ingezet bij een onderneming naar aanleiding van een uitspraak van de OK. Hij stelt:

'Een raad is onderdeel van de oordeelsvorming en heeft daarmee een zekere distantie tot de voorliggende zaak, een OK-functionaris wordt als het ware in een brandend huis gedropt om de vennootschappelijke brandjes te blussen.'

Een nieuwe raad krijgt een introductie en begeleiding door een van de raadsheren. Er wordt onder andere documentatie verstrekt met daarin de

belangrijkste informatie die de raden nodig hebben om hun functie uit te oefenen, zoals een uitleg over de wettelijke basis van de OK en een praktische beschrijving van de etiquette in de rechtszaal. Ook wonen de nieuwe raden onder begeleiding van een raadsheer voorafgaand aan hun beëdiging als toeschouwer een zittingsdag bij. Daarnaast heeft de OK als geheel meerdere kennissessies per jaar, waarin de raadsheren, raden en secretarissen onderwezen worden of discussiëren over voor de OK relevante (juridische) onderwerpen. Zo is er in 2021 een voordracht van oud-advocaat-generaal van de Hoge Raad en hoogleraar Timmerman geweest over ‘Aandeelhouders en purpose’. In 2020 hebben de advocaten Sinnighe Damsté en Kemp (tevens hoogleraar) een voordracht gehouden over de wijze waarop de beschikkingen van de OK in de praktijk worden ontvangen. Op verzoek van de OK hebben zij de raadsheren, secretarissen en raden een spiegel voorgehouden door de drie ‘beste’ en de drie ‘slechtste’ beschikkingen van het jaar te bespreken. Het is verder in beginsel aan de raden zelf om zich te verdiepen of op te leiden naar eigen inzicht, zowel juridisch als niet-juridisch. Zo heeft een aantal raden de sinds kort door de SSR (het opleidingsinstituut van de Rechtspraak en het Openbaar Ministerie) aangeboden speciale cursus zittingsvaardigheden voor deskundige leden van bijzondere colleges over zittingsvaardigheden gevolgd.<sup>22</sup> Een van de raden is rechten gaan studeren en een andere doet onderzoek naar corporate governance.

## 5 De toegevoegde waarde van de raden

De OK is er primair om een juridisch oordeel te geven over ondernemingsrechtelijke geschillen. Tegelijkertijd worden de beschikkingen van de OK gekenmerkt door hun pragmatische en oplossingsgerichte karakter. De OK geeft in beginsel geen verklaring van recht, maar richt zich, al dan niet in samenspraak met partijen, op het herstel van de vennootschappelijke verhoudingen. Makkink stelt dat elke beroepsrechter in principe moet oordelen over onderwerpen waar zij of hij feitelijk geen ervaring mee heeft. Zo heeft een raadsheer bij de OK veel kennis en verstand van het recht, in het bijzonder ondernemingsrecht, maar geen tot weinig eigen ervaring in en rondom de bestuurskamer. De raden zijn met hun brede en diepe bestuurlijke, professionele en toezichthoudende kennis en ervaring juist daarom zo waardevol. Door de betrokkenheid van de raden ontstaat er een ‘completere’ en multidisciplinaire discussie tijdens het zogenoemde ‘raadkameren’. Dit draagt bij aan de kwaliteit van het oordeel en levert vaak een belangrijke bijdrage aan de totstandkoming van een pragmatische oplossing van het voorliggende geschil. OK-zaken kenmerken zich vaak door een feitencomplex waarbinnen belangenafwegingen door actoren in de top van een organisatie en hun interactie met andere stakeholders een hoofdrol spelen. De bedoelde actoren, met name bestuurders, toezichthouders, ondernemers en voorzitters, zijn genoodzaakt om in hun

belangenafweging een veelvoud van belangen en scenario's te betrekken. Het wegen en beoordelen hiervan in de context van een geschil bij de OK vergen meer dan uitsluitend een juridische blik.<sup>23</sup> De praktijkervaring van de raden voorziet in dat 'meer': zij hebben governanceprocessen, boardroom dynamics, het bestuurlijke krachtenveld en stakeholdermanagement aan den lijve ondervonden of gepraktiseerd. De kennis en ervaring van de raden zijn meer dan relevant en van grote toegevoegde waarde voor de OK en partijen. Makkink is er bovendien van overtuigd dat raden minder gevoelig zijn voor *hindsight bias* dan beroepsrechters:

'Zij zullen zich, veel beter dan beroepsrechters, realiseren hoe moeilijk het kan zijn om als bestuurder of commissaris van een onderneming de juiste beslissing te nemen en hoe makkelijk het is om achteraf, als de scherven op de grond liggen, aan te wijzen hoe het beter had gekund.'<sup>24</sup>

De aanwezigheid van de raden waarborgt de facto dat de uitspraken van de OK aansluiten bij de realiteit van bestuurlijke omgevingen, complexe stakeholdervelden, boardroom dynamics en maatschappelijke en sectorale ontwikkelingen.

De toegevoegde waarde van de multidisciplinariteit van de OK is tevens zichtbaar tijdens de zitting en de voorbereiding daarvan. In beginsel is de voorbereiding van een zittingsdag een individuele aangelegenheid en is het aan de raden om aan de hand van het procesdossier 'hun eigen nieuwsgierigheid te bevredigen'.<sup>25</sup> Tijdens de voorbereiding nemen de raden de processtukken en de producties door om een compleet beeld van de gehele zaak te krijgen. Daarnaast richten zij zich in het bijzonder op de onderdelen die aansluiten bij hun expertise.<sup>26</sup> De raden benadrukken dat het van groot belang is dat zij ook tijdens de voorbereiding een oordeel zo lang mogelijk uitstellen. Het is essentieel om een zaak objectief en open te benaderen. Een van de raden geeft aan dat zij pas eigen vragen voor de zitting formuleert nadat zij de processtukken van beide partijen heeft gelezen. Een andere raad noteert nadrukkelijk alle standpunten waarop de partijen diametraal verschillen van elkaar. Weer een andere raad vertelt ons dat zij het dossier na eerste bestudering welegt om het op een later tijdstip opnieuw te onderzoeken. Zo ontstaan vaak in tweede instantie andere, nieuwe vragen. Op een zittingsdag worden er meestal drie zaken behandeld. De raden besteden gemiddeld twee tot drie dagen aan de voorbereiding van een dergelijke volle zittingsdag. De vergoeding voor een zittingsdag inclusief de voorbereiding en opvolging, waarbij de uitspraak in concept wordt gelezen, eventueel van feedback wordt voorzien en geaccordeerd, bedraagt EUR 1000.<sup>27</sup> Makkink vertelt ons dat de meerwaarde van de raden grotendeels volgt uit de eigen analyse van de raden die zij

voorafgaand aan de zaak hebben gemaakt en wanneer bij financiële kwesties de raden de financiële achtergrond van de zaak doorgrond hebben. Op basis van hun voorbereiding en (financiële) analyse en in reactie op ontwikkelingen ter zitting stellen raden specifieke vragen. Deze zijn vaak complementair aan de juridische en andere vragen van de raadsheren en zijn daarmee een specifieke en waardevolle aanvulling. De rol van de raden bij het schrijven van een eventuele beschikking is minder prominent, maar niet minder belangrijk. Een conceptbeschikking wordt geschreven door een van de raadsheren in nauwe samenwerking met de betrokken secretaris. Daarna wordt het concept voor commentaar en feedback voorgelegd aan de andere raadsheren alsook de raden. Er wordt actief gelezen, waar nodig verder meegedacht en commentaar gegeven. Daarna wordt het concept omgezet in de definitieve beschikking en aan partijen toegezonden. Met hun kennis, ervaring en reputatie geven de raden, voor, tijdens en na de zitting, een extra dimensie aan het gezag en de deskundigheid van de OK.<sup>28</sup>

## **6 Persoonlijke ervaringen van de raden**

De raden is ook gevraagd naar hun persoonlijke ervaringen en hun motivatie om zich in te zetten als raad. Veel raden benadrukken dat het werken als raad een waardevolle manier is om met de eigen kennis en ervaring een maatschappelijke bijdrage te leveren. Soms zijn geschillen frustrerend, bijvoorbeeld omdat partijen of een partij er niet constructief in zitten of een voor de hand liggende oplossing vanwege emoties of wantrouwen niet accepteren. Soms zijn geschillen schrijnend omdat families verscheurd raken, vrienden vijanden zijn geworden en er sprake is van groot persoonlijk leed. Raden vinden het waardevol en dankbaar als het juist wel lukt om partijen nader tot elkaar te brengen. Dit motiveert raden om het werk te doen en te blijven doen. Daarnaast zijn veel zaken inhoudelijk uitdagend en fascinerend, ook dat drijft de raden. Verder is het werken als raad ook leerzaam en leidt het tot meer interessante kennis en ervaring. Zij zijn blij dat zij hun kennis over het ondernemingsrecht kunnen verdiepen en dat zij weer nieuwe ervaringen opdoen in een voor hen niet-alledaagse context. Raden worden ook aangetrokken door de cultuur en de omgangsvormen binnen de OK. Ze voelen dat ze echt onderdeel zijn van een team waarbinnen een sfeer van openheid en respect, gelijkwaardigheid en professionaliteit heerst. Het leiderschap en de samenwerking zorgen voor een informele, collegiale omgeving waar onuitgesproken een hoge standaard geldt en mensen elkaar tot steun zijn zonder aan scherpte in te boeten. Een van de raden roemt de ‘fantastische cultuur’ binnen de OK, waarin vakmanschap, respect, humor en empathie alle een rol vertolken. Een andere raad stelt dat het plezierig, inspirerend en leerzaam is om deel uit te mogen maken van dit team. Tillema kan zich vinden in dit beeld over de cultuur binnen de OK. Zij spreekt van een klein en plezierig team, waarvan de



secretarissen deel uitmaken. ‘Het is inspirerend om op informele wijze met mensen samen te werken die het werk écht leuk vinden.’ Bovendien vertelt ze dat de OK ontzettend blij is met het radenbestand en het niveau daarvan, en dat de raden waarschijnlijk ook merken dat ze gewaardeerd worden en dat ze onderdeel zijn van het team.

Raden vinden het niet alleen leuk en leerzaam om voor de OK te mogen werken, maar ook een eer. De OK kan met recht en reden een instituut worden genoemd. De OK heeft aanzien en gezag binnen de corporate wereld, dit straalt af op de raden en is verbonden met status en respect. Makkink merkt lachend op dat als iemand je vraagt wat je de afgelopen jaren hebt gedaan, je jezelf niet hoeft te schamen als je kunt zeggen dat je raad bent bij de OK.

De raden worden sterk gemotiveerd door de inhoud en aard van het werk bij de OK. Daarbij zien en ervaren de meeste raden het ‘raadkameren’ als het mooiste onderdeel van de werkzaamheden als raad. De raden wijzen in dat verband met name op de strikte volgorde en spreekdiscipline in de raadkamer. Deze worden als bijzonder en waardevol ervaren. De raden mogen als eersten van het vijfhoofdige college spreken, maar niet eerder dan nadat de secretaris die als griffier op de zitting fungeerde haar of zijn zienswijze heeft gedeeld. De griffier geeft als eerste een oordeel of er sprake is van ‘gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen’,<sup>29</sup> de ‘belangenafweging’ en de eventueel verzochte onmiddellijke voorzieningen. Daarna volgen de raden, de raadsheren, en als laatste de voorzitter. Voor zowel de raden als de raadsheren wordt de volgorde bepaald door de ‘omgekeerde anciënniteit’. Daarbij is niet de leeftijd maar het aantal jaren bij de OK bepalend. Pas als iedereen de eigen analyse en het voorlopige eigen oordeel heeft gedeeld, mag er op elkaar gereageerd worden. Doordat degene het laagste in de formele rangorde als eerste spreekt en degene met de meeste anciënniteit als laatste, wordt gefaciliteerd en gestimuleerd dat alle aanwezigen zo onbevangen en onbevooroordeeld mogelijk hun mening kunnen delen. Door deze aanpak wordt de kans verkleind dat sociaalpsychologische biases, zoals *groupthink*<sup>30</sup> en de *authority bias*,<sup>31</sup> zich manifesteren en kan zich vooral een open discussie gericht op de inhoud ontwikkelen. Dit proces wordt door de raden beschreven als een creatief en gedisciplineerd besluitvormingsproces gericht op consensus. Het wordt ervaren als een proces waarbij niet vooringenomen geluisterd wordt naar ieders opvattingen en men gezamenlijk gericht is op een open dialoog en volledigheid van informatie. Naar verluidt kunnen de discussies in de raadkamer ‘levendig’ en scherp worden genoemd, waarbij de basis die van wederzijds respect is. Makkink verklaart de positieve kijk op het raadkamerproces als volgt:

‘Alle aanwezigen in de raadkamer hebben hetzelfde belang, namelijk

een optimale beslissing die juridisch inhoudelijk correct is en waar alle wezenlijke argumenten van partijen een plek hebben gekregen. Het gaat immers niet om ieders individuele bijdrage maar om het collectieve eindresultaat, gevormd op basis van de synthese van de multidisciplinaire discussie.'

Een raad gaf aan positief verrast te zijn door de ruimte die hij als 'beginnend' raad kreeg om zijn inbreng te leveren in het debat. Een andere verklaring voor het hoog achten en positief beoordelen door de raden van het raadkamerproces kan gelegen zijn in hun relatief minder positieve ervaring in boardrooms. Het is goed mogelijk dat het proces van 'raadkameren' haaks staat op de dynamiek die niet zelden binnen de voor de raden welbekende bestuurskamers dominant is of kan zijn. Daar zijn hiërarchie alsook anciënniteit, macht en politiek vaak bepalende factoren, en die maken het besluitvormingsproces er soms niet effectiever of beter op.<sup>32</sup> Makkink merkt niet voor niets in een ander interview op dat de gehanteerde discipline in de raadkamer ook goed zou zijn voor bestuurs- en RvC-vergaderingen, om op die manier meerdere mogelijkheden te belichten tijdens een vergadering, wat de corporate governance van ondernemingen zou kunnen versterken.<sup>33</sup>

Een van de eerdere voorzitters van de OK, Ingelse, schreef in 2013 al dat advocaten dienen te anticiperen op hetgeen een raad beroert alsook op mogelijke vragen en tegenwerpingen van de raden.<sup>34</sup> Daarbij telt dat de raden 40% van het 'stemrecht' binnen de raadkamer hebben. Dit standpunt krijgt bijval van Makkink en Tillema. In dat verband is aan de raden ook gevraagd welke adviezen zij aan advocaten willen meegeven. Een eerste advies dat meerdere raden geven, is: 'less is more'. Onnodige herhalingen en uitweidingen in de schriftelijke stukken alsook in pleidooien werken vaak contraproductief. Ook nodeloos dikke dossiers helpen niet om tot de kern van het geschil te komen en kunnen leiden tot een zekere ergernis. Een dik dossier betekent niet automatisch dat de standpunten beter onderbouwd zijn. Een van de raden stelt: 'Hoe dunner het dossier, hoe beter de advocaat', want goede en geloofwaardige standpunten hebben geen opsmuk nodig. Een goede schriftelijke onderbouwing is belangrijk, maar de ervaring leert dat men het in veel gevallen met veel minder papier had afgekund. De raden geven aan ook te hechten aan een correcte en constructieve proceshouding als zodanig en in de context van de OK. De advocaten (en partijen) die voor de OK verschijnen, dienen zich te richten op het vinden van een duurzame oplossing van vennootschappelijke geschillen. Dit vereist dat de advocaten begrip kunnen opbrengen voor de positie en standpunten van de wederpartij en in staat zijn om te relativieren. Procederen voor de OK is 'handje drukken' en mag zeker niet ontaarden in moddergooien. Raden vinden het in het belang van de genoemde oplossingen belangrijk dat partijen op correcte wijze een beeld schetsen dat feitelijk en zakelijk is, en

niet doordrenkt is van emoties of eenzijdig gekleurd is. Polariseren in de rechtszaal helpt immers niet bij het nader tot elkaar brengen van partijen en het creëren van een werkbare vennootschappelijke situatie. Het kan in bepaalde gevallen ook in het belang van de partijen zijn om over te gaan tot een schikking. Een faire, evenwichtige en schappelijke houding van advocaten en partijen zorgt voor een grotere geloofwaardigheid van de standpunten en wordt gewaardeerd.

## **7 Tot slot**

Dit artikel heeft zich onbedoeld gemanifesteerd als een lofzang voor de raden en hun werk binnen de OK. Na de interviews met de raden en de raadsheren konden wij echter niet om de grote toegevoegde waarde van de raden heen. De raadsheren zijn zeer te spreken over de wijze van borgen van praktische kennis en ervaring binnen de OK en het niveau van het huidige radenbestand. Deze professionele genegenheid wordt tevens door de raden beantwoord, die unaniem positief zijn over het inhoudelijke werk alsook de cultuur en werkwijze van de OK. De statuur die de OK binnen Nederland geniet, is onzes inziens dan ook grotendeels te danken aan de synergie die ontstaat bij de samenwerking tussen de juridisch geschoolde raadsheren en de geroutineerde raden.

## **Noten**

**1** Wet op de jaarrekening van ondernemingen, wet van 10 september 1970, Stb. 1970, 414 (WJO); art. 66 lid 2 Wet RO.

**2** P. Ingelse, Is de Ondernemingskamer ‘anders’?, Ondernemingsrecht 2013/87.

**3** Art. 41 WJO; art. 66 lid 2 Wet RO.

**4** S. Bergsma, De voorstellen van de commissie-Verdam, MAB 1965/39, p. 169-181.

**5** Commissie-Verdam, Herziening van het ondernemingsrecht: rapport van de Commissie ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie van 8 april 1960, Den Haag: Staatsuitgeverij 1965, p. 40.

**6** Kamerstukken II 1967/68, 9595, nr. 3, p. 9 (MvT bij wettelijke bepalingen met betrekking tot de jaarrekening van ondernemingen).

**7** Zie ook interview met mr. G.C. Makkink ten behoeve van dit artikel op 9 maart 2021.

**8** Commissie-Verdam 1965, p. 67.

**9** Art. 41 WJO; Kamerstukken II 1967/68, 9595, nr. 3, p. 9 (MvT bij wettelijke bepalingen met betrekking tot de jaarrekening van ondernemingen).

**10** Dit is niet expliciet terug te vinden in de parlementaire geschiedenis, maar is in de praktijk het uitgangspunt bij de inroosting van de raden voor jaarrekeningprocedures en uitkoopprocedures. Zie voor het onderscheid tussen financiële raden (achtergrond in accountancy en bedrijfseconomie) en niet-financiële raden par. 3.

**11** Naar schatting van de secretarissen van de OK lag het aantal raden vrijwel onophoudelijk tussen tien en twintig.

**12** Zie [namenlijst.rechtspraak.nl/#!/zoeken/index](https://namenlijst.rechtspraak.nl/#!/zoeken/index).

**13** PHR 27 maart 2020, ECLI:NL:PHR:2020:171, r.o. 3.3; interview met mr. G.C. Makkink ten behoeve van dit artikel op 9 maart 2021.

**14** Een raad wordt geacht beschikbaar te zijn voor minimaal zes zittingsdagen per jaar.

**15** Interview met mw. mr. M.M.M. Tillema ten behoeve van dit artikel op 25 maart 2021; interview met mr. G.C. Makkink ten behoeve van dit artikel op 9 maart 2021.

**16** Zie [rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Amsterdam/Over-het-gerechtshof/Organisatie/Ondernemingskamer/Paginas/Profiel-Raad-in-Ondernemingskamer.aspx](https://rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Amsterdam/Over-het-gerechtshof/Organisatie/Ondernemingskamer/Paginas/Profiel-Raad-in-Ondernemingskamer.aspx).

**17** Interview met mw. mr. M.M.M. Tillema ten behoeve van dit artikel op 25 maart 2021.

**18** Art. 66 lid 4 Wet RO.

**19** Interview met mw. mr. M.M.M. Tillema ten behoeve van dit artikel op 25 maart 2021.

**20** Interview met mw. mr. M.M.M. Tillema ten behoeve van dit artikel op 25 maart 2021.

**21** Interview met mw. mr. M.M.M. Tillema ten behoeve van dit artikel op 25 maart 2021; antwoorden gegeven door de zittende raden.

**22** Zie <https://ssr.nl/cursus/arrlzvbk/>.

**23** P. Bakker, S. Evers, N. Hovens, H. Snelder & M.C.D.P. Weggeman, Het Rijnlands model als inspiratiebron, *Holland Management Review* 2005/103, p. 72: in Nederland wordt het Rijnlands model gehanteerd.

**24** G.C. Makkink ten behoeve van de beëdiging van mr. drs. G. Boon RA als raad; hindsight bias zorgt ervoor dat mensen met alle kennis achteraf geloven dat gebeurtenissen voorspelbaarder waren dan dat ze destijds feitelijk waren; R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (diss. Nijmegen; VDHI nr. 145), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 8. In zijn dissertatie schrijft Hermans dat de OK en andere rechters een risico lopen een oordeel te geven op basis van hindsight bias en dat dit gelieve tot een minimum beperkt dient te worden.

**25** Interview met mr. G.C. Makkink ten behoeve van dit artikel op 9 maart 2021.

**26** Interview met mw. mr. M.M.M. Tillema ten behoeve van dit artikel op 25 maart 2021.

**27** Art. 13 Reglement voor de Ondernemingskamer.

**28** Interview met mr. G.C. Makkink ten behoeve van dit artikel op 9 maart 2021.

**29** Art. 2:350 BW.

**30** I. Janis, *Victims of groupthink: A psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, Boston: Houghton Mifflin 1972, p. 9: *groupthink* wordt beschreven als een groepsproces dat de kwaliteit van groepsbesluiten vermindert, doordat de groepsleden zich richten op het behoud van overeenstemming en eensgezindheid bij een beslissingsproces in plaats van een kritische overweging van de feiten.

**31** S. Milgram, Behavioral study of obedience, *The Journal of Abnormal and Social Psychology* 1963/67: *authority bias* is de tendentie om een grotere nauwkeurigheid toe te kennen aan de zienswijze van een autoriteitsfiguur en zich hier meer door te laten beïnvloeden.

**32** C.F. Perquin-Deelen, Gedrag binnen de meerhoofdige RvB en RvC, *Ondernemingsrecht* 2019/82.

**33** Interview met mr. G.C. Makkink ten behoeve van het onderzoek van S. ten Have naar corporate governance in Nederland op 28 augustus 2020.

**34** Ingelse 2013.

---

© Boom juridisch