

MR. O.L.M. HEUTS / MR. C.S. GOEDÈL

Enquêterecht in beweging

Recente ontwikkelingen in het enquêterecht

Het enquêterecht verheugt zich in een toenemende populariteit. Debet hieraan is onder meer de opstelling van de president van de Ondernemingskamer, die openlijk pleit voor een ruime bevoegdheid van zijn college.¹ Deze benadering levert opmerkelijke jurisprudentie op. Zo heeft de Ondernemingskamer bevorderd dat de kring van degenen die een enquêteverzoek kunnen indienen langzaam maar zeker is uitgebreid. Daarnaast is de draagwijdte van het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon verruimd. In bepaalde gevallen is de Ondernemingskamer echter teruggefloten door de Hoge Raad, die voorsnog een meer legistische benadering hanteert, zoals onlangs in de Gucci-affaire. Onomkeerbaar lijkt de toenemende toetsing aan redelijkheidsnormen, met name in joint venture-verhoudingen, alsook de trend om strijdende partijen aan te zetten tot het treffen van een regeling in der minne. In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste ontwikkelingen in het enquêterecht in 1999 en 2000.

Uitbreiding van de kring van verzoekers van artikel 2:346 BW

Bij de NV en de BV kan een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon worden ingesteld op verzoek van (i) de aandeel- of certificaathouders die alleen of samen ten minste 10% van het geplaatste kapitaal of f 500.000 van het nominale kapitaal vertegenwoordigen (artikel 2:346 sub b BW), (ii) degenen aan wie die bevoegdheid bij de statuten of bij overeenkomst met de vennootschap is toegekend (artikel 2:346 sub c BW), (iii) werknemersorganisaties (artikel 2:347 BW) alsmede (iv) op vordering van de procureur-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam (artikel 2:345 lid 2 BW).

Recente rechtspraak wijst op een verruiming van deze kring van gerechtigden. In de zaak Hamm q.q./De Haan Beheer BV (20 november 1997 (NJ 1998, 613) verzoekt de curator in de faillissementen

van De Haan Beheer B.V. en haar zes dochtervennootschappen (mr. Hamm) om een enquête bij zowel Beheer als de dochters. Later trekt mr. Hamm zijn verzoek om een enquête bij Beheer in. De vraag die dan overblijft is of mr. Hamm een enquête bij de dochters kan instellen. De Ondernemingskamer beantwoordt deze vraag bevestigend, maar oordeelt daarbij dat mr. Hamm daartoe enkel bevoegd is in zijn hoedanigheid van curator van Beheer. Zij verklaart mr. Hamm in zijn hoedanigheid van curator van de dochtervennootschappen niet ontvankelijk in zijn verzoek tot een enquête bij de dochters. De Ondernemingskamer kent de curator derhalve alleen de rechten van de aandeelhouder ex artikel 2:346 sub b BW toe.

In Village Scaldia (OK 23 april 1998, JOR 1998/92; NJ 1998, 699) kent de Ondernemingskamer voor het eerst bevoegdheden toe aan de curator in een enquête bij 'zijn eigen' failliete rechtspersoon. Nadat het verslag van het onderzoek naar de failliete rechtspersoon Village Scaldia B.V. is neergelegd, verzoekt de curator de Ondernemingskamer om wanbeleid vast te stellen. De Ondernemingskamer erkent dat artikel 2:355 BW de rechtspersoon niet noemt als een van degenen die een verzoek na enquête kan doen, maar oordeelt dat die bevoegdheid op grond van het systeem en de strekking van de wet aan de rechtspersoon niettemin toekomt. De motivering van de Ondernemingskamer is dat ook de rechtspersoon belang kan hebben bij het vaststellen van wanbeleid alsmede dat de rechtspersoon bij overeenkomst bepaalde bevoegdheden in het enquêterecht aan derden kan toekennen (artikel 2:346 aanhef en onder c juncto artikel 2:355 BW). Het ligt volgens de Ondernemingskamer dan voor de hand aan te nemen dat de bevoegdheid tot het doen van een verzoek na enquête ook aan de rechtspersoon zelf toekomt. Zij verklaart de curator, 'die de rechtspersoon representeert', ontvankelijk in zijn verzoek. Van deze beschikking is geen cassatie ingesteld.

Enquêterecht in beweging

Nog verder gaat de Ondernemingskamer in de zaak Holding Agrarische Fossilisatie (OK 4 november 1999, JOR 2000/7). Hier gaat het om de eerste fase van de enquêteprocedure: de curatoren van het failliete HAF verzoeken zelf om een enquête, in het bijzonder ten aanzien van de naleving van de artikelen 2:10 en 2:394 BW en het toezicht daarop door de commissarissen. De Ondernemingskamer wijst het verzoek af, onder meer omdat de curatoren geen redelijk belang hebben bij een onderzoek naar eventueel tekortschieten van bestuurder en commissarissen. Het feit dat de Ondernemingskamer toekomt aan een inhoudelijke toetsing van het verzoek van de curatoren betekent impliciet dat zij de ontvankelijkheid van de curatoren aanneemt. Van deze beschikking is geen cassatie ingesteld.

De vraag of de curator bij zijn eigen failliete vennootschap om een enquête kan verzoeken is nog niet getoetst door de Hoge Raad. In het cassatieberoep in de zaak Hamm q.q./De Haan Beheer B.V. laat de Hoge Raad zich enkel uit over de vraag of de curator van Beheer inderdaad bevoegd is om bij de dochters een enquête in te stellen (HR 19 mei 1999, NJ 1999, 670 en 669, JOR 1999/170 en 171). De Hoge Raad overweegt dat de bevoegdheid van de curator van Beheer kan worden afgeleid van de bevoegdheid van Beheer zelf als houdster van alle aandelen van de dochters. Nu deze aandelen behoren tot het vermogen van Beheer en Beheer met een enquêteverzoek een vermogensbelang kan dienen, kan het instellen van een enquêteverzoek volgens de Hoge Raad worden aangemerkt als een daad van beheer. Op grond van artikel 68 Faillissementswet is de curator tot dit beheer bevoegd. Daarmee is de cirkel rond en is de curator van een moedervennootschap op basis van artikel 2:346 sub b BW bevoegd een enquêteverzoek in te dienen met betrekking tot de dochtervennootschappen.²

De verruimde bevoegdheid van de curator is in de literatuur niet onomstreden.³ Tenzij de Hoge Raad hierover binnenkort alsnog een andersluidend standpunt inneemt, zal de Ondernemingskamer de curator naar alle waarschijnlijkheid echter welwillend tegemoet blijven treden. Voor de curator wordt de enquêteprocedure een steeds aantrekkelijker voorstadium voor een aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders en commissarissen. Belangrijk gevolg voor de praktijk is dat de curator die bij de failliete rechtspersoon een enquête wenst in te stellen daarbij niet langer afhankelijk is van anderen, zoals de 10%-aandeelhouder of de procureur-generaal bij het Amsterdamse Hof.

In de lijn van Village Scaldia is inmiddels vaste rechtspraak van de Ondernemingskamer dat de te onderzoeken rechtspersoon zelf een enquêteverzoek kan indienen. In de Uni-Invest-beschikkingen van 12 november 1998, JOR 1999/29 en 8 juli 1999, rekestnummer 30/99 overweegt de Ondernemingskamer dat de vennootschap zelf bevoegd is om – na deponeering van het onderzoeksverslag – de verzoeken ex artikel 2:355 BW in te dienen. In haar uitspraak van 21 oktober 1999, JOR 2000/6 (Burggraaff, waarbij het gaat om een patstelling binnen het bestuur en de AVA) wijst de Ondernemingskamer een door de vennootschap zelf ingediend enquêteverzoek toe. Recentelijk heeft de Ondernemingskamer nogmaals de enquêtebevoegdheid van de rechtspersoon die onderwerp is van de enquête aangenomen, zich daarbij baserend op haar eigen ‘genoegzaam kenbare (gepubliceerde) rechtspraak’ (OK 20 april 2000, JOR 2000/124, De Vries Robbé).⁴ Van deze beschikking is cassatie ingesteld.

Onder omstandigheden is het wenselijk dat aan de rechtspersoon zelf de bevoegdheid tot het verzoeken van een enquête toekomt. Ondanks het feit dat de enquêteprocedure zich richt tegen de rechtspersoon, is de rechtspersoon echter de facto lang niet altijd de aangewezen figuur om verantwoordelijk te worden gesteld voor het gevoerde beleid. Veelvuldig zijn geschillen of impasses op aandeelhoudersniveau er de oorzaak van dat de rechtspersoon geen juist beleid voert. In dat opzicht is de redenering van de Ondernemingskamer in Village Scaldia ‘dat de rechtspersoon belang kan hebben bij het vaststellen van wanbeleid’ begrijpelijk. De vraag is of de bevoegdheid van de rechtspersoon om het verzoek in te dienen kan worden ontleend aan een ruime uitleg van artikel 2:346 sub c BW. De bedoeling van deze bepaling is om aan bepaalde belanghebbenden, met name belanghebbenden bij een stichting, bij overeenkomst die bevoegdheid toe te kennen.⁵ Het feit echter dat de rechtspersoon de bevoegdheid aan anderen kan toekennen, betekent nog niet dat die bevoegdheid aan haar zelf toekomt. Uitsluitel door de Hoge Raad op dit punt is wenselijk.

De enquêtebevoegdheid van de rechtspersoon brengt mee dat ook het bestuur van de vennootschap een enquête kan uitlokken, bijvoorbeeld om het functioneren van een van de andere organen van de vennootschap te laten onderzoeken. In die gevallen zal de enquête veelal als voorportaal voor aansprakelijkheidsprocedures dienen. Gevolg is dat het zittende bestuur dan in feite als toezichthouder op het beleid van het vorige bestuur fungeert. Daarnaast kan de enquêtebevoegdheid van de rechtspersoon meebrengen

Enquêterecht in beweging

gen dat het zittende bestuur onderwerp wordt van het onderzoek. In dat geval is er sprake van een tegenstrijdig-belangsituatie, zodat de vennootschap op grond van artikel 2:256/146 BW niet door het bestuur, maar door commissarissen vertegenwoordigd dient te worden. De kring van gerechtigden wordt hierdoor uitgebreid.⁶ Een enquête op verzoek van een commissaris lijkt zich echter slecht te verhouden met het stelsel van de wet. Bij de invoering van het enquêterecht in de zeventiger jaren is immers uitdrukkelijk bepaald dat commissarissen niet tot de kring van gerechtigden van artikel 2:346 BW behoren (waarover Josephus Jitta in zijn noot onder Village Scaldia). Daarentegen heeft de Ondernemingskamer al in 1972 bepaald dat een commissaris die onvoldoende in staat wordt gesteld om zijn toezichthoudende taak uit te oefenen onder omstandigheden naar het enquêtemiddel kan grijpen (OK 3 mei 1972, NJ 1973, 7).⁷ De recente ontwikkeling in de enquêterechtspraak geeft commissarissen naar alle waarschijnlijkheid een reëel machtsmiddel in handen. Of commissarissen deze ontwikkeling toejuichen, valt – gelet op hun eventuele aansprakelijkheid indien zij nalaten het enquêterecht aan te wenden – te bezien.

Uitbreiding van de draagwijdte van het onderzoek

Op grond van artikel 2:346 BW kunnen aandeelhouders een enquête uitsluitend bij de vennootschap waarin zij aandelen houden aanhangig maken. De enquête richt zich in beginsel alleen op het beleid van deze vennootschap. De onderzoeker is niet gerechtigd om op eigen initiatief tevens het beleid van een andere (concern)vennootschap aan een onderzoek te onderwerpen.⁸

De Ondernemingskamer kan de onderzoeker echter op diens verzoek ex artikel 2:351 lid 2 BW machtigen om de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de gelieerde rechtspersoon te raadplegen. In Blok/De Zuider Ster (OK 12 november 1998, JOR 1999/30) wacht de Ondernemingskamer een verzoek van de nog te benoemen onderzoeker niet af. Hoewel zij de aandeelhoudster van de moedervennootschap in haar enquêteverzoek jegens de dochtervennootschap niet ontvankelijk verklaart, staat zij toe dat de dochter in de enquête bij de moeder wordt betrokken door de onderzoeker direct de in artikel 2:351 lid 2 BW bedoelde machtiging te geven.

In de zeer verrassende uitspraak van de Ondernemingskamer van 27 april 2000, JOR 2000/127 (Bot/Bot Bouw Groep) geeft de Ondernemingskamer aan dat de weg van artikel 2:351 lid 2 BW niet

bewandeld hoeft te worden om toch concernvennootschappen in de enquête te betrekken. Zij oordeelt in deze zaak dat de doeleinden en de daarmee verband houdende draagwijdte van het enquêterecht slechts – volledig – tot hun recht komen indien het te bevelen onderzoek zich mede uitstrekt tot de concernvennootschappen. De Ondernemingskamer gelast een onderzoek naar het beleid van de moedervennootschap en drie 100% dochtervennootschappen, hoewel de verzoekers slechts aandeelhouders in de moedervennootschap zijn. De Ondernemingskamer komt met deze uitspraak terug op haar ijzeren regel dat een aandeelhouder in de moeder geen enquêteverzoek jegens een dochter kan indienen, omdat hij niet voldoet aan artikel 2:346 BW.

In zijn noot onder deze uitspraak plaatst Van den Ingh kanttekeningen bij de summiere onderbouwing die de Ondernemingskamer geeft. Naar zijn oordeel dient deze verruiming van de draagwijdte van het enquêteonderzoek te worden gezien als een vorm van vereenzelviging ‘naar beneden’. Die vereenzelviging komt erop neer dat voor de toepassing van een of meer bepalingen uit het enquêterecht de moedervennootschap en de dochtervennootschap als een rechtssubject worden gezien, zodat een aandeelhouder in de moedervennootschap tevens als aandeelhouder in de dochter wordt aangemerkt. Verwijzend naar de beschikking van de Ondernemingskamer van 21 oktober 1999, JOR 1999/228 (Ijsselwerf) geeft Van den Ingh een rechtvaardiging voor deze vereenzelviging. In deze uitspraak bracht volgens Van den Ingh een vereenzelviging ‘naar boven’ uitkomst, nu de ontvankelijkheid van een verzoek van een vakorganisatie – met alleen leden bij de dochtervennootschap – jegens de moedervennootschap werd betwist.

Anders dan Van den Ingh suggereert, rept de Ondernemingskamer in geen van deze uitspraken over vereenzelviging, maar verwijst zij naar een eerdere in deze zaak gewezen uitspraak van 21 september 1999, waarin de in de Janssen/Pers-beschikking (OK 17 maart 1994, NJ 1995, 408) gegeven regel is herhaald: *‘artikel 2:347 BW moet aldus worden uitgelegd dat een vakorganisatie bevoegd is een enquête uit te lokken bij concernvennootschappen van de rechtspersoon in wier onderneming personen werkzaam zijn die bij haar als lid zijn aangesloten’*. Het is nog maar de vraag of de Hoge Raad de redenering van Van den Ingh zal volgen, aangezien de Hoge Raad zich tot op heden ten aanzien van het leerstuk van de vereenzelviging zeer terughoudend heeft opgesteld. De vraag of vereenzelviging mogelijk is, zal steeds in het kader van de concrete context moeten worden bezien. Zo zal de vraag of twee concernvennootschappen voor de toepassing

Enquêterecht in beweging

van een bepaalde wetsbepaling als een moeten worden beschouwd, mede aan de hand van de strekking van die wetsbepaling moeten worden beoordeeld.⁹ In de onderhavige beschikking is toepassing van het leerstuk van de vereenzelviging niet noodzakelijk nu de Ondernemingskamer met deze beschikking vooral een praktische oplossing nastreeft.¹⁰

Betekenis van het onderzoek voor de enquêtetprocedure

Illustratief voor de gretigheid van de Ondernemingskamer om de aan haar voorgelegde geschillen – al dan niet praktisch – op te lossen, zijn haar beschikkingen in de Gucci-affaire¹¹. In dit verband is vooral van belang dat de Ondernemingskamer zonder voorafgaand onderzoek door een door haar benoemde onderzoeker oordeelt dat van wanbeleid sprake is en zich vervolgens bevoegd acht voorzieningen te treffen, terwijl die voorzieningen niet eens waren gevraagd.

Zeer recentelijk heeft de Hoge Raad de beschikking van 27 mei 1999 (JOR 1999/105) in cassatie vernietigd en de zaak verwezen naar de Ondernemingskamer ter verdere behandeling en beslissing (HR 27 september 2000, zaaknummer OK 80, JOR 2000, 217 m.nt. Brink). De Hoge Raad wijst in zijn beschikking op de twee afzonderlijke in de wet vastgelegde procedures in het enquêterecht: (i) de procedure waarbij het instellen van een onderzoek (artikel 2:345 BW) kan worden verzocht en (ii) de procedure ex artikel 2:355, die pas aan de orde komt als het verzoek van artikel 2:345 BW is toegewezen en het verslag van het onderzoek is gedeponneerd (artikel 2:353 BW). Volgens de Hoge Raad kan de Ondernemingskamer niet oordelen dat sprake is van wanbeleid en geen definitieve voorzieningen treffen zonder dat daaraan een onderzoek is voorafgegaan. Uit de bewoordingen en het stelsel van de wet (artikel 2:355 juncto 2:356 BW) blijkt immers dat voorzieningen pas kunnen worden getroffen *'indien uit het verslag van wanbeleid is gebleken'*. De strekking van de wet brengt bovendien mee dat de Ondernemingskamer niet zelfstandig bevoegd is om (i) op basis van door haar vastgestelde feiten te oordelen dat van wanbeleid is gebleken en (ii) op basis van uitsluitend haar eigen oordeel voorzieningen te treffen. Het onderzoek vormt volgens de Hoge Raad de kern van het wettelijke stelsel van het enquêterecht.¹² Dat de Hoge Raad het accent van het onderzoek onderstreept is begrijpelijk. De enquêtetprocedure heeft ten doel dat de Ondernemingskamer door onafhankelijk onderzoek kan vaststellen of van wanbeleid is gebleken. De onderzoeker is daartoe uitgerust met bevoegdheden

(artikel 2:351 BW) en dwangmiddelen (artikel 2:352 en artikel 2:353 BW). Het is niet aannemelijk dat de Ondernemingskamer zelf, zich daarbij uitsluitend basierend op hetgeen partijen in het verzoek- en verweerschrift hebben gesteld en ter zitting hebben verklaard, op even adequate wijze kan vaststellen dat van wanbeleid is gebleken. De Hoge Raad bevestigt terecht dat het onderzoek en het al dan niet verbinden van gevolgen aan de resultaten van dit onderzoek gescheiden grootheden zijn.

De Hoge Raad kiest in deze beschikking een zeer legistische benadering en lijkt daarmee grenzen te willen stellen aan de vrijheid die de Ondernemingskamer zich doorgaans permitteert.¹³ Bij het ontbreken van de noodzaak tot het doen van een onderzoek dient volgens de Hoge Raad in plaats van de enquêtetprocedure een civiele procedure te worden geëntameerd. Deze biedt de betrokken partijen de processuele waarborgen die een enquêtetprocedure zonder onderzoek ontbeert.

Opvallend is dat zowel LVMH als Gucci naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad de overwinning claimt.¹⁴ De Ondernemingskamer zal alsnog een onderzoek laten instellen, waaruit mogelijk van wanbeleid zal blijken. Dit betekent echter niet dat de Ondernemingskamer andere voorzieningen zal treffen dan de voorzieningen die zij op 27 mei 1999 heeft getroffen. De Ondernemingskamer heeft de participatieovereenkomst tussen Gucci en PPR ongemoeid gelaten, omdat het Gucci in haar ogen vrijstaat om andermaal met PPR een soortgelijke transactie aan te gaan. Vooralsnog is er geen aanleiding om te veronderstellen dat de Ondernemingskamer na gebleken wanbeleid die overeenkomst ditmaal wel zal aantasten, zodat de juichstemming bij LVMH op zijn minst voorbarig is. De tasesoorlog duurt dus voort.

De invloed van het enquêterecht in joint venture-verhoudingen

De Ondernemingskamer huldigt in een aantal uitspraken de opvatting dat de rechtmatige belangen van minderheidsaandeelhouders voldoende in acht moeten worden genomen.¹⁵

Dat het enquêterecht van specifieke betekenis kan zijn voor joint-ventureverhoudingen blijkt uit de beschikking van de Ondernemingskamer van 20 mei 2000, JOR 2000/72, NJ 2000, 199 (Cromwilld/Ver-satel). Minderheidsaandeelhouder Cromwilld verzoekt de Ondernemingskamer een enquête te gelasten, aangezien haar twee medeaandeelhouders de tussen hen geldende aandeelhoudersovereenkomst hebben geschonden. De Ondernemingskamer overweegt

Enquêterecht in beweging

dat de oorspronkelijke verhoudingen binnen de vennootschap en de wijze van samenwerking tussen de bij de vennootschap betrokkenen – *in casu* een joint venture – mede bepalend zijn voor hun omgangsvormen. Het miskennen van die achtergrond door de vennootschap en het veronachtzamen van – vanwege die achtergrond gerechtvaardigde – belangen van een betrokkene, kan volgens de Ondernemingskamer aanleiding zijn om een enquête te bevelen. Het voorgaande betekent overigens niet dat de minderheidsaandeelhouder in een joint-venturevennootschap naar believen besluitvorming kan frustreren: juist het joint-venturekarakter van de samenwerking brengt volgens de Ondernemingskamer mee dat ook op de minderheidsaandeelhouder de verplichting rust *'naar beste vermogen het tot stand brengen van een gemeenschappelijk gedragen beleid te bevorderen'*. Aangezien Cromwilld ruimschoots in de gelegenheid was geweest haar aandeel in het beleid van de vennootschap te leveren, wordt het enquêteverzoek van Cromwilld afgewezen.

De Ondernemingskamer gaat in dit opzicht wel erg kort door de bocht en geeft geen toelichting op haar overweging dat de vennootschap de joint-ventureverhouding heeft miskend. Niettemin kunnen de overwegingen van de Ondernemingskamer met betrekking tot joint-ventureverhoudingen van belang zijn¹⁶, voorzover de vennootschap partij is bij de joint-ventureovereenkomst en de eigen verplichting van de vennootschap om het vennootschappelijk belang te dienen daaraan niet in de weg staat.

Eerder oordeelt de Ondernemingskamer al dat nauwe relaties tussen de bij de vennootschap betrokkenen tevens aanleiding kunnen zijn om van de vennootschap te verlangen dat deze naar behoren informatie dient te geven (OK 8 oktober 1998, JOR 1998, 167, Zwagerman). In deze kwestie verstrekt de vennootschap aan haar grootaandeelhouder een lening tegen niet marktconforme voorwaarden waarmee een substantieel deel van haar actief is gemoeid. De bij de vennootschap betrokkenen staan onder meer in familiebetrekking tot elkaar. Onder die omstandigheden hebben de minderheidsaandeelhouders aanspraak op meer informatie dan de vennootschap tot dan toe wil geven.

De Ondernemingskamer hanteert in bovengenoemde uitspraken bij haar toetsing of sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen de maatstaf van artikel 2:8 BW. Zo ook in haar beschikking van 27 april 2000, JOR 2000/125 (Leather Design Van der Eerden). Verzoekster komt in deze procedure onder meer op tegen een emissie van

aandelen door de vennootschap. De Ondernemingskamer oordeelt dat zich in deze zaak in redelijkheid de mogelijkheid voordoet dat de door verzoekster in een andere procedure geadieerde rechter het emissiebesluit nietig acht. Het negeren van die mogelijkheid is volgens de Ondernemingskamer 'niet in overeenstemming met de door partijen als aandeelhouders van een vennootschap jegens elkaar in acht te nemen redelijkheid en billijkheid'. Dat de Ondernemingskamer aanknoopt bij de norm van artikel 2:8 BW wil overigens niet zeggen dat handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid gelijkgesteld kan worden aan het begrip wanbeleid. Dit blijkt uit de beschikking 11 maart 1999, JOR 1999/89 (Uni-Invest/Breevast) en de Gucci-uitspraken, waarin de Ondernemingskamer oordeelt dat het enkel handelen in strijd met artikel 2:8 BW nog geen enquête rechtvaardigt. *In casu* levert het opwerpen van een beschermingsconstructie geen gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen, aangezien de vennootschap niet in strijd handelt met haar statutaire bepalingen of met bepalingen van (dwingend) recht.

Enquêterecht versus geschillenregeling

Voor de invoering van de geschillenregeling (artikelen 2:335 e.v. BW) werden aandeelhoudersgeschillen vaak beslecht in een enquêteprocedure. De voorstelling van de wetgever was dat de invoering van de geschillenregeling de problemen tussen 50/50-aandeelhouders zou oplossen, zodat aan een enquêteprocedure geen behoefte meer zou bestaan. Uit de hiernavolgende uitspraken, waarin de enquêteprocedure als een alternatief voor de geschillenregeling wordt gehanteerd in verhoudingen tussen aandeelhouders, blijkt dat de voorstelling van de wetgever niet is uitgekomen. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de enquêteprocedure informeel is, waarbij partijen veel contact met elkaar en de rechter hebben. Door de voortvarende en praktische handelwijze van de Ondernemingskamer komt dan ook veelal ten tijde van de zitting een minnelijke regeling tot stand.

Zo oordeelt de Ondernemingskamer in haar beschikkingen van 17 september 1998, JOR 1999/26 (MH Nederland) en 21 oktober 1999, JOR 2000, 6 (Burggraaff) dat de door haar benoemde onderzoeker het mede tot zijn taak kan rekenen om een oplossing in der minne van de geschillen tussen partijen te beproeven.

In de beschikkingen van de Ondernemingskamer van 12 november 1998, JOR 1999/137 (AGV) en 19 november 1998, JOR 1999/138 (Prior Heprofor) mondt het enquêteverzoek uit in een minnelijke regeling tussen de aandeelhouders.¹⁷ De tussen par-

Enquêterecht in beweging

tijen getroffen regeling voorziet in een overdracht van de aandelen, waarbij de waarde van de aandelen vastgesteld dient te worden door bindend adviseurs, benoemd door de Ondernemingskamer. Het enquêteverzoek wordt aangehouden totdat de regeling is geëffectueerd.

Bovengenoemde beschikkingen zijn vooral interessant vanwege de overwegingen die zijn gewijd aan de bepaling van de waarde van de aandelen. De Ondernemingskamer draagt de deskundigen op de door partijen aangevoerde geschilpunten in hun beoordeling te betrekken. Van den Ingh merkt in zijn noot onder de uitspraak Prior Heprofor op dat deze aanpak aantrekkelijk is, omdat een verschil van inzicht over het bestaan van vorderingen van een aandeelhouder op de vennootschap of schulden aan de vennootschap meteen kan worden meegenomen. In beginsel zijn partijen in een dergelijke situatie aangewezen op de geschillenregeling. Deze heeft echter als nadeel dat eiser naast zijn vordering tot overname van zijn aandelen tevens een vordering tot schadevergoeding dient in te stellen, indien de waarde van zijn aandelen door toedoen van gedaagde is verminderd.¹⁸ De enquêteprocedure neemt bovendien aanzienlijk minder tijd in beslag dan de geschillenregeling, waardoor ook de kosten beperkt blijven. Gezien deze uitspraken lijkt de Ondernemingskamer geen bezwaar te hebben tegen het inzetten van het middel van enquête voor andere doeleinden dan het vaststellen van wanbeleid alleen.

Opvallend is ten slotte dat de Ondernemingskamer zich het recht voorbehoudt om een eerder getroffen schikking te negeren. In Descamps c.s /Uni-Invest (12 november 1998, NJ 1999, 374) oordeelt zij dat een dadingsovereenkomst, waarbij verzoeker en verweerster de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoekers zullen vragen hun werkzaamheden met onmiddellijke ingang te staken, er niet aan af doet dat de Ondernemingskamer die de enquête heeft gelast zelf kan beoordelen of er nog een taak voor haar is weggelegd. Indien de rechtspersoon en de verschenen belanghebbenden allen instemmen met de beëindiging van de procedures is er in beginsel voor de Ondernemingskamer geen taak meer weggelegd. Dit geval doet zich echter in de onderhavige zaak niet voor nu de rechtspersoon uitdrukkelijk te kennen geeft toch een uitspraak te wensen. De Ondernemingskamer merkt overigens terecht op dat de vennootschap mogelijk tekortschiet in de naleving van de dadingsovereenkomst (r.o. 4.5), maar dat zulks niet te harer beoordeling staat.

Het gebruikmaken van het enquêterecht is uiteraard niet verplicht. Het instellen van deze procedure

is – wanneer de geschillenregeling is geëntameerd – volgens de uitspraak van de president rechtbank Dordrecht van 20 juli 1999 (JOR 1999/200) niet vereist en die procedure geniet bovendien niet per definitie de voorkeur boven de geschillenregeling. Daarnaast levert – volgens de beschikking van de Ondernemingskamer van 27 april 2000, JOR 2000/126 – de keuze voor een enquêteprocedure in plaats van de geschillenregeling op zich geen misbruik van recht op. De Ondernemingskamer is van oordeel dat de keuze van verzoeker voor een enquêteprocedure veeleer blijkt geeft van een voorkeur voor een, mogelijk ook in het belang van de vennootschap zijnde, efficiënte aanpak van de beslechting van een geschil, dan dat zij als misbruik van recht is aan te merken.¹⁹

Kostenverhaal

Op grond van artikel 2:354 BW kan de Ondernemingskamer na kennisneming van het verslag op verzoek van de rechtspersoon beslissen, dat deze de kosten van het onderzoek geheel of gedeeltelijk kan verhalen op de verzoeker indien uit het verslag blijkt dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan, dan wel op een bestuurder, een commissaris of een ander die in dienst van de rechtspersoon is, indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon. De Ondernemingskamer heeft daarbij een discretionaire bevoegdheid.

De Ondernemingskamer overweegt in haar beschikking van 19 juni 1997, JOR 1997/81 (Bobel) dat de verantwoordelijkheid voor het wanbeleid van bestuurders en commissarissen niet uitsluitend uit het verslag hoeft te kunnen worden afgeleid, maar dat de Ondernemingskamer haar oordeel ook op ‘ander bewijsmateriaal’ mag baseren. Deze ruime opvatting houdt in cassatie geen stand. Volgens de Hoge Raad moet uit het verslag van de onderzoeker blijken dat de betrokkene individueel en concreet verantwoordelijk is voor een onjuist beleid en dat daartoe de algemene conclusie dat de leden van een orgaan (in casu de raad van commissarissen) moeten hebben geweten van het geconstateerde wanbeleid, niet voldoende is (HR 19 mei 1999, JOR 1999/145).²⁰

In de beschikking van 10 december 1998, JOR 1999/32 (Stibbe q.q./Tinga en Kushnir) komt de Ondernemingskamer tot de conclusie dat de twee bestuurders van de vennootschap niet in dezelfde mate verantwoordelijk zijn voor het onjuiste beleid en oordeelt zij dat de ene bestuurder voor het geheel en de andere bestuurder voor een derde – *‘elk voor het aangegeven deel hoofdelijk naast elkaar’* – aansprakelijk is voor de onderzoekskosten. Annotator Josephus Jitta

Enquêterecht in beweging

stelt vast dat de Ondernemingskamer hier civielrechtelijk een niet geheel gelukkige weg volgt. Hij baseert zich daarbij op de Bobel-zaak, waarin de Ondernemingskamer overeenkomstig artikel 6:6 lid 2 BW overweegt dat het feit dat verschillende personen voor de kosten van onderzoek aansprakelijk zijn, betekent dat zij daarvoor hoofdelijk aansprakelijk zijn. Met Josephus Jitta moet worden aangenomen dat de Ondernemingskamer in de onderhavige beschikking ten onrechte tot hoofdelijkheid concludeert, terwijl beide bestuurders juist niet ieder voor het geheel van deze kosten aansprakelijk zijn.²¹

Varia

Economisch eigendom en Stichting Administratiekantoor

Uit de beschikking van de Ondernemingskamer van 9 december 1999, JOR 2000/33 (Wessel/Sito en Besin) volgt dat de positie van verzoekster, economisch eigenaar van 25% van de aandelen gelijk is aan die van een certificaathouder. De Ondernemingskamer gaat er op die grond van uit dat verzoekster in haar verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen ontvankelijk is, temeer nu zij (voorwaardelijk) een verzoek tot het instellen van een onderzoek heeft ingesteld. Geerts stelt zich in Ondernemingsrecht 2000-9, pagina 251-253, op het standpunt dat de Ondernemingskamer van oordeel is dat de economisch eigenaar die aan de kapitaaleis van artikel 2:346 sub b BW voldoet een enquête en (voorlopige voorzieningen) kan verzoeken. De Ondernemingskamer stelt dat de positie van de economisch eigenaar gelijk is aan die van de houder van certificaten en past artikel 2:346 sub b BW naar analogie toe. De motivering van deze beslissing is volgens Geerts summier. Geerts is van oordeel dat de Ondernemingskamer waarschijnlijk heeft bedoeld te zeggen dat de positie van de economisch eigenaar wat betreft het voor het enquêterecht beslissende punt gelijk is te stellen aan die van een houder van certificaten, aangezien zij beide verschaffers zijn van risicodragend kapitaal. Voorts stelt Geerts dat er nog een geheel andere reden was om verzoekster ontvankelijk te verklaren. In de tussen de juridische en economische eigenaar gesloten overeenkomst zijn alle aan het aandeel verbonden rechten aan de economische eigenaar 'overgedragen', waaronder het recht tot indiening van een enquêteverzoek.

In de beschikking van de Ondernemingskamer van 30 december 1999, JOR 2000/34 (Naaykens) is verzoekster niet ontvankelijk verklaard in haar verzoek jegens een Stichting Administratiekantoor, welke niet een rechtspersoon is in de zin van artikel

2:344, sub b, BW, namelijk geen stichting met rechtspersoonlijkheid die een onderneming in stand houdt waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld. Het enquêterecht geldt derhalve niet ten aanzien van het zuivere Stichting Administratiekantoor.

Bindende kracht van enquêtebeslissing

De vaststelling door de Ondernemingskamer dat is gebleken van wanbeleid heeft bindende kracht in andere procedures voor de bestuurders en commissarissen die in de enquêteprocedure zijn verschenen en verweer hebben gevoerd, aldus de Hoge Raad in de OGEM-beschikking (HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466). In de recente Verto-zaak (Gerechtshof 's-Gravenhage 6 april 1999, JOR 1999/142 m.nt. Van Solinge) is de vraag aan de orde of dit tevens geldt indien van wanbeleid geen sprake is. In eerste aanleg overweegt de rechtbank dat van aansprakelijkheid geen sprake kan zijn indien niet tevens wanbeleid is vastgesteld. De rechtbank oordeelt dat zij de aansprakelijkheid niet zelfstandig hoeft te toetsen. Het Hof bevestigt dat de OGEM-regel ook geldt in de situatie dat de Ondernemingskamer geen wanbeleid heeft vastgesteld. Volgens het Hof is het eenmaal gegeven oordeel over wanbeleid of geen wanbeleid bindend en daarmee bewijsrechtelijk van belang in een latere aansprakelijkheidsprocedure; wel zal de aansprakelijkheidsrechter zelfstandig moeten beoordelen in welke mate het uitgesproken oordeel van de Ondernemingskamer in de enquêteprocedure van betekenis is voor de individuele rol en aansprakelijkheid van de bestuurder of commissaris.

Schriftelijk kenbaar maken van bezwaren

Op grond van artikel 2:349 lid 1 BW zijn verzoekers en de procureur-generaal niet ontvankelijk, indien niet blijkt dat zij schriftelijk tevoren hun bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken hebben kenbaar gemaakt aan het bestuur en de raad van commissarissen. In bepaalde gevallen lijkt deze regeling echter uitzondering, bijvoorbeeld als in de notulen van een bestuursvergadering melding wordt gemaakt van conflicten binnen het bestuur of indien de conflicten breder in de onderneming kenbaar zijn geworden. In dat geval hoeven zij de bezwaren niet tevoren kenbaar te maken (zie de beschikking van de Ondernemingskamer van 25 februari 2000, JOR 2000/75 (Robot, Medovaa/Medisch Centrum voor Esthetische Geneeskunde)).

Enquêterecht in beweging

Resumé

Uit de bovenstaande uitspraken kan worden afgeleid dat het enquêterecht volop in beweging is, hetgeen op tal van rechtsgebieden vernieuwende jurisprudentie oplevert. Niet iedereen is even enthousiast over de vrijheid die de Ondernemingskamer zich in toenemende mate permitteert.²² Er is vooralsnog geen aanleiding om aan te nemen dat de Hoge Raad de opstelling van de Ondernemingskamer onverkort accepteert. De legistische benadering van de Hoge Raad lijkt daaraan in de weg te staan. Het bedrijfsle-

ven en de advocatuur daarentegen zijn echter gebaat bij de snelle, praktische en voortvarende handelwijze van de Ondernemingskamer, en nemen naar alle waarschijnlijkheid de eventuele nadelen – zoals rechtsonzekerheid – op de koop toe. Dit spanningsveld zal de komende tijd de gemoederen naar alle waarschijnlijkheid bezighouden.

Mr. O.L.M. Heuts en mw. mr. C. S. Goedèl zijn advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

- 1 Ch.E. Honée, *Ondernemingsrecht* 2000-1, p. 13.
- 2 Kritisch hierover: J.B. Huizink, *TvI*, 1998/6, p. 116.
- 3 Zo meent P.G.F.A. Geerts (*Ondernemingsrecht* 2000-2, p. 57) dat de Ondernemingskamer het enquêterecht te ver heeft opgerekend en voor de bevoegdheid van de curator om bij de gefailleerde vennootschap een enquête te entameren een wetswijziging vereist zou zijn; in zijn noot onder de beschikking van de Hoge Raad in De Haan Beheer BV/Hamm q.q. benadrukt S.C.J.J. Kortmann dat de wettelijke regeling de curator geen ruimte biedt om een enquête in te dienen met betrekking tot de vennootschap waarvan hijzelf tot curator is benoemd.
- 4 Zie voorts OK 22 juni 2000, JOR 2000/173, waarin de Ondernemingskamer volhardt in haar oordeel dat verzoekster een onderzoek kan vragen naar haar eigen beleid en gang van zaken.
- 5 Kamerstukken 22 400, nr. 3, p. 13 en Handelingen TK 4 mei 1993, p. 4665 en 4670.
- 6 Geerts, *TVVS* 1998/9.
- 7 Geerts, *TVVS* 1998/9: 'Indien sprake is van een verzoek tot het vaststellen van wanbeleid dat met name door het bestuur is gevoerd, moet de weg van artikel 2:146 (256) BW worden gevolgd'.
- 8 Zie in dat verband Geerts, *Ondernemingsrecht* 1999-2, p. 56 e.v. en de daar vermelde literatuur.
- 9 Zie *De NV* 74/2 februari 1996.
- 10 Geerts, *Ondernemingsrecht* 2000-8, is van oordeel dat een concernonderzoek beduidend verder gaat dan het enkel inwinnen van informatie. Het toewijzen van een concernonderzoek dient gelet op de tekst en de strekking van de wet slechts in uitzonderlijke gevallen te geschieden.
- 11 OK 3 maart 1999, JOR 1999/87, OK 22 maart 1999, JOR 1999/88, OK 27 april 1999, JOR 1999/105, en OK 27 mei 1999, NJ 1999, 487, LVMH/Gucci.
- 12 De Hoge Raad volgt daarmee de conclusie van de Plaatsvervangend Procureur-Generaal Mok.
- 13 Zie voor een kritische benadering van de Gucci-beschikkingen van de Ondernemingskamer: S. Bartman, *Ondernemingsrecht* 1999, p. 138 e.v. en p. 249 e.v.; W.J. Slagter, *WPNR* 1999/6380.
- 14 Zie o.a. *FD* 28 september 2000, p. 1 en 3.
- 15 Zie bijvoorbeeld OK 26 januari 1978, *TVVS* 1978, p. 251; 1 mei 1980, NJ 1981, 243; 4 februari 1993, NJ 1993, 413; 14 januari 1993, NJ 1993, 460; 6 januari 1994, NJ 1995, 119; 16 februari 1994, NJ; *Maandblad NV* 73, p. 88.
- 16 Zie over deze beschikking tevens R. van Buuren, *V&O* 2000, p. 98 e.v. en J.M. Blanco Fernandez in zijn noot onder deze beschikking, JOR 2000, 72.
- 17 Zie tevens de beschikkingen van 9 december 1999, JOR 2000/95, 13 januari 2000, JOR 2000/96 en 6 januari 2000, JOR 2000/53.
- 18 Zie Leijten, *Ondernemingsrecht* 1999-9.
- 19 De Ondernemingskamer heeft daarenboven recent geoordeeld dat toepassing van de statutaire geschillenregeling verworpen moet worden ingeval deze telkenmale een impasse zal moeten doorbreken (OK 18 mei 2000, JOR 2000/172, zie ook OK 11 november 1999, JOR 2000/31).
- 20 Zie hierover Geerts, *Ondernemingsrecht* 1999-9, p. 252, die meent dat het oordeel of een bestuurder of commissaris verantwoordelijk is voor een onjuist beleid ook mag worden gebaseerd op hetgeen partijen in de procedure tot het treffen van voorzieningen na enquête hebben aangevoerd.
- 21 Zie volledigheidshalve de twee volgende uitspraken van de Ondernemingskamer van (i) 10 september 1998, JOR 1999/3 (Visser/Stroopwafels), waarin de Ondernemingskamer overweegt dat zij geen aanleiding ziet te beslissen over de kosten van de procedure, nu partijen in der minne hun geschillen hebben geregeld inhoudende tevens de afspraak dat zij over en weer niets meer van elkaar te vorderen hebben, en (ii) 22 juni 2000, JOR 2000/173 (De Vries Robbé) waarin de Ondernemingskamer overweegt dat het verzoek om de kosten van het onderzoek te splitsen in twee gedeelten strandt op het gegeven dat het – systeem van het – enquêterecht voor toewijzing ervan geen ruimte biedt.
- 22 Zie Van Solinge, *Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid, Drie Nijmeegse redes*, p. 37-64, Serie Van der Heijden Instituut, deel 59.