
Ontvankelijkheid enquête- verzoek door de rechtspersoon en curator

HR 1 februari 2002, JOR 2002, 29

In de afgelopen jaren heeft de Ondernemingskamer jurisprudentie ontwikkeld volgens welke de rechtspersoon bevoegd was om een verzoek tot enquête naar het beleid en de gang van zaken bij zichzelf in te dienen. Parallel aan die ontwikkeling ontstond een jurisprudentieel waarin de curator van een rechtspersoon bevoegd werd geacht om een enquête bij die rechtspersoon en het treffen van onmiddellijke voorzieningen te verzoeken. Recentelijk heeft de Hoge Raad echter bepaald dat een rechtspersoon niet bevoegd is om een verzoek tot enquête bij zichzelf in te dienen. Hierna zal deze ontwikkeling worden beschreven. Vervolgens wordt bezien of het De Vries Robbé-arrest gevolgen heeft voor de mogelijkheid van een verwerende rechtspersoon om een reconventionele vordering in te stellen in een enquêteprocedure.

Ontvankelijkheid verzoek rechtspersoon

In diverse beschikkingen heeft de Ondernemingskamer bepaald dat een rechtspersoon bevoegd is om een enquête bij zichzelf uit te lokken (vergelijk Hof Amsterdam (OK) 6 februari 1997, rekestnr. 115/97, n.g., 21 oktober 1999, JOR 2000, 6, 15 november 2001, JOR 2002, 6). Ook in de De Vries Robbé-zaak (Hof Amsterdam (OK) 20 april 2000, JOR 2000, 124 en 22 juni 2000, JOR 2000, 173) oordeelde de Ondernemingskamer dat de rechtspersoon ontvankelijk was in zijn verzoek. De Ondernemingskamer overwoog dat de enkele omstandigheid dat het enquêteverzoek was

ingediend door de rechtspersoon die onderwerp van het verzochte onderzoek zou zijn, dat niet anders maakte.

De Hoge Raad (HR 1 februari 2002, JOR 2002, 29) oordeelt anders. Hij overweegt dat uit de tekst en de wetsgeschiedenis van artikel 2:345 BW volgt dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête alleen toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend. Naar het oordeel van de Hoge Raad volgt uit de tekst en strekking van artikel 2:346 BW dat deze opsomming *limitatief* is. De rechtspersoon wordt in die opsomming niet vermeld.

Plaatsvervangend procureur-generaal Mok merkt in zijn conclusie op dat de rechtspersoon wel bevoegd kan zijn tot het vragen van een enquête bij zichzelf op grond van bezit van voldoende eigen aandelen of een statutaire bepaling (vergelijk art. 2:346 sub b en c BW).

De Hoge Raad volgt de plaatsvervangend procureur-generaal echter niet. De Hoge Raad acht het in strijd met de strekking van artikel 2:346 aanhef en sub c BW om tot degenen aan wie daartoe bij statuten of bij overeenkomst de bevoegdheid kan worden toegekend, ook de rechtspersoon te rekenen die voorwerp moet zijn van het onderzoek. Ook artikel 2:349 BW wijst er volgens de Hoge Raad op dat de rechtspersoon niet bevoegd is een verzoek te doen dat betrekking heeft op zichzelf. Dat artikel bepaalt immers dat verzoekers tot het houden van een enquête niet-ontvankelijk zijn indien zij de rechtspersoon niet de gelegenheid hebben gegeven zelf de gerezen bezwaren te onderzoeken.

Terecht wijst de plaatsvervangend procureur-generaal erop dat een rechtspersoon zich tot de advocaat-generaal bij het Gerechtshof Amsterdam kan wenden met het verzoek om een enquêteverzoek in te dienen. In dat geval is het echter niet de rechtspersoon zelf die het verzoek indient, maar de advocaat-generaal.

Ontvankelijkheid verzoek curator

Het is relevant te bezien welke gevolgen het De Vries Robbé-arrest heeft voor de ontvankelijkheid van een curator in een verzoek tot enquête bij de failliete rechtspersoon waarvan hij als curator is benoemd.

De ontvankelijkheid van een curator in zijn verzoek tot het houden van een enquête bij de failliete vennootschap speelde voor het eerst in de Village Scaldia-zaak (Hof Amsterdam (OK) 23 april 1998, JOR 1998, 92, zie ook G.J. Vels, V&O 1998, p. 70-72). In die zaak ging het om de vraag of een curator ontvankelijk is in een verzoek tot vaststelling van wanbeleid – de tweede fase van de enquêteprocedure. De Ondernemingskamer bepaalde dat hoewel de

rechtspersoon niet in artikel 2:355 BW wordt genoemd, niettemin op grond van het systeem en de strekking van de wet moet worden aangenomen dat de rechtspersoon die bevoegdheid heeft. De Ondernemingskamer motiveerde dat met verwijzing naar het belang dat een rechtspersoon kon hebben bij het vaststellen van wanbeleid, de mogelijkheid dat een rechtspersoon ingevolge artikel 2:355 BW die bevoegdheid bij overeenkomst aan derden kon verschaffen, en de bevoegdheid van de rechtspersoon ex artikel 2:354 BW. Omdat de curator de rechtspersoon representeert, achtte de Ondernemingskamer hem ontvankelijk in zijn verzoek.

In Hof Amsterdam (OK) 4 november 1999, JOR 2000, 7 (HAF, zie G.M. Menon, V&O 2000, p. 4-7) waren de curatoren die een verzoek tot enquête bij de failliete vennootschap indienden, ontvankelijk. Ten overvloede werd overwogen dat de daartegen door de commissarissen aangevoerde redenen – de curator wordt niet genoemd in de artikelen 2:346 en 347 BW en de Village Scaldia-zaak zag slechts op een verzoek tot vaststelling van wanbeleid – niet tot niet-ontvankelijkheid leidden.

Uit het De Vries Robbé-arrest volgt naar mijn mening echter dat een curator niet langer ontvankelijk verklaard kan worden in een verzoek tot het houden van een enquête bij de failliete vennootschap waarvan hij curator is. Immers, de curator komt niet voor in de opsomming van artikel 2:346 BW, die de Hoge Raad limitatief acht. Bovendien leidde de Ondernemingskamer de ontvankelijkheid van een curator af van de ontvankelijkheid van de rechtspersoon. Nu de Hoge Raad heeft bepaald dat de rechtspersoon niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, vervalt mijns inziens ook die grondslag voor de ontvankelijkheid van de curator.

In dit verband is relevant dat de Hoge Raad in de De Haan-zaak (HR 19 mei 1999, JOR 1999, 170, zie voor de overwegingen van de OK ook E.E.U. Vroom, V&O 1998, p. 23-24) oordeelde dat een curator van een vennootschap wel ontvankelijk was in zijn verzoek tot enquête bij de – failliete – dochtervennootschappen van die failliete vennootschap.

De concernstructuur is derhalve bepalend voor de vraag of een curator een enquêteverzoek kan indienen.

Reconventioneel verzoek mogelijk?

De verweerder tegen het enquêteverzoek is de rechtspersoon waartegen het verzoek zich richt. De vraag kan worden opgeworpen of de verwerende rechtspersoon een reconventioneel verzoek zou kunnen indienen. Het zou dan met name gaan om voorlopige voor-

zeningen, zoals een tijdelijke schorsing van stemrecht op aandelen.

De enquêteprocedure is een verzoekschriftprocedure. Ingevolge artikel 282 lid 4 Rv kan iedere belanghebbende bij verzoekschrift een zelfstandig – reconventioneel – verzoek indienen. Een enquêteverzoek en een verzoek tot voorlopige voorzieningen (zie art. 2:349a BW) kunnen echter slechts worden ingediend door de in de artikelen 2:346 en 347 BW aangeduide personen. Volgens het De Vries Robbé-arrest kan de verwerende rechtspersoon derhalve ook geen reconventioneel verzoek tot het houden van een enquête dan wel voorlopige voorzieningen indienen. De Ondernemingskamer heeft eerder dergelijke reconventionele verzoeken wel ontvankelijk geoordeeld. Ingevolge artikel 2:354 BW kan de verwerende rechtspersoon overigens wel een – voorwaardelijk – reconventioneel verzoek tot verhaal van de kosten van het onderzoek op de verzoekers instellen.

Een reconventioneel verzoek kan in ieder geval worden ingediend door belanghebbenden die voldoen aan de vereisten van de artikelen 2:346 en 347 BW, zoals door een aandeelhouder die ten minste 10% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt (vergelijk Heprofor Prior/Carl Prior, Hof Amsterdam (OK) 19 november 1998, JOR 1999, 138, Hof Amsterdam (OK) 4 november 1999, JOR 2000, 8).

*Mr. drs. D.A.M.H.W. Strik
NautaDutilh, Corporate Litigation*
