

De Ondernemingskamer mag ultra petitem beslissen

Inleiding

In de Zwagerman II-zaak heeft de Hoge Raad onder meer bepaald dat de Ondernemingskamer andere voorzieningen kan opleggen dan de voorzieningen waar partijen om hebben verzocht. Hierna zullen deze beschikking en de gevolgen daarvan voor de omvang van de rechtsstrijd tussen partijen worden geschetst. Ook wordt ingegaan op de noodzaak een belanghebbende een parallel verzoek te laten indienen indien andere voorzieningen dan waarom de verzoeker heeft verzocht, gewenst zijn.

Zwagerman II: Ondernemingskamer mag ultra petitem beslissen

Indien uit het verslag van de enquêteurs is gebleken van wanbeleid, kan de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:355 BW (definitieve) voorzieningen treffen. Ten grondslag aan het treffen van deze definitieve voorzieningen moet een verzoek liggen van de oorspronkelijke verzoekers, de in artikel 2:355 BW omschreven anderen of de advocaat-generaal. Een limitatieve opsomming van de mogelijke voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen, geeft artikel 2:356 BW.

In de jurisprudentie en literatuur is bepaald dat door de verzoeker in de tweede fase van de enquêteprocedure niet hoeft te worden gespecificeerd om welke voorzieningen wordt verzocht. Volgens de Hoge Raad (HR 4 november 1987, NJ 1988, 578 en HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Text Lite)) moet de Ondernemingskamer indien sprake is van wanbeleid uitgebreide mogelijkheden hebben om dit te beëindigen en de gevolgen daarvan weg te nemen dan wel te beperken. In de literatuur (o.a. Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 533 en Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 2001, p. 313) is betoogd dat als een verzoek tot het treffen van voorzieningen bij de Ondernemingskamer is neergelegd, deze instantie ook de bevoegdheid heeft om andere voorzieningen te treffen dan waarom is verzocht en ook om meer te voorzien dan waarom is verzocht.

De Ondernemingskamer oordeelde in de Zwagerman I-zaak dat sprake was van wanbeleid bij Zwagerman Beheer (Hof Amsterdam (OK) 30 november 2000, JOR 2001, 4). De Ondernemingskamer benoemde een com-

missaris voor de duur van één jaar en bepaalde dat deze commissaris de bevoegdheden had van een commissaris bij een structuurvennootschap, hoewel het hier niet om een structuurvennootschap ging. Vervolgens is de Ondernemingskamer verzocht deze benoeming van de commissaris te verlengen met dertien maanden. De verzoekers formuleerden hun verzoek aldus dat bij de verlenging van diens benoeming zijn bevoegdheden zouden moeten worden beperkt tot die van een 'gewone' commissaris, omdat aan ruimere bevoegdheden in de praktijk geen behoefte leek te bestaan. De Ondernemingskamer heeft daarop bij beschikking een voorziening getroffen waarin de duur van de benoeming van de commissaris werd verlengd, waardoor de commissaris – in afwijking van het verzoek – de ruimere bevoegdheden van een commissaris bij een structuurvennootschap zou behouden (kenbaar uit HR 4 oktober 2002, JOR 2002, 214). Tegen deze beschikking is cassatie ingesteld.

Het voor dit artikel relevante cassatiemiddel richt zich tegen deze door de Ondernemingskamer opgelegde voorziening. De Hoge Raad oordeelt dat de beslissing van de Ondernemingskamer niet in stand kan blijven nu deze op onjuiste lezing van het verzoek is gebaseerd en het niet mogelijk is bij wijze van definitieve beschikking een commissaris te benoemen met bevoegdheden van een structuurcommissaris, terwijl de vennootschap geen structuurvennootschap is (vergelijk HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79). Van belang is dat de Hoge Raad in een obiter dictum opmerkt dat de Ondernemingskamer bevoegd is andere voorzieningen te treffen dan die waarom is verzocht, doch zulks in het algemeen slechts zal mogen doen indien daartoe voldoende gronden bestaan, waarvan in de motivering melding gemaakt dient te worden. Hier (be)vestigt de Hoge Raad dus de ultra petitem-beslissingsruimte van de Ondernemingskamer.

Gevolgen omvang rechtsstrijd

De beschikking van de Hoge Raad heeft tot gevolg dat noch voor de verzoeker, noch voor de verweerder in de enquêteprocedure bij voorbaat de grenzen van de rechtsstrijd bepaald zijn; nu het voor de Ondernemingskamer mogelijk is ultra petitem te beslissen kan een voorziening worden opgelegd die door beide partijen niet is verzocht en mogelijk ook niet is gewild. Dit kan belangrijke

gevolgen hebben voor de mogelijkheid van partijen en niet verschenen belanghebbenden om hun zienswijze terzake naar voren te brengen, afhankelijk van in hoeverre het gebruik van deze min of meer autonome beslissingsruimte door de Ondernemingskamer tijdens de procedure voor partijen kenbaar is geworden. Het afwijken van de door partijen verzochte voorzieningen zonder dat de Ondernemingskamer partijen de mogelijkheid dat zo'n afwijkende voorziening zou worden opgelegd is voorgehouden, zou tot gevolg hebben dat partijen terzake niet hun zienswijze naar voren kunnen brengen. Dit zou een schending van het beginsel van hoor en wederhoor, zoals neergelegd in artikel 19 Rv, inhouden. Daaraan doet niet af dat er voldoende gronden moeten zijn voor een dergelijke afwijking, die de Ondernemingskamer in haar beschikking dient te motiveren. Dit klemmt des te meer nu in een enquêteprocedure de Ondernemingskamer de eerste en laatste feitelijke instantie is.

Naar onze mening volgt uit de beginselen van de goede procesorde dat de Ondernemingskamer partijen het ter zitting dient voor te houden indien zij een afwijkende voorziening overweegt op te leggen en hun de mogelijkheid dient te geven hun zienswijze over die mogelijke voorziening naar voren te brengen.

Uit de Zwagerman II-beschikking zou echter kunnen worden afgeleid dat de Ondernemingskamer daartoe niet gehouden is. De Hoge Raad overwoog in verband met het regelen van de gevolgen van een door de Ondernemingskamer getroffen voorziening dat, nu over die kwestie in algemene zin bij de mondelinge behandeling was gesproken, de Ondernemingskamer niet gehouden was aan verweerster uitdrukkelijk een reactie te vragen. Volgens de Hoge Raad had het op de weg van de verweerster gelegen eventuele bezwaren die zij wilde aanvoeren, zelf naar voren te brengen.

Het blijkt derhalve van groot belang voor partijen om, indien de Ondernemingskamer ter zitting zinspeelt op een mogelijke afwijkende voorziening, onverwijld en desnoods ongevraagd te reageren indien zij menen dat een dergelijke voorziening onwenselijk is.

Een ander gevolg van ultra petitum-jurisprudentie is dat een belanghebbende die zich niet in de procedure heeft gevoegd, onaangenaam kan worden verrast indien de Ondernemingskamer een andere voorziening treft dan is verzocht door partijen. Indien de Ondernemingskamer op eigen initiatief buiten het kader van het verzoek bijvoorbeeld beslist om een niet verschenen bestuurder te

ontslaan of te schorsen, dan heeft de bestuurder niet alleen daartegen in eerste aanleg geen verweer kunnen voeren, bovendien volgt uit artikel 2:359 BW dat de niet verschenen bestuurder niet in cassatie kan gaan. Het onverwacht ultra petitum opleggen van een dergelijke voorziening, zonder dat de belanghebbende daarop in de procedure zijn zienswijze naar voren heeft kunnen brengen, lijkt in strijd te zijn met artikel 6 EVRM.

'Reconventioneel' verzoek

Hoewel formeel een ander onderwerp, houdt de ultra petitum-problematiek nauw verband met de (on)mogelijkheid van de verwerende rechtspersoon in een enquêteprocedure zelf een verzoek tot het treffen van maatregelen in te dienen. Na de De Vries Robbé-beschikking is wel geconcludeerd (HR 1 februari 2002, JOR 2002, 29, zie noot M.W. Josephus Jitta, en V&O 2002, p. 88) dat het niet mogelijk is voor de rechtspersoon om een 'reconventioneel' verzoek tot het treffen van voorzieningen in te dienen (anders: P.G.F.A. Geerts in *Ondernemingsrecht* 2002, p. 145-146). De Ondernemingskamer heeft over het indienen door de rechtspersoon van een 'reconventioneel' verzoek (nog) geen principieel standpunt ingenomen.

Recentelijk is in de Tjip-zaak (Hof Amsterdam (OK) 24 oktober 2002, ARO 2002, 172) door de verwerende vennootschap een 'reconventioneel' verzoek ingediend, dat gevoegd werd behandeld. Daarnaast werd door een aandeelhouder ex artikel 2:346 sub b BW een parallel verzoek ingediend. In deze zaak overwoog de Ondernemingskamer dat de vennootschap geen – redelijk – belang had bij een beslissing op haar – als reconventioneel aangeduid – verzoek tot het gelasten van een onderzoek, en derhalve in het midden kon blijven óf, indien zulks anders ware, haar verzoek voor toewijzing vatbaar zou zijn. Het verzoek van de vennootschap werd op die grond afgewezen (dus: geen niet-ontvankelijkverklaring!). De andere partijen hadden ter zitting overeenstemming bereikt over de te treffen voorziening. Die voorziening werd getroffen op grond van de verzoeken van zowel de aanvankelijke verzoeker als de tweede verzoeker, wiens verzoek gelijk was aan het 'reconventionele verzoek' van de vennootschap.

Het is jammer dat de Ondernemingskamer deze principiële vraag niet heeft beantwoord. Op basis van de Zwagerman II-beschikking zou kunnen worden gesteld dat deze vraag niet beantwoord hoeft te worden, aangezien de Ondernemingskamer buiten het petitum kan beslissen. De Ondernemingskamer kan op grond van de gehoorde argumenten tijdens de zitting en alle belangen

afwegende een dusdanige andere voorziening dan de verzochte treffen dat het voor een verwerende vennootschap niet noodzakelijk is een ‘reconventioneel’ verzoek in te stellen; zij zou ermee kunnen volstaan om binnen het kader van het verweer de Ondernemingskamer in overweging te geven een ‘andere’ voorziening te geven.

Met name met het oog op cassatie kan het echter zinvol zijn om een andere – ex artikel 2:346 en 347 BW bevoegde – belanghebbende een verzoek tot het treffen van voorzieningen te laten instellen. Indien de Ondernemingskamer vervolgens een beslissing neemt die buiten het petitum valt en niet deugdelijk is gemotiveerd, is het in dat geval nog mogelijk om in cassatie daartegen een motiveringsklacht in te dienen. Daarentegen is het voor de verwerende vennootschap in cassatie niet mogelijk om een klacht in te dienen tegen een niet of gebrekkig gemotiveerd voorbijgaan van de Ondernemingskamer aan in het verweerschrift gesuggereerde andere voorzieningen. De verwerende rechtspersoon zou voor wat de opgelegde voorzieningen betreft in cassatie slechts een beroep kunnen doen op het ongemotiveerd passeren door de Ondernemingskamer van de in het verzoek van haar wederpartij voorgestelde voorzieningen.

Mr. K. Rutten
Mr. drs. D.A.M.H.W. Strik
NautaDutilh