

# De Scheipar-beschikking

## Inleiding

Op 3 mei 2002 is bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam (hierna: de OK) een verzoek ingediend tot het gelasten van een enquête naar het beleid en de gang van zaken van Scheipar B.V. (hierna: Scheipar). De OK heeft in haar beschikking van 7 augustus 2002 dit onderzoek bevolen.<sup>1</sup> Tegen de beschikking van de OK is cassatie ingesteld. In zijn beschikking van 6 juni 2003 gaat de Hoge Raad in op de volgende vragen:<sup>2</sup>

1. Wie kan in de enquêteprocedure als belanghebbende in de zin van artikel 282 lid 1 Rv worden aangemerkt?
2. Is een zogenoemd economische certificaathouder bevoegd de OK te verzoeken een enquête te gelasten?
3. Mag de OK zonder een daartoe strekkend verzoek van de onderzoeker een machtiging ex artikel 2:351 BW geven tot het raadplegen van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers?

## Feiten

Scheipar is in 1993 opgericht en houdt een belang van 30% in de naar Frans recht opgerichte vennootschap SNF S.A. (hierna: SNF). Naast Scheipar houden Issaurat 34,97% en Pich 35,05%<sup>3</sup> van de aandelen in het kapitaal van SNF. Alle geplaatste aandelen in Scheipar worden gehouden door Stichting Administratiekantoor Scheipar (hierna: de Stichting). Het bestuur van Scheipar en van de Stichting werd tot eind januari 2002 gevormd door MeesPierson Trust. De raad van commissarissen van de Stichting bestaat uit Pich

- 
1. Hof Amsterdam (OK) 7 augustus 2002, JOR 2002, 193 m.nt. Josephus Jitta.
  2. HR 6 juni 2003, JOR 2003, 161 m.nt. Josephus Jitta en NJ 2003, 486 m.nt. Maeijer. De beschikking is eveneens besproken door P.D. Olden en C.C. Borgart in *Ondernemingsrecht* 2003, p. 385.
  3. De beschikking spreekt over een belang van 35,05%, hoewel de optelsom leidt tot een overschrijding van 100%.

en Issaurat. Blijkens de statuten van de Stichting kan de raad van commissarissen slechts besluiten nemen bij meerderheid van stemmen en indien beide commissarissen hun stem hebben uitgebracht. Voorts dient de raad van commissarissen het bestuur van de Stichting goedkeuring te verlenen voor de besluiten die zion op het uitoefenen van het stemrecht in de algemene vergadering van aandeelhouders van Scheipar. MeesPierson Trust is naar aanleiding van een geschil tussen de commissarissen van de Stichting, Pich en Issaurat eind januari 2002 afgetreden als bestuurder van Scheipar en van de Stichting. Tot benoeming van een nieuwe bestuurder bij die rechtspersonen is het niet gekomen. Alle geplaatste aandelen van Scheipar zijn gecertificeerd. Houdster van alle certificaten is Credit Lyonnais Luxembourg S.A. (hierna: CLL). Volgens een niet-ondertekend *Contrat Fiduciaire* houdt CLL 2500 certificaten voor rekening en op instructie van Issaurat, alsmede 2500 certificaten voor rekening en op instructie van Pich.

Sinds 1995 bestaat er verschil van mening tussen Issaurat en Pich, voornamelijk over het beleid van Scheipar als aandeelhouder van SNF. Issaurat stelt zich op het standpunt dat een groter deel van de door SNF behaalde winst dient te worden uitgekeerd aan de aandeelhouders van SNF. Hij verwijt Pich dat deze door middel van zijn meerderheidspositie in de algemene vergadering van aandeelhouders van SNF bewerkstelligt dat de winst van SNF bijna geheel wordt toegevoegd aan de reserves. Het gevolg van de door tussen Issaurat en Pich ontstane impasse is onder andere dat (1) de organen van Scheipar en de Stichting niet meer tot besluitvorming komen, en (2) beide rechtspersonen niet meer over een bestuur beschikken.

Issaurat heeft op 3 mei 2002 bij de OK het verzoek ingediend dat strekt tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Scheipar. Pich heeft vervolgens cassatie ingesteld tegen de beschikking van de OK van 7 augustus 2002, waarin de OK een enquête gelast. Hij voert in cassatie onder andere aan dat de OK MeesPierson Trust ten onrechte heeft aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 282 lid 1 Rv. Voorts bestrijdt Pich dat Issaurat heeft te gelden als certificaathouder in de zin van artikel 2:346 BW en uit dien hoofde bevoegd zou zijn tot het indienen van het enquêteverzoek. Tot slot voert Pich aan dat de OK een machtiging ex artikel 2:351 BW tot raadpleging van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers niet ambtshalve of op verzoek van partijen mag geven, maar slechts op verzoek van de onderzoeker.

#### Wie kwalificeert als belanghebbende in de enquêteprocedure?

Conform het verzoek van Issaurat heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid van Scheipar over de periode vanaf 22 april 1993. Zoals reeds opgemerkt was MeesPierson Trust in die periode tot eind januari 2002 bestuurder van Scheipar (en van de Stichting). Pich voert in cassatie aan dat MeesPierson Trust in de eerste fase van de enquêteprocedu-

re niet kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 282 lid 1 Rv, nu zij ten tijde van de indiening van het verzoekschrift geen enkele functie meer bij Scheipar vervulde. Pich betoogt – met verwijzing naar HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 149 – dat een derde slechts in geval van een specifiek en concreet nadeel belanghebbende kan zijn. Het is volgens Pich in casu niet aannemelijk dat MeesPierson Trust als voormalige bestuurder in de eerste fase van de enquêteprocedure een specifiek en concreet nadeel kan verwachten. Tijdens de eerste fase van de enquêteprocedure wordt namelijk slechts beoordeeld of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van de vennootschap te twijfelen en of er al dan niet een onderzoek moet komen naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. In die procedure worden geen rechten en verplichtingen van (voormalige) bestuurders vastgesteld.<sup>4</sup> Ook de verzochte en door de OK getroffen onmiddellijke voorzieningen geven geen aanleiding tot een specifiek en concreet nadeel voor MeesPierson Trust. Er is volgens Pich daarom geen reden waarom MeesPierson Trust in de eerste fase van de enquêteprocedure als belanghebbende in de zin van artikel 282 lid 1 Rv zou moeten worden aangemerkt.

#### Overwegingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad stelt voorop dat in artikel 282 lid 1 Rv niet in het algemeen is aangegeven wie tot de kring van belanghebbenden zijn te rekenen. De Hoge Raad herhaalt dat dit uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen moet worden afgeleid.<sup>5</sup> De Hoge Raad overweegt vervolgens dat bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende is, een rol zal spelen (1) in hoeverre deze door de uitkomst van een procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen, dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, of (2) in hoeverre deze anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen. De Hoge Raad concludeert dat, gelet op de voornoemde maatstaf en het doel van de enquêteprocedure, moet worden aangenomen dat een voormalige bestuurder van de rechtspersoon die onderworpen dreigt te worden aan een onderzoek naar in het verleden mede door deze bestuurder gevoerd beleid, als belanghebbende kan worden aangemerkt. Deze bestuurder zal immers voor dat beleid – over de periode die hem aangaat – persoonlijk verantwoordelijk kunnen worden gehouden. De Hoge Raad overweegt voorts dat er geen reden is om te dezer zake onderscheid te maken tussen de eerste fase van de enquêteprocedure, waarin moet worden beoordeeld of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, en de tweede fase, waarin moet worden beoordeeld of van wanbeleid sprake is geweest en welke gevolgen daaraan eventueel moeten worden verbonden.

4. Vgl. EHRM 19 maart 2002, JOR 2002, 271 (Text Lite).

5. HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 149.

*Bespreking van de overwegingen van de Hoge Raad*

De enquêteprocedure is een verzoekschriftprocedure. De procedurele regels voor de verzoekschriftprocedure zijn neergelegd in de artikelen 261-291 Rv. Artikel 282 lid 1 Rv bepaalt onder andere dat iedere belanghebbende tot de aanvang van de behandeling, of indien de rechter dit toestaat, in de loop van de behandeling, een verweerschrift kan indienen. De vraag is aan welke materiële criteria een derde dient te voldoen om als belanghebbende te worden aangemerkt. In zijn arrest van 25 oktober 1991 stelt de Hoge Raad dat wie tot de belanghebbenden zijn te rekenen, dient te worden afgeleid uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen.<sup>6</sup> In die zaak ging het om een procedure ex artikel 2:317 lid 5 BW. Krachtens dit artikel behoeft een besluit tot fusie van een stichting in beginsel de goedkeuring van de rechtbank. De Hoge Raad oordeelde dat een persoon die behoort tot de kring van de bij de stichting betrokkenen, zoals een oprichter of iemand die ten tijde van de totstandkoming van het fusiebesluit deel uitmaakt van een van de organen van de stichting, in beginsel als belanghebbende moet worden aangemerkt. Een niet tot deze kring behorende (rechts)persoon kan slechts dan als belanghebbende worden aangemerkt, wanneer de goedkeuring van het fusiebesluit zou leiden tot een specifiek en concreet nadeel voor hem in zijn betrekkingen tot de stichting. In zijn cassatieklacht zoekt Pich aansluiting bij deze zogenoemde kringenleer.

De uitgangspunten van deze kringenleer kunnen eveneens worden teruggevonden in het oordeel van de Hoge Raad inzake Scheipar, zij het dat de Hoge Raad het begrip 'belanghebbende' in de zin van artikel 282 Rv wat ruimer lijkt uit te leggen dan in het arrest van 1991. Anders dan in dit laatste arrest legt de Hoge Raad niet als criterium aan dat er sprake moet zijn van een specifiek of concreet nadeel van de belanghebbende. Iemand is een belanghebbende indien hij door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen, dat hij daarin behoort op te mogen komen ter bescherming van dat belang. Ook is iemand een belanghebbende indien hij anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen. Deze maatstaf leidt ertoe dat een voormalige bestuurder van een vennootschap, zoals in casu MeesPierson Trust, ook in de eerste fase van de enquêteprocedure als belanghebbende kan worden aangemerkt. In het verleden heeft de OK onder andere ook commissarissen,<sup>7</sup> contractuele partijen van de vennootschap<sup>8</sup> en onderne-

mingsraden<sup>9</sup> als belanghebbenden in de enquêteprocedure toegelaten. Deze praktijk sluit aan bij de door de Hoge Raad in de Scheipar-beschikking gegeven criteria, al zal per concreet geval beoordeeld moeten worden of de derde inderdaad aan die criteria voldoet.

De Hoge Raad overweegt dat, anders dan door Pich in cassatie betoogd, bij de beantwoording van de vraag wie als belanghebbende heeft te gelden, geen onderscheid moet worden gemaakt tussen de eerste en de tweede fase van de enquêteprocedure. Zoals A-G Wesseling-van Gent opmerkt, kan het voor (rechts)personen van wie in de tweede fase van de enquêteprocedure zou kunnen worden vastgesteld dat zij verantwoordelijk zijn voor wanbeleid, van groot belang zijn reeds in de eerste procedure hun visie te geven op de stellingen van degene die op grond van artikel 2:345 BW verzoekt een onderzoek te gelasten. Een (voormalige) bestuurder, zoals MeesPierson Trust, kan er daarom belang bij hebben al in de eerste procedure ex artikel 2:345 BW als belanghebbende te verschijnen, ook al worden in die procedure geen rechten en verplichtingen vastgesteld. Met de uitspraak van de Hoge Raad staat vast dat de bestuurder daartoe bevoegd is.

**Wie kwalificeert als certificaathouder in de enquêteprocedure?**

In cassatie voert Pich aan dat de OK ten onrechte heeft geoordeeld dat Issaurat en Pich hebben te gelden als rechtstreekse en enige economische rechthebbenden op de certificaten in de aandelen in Scheipar. De OK had daartoe (onder meer) overwogen dat:

1. er geen indicatie was dat het economisch belang niet bij Issaurat, maar bij CCL lag;
2. er geen indicatie was dat de aan de certificaten verbonden bevoegdheden niet door Issaurat, maar wel door CCL werden uitgeoefend; en
3. niet is gebleken dat CCL enig economisch belang bij de certificaten van aandelen Scheipar had.

Voorts bepaalt de inhoud van de overeenkomst tussen CCL en Issaurat dat CCL de certificaten in haar eigen naam, maar voor rekening en risico van Issaurat zal houden, waarbij zij de aan de certificaten verbonden rechten overeenkomstig de instructies van Issaurat zal uitoefenen. Pich stelt dat de OK heeft miskend dat een persoon die economisch rechthebbende op de certificaten van aandelen in de vennootschap is, alleen dan certificaathouder in de zin van artikel 2:346 BW is, indien hij een rechtstreekse contractuele relatie met de aandeelhouder heeft, althans dat er sprake moet zijn van een niet te ver verwijderd verband tussen de aandeelhouder en de certificaathouder, welk verband in casu ontbreekt.

6. HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 149 m.nt. J.M.M. Maeijer.

7. Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003, JOR 2003, 260 m.nt. M. Brink (Laurus).

8. Hof Amsterdam (OK) 3 maart 1999, JOR 1999, 87 (Gucci), Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2001, JOR 2001, 149 m.nt. M. Brink (HBG), Hof Amsterdam (OK) 22 mei 2002, JOR 2002, 116 m.nt. M. Brink (Laurus).

9. HR 22 februari 2003, JOR 2003, 57 m.nt. M.P. Nieuwe Weme (HBG).

*Overwegingen van de Hoge Raad*

De Hoge Raad stelt voorop dat door Pich terecht niet wordt bestreden dat de economisch rechthebbende op certificaten van aandelen gelijkgesteld moet worden met de certificaathouder als bedoeld in artikel 2:346 aanhef en onder b BW. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat de economische certificaathouder de aan de kapitaalverschaffer verleende bescherming kan invoeren indien:

1. aan de economische certificaathouder in zijn verhouding tot de juridische certificaathouder alle bevoegdheden toekomen met betrekking tot de zeggenschap; en
2. de certificaten geheel en al voor rekening en risico van de economische certificaathouder worden gehouden.

De Hoge Raad overweegt voorts dat, anders dan Pich in cassatie betoogt, daartoe niet noodzakelijk is dat tussen de economisch rechthebbende op de certificaten en de aandeelhouder een rechtstreekse contractuele band bestaat.

*Bespreking van de overwegingen van de Hoge Raad*

Op grond van artikel 2:346 BW zijn onder andere aandeelhouders en certificaathouders, die alleen of gezamenlijk ten minste een tiende gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op een bedrag van aandelen of certificaten daarvan tot een nominale waarde van € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen, bevoegd tot het indienen van een enquêteverzoekschrift. De aandelen in Scheipar worden gehouden door de Stichting. De Stichting heeft van deze aandelen certificaten uitgegeven. Deze certificaten worden gehouden door CLL. CLL houdt deze certificaten van de aandelen in het kapitaal van Scheipar op haar beurt voor rekening en *op instructie* van Issaurat (en Pich).

CCL is als houder van certificaten in aandelen in Scheipar ex artikel 2:346 sub b BW bevoegd een enquêteverzoek in te dienen. De vraag die hier aan de orde is, luidt of tevens Issaurat bevoegd is een enquêteverzoek in te dienen. In eerdere jurisprudentie<sup>10</sup> heeft de Hoge Raad overwogen dat op grond van de tekst van artikel 2:345 BW en de wetsgeschiedenis moet worden aangenomen dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquêteonderzoek alleen toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend. Uit de tekst en de strekking van artikel 2:346 BW volgt dat de daarin opgenomen opsomming van degenen die bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek, limitatief is. Met de formulering dat de economische rechthebbende op certificaten van aandelen *gelijkgesteld* moet worden met de certificaathouder als bedoeld in artikel 2:346 sub b BW, houdt de Hoge Raad vast aan de eerder uiteengezette lijn dat de opsomming van enquêtegerechtigden in artikel 2:346 BW limitatief is.

10. HR 1 februari 2002, JOR 2002, 29 m.nt. Josephus Jitta onder JOR 2002, 30.

De ruime uitleg die de Hoge Raad geeft aan het begrip certificaathouder in artikel 2:346 BW, laat zich goed verdedigen. Die uitleg doet recht aan de gedachte dat het enquêterecht juist aan de verschaffers van risicodragend kapitaal in de vennootschap enige bescherming moet geven. Zoals A-G Wesseling van Gent in haar conclusie bij de beschikking van de Hoge Raad opmerkt, staat vast dat Issaurat rechtstreeks en economisch rechthebbende op de certificaten is en hij *anders dan CLL één* van de twee eigenlijke kapitaalverschaffers is. Redelijke wetstoepassing brengt dan ook mee dat Issaurat gelijk moet worden gesteld met een certificaathouder en derhalve bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek.

De overwegingen van de Hoge Raad roepen desalniettemin nieuwe vragen op. De OK had Issaurat in zijn verzoek ex artikel 3:245 BW ontvankelijk verklaard omdat deze met Pich heeft te gelden 'als de rechtstreeks en enig economisch rechthebbende op de certificaten in de aandelen in de vennootschap'. De Hoge Raad sluit zich daarbij aan, maar voegt daar expliciet aan toe dat:

1. aan de economische certificaathouder in zijn verhouding tot de juridische certificaathouder alle bevoegdheden dienen toe te komen met betrekking tot de zeggenschap; en
2. de certificaten geheel en al voor rekening en risico van de economische certificaathouder worden gehouden, teneinde te kwalificeren als certificaathouder in de zin van artikel 2:346 sub b BW.

Zoals Maeijer in zijn noot bij de Scheipar-beschikking aangeeft, is het niet duidelijk waarom de Hoge Raad eist dat de economische certificaathouder in zijn verhouding tot de juridische certificaathouder alle bevoegdheden toekomt met betrekking tot de zeggenschap. Deze omstandigheid deed zich in Scheipar inderdaad voor doordat Issaurat CCL kon instrueren hoe te stemmen in de vergadering van certificaathouders. In het algemeen geldt echter juist dat bij certificering de zeggenschapsrechten van de economische rechten worden gescheiden. De economische certificaathouder komt dan ook in de regel geen zeggenschapsrecht toe in de vergadering van certificaathouders. Het heeft er veel van dat de Hoge Raad enige beperking heeft willen stellen aan de mogelijkheid – in de woorden van de OK – van 'rechtstreeks en economisch rechthebbenden' om een enquêteverzoek in te dienen.

**Mag de OK ambtshalve of op verzoek van een partij een machtiging tot raadpleging van boeken, bescheiden of andere gegevensdragers geven?**

Krachtens artikel 2:351 lid 2 BW kan de OK, indien dit voor de juiste vervulling van haar taak nodig is, de onderzoeker op zijn verzoek machtigen tot het raadplegen van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers en het zich doen tonen van de bezittingen van een rechtspersoon die nauw verbonden is met de rechtspersoon ten aanzien waarvan het onderzoek plaatsvindt. In het verleden heeft de OK er her-

haaldelijk blijk van gegeven een dergelijke machtiging te geven zonder dat de onderzoeker daartoe had verzocht.<sup>11</sup> Het cassatiemiddel voert dan ook aan dat de OK heeft miskend dat krachtens de duidelijke bewoordingen van artikel 2:351 lid 2 BW de machtiging alleen kan worden verleend op verzoek van de onderzoeker, en niet door de OK op voorhand.

#### *Overweging Hoge Raad*

De Hoge Raad volgt de cassatieklacht van Pich. Overwogen wordt dat de OK heeft miskend dat in artikel 2:351 lid 2 BW uitdrukkelijk is bepaald dat de machtiging tot raadpleging van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers alleen door de OK kan worden gegeven op verzoek van de door haar benoemde personen (onderzoeker(s)) indien dit voor de juiste vervulling van hun taak noodzakelijk is. Hieruit volgt dat de OK niet ambtshalve of op verzoek van de partij die onmiddellijke voorzieningen vraagt deze machtiging kan verlenen, maar alleen daarover kan beslissen naar aanleiding van een eventueel verzoek van de door haar benoemde onderzoeker(s), waarin wordt toegelicht waarom deze machtiging in verband met een behoorlijke taakvervulling van de onderzoeker(s) in het onderhavige geval noodzakelijk is en waarover de betrokken rechtspersoon zo nodig en zo mogelijk kan worden gehoord.

#### **Conclusie**

In de Scheipar-beschikking heeft de Hoge Raad verduidelijkt wie in het enquêterecht als belanghebbende in de zin van artikel 282 Rv heeft te gelden. Voorts heeft de Hoge Raad beslist dat de OK niet zonder een daartoe strekkend verzoek van de onderzoekers, de onderzoekers mag machtigen tot het raadplegen van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers. Tot slot geeft de Hoge Raad in de beschikking nader uitleg aan het begrip certificaathouder in de zin van artikel 2:346 BW. Een economische rechthebbende op certificaten van de aandelen (de economische certificaathouder) kan onder omstandigheden worden aangemerkt als certificaathouder in de zin van artikel 2:346 sub b BW en mag dus een enquêteverzoek indienen. In dit verband legt de Hoge Raad onder andere als criterium aan dat de economische certificaathouder in zijn verhouding tot de juridische certificaathouder alle bevoegdheden dienen toe te komen met betrekking tot de zeggenschap. Niet geheel duidelijk is waarom de Hoge Raad dit criterium heeft geformuleerd. Wie van de economische certificaathouders of – in de woorden van de OK – van de ‘rechtstreeks en economisch rechthebbenden’ in de toekomst daadwerkelijk als certificaathouder in de zin van artikel 2:346 sub b BW kan worden aangemerkt, staat daarom niet bij voorbaat vast.

*Mr. M. Selderijk  
De Brauw Blackstone Westbroek N.V.*

11. Zie onder andere Hof Amsterdam (OK) 30 december 1999, JOR 2000, 34. Zie voorts hierover M.R. Mok in A-T-D (Opstellen voor prof. mr. P. van Schilfgaarde), Deventer: Kluwer 2000, p. 307, en Asser-Maeijer 2-III Deventer: Kluwer 2000, nr. 530.