

## Getuigenbewijs in de enquêteprocedure ex artikel 2:355 BW

### Inleiding

De verzoeker die in de enquêteprocedure ex artikel 2:355 BW voorzieningen vraagt, moet stellen en bewijzen dat er sprake is van wanbeleid. Het aangewezen middel voor verzoekers om wanbeleid te bewijzen is het onderzoeksverslag. Dit volgt uit artikel 2:355 BW, waarin is bepaald dat de Ondernemingskamer op een daartoe strekkend verzoek voorzieningen kan treffen als uit het onderzoeksverslag van wanbeleid is gebleken. De vraag rijst of de verzoeker naast het onderzoeksverslag ook andere bewijsmiddelen mag gebruiken om wanbeleid aan te tonen. Meer in het bijzonder rijst de vraag of de verzoeker wanbeleid ook kan bewijzen door middel van getuigenbewijs ex artikel 166 Rv en artikel 186 Rv. Deze laatste vraag staat in deze bijdrage centraal. Om deze vraag te beantwoorden bespreek ik achtereenvolgens het bewijsrecht in de enquêteprocedure ex artikel 2:355 BW (hierna: de enquêteprocedure), het getuigenbewijs ex artikel 166 Rv en het voorlopige getuigenbewijs ex artikel 186 Rv. Ik merk volledigheidshalve op dat de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:355 lid 1 BW juncto artikel 2:349a lid 1 BW ambtshalve getuigen kan horen.

### Bewijs in de enquêteprocedure ex artikel 2:355 BW

In de enquêteprocedure kan een daartoe bevoegde partij de Ondernemingskamer verzoeken om indien uit het verslag van wanbeleid is gebleken, de voorzieningen te treffen die de Ondernemingskamer op grond van de uitkomst van het onderzoek geboden acht. De verzoeker die voorzieningen wenst, moet daartoe een verzoekschrift bij de Ondernemingskamer indienen. Omdat de enquêteprocedure een verzoekschriftprocedure is, gelden in de enquêteprocedure de algemene regels voor verzoekschriftprocedures.<sup>1</sup> Ingevolge artikel 284 Rv is het voor dagvaardingsprocedures geldende bewijsrecht van overeenkomstige toepassing, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet. Uit dit bewijsrecht volgt een aantal regels. Hoofregel van artikel 150 Rv is dat de partij die zich op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten beroept, in beginsel de bewijslast van die feiten of rechten draagt. De verzoeker moet daarom stellen en bewijzen dat er sprake is van wanbeleid. Het aangewezen middel om wanbeleid te bewijzen is het onderzoeksverslag. De functie van het onderzoeksverslag in de enquêteprocedure is die van bewijsmiddel.<sup>2</sup> Dit volgt uit de tekst van artikel 2:355 BW, dat bepaalt dat voorzieningen getroffen kunnen worden indien uit het verslag van wanbeleid is gebleken. De vraag rijst of de positie van het verslag als bewijsmiddel van wanbeleid in de enquêteprocedure exclusief is. Uit de tekst van artikel 2:355 BW lijkt dit wel te volgen. Gaat men echter uit van het bewijsrecht in dagvaardingsprocedures, dan zou uit artikel 152 lid 1 Rv volgen dat bewijs geleverd kan worden met alle middelen. Voor een antwoord op de vraag of het wanbeleid uit het verslag moet blijken of dat de verzoekers het wanbeleid ook kunnen bewijzen, bieden twee beschikkingen van de Hoge Raad aanknopingspunten. Deze beschikkingen bespreek ik hierna.

*HR 27 september 2000, NJ 2000, 653 (Gucci)*

In de zaak Gucci had aandeelhouder LVMH de Ondernemingskamer in een procedure ex artikel 2:345 BW verzocht om bij Gucci een enquête te gelasten en voorzieningen te treffen. De Ondernemingskamer overwoog op grond van hetgeen in de procedure was gesteld en gebleken, dat sprake was van wanbeleid bij Gucci. Omdat een onderzoek daardoor geen zin zou hebben, en zij zich ook zonder een onderzoek door onderzoekers bevoegd achtte te oordelen dat van wanbeleid sprake was, trof de Ondernemingskamer voorzieningen.

In cassatie vernietigt de Hoge Raad de beschikking van de Ondernemingskamer. De Hoge Raad overweegt dat uit de bewoordingen en het stelsel van de wet volgt dat de Ondernemingskamer pas bevoegd is tot het treffen van voorzieningen als bedoeld in artikel 2:355 BW in verbinding met artikel 2:356 BW 'indien uit het verslag van wanbeleid is gebleken'. Voorts overweegt de Hoge Raad dat uit de ontstaansgeschiedenis blijkt dat de wetgever heeft bedoeld dat voormelde voorzieningen pas kunnen worden getroffen nadat de eerste procedure is geëindigd met het verslag van het onderzoek en voorzover daaruit blijkt dat er sprake is geweest van wanbeleid van de rechtspersoon. In de derde plaats oordeelt de

---

1. R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, in: G. van Solinge & M. Holtzer, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 119.

2. R.M. Hermans, a.w., p. 119.

Hoge Raad dat ook op grond van de strekking van de wet moet worden aangenomen dat de Ondernemingskamer niet de bevoegdheid heeft gekregen zelfstandig op basis van door haar vastgestelde feiten te oordelen dat van wanbeleid is gebleken, en op basis van uitsluitend haar eigen oordeel voorzieningen te treffen. Daarbij vormt volgens de Hoge Raad het onderzoek de kern van het in de wet neergelegde stelsel van het enquêterecht (r.o. 4.2).

*HR 18 april 2003, NJ 2003, 286 m.nt. Ma (RNA)*

In de zaak RNA had de Ondernemingskamer geoordeeld dat bij RNA van wanbeleid was gebleken. In cassatie betoogde RNA dat het oordeel van wanbeleid op bepaalde punten geen steun vond in het onderzoeksverslag, zodat de Ondernemingskamer had miskend dat uit het verslag van wanbeleid moest blijken en dat het de Ondernemingskamer dus niet vrijstond om op basis van feiten die niet uit het onderzoeksverslag bleken, te concluderen dat er sprake was van wanbeleid. De Hoge Raad verwerpt deze klachten. Hij overweegt dat de Ondernemingskamer haar oordeel mede mocht baseren op hetgeen voorts in de procedure was gesteld en gebleken (r.o. 3.13). De Hoge Raad stelt voorts dat het gebleken wanbeleid niet uitsluitend zijn grondslag hoeft te vinden in en volledig gebaseerd hoeft te zijn op hetgeen uit het onderzoek is gebleken (r.o. 3.21).

Volgens Thierry valt uit deze beschikking af te leiden dat de Hoge Raad van oordeel is dat de Ondernemingskamer haar oordeel over wanbeleid mede mag baseren op stellingen van partijen en in het geding gebrachte stukken die niet tevens in het onderzoeksverslag zijn opgenomen.<sup>3</sup> Hij meent dat de Ondernemingskamer rekening kan houden met een bericht van deskundigen ex artikel 194 e.v. Rv, maar ook met bijvoorbeeld door partijen overgelegde stukken en door hen in de processtukken, waaronder pleitnotities, ingenomen standpunten. Onder verwijzing naar de Gucci-beschikking overweegt Thierry echter dat naar aanleiding van de RNA-beschikking niet mag worden aangenomen dat de Ondernemingskamer zich uitsluitend op buiten het verslag gelegen gronden mag verlaten. Volgens Maeijer in zijn noot onder deze beschikking moet op grond van de Gucci-beschikking het verslag van de onderzoekers wel het noodzakelijke aanknopingspunt zijn van het oordeel dat van wanbeleid is gebleken.<sup>4</sup>

### Getuigenbewijs ex artikel 166 Rv

Kan nu op grond van deze beschikkingen worden verdedigd dat de verzoeker in de enquêteprocedure het wanbeleid door middel van getuigenbewijs ex artikel 166 Rv kan bewijzen? Artikel 166 Rv, dat ingevolge artikel 284 Rv van overeenkomstige toepassing is op verzoekschriftprocedures, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet, bepaalt dat de rech-

ter een getuigenverhoor beveelt zo vaak een van de partijen het verzoekt en de haar te bewijzen aangeboden feiten betwist zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Een aanbod tot het leveren van dit bewijs kan de rechter alleen op relevante en voldoende gronden van de hand wijzen. Hoewel, zoals hiervoor bleek, de overwegingen van de Hoge Raad summier zijn, biedt de RNA-beschikking wel aanknopingspunten voor de stelling dat de verzoeker in de enquêteprocedure met getuigenbewijs wanbeleid kan bewijzen, mits voor het wanbeleid aanknopingspunten te vinden zijn in het onderzoeksverslag.

Op basis van de RNA-beschikking zou ik willen verdedigen dat de verzoeker wanbeleid ook met getuigenbewijs ex artikel 166 Rv kan bewijzen, mits voor het wanbeleid aanknopingspunten te vinden zijn in het onderzoeksverslag. Daartoe biedt de RNA-beschikking de ruimte. De Gucci-beschikking beperkt de reikwijdte van de RNA-beschikking echter wel. Uit de Gucci-beschikking volgt dat het onderzoek steeds de kern van het enquêterecht moet vormen en dat het verslag van het onderzoek steeds het uitgangspunt in de enquêteprocedure zal moeten zijn. Daaruit volgt dat als de verzoeker een aanbod tot getuigenbewijs doet ter zake van een onderwerp dat in het onderzoeksverslag niet aan de orde is gekomen, de Ondernemingskamer het verzoek in beginsel zal moeten afwijzen. De verzoeker doet er in zo'n situatie beter aan om de Ondernemingskamer te verzoeken een nader onderzoek te gelasten. Als de verzoeker echter een bewijsaanbod door middel van getuigen doet ter zake van een onderwerp dat wel in het verslag aan de orde is gekomen en het bewijsaanbod voldoende gespecificeerd is, dan zal de Ondernemingskamer in beginsel niet aan dit aanbod voorbij kunnen gaan.

Dit neemt niet weg dat situaties denkbaar zijn waarin de aard van de enquêteprocedure zich tegen toepassing van getuigenbewijs verzet. Ik denk daarbij aan situaties waarin spoedeisende belangen op het spel staan. Voor de enquêteprocedure geldt ex artikel 2:355 lid 3 juncto artikel 2:349a BW dat de Ondernemingskamer de zaak met de meeste spoed behandelt. Blijkens de wetsgeschiedenis van artikel 284 Rv kan juist de spoedeisendheid van de zaak zich tegen overeenkomstige toepassing van het wettelijke bewijsrecht verzetten.<sup>5</sup> Hoewel dit zeker niet voor alle soorten enquêtes geldt, en met name niet voor de enquêtes die gebruikt worden als opstapje voor aansprakelijkstelling, kan de enquêteprocedure spoed vereisen, bijvoorbeeld indien partijen met spoedeisende belangen de enquête als strijdmiddel gebruiken in tussen hen ontstane geschillen. In deze gevallen zou de Ondernemingskamer met een beroep op de aard van de zaak een bewijsaanbod door getuigen kunnen passeren.

### Getuigenbewijs ex artikel 186 Rv

De vraag rijst vervolgens of in de enquêteprocedure ruimte is voor een voorlopig getuigenverhoor ex artikel 186 Rv.

3. D.M. Thierry, Het enquêteverslag staat centraal, maar niet alleen, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 296.

4. Zie zijn noot bij HR 18 april 2003, NJ 2003, 286 m.nt. Ma (RNA).

5. Kamerstukken II 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 157-158.

Een belanghebbende kan ex artikel 186 Rv de rechter verzoeken om voordat de zaak aanhangig is, maar ook tijdens een reeds aanhangig geding, een voorlopig getuigenverhoor te bevelen. Het verzoek moet ingevolge artikel 187 Rv worden gedaan aan de rechter die vermoedelijk absoluut bevoegd is van de zaak kennis te nemen, waarbij blijkens de wetsgeschiedenis ook de Ondernemingskamer de bevoegde rechter kan zijn.<sup>6</sup> Het bij het voorlopige getuigenverhoor opgemaakte proces-verbaal is een bewijsmiddel dat ex artikel 192 Rv in de latere procedure dezelfde bewijskracht heeft als ware het verhoor in de procedure zelf afgelegd, mits alle partijen bij het verhoor aanwezig zijn geweest. De Ondernemingskamer heeft zich kortgeleden uitgelaten over de vraag of in de enquêtetrajectruimte is voor een voorlopig getuigenverhoor, namelijk in haar beschikking van 9 januari 2004 inzake Laurus.

*Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2004, NJ 2004, 168 (Laurus)*

### *Feiten*

De voorgeschiedenis van deze beschikking is bekend. Laurus heeft supermarktketens in Nederland, Spanje en België en wegens slechte resultaten kiest zij voor een nieuwe strategie, namelijk de ombouw van al haar winkels tot één formule. Deze strategie mislukt en Laurus komt in grote financiële problemen. Na onderhandelingen met enkele partijen sluit Laurus een overeenkomst met het Franse levensmiddelenconcern Casino Guichard Perrachon S.A. (hierna: Casino) en een bankenconsortium, als gevolg waarvan Casino en het bankenconsortium tegen een kasstorting van € 400 miljoen de meerderheid van de aandelen in Laurus verkrijgen. Albada Jelgersma, voorafgaand aan de emissie indirect houder van ongeveer 34% van de aandelen en tevens lid van de raad van commissarissen van Laurus, verzet zich tegen de transactie. Hij treedt om die reden op 21 mei 2001 af als commissaris.

### *Procesverloop*

Na zijn aftreden verzoekt Albada Jelgersma de Ondernemingskamer een enquête te gelasten bij Laurus. Bij beschikking van 22 mei 2002 wijst de Ondernemingskamer dit verzoek toe.<sup>7</sup> Albada Jelgersma probeert voorts met onmiddellijke voorzieningen ex artikel 2:349a lid 2 BW de Casino-transactie te voorkomen, maar dit verzoek wijst de Ondernemingskamer af.<sup>8</sup> Nadat de onderzoeksperiode is verlengd,<sup>9</sup> wordt het onderzoeksverslag op 20 december 2002 ter inzage gelegd. Albada Jelgersma start daarop een enquêtetraject ex artikel 2:355 BW. Hij verzoekt daarin primair om een nader onderzoek. Hij acht dit nadere onderzoek nodig omdat het uitgevoerde onderzoek op verschillende punten tekort zou schieten. Subsidiar verzoekt Alba-

da Jelgersma de Ondernemingskamer om te bepalen dat er sprake is van wanbeleid en voorzieningen te treffen. Bij beschikking van 5 juni 2003 wijst de Ondernemingskamer het primaire verzoek af en houdt de Ondernemingskamer voor het overige elke beslissing aan, waarbij zij overweegt dat zij later ook ambtshalve een nader onderzoek kan bevelen.<sup>10</sup>

Op 12 juni 2003 dient Albada Jelgersma een verzoek bij de Ondernemingskamer in tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor ex artikel 186 Rv. Dit verzoek is voorwaardelijk, namelijk voor het geval de Ondernemingskamer géén nader onderzoek zou bevelen. De partijen die hij wil horen, waren betrokken bij de totstandkoming van de Casino-transactie. Voordat de Ondernemingskamer op dit verzoek beslist, geeft zij op 16 oktober 2003 een beschikking op het subsidiaire verzoek. De Ondernemingskamer bepaalt dat uit het verslag van de onderzoekers van wanbeleid bij Laurus is gebleken voor wat betreft de implementatie van de nieuwe strategie.<sup>11</sup> Met betrekking tot de Casino-transactie beveelt de Ondernemingskamer de onderzoekers hun onderzoek op bepaalde punten aan te vullen. Hoewel de Ondernemingskamer een nader onderzoek heeft bevolen, trekt Albada Jelgersma zijn verzoek om een voorlopig getuigenverhoor niet in. De Ondernemingskamer wijst het verzoek van Albada Jelgersma op 9 januari 2004 af, en wel op de volgende gronden.

### *Gronden van de beslissing*

Onder verwijzing naar de beschikking van de Hoge Raad inzake Gucci overweegt de Ondernemingskamer dat wat betreft het stelsel van het enquêterecht de wet voorziet in een aparte rechtsgang bij een daartoe speciaal aangewezen rechterlijke instantie ter zake van het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon. Dat onderzoek vormt de kern van het enquêterecht (r.o. 3.2). Volgens de Ondernemingskamer geldt daarbij dat de benoemde onderzoekers bepalen op welke wijze het onderzoek plaatsvindt. Zij bepalen hoe zij het onderzoek uitvoeren. Ook kunnen de onderzoekers de Ondernemingskamer vragen om personen als getuigen te doen horen (r.o. 3.3). Volgens de Ondernemingskamer past in dat stelsel niet en zou dat stelsel op onaanvaardbare wijze worden doorkruist als naast het onderzoek dat plaatsvindt of heeft plaatsgevonden onder de regie van de onderzoekers, de Ondernemingskamer op verzoek van een van partijen zelfstandig onderzoek zou kunnen doen in de vorm van het horen van getuigen in het kader van voorlopig getuigenverhoor, naar feiten of omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van het beleid en de gang van zaken (r.o. 3.4). Dat de Ondernemingskamer blijkens de RNA-beschikking zich bij het nemen van de

6. Kamerstukken II 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 123.

7. Hof Amsterdam (OK) 22 mei 2002, JOR 2002, 116 m.nt. Brink.

8. Hof Amsterdam (OK) 26 juni 2002, JOR 2002, 189 m.nt. Brink.

9. Hof Amsterdam (OK) 25 oktober 2002, JOR 2002, 217 m.nt. Brink.

10. Hof Amsterdam (OK) 5 juni 2003, JOR 2003, 174.

11. Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003, JOR 2003, 260 m.nt. Brink.

beslissing een eigen oordeel vormt, mede aan de hand van en mede op basis van hetgeen voorts in de procedure wordt gesteld of is gebleken, doet daar niet aan af, omdat, aldus de Ondernemingskamer, deze beslissingen telkens betrekking hebben op beslissingen van de Ondernemingskamer op de grondslag van het verslag over onderwerpen waaraan de onderzoekers in hun verslag hebben gerapporteerd (r.o. 3.5). Ook het feit dat de Ondernemingskamer in de procedure ex artikel 2:355 BW kan besluiten om getuigen te horen, doet daar volgens de Ondernemingskamer niet aan af, omdat zo'n beslissing slechts wordt genomen naar aanleiding en in het verlengde van het debat over het onderzoeksverslag (r.o. 3.6).

### *Commentaar*

Uit de Laurus-beschikking volgt dat een voorlopig getuigenverhoor in de enquêteprocedure in beginsel uitgesloten is. Hoewel de casus bijzonder was, omdat de Ondernemingskamer al een nader onderzoek had bevolen en dit onderzoek ten tijde van het verzoek nog liep, lijkt de Ondernemingskamer een voorlopig getuigenverhoor ex artikel 186 Rv in de enquêteprocedure in algemene zin uit te sluiten. De Ondernemingskamer wijst het voorlopige getuigenverhoor af, omdat een zelfstandig onderzoek door de Ondernemingskamer in het kader van een voorlopig getuigenverhoor en naast het onderzoek van de onderzoekers niet past in het wettelijke stelsel van het enquêterecht. Deze gedachte is in lijn met de Gucci-beschikking en valt goed te verdedigen. Blijkens rechtsoverweging 3.4 meent de Ondernemingskamer dat een voorlopig getuigenverhoor in alle gevallen uitgesloten is. Er zijn desalniettemin situaties denkbaar waarin een voorlopig getuigenverhoor wel op zijn plaats kan zijn. Het voorlopige getuigenverhoor kan namelijk mede als doel hebben om verlies van bewijs te voorkomen.<sup>12</sup> In het verlengde hiervan zou voorlopig getuigenverhoor in de enquêteprocedure wel moeten worden toegelaten, als dit tot doel heeft te voorkomen dat bewijs verloren gaat. Daarbij kan men denken aan het geval waarin het onderzoek is afgerond en een bij de rechtspersoon betrokken persoon levensbedreigend ziek raakt. Er is dan – ook in het licht van de beschikking inzake Laurus – weinig reden waarom die persoon niet in een voorlopig getuigenverhoor zou kunnen worden gehoord.

### **Conclusie**

Op de vraag of de verzoeker wanbeleid kan bewijzen met getuigenbewijs, luidt het antwoord als volgt. Aangenomen kan worden dat de verzoeker zijn stelling dat er van wanbeleid sprake is, kan bewijzen door middel van getuigenbewijs ex artikel 166 Rv. De getuige moet dan wel een verklaring afleggen over een onderwerp dat blijkt uit het onderzoeksverslag. In spoedeisende gevallen kan de Ondernemingskamer een aanbod tot getuigenbewijs echter passeren. Blijkens de Laurus-beschikking is een voorlopig

getuigenverhoor ex artikel 186 Rv in de enquêteprocedure in beginsel uitgesloten. Er zijn gevallen denkbaar waarin een voorlopig getuigenverhoor desondanks toelaatbaar moet worden geacht, namelijk als de verzoeker beoogt te voorkomen dat getuigenbewijs verloren gaat.

*Mr. J.J. Kloosterman  
De Brauw Blackstone Westbroek*

---

<sup>12</sup> HR 29 maart 1995, NJ 1998, 414.