PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2004

Het recht van enquête onderzocht

Mr. M.W. Josephus Jitta

Prof. mr. M.R. Mok

KLUWER

PREADVIES VAN DE VEREENIGING 'HANDELSRECHT' 2004

PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2004

Het recht van enquête onderzocht

Mr. M.W. Josephus Jitta

Prof. mr. M.R. Mok

KLUWER

ISBN 90-13-01590-5

© 2004 M.W. Josephus Jitta en M.R. Mok

Secretariaat van de Vereeniging 'Handelsrecht':
Mr. lic. R.J.A. Bron-Slis
Weena 690, 3012 CN Rotterdam
Postbus 2888, 3000 CW Rotterdam
telefoon 010 224 6410

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-67 34 49.

Woord vooraf

Het 'nieuwe' Nederlandse enquêterecht nadert zijn 35ste verjaardag. Dat leek een geschikte aanleiding voor een onderzoek naar deze rechtsfiguur. Van de mogelijkheid een enquête te verzoeken wordt vrij veel gebruik gemaakt. Ook komt het wel voor dat ermee gedreigd wordt, zonder dat het tot een verzoek komt. Tevens is het enquêterecht een betrekkelijk frequent voorkomend onderwerp in de ondernemingsrechtelijke literatuur.

Hoe staat het met de toepassing van het enquêterecht? Stemt deze tot tevredenheid? Is er sprake van een gril uit de wilde jaren rond 1970, die nu uit de tijd is, of is de enquête een rechtsfiguur geworden die niet meer uit het rechtsleven is weg te denken, zoals de – uit dezelfde periode stammende – besloten vennootschap of – ouder – de ruime opvatting van onrechtmatige daad?

De twee preadviseurs, die in de uitoefening van hun beroep of voormalig beroep en in nevenactiviteiten het enquêterecht herhaaldelijk zijn tegengekomen, hebben de taken verdeeld. Josephus Jitta heeft zich voornamelijk bezig gehouden met de formele kanten van het enquêterecht, terwijl Mok zich in de eerste plaats heeft geconcentreerd op het begrip wanbeleid. Geen van beide preadviseurs komt tot de bevinding dat het enquêterecht zijn tijd heeft gehad. Beiden menen echter dat bijstellingen wel gewenst zijn, zowel in de wettelijke regeling als in de toepassingsmodaliteiten.

Het streven is geweest naar beperking van de preadviezen tot een zodanige omvang dat zij in kwantitatieve zin nog leesbaar zouden zijn. Het resultaat is hopelijk een levendige en vruchtbare discussie, met wellicht enige uitstraling naar de wettelijke regeling en de rechtspraktijk.

Augustus 2004,

M.W. Josephus Jitta
M.R. Mok

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf V

DEEL I

Enkele gedachten over het formele enquêterecht; is het efficiënt wanneer de dienstmaagd moeder wordt? 1

1. Inleiding 3

2. De enquêteprocedure en het ontstaan van de Ondernemingskamer 8

De ontwikkeling van het formele enquêterecht 8
De Ondernemingskamer 9

3. De procedures bij de Ondernemingskamer 12

Eén stukkenwisseling, één feitelijke instantie? 15
- Algemeen 15
- Eén feitelijke instantie? 17
- Meer dan één feitelijke instantie 20
De positie van de raden in het enquêterecht 21
Het onderzoek 25

4. De werkingssfeer van het enquêterecht 27

5. De geschillenregeling en vermogensrechtelijke nadelen 29

6. De enquêteprocedure nader beschouwd 32

7. De verhouding van de enquêteprocedure onder meer tot procedures op grond van artikel 2:15 BW 39

8. Samenvatting 40

DEEL II

Het recht van enquête 43

1. Enquête en wanbeleid 45

1.1. De term wanbeleid 45
1.2. Wanbeleid in oud en nieuw enquêterecht 45
1.3. Ontstaansgeschiedenis huidig enquêterecht 46
1.4. Omschrijving in rechtspraak van doelstellingen enquêterecht 49

2. Wanbeleid en aansprakelijkheid; met wanbeleid vergelijkbare begrippen 50

2.1. Wanbeleid van rechtspersoon en het gedrag van daarbij betrokken personen 50
2.2. Vastgesteld wanbeleid rechtspersoon en persoonlijke aansprakelijkheid daarbij betrokkenen 51
2.3. Wanbeleid en andere procedures dan die van enquête 52
2.4. (On)behoorlijke taakvervulling 54
2.5. Enige literatuur over onbehoorlijke taakvervulling 55

3. Rechtspraak enquêterecht over wanbeleid 57

3.1. Eerste en tweede fase 57
3.2. Eerstfasebeschikkingen 58
3.3. Tweedefasebeschkkingen 70
3.4. Enkele gevolgtrekkingen 78

4. Aspecten van het begrip wanbeleid 81

4.1. Belanghebbenden 81
4.2. Toetsingscriteria 87
4.3. Beoordeling achteraf van beleidsbeslissingen; verantwoorde en onverantwoorde risico's 88

5. Enquêterecht in enkele andere landen 90

6. Slotsom 92

DEEL I - ENKELE GEDACHTEN OVER HET FORMELE ENQUÊTERECHT; IS HET EFFICIËNT WANNEER DE DIENSTMAAGD MOEDER WORDT?

Marius W. Josephus Jitta

1. Inleiding

Toen mij vorig jaar werd gevraagd of ik in de najaarsvergadering van de Vereeniging Handelsrecht met Mok een preadvies over het enquêterecht wilde schrijven, heb ik onmiddellijk ja gezegd. Het enquêterecht of misschien beter enquêteprocedures boeien mij. Mok en ik waren het snel eens over onze onderlinge taakverdeling. Hij zou schrijven over wat ik het materiele enquêterecht zou willen noemen, en ik over het formele enquêterecht. Bij het doen van mijn toezegging en bij het afspreken van onze taakverdeling wist ik niet wat U en ik nu wel weten, namelijk dat Paul Geerts bezig was met een proefschrift over het enquêterecht. Dat proefschrift, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, is inmiddels verschenen[1].
Zoals uit de titel van het proefschrift van Geerts blijkt, behandelt dit hetzelfde onderwerp als waarover ik zou preadviseren. Geerts bespreekt op systematische wijze de jurisprudentie van de Ondernemingskamer op het gebied van het formele enquêterecht en behandelt veel van de onderwerpen die ik mogelijk in mijn preadvies aan de orde zou hebben willen stellen met een volledigheid die ik in mijn preadvies niet zou hebben kunnen bereiken. Geerts heeft het mij met de publicatie van zijn boek dan ook in één opzicht makkelijk gemaakt. Wat hij heeft gedaan, op systematische wijze inzicht bieden in de uitspraken van de Ondernemingskamer, hoef ik niet meer te doen. Aan de andere kant heeft Geerts het mij moeilijk gemaakt; is er nog wel behoefte aan een preadvies over de formele aspecten van het enquêterecht na zijn boek? Of die behoefte er is kan ik niet beoordelen, maar ik meen dat er ondanks het boek van Geerts en ondanks hetgeen de afgelopen jaren over het enquêterecht is ingeschreven ook over de formele aspecten van het enquêterecht nog wel iets te zeggen valt. Dit is zeker het geval indien men de formele aspecten van het enquêterecht niet te beperkt opvat. Na het gedetailleerde proefschrift van Geerts beschouw ik zelf dit preadvies als een schotschrift dat de mogelijkheid biedt een aantal vragen van meer fundamentele aard te stellen. Die vragen en de richting waarin ik zelf de antwoorden zoek, leiden nog niet tot een afgerond systeem.
Ook anderen dan Geerts hebben de afgelopen jaren over formele aspecten van het enquêterecht geschreven. Ik denk dan met name aan de bijdragen van Hermans in door de Vereniging Corporate Litigation uitgegeven jaarbundels *Het onderzoek in de enquêteprocedure*[2] en *De voorfase van de*

---

1 P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht, Kluwer 2004*. Geerts heeft het proefschrift op 21 juni 2004 met succes verdedigd. Het boek is besproken door P.D. Olden in Ondernemingsrecht 2004, p.406.

2 R.M. Hermans in Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003, p.113.

enquêteprocedure[3], en die van Leijten, *De positie van de derde in het enquêterecht* [4] en mijn bijdrage, *Het enquêterecht, hoe verder?*[5]. Ook de voorzitter van de Ondernemingskamer heeft zich niet onbetuigd gelaten[6].
Ik noem deze stukken omdat die zich niet concentreren op individuele uitspraken van de Ondernemingskamer maar bredere vragen op het gebied van het formele enquêterecht aan de orde stellen. Vragen die ondanks het boek van Geerts nog steeds actueel zijn. Daarmee wil ik op geen enkele wijze afdoen aan de vele andere beschouwingen die over de Ondernemingskamer, het enquêterecht of over uitspraken van de Ondernemingskamer zijn geschreven.
De vraag *Het enquêterecht, hoe verder?* is nog steeds actueel en zal naarmate de enquêteprocedure en ondernemingen zich ontwikkelen vermoedelijk actueel blijven ook indien het formele enquêterecht wordt gewijzigd. De vraag is voor mij niet alleen op welke wijze het formele enquêterecht gewijzigd of aangevuld moet worden om bepaalde in de praktijk vastgestelde complicaties te ondervangen, maar gaat verder. Die vragen vormen mede het onderwerp van dit preadvies. Daarbij lokt iedere vraag vaak de volgende vraag uit terwijl de vragen naar hun aard geen eenduidig antwoord kunnen kennen. Zo verschillen de antwoorden die ik nu op die vragen geef, gedeeltelijk ook van de antwoorden die ik zelf eerder op deze vragen gaf[7], althans hebben die antwoorden een concretere vorm gekregen.
Ik hoop dat die vragen niet alleen discussie en verdere vragen zullen oproepen, die uiteindelijk bij zullen dragen tot het mogelijk maken van een verantwoorde keuze omtrent de wijze waarop het enquêterecht in de toekomst ingericht moet worden. Ik sluit niet uit dat het resultaat van de uiteindelijke afweging het handhaven van de bestaande regeling met ondergeschikte verbeteringen zal zijn, maar denk zelf dat een bezinning op het enquêterecht zal leiden tot ingrijpende wijzigingen. De uitdaging zal daarbij zijn om de flexibiliteit en de doeltreffendheid van het enquêterecht en de Ondernemingskamer te bewaren, en zwakten die aan het enquêterecht zoals wij dat nu kennen inherent zijn, te ondervangen.

---

3 R.M. Hermans in Geschriften ten vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2003-2004, p.163.

4 A.F.J.A. Leijten in Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2002, p.65.

5 M.W. Josephus Jitta in Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2002, p.103.

6 Ik noem in dit verband met name J.H.M. Willems, *De enquêteprocedure: een efficiënte dienstmaagd*, in: Conflicten rondom de rechtspersoon, Kluwer 2000, p. 29-45 en *C'est le provisoire qui reste: over voorzieningen in het enquêterecht*, in *A-T-D*, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde onder redactie van J.B. Huizink .

7 M.W. Josephus Jitta, *Formele aspecten van het enquêterecht; op zoek naar het schaap met vijf poten*, Ondernemingsrecht 2003 p.546.

Een dergelijke bezinning lijkt mij te meer nodig nu *The High Level Group of Company Law Experts* in haar rapport over *A Modern Regulatory Framework For Company Law In Europe* aanbeveelt dat de lidstaten een procedure die door het enquêterecht is geïnspireerd in hun nationale wetgeving introduceren[8]. Deze aanbeveling is door de Commissie in zijn standpuntbepaling naar aanleiding van dit rapport, *Communication from the European Commission to the Council and the European Parliament, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward*, overgenomen[9]. Invoering in de lidstaten hoort tot de beleidsvoornemens op middellange termijn[10]. Het zou jammer zijn indien wij met ons enquêterecht zoals dat thans is ingericht op onze lauweren zouden gaan rusten en uiteindelijk geconfronteerd zouden worden met de gevolgen van de wet van de remmende voorsprong. Wil het enquêterecht zijn rol kunnen blijven vervullen dan zullen we kritisch moeten zijn en blijven op de wijze waarop het functioneert.

In dit preadvies ga ik uit van de wijze waarop het enquêterecht en de Ondernemingskamer nu functioneren[11]. Bij deze benadering past dat ik slechts in beperkte mate inga op de wetsgeschiedenis en de argumenten die in het verleden zijn gebruikt toen bij de invoering van de Ondernemingskamer en het enquêterecht en de wijziging daarvan bepaalde keuzes zijn gemaakt. Vindplaatsen zult U dan ook in dit preadvies slechts in beperkte mate aantreffen. Ik meen dat deze benadering bij dit onderwerp om verschillende redenen verantwoord is. De eerste reden is dat die beschouwingen gelet op het tijdsverloop gedateerd zijn. De tweede, belangrijkere, reden is dat de Ondernemingskamer en het enquêterecht een vlucht hebben genomen die men niet heeft voorzien en niet heeft kunnen voorzien.

Snelheid, creativiteit, flexibiliteit, bereikbaarheid en besluitvaardigheid kenmerken de toepassing van het enquêterecht door de Ondernemingskamer. Wanneer het enquêterecht wordt gewijzigd, zal er naar gestreefd moeten worden deze karaktertrekken zo goed mogelijk te bewaren. Keuzes tussen deze eigenschappen en andere aspecten zullen daarbij echter gemaakt moeten worden. In sommige gevallen kunnen die keuzes gaan ten koste van de eigenschappen die het enquêterecht nu kenmerken.

Het ruwe schetsmatige karakter van dit preadvies betekent niet dat ik het formele enquêterecht niet belangrijk vind. Integendeel, ik meen dat het belang

---

8 p.58 van dit rapport. Het rapport is te vinden op de website van de EU www.eu.int/comm/internal_market/en/index.

9 p.16 van de Communication. Deze is te vinden op de in noot 8 genoemde website.

10 p.25 van de Communication.

11 Wat dat functioneren betreft ga ik daarbij uit van dat wat ik zie of althans meen te zien. Anderen kunnen het functioneren van de Ondernemingskamer en het enquêterecht vanzelfsprekend op een andere wijze percipiëren.

van het formele recht in het huidige enquêterecht onvoldoende tot zijn recht komt en dat het ontbreken van procesrechtelijke waarborgen in sommige opzichten gaat ten koste van de rechtszekerheid. Ik denk dat juist op een rechtsgebied dat werkt met open materieelrechtelijke normen, behoefte aan een duidelijke procesgang bestaat. Het formele enquêterecht moet daarbij met name ook waarborgen dat de partijen in de enquêteprocedure in voldoende mate over de naar hun mening relevante feiten kunnen debatteren.
Ik heb de indruk dat de afgelopen jaren de rechtspolitieke discussie over de plaats en inrichting van het enquêterecht vooral gevoerd is tussen de Ondernemingskamer en de Hoge Raad. Dit ten detrimente van de partijen in enquêteprocedures. Ik denk dat vooral de wetgever zich dit moet aantrekken. Het accent in die rechtspolitieke discussie tussen de Ondernemingskamer en de Hoge Raad heeft gelegen op formele aspecten. Met een stelsel dat uitgaat van open materieelrechtelijke normen kan dat ook niet anders.
De Ondernemingskamer en het enquêterecht hebben zich in belangrijke mate autonoom ontwikkeld zonder dat daar een blauwdruk aan ten grondslag lag. De vraag is of een dergelijke blauwdruk niet alsnog voor de verdere ontwikkeling van het enquêterecht en het ondernemingsrecht wenselijk is. Zoals ook uit het *Voorontwerp voor de wet toezicht financiële verslaggeving*[12] blijkt kan het enquêterecht niet geheel worden los gezien van de andere gebieden waarop de Ondernemingskamer als de bevoegde rechter is aangewezen of in de toekomst de bevoegde rechter zou kunnen worden[13] en lijkt bijvoorbeeld de wijze waarop de Ondernemingskamer in bepaalde gevallen in enquêteprocedures toetst te convergeren met de wijze van toetsing bij beroepen op grond van de Wet op de ondernemingsraden[14].

---

12 Het voorontwerp is op 28 november 2003 door het Ministerie van Financiën voor consultatie op de website van het ministerie gepubliceerd. Het voorontwerp ging onder meer uit van de vervanging van de bestaande jaarrekeningprocedure die als dagvaardingsprocedure is ingericht door een verzoekschriftprocedure en opent de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer om ook in de jaarrekeningprocedure een met een enquête overeenkomend onderzoek te bevelen. Het kabinet heeft inmiddels besloten het wetsvoorstel naar de Raad van State te sturen. Of het wetsvoorstel zoals dat naar de Raad van State is gestuurd op deze punten gelijk is aan het voorontwerp is niet bekend. Verwacht wordt dat de Raad van State in het vierde kwartaal van 2004 zijn advies zal uitbrengen en dat het voorstel dan bij de Tweede Kamer zal worden ingediend. Blijkens een artikel in de Volkskrant van 10 juli 2004 verwacht de AFM dat deze wet in juni 2005 van kracht zal worden.

13 Het wetvoorstel tot Invoering van de mogelijkheid tot het treffen van bijzondere maatregelen door de ondernemingskamer over de zeggenschap in naamloze vennootschappen dat op 7 november 1999 bij de Tweede Kamer is ingediend (TK 1997-1998, nr 25732)..

14 M. Brink in zijn noot onder OK 4 juli 2001, JOR 2001/149 (*HBG*), S.M. Bartman in zijn noot onder diezelfde uitspraak Ondernemingsrecht 2001, p.343 en G.N.H. Kemperink, *Instemmings- en Consultatierechten van de AVA: Le provisoire qui reste?* in Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003, p.175 e.v.

Denken over de inrichting van de enquêteprocedure impliceert ook denken over de inrichting van de Ondernemingskamer. Dit laatste raakt ook andere procedures waarin de Ondernemingskamer de bevoegde rechter is.
Het formele enquêterecht lijkt zich nog steeds aan de periferie van het Nederlands burgerlijk procesrecht te bevinden. In *Een nieuwe balans,* het Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands procesrecht[15] worden de Ondernemingskamer en het enquêterecht niet behandeld; ondernemingsrechtelijke procedures komen als separate categorie in het rapport niet aan de orde[16]. Het enquêterecht staat nog steeds buiten de "*mainstream*" van ons procesrecht. Dat geeft een zekere vrijheid bij het denken over de inrichting van het formele enquêterecht, ook indien men die inrichting zou zien als een differentiatie op een basismodel.
Geerts onderkent terecht in een aantal aanbevelingen in dit rapport overeenkomsten met de enquêteprocedure en vooral met de wijze waarop de Ondernemingskamer in enquêteprocedures functioneert[17]. In een aantal gevallen meen ik echter dat Geerts daarbij de kwetsbaarheid van de wijze van behandelen in enquêteprocedures onvoldoende onderkent en die wijze van behandelen misschien te makkelijk omarmt: ondanks het belang van een snelle behandeling en beslissing is snel recht niet altijd goed recht. Het zou nuttig zijn te weten hoe ondernemingen en diegenen die bij ondernemingen betrokken zijn, over snelheid en zorgvuldigheid denken. Ik sluit niet uit dat zij – geplaatst voor de keuze tussen snelheid en zorgvuldigheid – in het algemeen de voorkeur zouden geven aan snelle duidelijkheid om op die wijze de risico's voor de slagkracht van de onderneming te beperken, maar weet dit niet.

---

15 W.D.H.Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken met medewerking van I.N. Tzankova, Boom 2003.

16 Omdat het in het Interimrapport vooral om hoofdlijnen gaat, komt daarin een verder onderscheid tussen verschillende rechters niet aan de orde (p.129 noot 254). De Ondernemingskamer wordt dan ook slechts genoemd als een van de weinige gespecialiseerde rechterlijke instanties die wij kennen (p. 140), de enquêteprocedure als een voorbeeld van procedures waarvoor de wetgever de verzoekschriftenprocedure heeft voorgeschreven (p. 147) en procedures bij de Ondernemingskamer in het algemeen als voorbeelden van procedures waarin uitgaande van het basismodel voor de verzoekschriftprocedure wordt gedifferentieerd (p. 157). Overigens valt het doel van de enquêteprocedure niet volledig samen met het doel van het merendeel van de procedures zoals beschreven in het Interimrapport. Het doel van de enquêteprocedure en de enquête is in principe drieledig: "de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid, terwijl bovendien van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan" (HR 10 januari 1990, NJ 1990,466 m.nt. Maeijer (*Ogem*).

17 Geerts, bijvoorbeeld p.47.

2. De enquêteprocedure en het ontstaan van de Ondernemingskamer

De ontwikkeling van het formele enquêterecht

Het recht een enquête te vragen is in zijn oervorm in 1928 in de wet gekomen. Toen werd de mogelijkheid geopend voor aandeelhouders die ten minste 20% van de aandelen vertegenwoordigden de rechtbank te vragen een onderzoek te bevelen[18]. De procedure vertoont een paar overeenkomsten met het enquêterecht zoals we dit nu kennen: de betrokkennen waren alleen ontvankelijk in hun verzoek indien zij de vennootschap eerst hadden gevraagd zelf een onderzoek in te stellen en het verslag van het onderzoek moest bij de griffie worden gedeponeerd. De aan de enquête gekoppelde mogelijkheid voorzieningen te vragen bestond nog niet.
In 1971 is het enquêterecht gewijzigd tot de vorm waarin wij dat thans kennen en werd de Ondernemingskamer als de bevoegde rechter aangewezen. Die wijziging maakte deel uit van de grote herziening van ons ondernemingsrecht. De andere onderdelen werden gevormd door de structuurregeling, de Wet op de ondernemingsraden en de invoering van het jaarrekeningrecht. De belangrijkste wijziging van het formele enquêterecht dateert van 1994. Toen werd de mogelijkheid ingevoerd hangende een enquêteverzoek de Ondernemingskamer te vragen onmiddellijke voorzieningen te bevelen. Het heeft enige tijd geduurd voordat iedereen zich de mogelijkheden realiseerde die deze ingang biedt. Nu vallen door de Ondernemingskamer bevolen onmiddellijke voorzieningen nauwelijks meer weg te denken. Het aantal verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen vertegenwoordigt een veelvoud van het aantal gevallen waarin in het verleden de President in kort geding in ondernemingsrechtelijke kwesties werd gevraagd een voorziening te treffen. De onmiddellijke voorzieningen bij de Ondernemingskamer hebben het kort geding voor zover dit al een rol speelde in ondernemingsrechtelijke geschillen in dit opzicht nagenoeg geheel verdrongen. Het is thans de weg om op korte termijn een voorziening te krijgen[19]. Veelal is dit slechts een kwestie van dagen.
Bij de invoering van het enquêterecht en de wijzigingen daarvan heeft het formele enquêterecht nagenoeg geen onderwerp van de discussie uitgemaakt. Voor de enquêteprocedure zijn geen bijzondere procedureregels getroffen. De regels ten aanzien van de verzoekschriftprocedure zoals deze zelf

---

18 De mogelijkheid bestond alleen bij naamloze vennootschappen die aandelen aan toonder hadden uitgegeven, maar de statuten konden de mogelijkheid ook openen indien alleen aandelen op naam uitstonden. Besloten vennootschappen kende ons recht in 1928 niet.

19 Op de vraag of het wenselijk is de eis te handhaven dat een enquêteverzoek is ingediend kom ik hierna nog terug.

in de loop van de tijd zijn gewijzigd, zijn van toepassing. Ik vraag mij af of dit in ieder opzicht wenselijk is en of een aparte regeling van het enquêterecht – eventueel in aanvulling op de algemene regels voor (verzoekschrift)procedures – niet de voorkeur verdient gelet op de specifieke aard van de procedure. Ook dat komt hierna terug.
Bij de ontwikkeling van het enquêterecht heeft de Ondernemingskamer zelf een belangrijke rol gespeeld. Dit niet alleen op het gebied van het materiële enquêterecht maar vooral ook op het gebied van het formele enquêterecht. Door de wijze waarop het enquêterecht zich in de wetgeving heeft ontwikkeld, kent het enquêterecht veel onduidelijkheden en leemten waarin voorzien moest worden. De Ondernemingskamer heeft daarbij, uitgelokt door de praktijk, vaak de grenzen verkend. In een aantal gevallen heeft de Ondernemingskamer daarbij zowel op het terrein van het formele als dat van het materiele enquêterecht de geldende grenzen overschreden[20]. De gevallen waarin de Ondernemingskamer dit mogelijk heeft gedaan, hebben lang niet alle tot een cassatieprocedure geleid. Op die punten bestaat dan ook nog onzekerheid[21].

De Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer is ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam. De instelling vond plaats bij de invoering van de ingrijpende wijzigingen in ons ondernemingsrecht aan het begin van de jaren zeventig van de vorige eeuw. Op ieder van de vier terreinen waarop toen regelingen werden ingevoerd –

---

20 Voor een beschouwing over in dit verband rijzende vragen verwijs ik naar de bijdrage van mijn mede-preadviseur M.R. Mok, *De activistische rechter*, in *A-T-D*, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde, onder redactie van J.B. Huizink.

21 Een voorbeeld van een geval waarvan ik mij afvraag of dit wel verenigbaar is met de structuur van ons vennootschapsrecht is de wel door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorziening waarbij de Ondernemingskamer het stemrecht op aandelen in een rechtspersoon tijdelijk doet overgaan. Een voorbeeld van een uitspraak waarbij de Ondernemingskamer deze onmiddellijke voorziening heeft getroffen is OK 7 augustus 2002, ARO 2002,133 (*De Rotte Bergen*). Geerts (p.311) acht deze voorziening wel mogelijk. Hoe praktisch deze voorziening ook is, meen ik toch dat het stemrecht zich niet voor een dergelijke overdracht leent. Ik zou verwachten dat indien tegen een dergelijke voorziening cassatieberoep zou worden ingesteld, dat moet slagen. Ik meen dat dit geval wat dat betreft overeenkomt met HR 1 maart 2002, NJ 2002/296 m.nt. Maeijer, JOR 2002/79, m.nt. Van den Ingh (*Zwagerman*). Om het door de Ondernemingskamer beoogde resultaat te bereiken, zou technisch een andere weg bewandeld moeten worden. De tijdelijke overdracht ten titel van beheer van de betrokken aandelen staat daarbij niet open omdat een dergelijke tijdelijke overdracht een definitieve voorziening is die alleen na een onderzoek bevolen kan worden. Misschien zou het beoogde doel bereikt kunnen worden door de vestiging van een pandrecht ten behoeve van degene die het stemrecht moet gaan uitoefenen onder bepaling overeenkomstig art. 2:89/198 lid 3 BW dat het stemrecht overgaat.

de structuurregeling, de wet op de ondernemingsraden, het enquêterecht en het jaarrekeningrecht – werd de Ondernemingskamer de bevoegde rechter.
In de loop van de tijd is de bevoegdheid van de Ondernemingskamer ook op andere aangrenzende gebieden uitgebreid. Thans zijn verschillende wetsvoorstellen in voorbereiding of aanhangig die op hun beurt de Ondernemingskamer als bevoegde rechter aanwijzen[22]. De vraag of de organisatie van de Ondernemingskamer dit aan kan is daarbij, voorover ik weet, niet aan de orde geweest. Het lijkt nodig die vraag in samenhang met vragen die met de enquêteprocedure samenhangen onder ogen te zien. Het zou te betreuren zijn indien het belasten van de Ondernemingskamer met werkzaamheden op nieuwe gebieden ten koste zou gaan van het werk van de Ondernemingskamer op de gebieden waarvoor zij nu al bevoegd is[23].
De organisatie van de Ondernemingskamer is beperkt. Zij bestaat uit een fulltime voorzitter, twee parttime raadsheren (alsmede een viertal raadsheren-plaatsvervanger) en een vijftiental (plaatsvervangend) raden alsmede een beperkte ondersteunende sector.
De Ondernemingskamer hoort alle zaken met een volledige samenstelling bestaande uit een voorzitter, twee raadsheren(-plaatsvervanger) en twee (plaatsvervangende) raden. Dit geldt ook voor procedures tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in enquêteprocedures[24].

---

22 Het in noot 13 genoemde wetsvoorstel tot Invoering van de mogelijkheid tot het treffen van bijzondere maatregelen door de ondernemingskamer over de zeggenschap in naamloze vennootschappen dat op 7 november 1999 bij de Tweede Kamer is ingediend (TK 1997-1998, nr 25732) en het in noot 12 genoemde Voorontwerp voor de wet toezicht financiële verslaggeving. Wanneer de 13e EG-Richtlijn op het verplichte overnamebod in onze wetgeving wordt geïmplementeerd, zal de Ondernemingskamer naar verwachting daarbij ook een rol krijgen.

23 Illustratief voor het gebrek aan aandacht dat dit onderwerp krijgt is de ongedateerde brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, die als kamerstuk is gedateerd 2 juli 2004, naar aanleiding van het in 1999 door een commissie onder voorzitterschap van Prof. Dr. P.L. Meurs uitgebrachte rapport Health care governance. Deze commissie pleitte in haar rapport onder meer voor het instellen van een speciale kamer bij het Gerechtshof het Amsterdam naar analogie van de Ondernemingskamer. Deze kamer zou moeten kunnen ingrijpen indien – kort gezegd – een raad van toezicht bij een zorginstelling disfunctioneert. Blijkens de brief van de minister van VWS is er niet voor gekozen een aparte zorgkamer in te stellen, maar om de toegankelijkheid van de Ondernemingskamer te vergroten via de Wet Toezicht Zorginstellingen. In de op grond van die wet vast te stellen amvb zouden zorginstellingen moeten worden verplicht in hun statuten op te nemen dat belanghebbenden de bevoegdheid hebben een enquêteverzoek bij de Ondernemingskamer in te dienen. De vraag wat een dergelijke uitbreiding kan betekenen voor de organisatie van de Ondernemingskamer krijgt daarbij (nog) geen aandacht.

24 Ook in alle andere zaken waarin de Ondernemingskamer bevoegd is, beslist de volledige kamer. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor uitkoopprocedures ondanks het feit dat het financiële belang van in die zaken veelal aanzienlijk kleiner is dan het financiële belang in de gemiddelde ontslagzaak bij de Sector Kanton van de Rechtbanken. Dit is een anomalie. Ik heb overigens begrepen dat in de praktijk deze zaken, indien er geen bijzondere aspecten spelen, min of meer administratief worden afgedaan.

Bij het voorbereiden van de wetswijziging van 1994 is tot dit laatste uitdrukkelijk besloten. Dit werd mede wenselijk geacht omdat onmiddellijke voorzieningen alleen gevraagd kunnen worden indien een enquêteprocedure aanhangig is. Gelet op de mate waarin onmiddellijke voorzieningen binnen een onderneming en in de verhouding met en tussen diegenen die bij een onderneming betrokken zijn kunnen ingrijpen, is dat op zichzelf een groot goed. Of het in alle gevallen wenselijk en nodig is die benadering te handhaven, indien de Ondernemingskamer en de enquêteprocedure anders worden ingericht, weet ik niet. Dat zou mede onderwerp van nadere overweging moeten zijn.

Met alle bewondering die ik heb voor de wijze waarop de Ondernemingskamer en haar voorzitter werken en de voordelen die een kleine organisatie heeft, vraag ik mij af of de bestaande organisatie van de Ondernemingskamer niet te klein is om alle functies waarmee de wetgever en de rechtspraktijk haar willen belasten, goed te vervullen. Het gevaar bestaat dat de wal het schip gaat keren.

Wil de Ondernemingskamer al die functies kunnen vervullen, dan lijkt mij in ieder geval ten minste een structurele versterking van de infrastructuur van de Ondernemingskamer noodzakelijk. Ook met het oog op de continuïteit van de werkzaamheden van de Ondernemingskamer is dat, denk ik, noodzakelijk. Hoewel de Ondernemingskamer in het algemeen op betrekkelijk korte termijn beslist, laten beslissingen steeds vaker aanzienlijk langer op zich wachten dan in het verleden het geval was. Daarmee zou de procedure bij de Ondernemingskamer zijn onderscheidend vermogen kunnen verliezen.

Ook al blijft de termijn waarop in procedures voor de Ondernemingskamer wordt beslist kort in vergelijking tot de termijn in "gewone" procedures, moet men zich realiseren dat duidelijkheid omtrent het tijdstip waarop uitspraak zal worden gedaan – los van de duur van de termijn – een zelfstandig belang vertegenwoordigt. Complexe verhoudingen waarvan vaak in enquêteprocedures sprake is kunnen alleen gestuurd worden indien alle belanghebbenden weten waaraan zij in dit opzicht toe zijn. Een dag of een week uitstel van een in het vooruitzicht gestelde beslissing kan de verhoudingen die aanleiding waren voor het verzoek, verder compliceren: die verhoudingen kunnen immers niet goed "gemanaged" worden. De Ondernemingskamer moet, denk ik, oppassen op dit punt verwachtingen te scheppen die niet altijd waargemaakt kunnen worden.

De belangrijke rol die de Ondernemingskamer is gaan vervullen, maakt het daarbij onverantwoord de continuïteit van het werk van de Ondernemingskamer in feite materieel van één persoon te laten afhangen. Een personele uitbreiding van de Ondernemingskamer kan daarbij ook bijdragen tot een nog meer afgewogen oordeelsvorming.

3. De procedures bij de Ondernemingskamer

Kenmerkend voor de specifieke procedures waarin de Ondernemingskamer de bevoegde rechter is[25], is dat de procedure wordt gevoerd in één feitelijke instantie. Daarbij hebben, zoals ik hiervoor vermeldde, altijd twee personen die geen lid van de rechterlijke macht zijn, in de Ondernemingskamer zitting. Op de enquêteprocedure zijn de art. 261 Rv e.v. van toepassing. In alle gevallen vindt er voor de mondelinge behandeling slechts in beperkte mate een schriftelijke voorbereiding plaats[26]: het inleidend verzoekschrift en de door de onderneming en eventuele belanghebbenden ingediende verweerschriften. Die verweerschriften kunnen formeel tot de aanvang van de zitting worden ingediend en met toestemming van de voorzitter zelfs nog op de zitting (art. 282 Rv)[27]. De wijze waarop de procedure nu is ingericht wordt gekenmerkt door een grote doelmatigheid. De keerzijde daarvan is dat dit kan gaan ten koste van de rechtszekerheid[28].
Bijzonder aan enquêteprocedures bij de Ondernemingskamer is dat het gaat om procedures waarbij in potentie meer dan twee partijen betrokken kunnen zijn[29]. Het Interimrapport spreekt in dit verband waar het gaat om meerpartijenverhoudingen over tripartiete schaalvergroting[30]. Een tripartiete schaal-

---

25 De Ondernemingskamer is daarnaast ook bevoegd als rechter in hoger beroep in een aantal procedures en in uitkoopprocedures waarbij dit op grond van de aard van die procedures minder van belang is.

26 Beperkt ziet hierbij alleen op het aantal stukken dat gewisseld wordt; het ziet niet op de mogelijke lengte van die stukken en het aantal daarbij in sommige gevallen overgelegde producties.

27 Om praktische redenen pleegt de Ondernemingskamer een eerder tijdstip voor indiening van de verweerschriften te stellen. Die termijn is niet op de wet gebaseerd en wordt dan ook niet gehandhaafd. De vraag is of – ook indien meer structurele wijzigingen niet zouden worden doorgevoerd – het met het oog op een deugdelijke voorbereiding van de zitting de wet voor enquêteprocedures niet van een ander stelsel zou moeten uitgaan en zou dienen te bepalen dat verweerschriften ingediend moeten worden voor een door de voorzitter van de Ondernemingskamer te bepalen tijdstip. Daarbij zou de voorzitter op verzoek toestemming moeten kunnen geven verweerschriften op een later tijdstip in te dienen.

28 Ook bij de jaarrekeningprocedure wordt uitgegaan van één enkele stukkenwisseling waarna de wet voorziet in het horen van de accountant. Na het horen van de accountant is het nemen van een nadere conclusie alleen toegestaan met toestemming van de voorzitter (paragraaf 8.4.2. en 8.4.6 van de per 1 juli 2004 in werking getreden gewijzigde rolregeling van het Gerechtshof te Amsterdam). Indien de voorstellen zoals die zijn neergelegd in het Voorontwerp voor de wet toezicht financiële verslaggeving wet worden, zal voor die procedure op hoofdlijnen hetzelfde regime gaan gelden als nu al voor enquêteprocedures geldt.

29 Indien meer dan twee partijen in de procedure betrokken zijn, zullen hun belangen vaak wezenlijk verschillen. Ook los van het feit of meerdere partijen in de procedure betrokken zijn, kan een beslissing van invloed zijn op belangen die niet in de procedure betrokken partijen bij de rechtspersoon hebben.

30 Asser-Groen-Vranken p.162 e.v.; de uitkoopprocedure van art. 2:92a (201a) BW valt in de typologie van het Interimrapport vermoedelijk onder procedures van het tweede type van schaalvergroting.

vergroting stelt bijzondere eisen aan de rechter en aan de procedure. Derdenbelanghebbenden kunnen in de enquêteprocedure zich op betrekkelijk eenvoudige wijze in de procedure mengen. Van geval tot geval moet uitgemaakt worden of een derde een zodanig belang heeft dat deze in de procedure toegelaten moet worden[31].

Een rechtspersoon kan alleen door tussenkomst van personen aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. De belangen van de rechtspersoon worden steeds door haar verhouding ten opzichte van andere rechtssubjecten bepaald. De rechtspersoon als fictie heeft geen belangen in eigenlijke zin. Waar het de verhoudingen binnen een rechtspersoon c.q. tussen een rechtspersoon en anderen betreft, gaat het naar zijn aard ook bij de rechtspersoon om een veelheid aan verhoudingen die tot een verdere caleidoscopische schaalvergroting bijdragen. Deze schaalvergroting treedt op ongeacht of men de rechtspersoon primair ziet als een contractuele samenwerkingsvorm of een meer institutionele benadering huldigt.

Daarbij rijst naar mate betrokkenen in het kader van de flexibilisering van de besloten vennootschap een grotere vrijheid krijgen een vennootschap en hun onderlinge verhoudingen in dat kader in te richten, de vraag of zoals thans bij het enquêterecht het geval is, indien geschillen rijzen, de onderneming en haar belangen nog langer centraal zullen kunnen staan en kunnen prevaleren boven de belangen van diegenen die de inrichting van de vennootschap zijn overeengekomen. Ik denk dat naar mate de vrijheid van partijen om de inrichting van een vennootschap te bepalen groter wordt en zij die vrijheid ook gebruikt hebben, er in principe minder mogelijkheden zullen zijn om via de weg van het enquêterecht bepaalde verhoudingen te redresseren. In dergelijke gevallen zal binnen de huidige structuur van onze wetgeving een procedure bij de gewone rechter op grond van het verbintenissenrecht wellicht meer voor de hand liggen. Dit zou een reden kunnen zijn om te overwegen de strikte procedurele scheiding tussen het enquêterecht en andere delen van ons recht opnieuw te overwegen.

Bij de instelling van de Ondernemingskamer is bewust gekozen voor een procedure in één feitelijke instantie en voor de samenstelling van de Ondernemingskamer uit drie leden van de rechterlijke macht en twee raden. Ik vraag mij af of indien thans opnieuw tot de instelling en inrichting van de Ondernemingskamer besloten zou worden, de keuze op dezelfde wijze zou uitvallen. Indien wij denken over een blauwdruk[32] voor enquêteprocedures

---

31 In de zaak *Scheipar* (HR 6 juni 2003, NJ 2003 m.nt. Maeijer) heeft de Hoge Raad onder meer een algemeen criterium geformuleerd voor de beantwoording van de vraag of een derde als belanghebbende kan worden aangemerkt (r.o. 3.3.2).

32 Het denken over een dergelijke blauwdruk en de eventuele invoering daarvan maakt overigens ook het doorvoeren van verbeteringen in de bestaande regeling van het enquêterecht niet overbodig. Dergelijke verbeteringen zouden betrekkelijk makkelijk kunnen worden

en procedures bij de Ondernemingskamer, zal ook over deze beide aspecten opnieuw gedacht moeten worden. Ik sluit niet uit dat het oordeel thans anders zou moeten uitvallen.
Het gevolg van het feit dat voor de behandeling de Ondernemingskamer in principe slechts beschikt over een verzoekschrift en een verweerschrift, is dat de onderwerpen die partijen verdeeld houden vaak nog slechts in beperkte mate zijn uitgekristalliseerd. Dit geldt in nog sterkere mate indien derdenbelanghebbenden verweerschriften hebben ingediend. Dat verzoekschriften en verweerschriften steeds langer lijken te worden en dat daarbij vaak een grote hoeveelheid stukken in het geding wordt gebracht, betekent niet dat als gevolg daarvan die onderwerpen wel in voldoende mate duidelijk zijn. Het gevaar bestaat dat in feite een grabbelton van feiten ontstaat waaruit de Ondernemingskamer naar believen kan putten. Dit risico wordt vergroot door de behandeling in één feitelijke instantie. Ik meen dat het basismodel van de verzoekschriftprocedure zoals dat in de art. 261 e.v. Rv. is neergelegd voor de enquêteprocedure aangepast zou moeten worden.
Voor de beoordeling of in de zin van art. 2:350 lid 1 BW gebleken is "van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen", kan, denk ik, een behandeling op basis van één verzoekschrift/verweerschriften in één feitelijke instantie voldoende zijn. Tenslotte gaat het daarbij alleen om de vaststelling of er gegronde reden voor twijfel zijn en niet om de vaststelling dat het beleid onjuist is.
Vanuit deze optiek heb ik overigens wel eens de indruk dat ondernemingen geneigd zijn te verkrampt op enquêteverzoeken te reageren. Dat geldt ook voor andere betrokkenen. Goed denkbaar is dat in een dergelijk onderzoek de twijfel wordt weggenomen, ook al lijkt in het merendeel van de gevallen een onderzoek aanknopingspunten te bieden om vast te stellen dat van wanbeleid sprake is geweest[33]. De reden dat in veel gevallen de onderzoeksverslagen aanknopingspunten bieden voor de vaststelling dan van wanbeleid sprake is geweest, is, denk ik, niet dat door de Ondernemingskamer benoem-

---

ingevoerd zonder de structuur van de beslechting van ondernemingsrechtelijke geschillen aan te tasten, indien niet tot een fundamentele wijziging van het enquêterecht wordt besloten.

33 Ik denk dat indien de wettelijke regeling structureel wordt gewijzigd, overwogen zou moeten worden "wanbeleid" te vervangen door een neutraler begrip of de mogelijkheid te openen om buiten de gevallen dat van wanbeleid sprake is, definitieve voorzieningen te treffen. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan een omschrijving als "het duurzaam verstoord zijn van de interne verhoudingen binnen de rechtspersoon". In een dergelijke neutralere omschrijving zie ik een aantal voordelen. Het woordgebruik is minder kwalificerend en neemt de onjuiste indruk weg dat de oorzaak van de problemen gezocht moet worden bij het bestuur van de rechtspersoon. Indien het begrip wanbeleid wordt vervangen of aangevuld, moet dit vanzelfsprekend ook gebeuren met de "gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen". Dit begrip zou dan kunnen worden gewijzigd in of aangevuld met "gegronde redenen om aan het bestaan van gezonde verhoudingen binnen de rechtspersoon te twijfelen".

de onderzoekers vooringenomen zijn, maar dat de stap om naar de Ondernemingskamer te gaan groot is, veel procedures niet verder komen dan onmiddellijke voorzieningen of geschikt worden, en de procedure zelf als een zeef fungeert.
Hiermee wil ik geenszins zeggen dat een enquêteprocedure en alles daarom heen niet ontregelend op een onderneming kan werken en dat de vrees voor een dergelijke ontregeling niet een te respecteren reden kan vormen voor een onderneming om zich tegen een enquêteverzoek te verzetten. Dat kan met name ook het geval zijn indien het enquêteverzoek en de procedure als een middel in de strijd om de zeggenschap over een vennootschap worden gebruikt. Als advocaat past het mij in dit opzicht ook de hand in eigen boezem te steken: dat er een rechterlijke instantie is die bereid en in staat is op korte termijn complexe zaken te behandelen, daarin ook een beslissing te nemen en bij het nemen van beslissingen ook bereid is buiten veel getreden paden te treden, is belangrijk.
Ook mijn eigen beroepsgroep past het in iedere zaak de vraag onder ogen te zien of de enquête de juiste rechtsgang is. Zo lang duidelijke alternatieven ontbreken, zullen wij als advocaten vermoedelijk proberen het daarmee te blijven doen. Bij het denken over de blauwdruk moeten we de samenhang met andere geschillen niet vergeten. Het mooiste zou naar mijn mening zijn indien wij tot een samenhangende structuur voor de beslechting van ondernemingsrechtelijke geschillen zouden kunnen komen.

Eén stukkenwisseling, één feitelijke instantie?

Algemeen

De enquêteprocedure heeft zich zonder een blauwdruk ontwikkeld; haar ontwikkeling is daarbij in belangrijke mate door toevallige omstandigheden bepaald. De vraag of de behandeling in één feitelijke instantie zou moeten plaatsvinden en de vraag waar de Ondernemingskamer in de rechterlijke organisatie moesten worden ingebed, hebben evenmin onderwerp van een uitvoerige discussie gevormd.
De wijze van behandeling van enquêteverzoeken werd bepaald door de regeling van de verzoekschriftenprocedure en wijzigde met de wijzigingen van die procedure. De Ondernemingskamer kwam bij een hof omdat het hof in eerste en enige feitelijke instantie belastingzaken behandelde en daarom bij het hof de kennis werd verondersteld die nodig was in jaarrekeningprocedures. De bevoegdheid van de hoven in belastingzaken zelf had eveneens geen principiële achtergrond: een van de redenen was daarbij dat om voldoende

fiscale specialisten te kunnen aantrekken een honorering op het niveau van een raadsheer in een gerechtshof noodzakelijk werd geoordeeld[34].
Inmiddels is voor wat de belastingrechtspraak betreft een wetsvoorstel in behandeling dat bij invoering tot belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties zal leiden[35]. De beoogde datum van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel is 1 januari 2005.
De vragen of de wet voor enquêteprocedures in meer dan één schriftelijke stukkenwisseling zou moeten voorzien en of deze procedures uit meer dan één feitelijke instantie zou moeten bestaan, hangen voor mij samen. Beide hebben betrekking op de zorgvuldigheid van de procedure en de mogelijkheid voor de rechter om op verantwoorde wijze tot zijn oordeel te komen.
De wijze waarop de enquêteprocedure nu is ingericht, vertoont mijns inziens in dit opzicht grote gebreken. Dat de gevallen waarin cassatieberoep tegen beslissingen van de Ondernemingskamer worden ingesteld, beperkt zijn[36], betekent naar mijn mening niet dat de procedure ook goed is. Aan de ene kant hebben de beslissingen van de Ondernemingskamer – ook die waarbij beslist wordt op verzoeken tot het treffen van voorzieningen na enquête – in belangrijke mate een feitelijk karakter dat cassatieberoep bemoeilijkt. Aan de andere kant zijn de belangen in veel zaken van dien aard dat ondernemingen en diegenen die bij ondernemingen betrokken zijn er – zelfs indien cassatie mogelijk zou zijn – de voorkeur aan geven te leven met en zich te richten naar een beslissing omdat die zekerheid biedt. De rechterlijke beslissing zelf vormt één van de feiten die ondernemingen en degenen die daarbij betrokken zijn bij het door hen verder te voeren beleid in aanmerking nemen, ook indien het een beslissing is die zij onjuist achten. Hoe langer een beroepsprocedure duurt, des te minder zullen ondernemingen en belanghebbenden geneigd zijn een rechterlijk oordeel in hoger beroep aan te vechten. Dit is alleen anders voor zover een partij juist bij het voortduren van onzekerheid belang heeft. Niet alleen voor de enquêteprocedure in eerste instantie maar ook voor de beroepsprocedure(s) geldt dat die met "de meeste

---

34 Te kennen uit het rapport, *In tweede instantie*, van de Werkgroep belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties van maart 2002, dat in paragraaf 1.4.1 de achtergrond van het huidige stelsel schetst.

35 Wetsvoorstel 29 251 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Algemene Wet inzake rijksbelastingen en enige andere wetten in verband met de invoering van beroep bij de rechtbank, alsmede hoger beroep bij het gerechtshof, in belastingzaken (Wet belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties).

36 De gevallen waarin de Hoge Raad de beslissing van de Ondernemingskamer casseert, zijn per definitie nog minder in aantal. Opvallend, maar verklaarbaar gelet op het feitelijke karakter van de beslissingen van de Ondernemingskamer en de normen waaraan de Ondernemingskamer het handelen van ondernemingen in het kader van het enquêterecht moet toetsen, is dat het merendeel van de gevallen waarin de Hoge Raad beslissingen van de Ondernemingskamer vernietigt, op het gebied van het formele enquêterecht ligt.

spoed" behandeld zouden moeten worden. De "meeste" spoed is daarbij een relatieve grootheid die mede bepaald wordt door de mate van zorgvuldigheid die men noodzakelijk acht.

Eén feitelijke instantie?

Ik meen dat zeker indien de enquêteprocedure tot één feitelijke instantie beperkt blijft, een herbezinning op de procedure noodzakelijk is. Zoals de procedure nu is ingericht kan anders dan het Interimrapport[37] verlangt niet van partijen worden verwacht dat zij "ervoor zorgen dat zij uiterlijk op de dag van de mondelinge behandeling het geschil feitelijk en juridisch zodanig hebben uiteengezet en gedocumenteerd, dat [...] de zaak voor beslissing gereed ligt..."[38]. Een oplossing zou gevonden kunnen worden in een nadere schriftelijke uitwisseling van standpunten, terwijl langs de lijnen van het Interimrapport ook een duidelijk management door de Ondernemingskamer van de zaak een oplossing kan zijn. Dit zou bijvoorbeeld kunnen doordat de Ondernemingskamer partijen nadat de verweerschriften zijn ingediend, aangeeft op welke onderdelen de Ondernemingskamer wil dat partijen schriftelijk nader ingaan vóór de mondelinge behandeling. Partijen zouden bij die gelegenheid ook zelf de geschilpunten zoals die mede uit de verweerschriften blijken en de feiten, nader kunnen afbakenen.
De vraag rijst of een dergelijk case management door de Ondernemingskamer als geheel zou moeten geschieden dan wel alleen door de voorzitter of een door de voorzitter aan te wijzen lid van de Ondernemingskamer. Voor het eerste pleiten dezelfde overwegingen als die ten grondslag lagen aan het besluit ook verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen door de volledige Ondernemingskamer te laten behandelen. Voor het tweede efficiency overwegingen. Indien in voorkomende gevallen de mogelijkheid van beroep op de voltallige Ondernemingskamer mogelijk is, denk ik dat de tweede mogelijkheid de voorkeur verdient. Ik verwacht dat partijen het over het algemeen met de in het kader van case management genomen beslissingen eens zullen zijn en van de mogelijkheid tot beroep op de voltallige kamer slechts sporadisch gebruik gemaakt zou worden.

---

37 Asser-Groen-Vranken, p. 85.

38 In zijn in noot 3 genoemde bijdrage ondervangt Hermans dit probleem door de eerste fase van de enquêteprocedure met inbegrip van een eventueel onderzoek mede tot de voorfase te rekenen (p. 281). Wanneer de eerste fase van de enquêteprocedure in zijn geheel als onderdeel van de voorfase van de procedure gezien zou moeten worden en ook als zodanig behandeld zou worden, moet dit mijns inziens gevolgen hebben voor de inrichting van wat we nu de eerste fase van de enquêteprocedure noemen. Zo rijst dan bijvoorbeeld de vraag of zich met een dergelijke gewijzigde kwalificatie wel laat verenigen dat tegen de beslissing een onderzoek te bevelen in cassatie kan worden gegaan.

Overigens is ook een zekere vorm van case management in de bestaande procedure mogelijk doordat de Ondernemingskamer een tussenbeschikking wijst, waarin zij zegt op welke onderdelen zij nader voorgelicht wil worden. Terwijl actief case management het mogelijk zou moeten maken sneller tot de kern door te dringen en daarmee sneller tot een uitspraak te komen, is het wijzen van een tussenbeschikking betrekkelijk omslachtig. In alle gevallen zal een vorm van actief case management menskracht van de Ondernemingskamer vragen.

Iedere vorm van case management betekent, denk ik, dat de mogelijkheid om tot de mondelinge behandeling een verweerschrift in te dienen in ieder geval moet worden beperkt. Anders is er geen goed case-management mogelijk. Wat de verweerder betreft behoeft dit geen bijzondere vragen op te verwerpen. Deze ontvangt immers het verzoekschrift en de Ondernemingskamer bericht hem voor welke datum hij zijn verweerschrift moet hebben ingediend.

Voor derden-belanghebbenden kan deze mogelijkheid niet op dezelfde wijze worden beperkt. In veel gevallen zullen derden-belanghebbenden immers niet tijdig weten dat een enquêteverzoek is gedaan, laat staan dat ze weten voor welk tijdstip een verweerschrift ingediend moet zijn. Wil enige vorm van case management door de rechter mogelijk zijn dan zullen, denk ik, de mogelijkheden voor derden om zich nadat de verweerder zijn verweerschrift heeft ingediend in een enquêteprocedure te mengen, in enige vorm moeten gereguleerd.

Ik denk dat dit langs twee lijnen mogelijk is. Ook daarvoor is een wetswijziging nodig.

Aan de ene kant zou de onderneming waartegen een enquêteverzoek zich richt, verplicht kunnen worden belanghebbenden te informeren. Zo meen ik dat het niet onredelijk is van een dergelijke onderneming te verlangen dat deze haar aandeelhouders en – voor zover toepasselijk – haar ondernemingsraad van de indiening van een verzoek in kennis stelt en hen laat weten wat de datum is waarvoor de onderneming zelf een verweerschrift moet indienen[39]. Wat de houders van aandelen op naam betreft zou deze mededeling per brief kunnen plaatsvinden, met dien verstande dat indien door de vennootschap aandelen op naam zijn uitgegeven die in het girale effectenverkeer zijn opgenomen, kennisgeving zou moeten plaatsvinden op dezelfde wijze als kennisgevingen aan houders van aandelen aan toonder moeten geschieden. Indien de vennootschap aandelen op toonder of aandelen op

39 In de gevallen dat onmiddellijke voorzieningen worden gevraagd, zal het niet altijd mogelijk zijn deze partijen tijdig te bereiken. Ook omtrent alle relevante ontwikkelingen in de procedure zou een onderneming de betrokkenen voor zover deze niet zelf ook partij in de procedure zijn, steeds op korte termijn moeten informeren.

naam die in het giraal effectenverkeer zijn opgenomen heeft uitgegeven of certificaten van aandelen in de vennootschap zijn opgenomen in het giraal effectenverkeer of anderszins aan toonder luiden, zou kennisgeving door middel van een advertentie[40] en een mededeling op de website van de betrokken onderneming moeten geschieden. De vennootschap zou wat mij betreft niet het initiatief behoeven te nemen het verzoekschrift of de daarbij behorende stukken aan deze belanghebbenden toe te zenden. Voor zover (voormalige) leden van het bestuur of de raad van commissarissen van de rechtspersoon belanghebbende bij het verzoek kunnen zijn, zal de rechtspersoon hen zelf voor zover zij niet al als belanghebbende in het verzoekschrift zijn genoemd, van de indiening in kennis moeten stellen. Ik meen dat van de rechtspersoon verlangd mag worden dat deze in voorkomende gevallen wel op eigen initiatief een kopie van het verzoekschrift verstrekt aan deze (voormalige) leden van haar bestuurs- en toezichtsorgaan.
Aan de andere kant zou de Ondernemingskamer de mogelijkheid moeten hebben een belanghebbende ook na afloop van de voor de indiening van verweerschriften gestelde termijn alsnog toe te laten. Daarvoor zou de derde die alsnog[41] toelating verzoekt, duidelijk moeten aangeven waarom deze dat wil, wat zijn belang is en welk standpunt hij in de procedure naar voren wil brengen. De verzoeker en de onderneming moeten de gelegenheid krijgen voor de mondelinge behandeling ook schriftelijk op dit standpunt te reageren[41a].
Omdat het functioneren van de rechtspersoon in de enquêteprocedure centraal staat en de rechtspersoon bij het bepalen van haar beleid de relevante belangen moet wegen, lijkt het mij zinvol het basismodel van de verzoekschriftprocedure voor het enquêterecht zo te wijzigen dat de rechtspersoon waartegen het verzoek zich richt, de gelegenheid krijgt als laatste schriftelijk te reageren. Ik denk dat dat kan bijdragen tot een goede procesgang in het geval van tripartiete schaalvergroting. De beperkte vertraging waartoe deze wijziging kan leiden, weegt denk ik niet op tegen de betere voorbereiding van de mondelinge behandeling die van die aanpassing het gevolg moet zijn.

---

40 Voor ondernemingen die effecten hebben uitgegeven die zijn toegelaten tot de notering op een erkende effectenbeurs zou geen advertentie verlangd behoeven te worden, maar zou met een openbare kennisgeving volstaan kunnen worden.

41 Deze toetsing zou alleen plaats moeten vinden ten aanzien van derden-belanghebbenden die niet binnen de oorspronkelijk door de Ondernemingskamer gestelde termijn een verweerschrift hebben ingediend.

41a De beslissing op een verzoek alsnog toegelaten te worden zie ik als een ordemaatregel waarop degenen die al partij in de procedure zijn niet gehoord zouden behoeven te worden. De beslissing over de "alsnog toelating" zou tijdig voor de mondelinge behandeling genomen moeten worden, omdat die beslissing de behandeling mede bepaalt.

MEER DAN ÉÉN FEITELIJKE INSTANTIE

Ik denk dat case management niet de enige oplossing is en als oplossing vermoedelijk ook niet zal volstaan en meen dat het daarnaast wenselijk is behandeling in twee feitelijke instanties mogelijk te maken. Het doel daarvan is niet dat alle gevallen in twee feitelijke instanties beoordeeld zouden moeten worden. Wel om dit in de gevallen dat partijen daaraan behoefte hebben dit mogelijk te maken, maar ook om daarmee de werkbelasting bij de Ondernemingskamer beheersbaar te houden. Daarbij denk ik dat de behandeling in twee feitelijke instanties ook de ontwikkeling van de materieelrechtelijke punten ten goede zal komen.
Niet alle beslissingen in het kader van het enquêterecht zouden daarbij overigens in twee feitelijke instanties getoetst behoeven te kunnen worden. Tegen beslissingen waarbij een onderzoek wordt bevolen zou ik alleen cassatie mogelijk willen maken, ongeacht of een onderzoek is bevolen of dat het verzoek is afgewezen. Tegen andere beslissingen die in het kader van het case management worden genomen, zou gelet op hun aard geen beroep mogelijk moeten zijn[42].
De zeldzame vraag of een verzoeker bevoegd is een enquêteverzoek te doen, zou in twee feitelijke instanties beslist moeten kunnen worden. Ditzelfde geldt voor verzoeken tot het treffen van voorzieningen na enquête en de gevallen dat onmiddellijke voorzieningen zijn bevolen. Indien het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen wordt afgewezen, zou ik tegen die afwijzing geen hoger beroep mogelijk willen maken en willen volstaan met cassatie.
Uitgaande van de gedachte dat zaken in hoger beroep bij de Ondernemingskamer bij het Gerechtshof te Amsterdam behandeld zouden (blijven) worden[43], laten zich voor de behandeling in eerste instantie verschillende oplossingen denken. Ik zie een aantal mogelijkheden. De eerste is dat alle procedures worden behandeld door één rechtbank, bijvoorbeeld die te Amsterdam. De tweede is dat voor ieder hofressort een rechtbank wordt aangewezen[44].

---

42 Zie echter ook hierna p.36.

43 Eventueel zou gedacht kunnen worden aan de mogelijkheid een Ondernemingskamer bij een tweede gerechtshof in het leven te roepen. Dit zou ook het tenminste optisch bestaande probleem ondervangen dat de Hoge Raad, indien deze een uitspraak van de Ondernemingskamer vernietigt, de zaak thans alleen zelf af kan doen of terug moet verwijzen naar dezelfde Ondernemingskamer waarvan de beslissing is vernietigd. Noodzakelijk lijkt mij dit niet; zo vindt ook in octrooizaken indien de uitspraak van het Gerechtshof te Den Haag wordt gecasseerd, terugverwijzing naar ditzelfde hof plaats.

44 Indien wordt gekozen voor het instellen van een Ondernemingskamer bij een tweede Gerechtshof, kan vanzelfsprekend ook gedacht worden aan de mogelijkheid slechts twee rechtbanken bevoegd te maken enquêteprocedures in eerste instantie te horen.

De derde dat iedere rechtbank in eerste instantie de betrokken verzoeken zou kunnen behandelen. Elders heb ik al opgemerkt dat ik meen dat de vele belangen die bij het beoordelen van geschillen binnen een onderneming spelen het wenselijk maken dat de behandeling ook in een eerste feitelijke instantie door een meervoudige kamer plaatsvindt.
Juist de ervaring van de Ondernemingskamer met ondernemingsproblemen heeft het enquêterecht het succes gebracht dat het nu heeft. Mede vanuit dat gezichtspunt zou ik om de expertise te concentreren voor een van de eerste twee alternatieven opteren. De redenen om niet zonder voorbehoud voor het concentreren bij één rechtbank te kiezen, zijn voor mij de belasting waartoe dit soort zaken voor één rechtbank kan leiden en de gedachte dat de keuze voor meer dan één rechtbank als gevolg van de mogelijk door ieder van hen te kiezen invalshoek meer tot de rechtsontwikkeling zal kunnen bijdragen dan het geval zou zijn indien alle zaken bij één rechtbank zouden worden geconcentreerd. Datzelfde resultaat kan vanzelfsprekend bij de keuze voor één rechtbank ook worden bereikt door meer dan één kamer van de rechtbank met dit type zaken te belasten.
Ik meen dat indien besloten wordt een behandeling in twee feitelijke instanties mogelijk te maken, ook overwogen moet worden de termijn waarbinnen hoger beroep kan worden ingesteld niet op de voor beslissingen in verzoekschriftprocedures gebruikelijke termijn van drie maanden te stellen, maar de appeltermijn te stellen op de termijn die geldt voor beslissingen in kort geding. Dit om de snelheid in de procedure zo veel mogelijk te handhaven.

De positie van de raden in het enquêterecht

De Commissie Herziening Ondernemingsrecht (de Commissie Verdam) waarvan het rapport leidde tot de instelling van de Ondernemingskamer, schreef in het rapport dat zij in november 1964 presenteerde: *De behandeling van verzoeken tot het instellen van een enquête en tot het nemen van maatregelen naar aanleiding van de uitslag daarvan stelt aan de rechter hoge eisen. Niet alleen wordt van de rechter veel tact verlangd – alleen reeds het feit dat een verzoek wordt gedaan betekent dat een onderneming in opspraak wordt gebracht – ook wordt, met name bij de maatregelen genoemd in art. 54*[45]*, van de rechter een deskundig inzicht in de behoeften en de verhoudingen in het bedrijfsleven gevergd. Om deze reden beveelt de commissie aan, de behandeling van de onderhavige verzoek te concentreren bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam, die, naar het voorstel der commissie, voorts zal worden belast met de beslissing van geschillen over de jaarrekening. Verwacht mag worden dat deze kamer èn*

[45] Thans art. 2:356 BW.

door haar samenstelling èn door haar ervaring zal beschikken over een bijzondere deskundigheid op het onderhavige gebied[46].
Deze passage is in het Algemeen Deel van de Memorie van Toelichting bij het toenmalige wetsontwerp omtrent de jaarrekening van ondernemingen zonder meer overgenomen. Dat niet-leden van de rechterlijke macht deel uitmaken van de Ondernemingskamer vormt een van de wezenskenmerken van de Ondernemingskamer in zijn huidige opzet.
Zeker wanneer men denkt over het introduceren van een tweede feitelijke instantie, moet men zich afvragen of desondanks een voortgezette betrokkenheid van niet-leden van de rechterlijke macht bij enquêteprocedures nog steeds wenselijk is. Maar ook los daarvan, indien uitgegaan wordt van één feitelijke instantie, moet deze vraag gesteld worden.
Ik aarzel wat het antwoord op deze vraag moet zijn. Bij de behandeling van zaken voor de Ondernemingskamer springt de kennis en de actieve betrokkenheid bij de problematiek van de raden in het oog. Daarbij valt overigens wel op dat zij als gevolg van hun achtergrond onderling als groep veel minder homogeen lijken, dan wat ik van leden van de rechterlijke macht verwacht. De uitkomst van een procedure voor de Ondernemingskamer zou daarmee tot op zekere hoogte bepaald kunnen worden door welke raden op een bepaalde zaak zitten. Indien dit inderdaad het geval is, kan dit ten koste van de voorspelbaarheid van beslissingen van de Ondernemingskamer gaan. Ik realiseer mij dat die verschillen waarschijnlijk in belangrijke mate worden gemitigeerd door de invloed van de voorzitter en de raadsheren die gedurende een langere periode in de Ondernemingskamer zitting hebben. Hun aanwezigheid moet voor de noodzakelijke consistentie en continuïteit zorgen. Maar indien die aanwezigheid noodzakelijk is, kunnen de raden dan wel nog steeds op de wijze als door de Commissie Verdam veronderstelt echt een bijdrage leveren? Voor mij en anderen die niet het voorrecht hebben aan het beraad in raadkamer deel te nemen, is dit een vraag. Mogelijk zijn juist de raden wel degenen die de creativiteit en de flexibiliteit van de Ondernemingskamer mede mogelijk maken.
Los van het antwoord op deze vraag signaleer ik een drietal ontwikkelingen die een rol kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag of niet-leden van de rechterlijke macht wanneer de inrichting van het enquêterecht wordt gewijzigd, nog in alle gevallen als lid van de betrokken rechterlijke colleges bij de procedure betrokken zouden moeten blijven.
In de eerste plaats heb ik de indruk dat enquêteprocedures en procedures voor de Ondernemingskamer in het algemeen steeds meer juridisch van aard

46 Te kennen uit: Losbladige uitgave Rechtspersonen, commentaar op art. 2:345 BW onder aantekening 3.

worden. Dit geldt niet alleen voor antagonistische[47] of contentieuze enquêteprocedures. Niet alleen wordt de enquêteprocedure meer als een procedure benaderd, maar tevens lijken juridische leerstukken en discussiepunten een steeds centralere plaats in te gaan nemen. Ik weet niet of de raden bij de beslissing omtrent dergelijke vraagpunten een andere toegevoegde waarde kunnen hebben dan de Ondernemingskamer te dwingen het belang van de onderneming en de bij de onderneming betrokken partijen en niet de juridische strijdvragen centraal te stellen. Het belang daarvan mag, denk ik, niet onderschat worden.

Mij kan hierbij zonder meer worden tegengeworpen dat door deze juridisering de enquêteprocedure tot op zekere hoogte wordt gedenatureerd. Dat is waar, maar dat wil denk ik niet zeggen dat daarom niet met deze ontwikkeling rekening gehouden moet worden. Deze ontwikkeling is in belangrijke mate versterkt door een aantal uitspraken van de Hoge Raad. Ik denk daarbij vooral aan de uitspraak inzake Vie d'Or[48]. Bij die uitspraak besliste de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer slechts een oordeel mocht geven over hetgeen de procureur-generaal in zijn vordering na enquête aan de Ondernemingskamer had voorgelegd. Aangenomen wordt dat dit op overeenkomstige wijze geldt voor verzoeken tot het treffen van voorzieningen na enquête. Degenen die voorzieningen na enquête verzoeken bepalen daarmee de omvang van de rechtsstrijd. De mate waarin de raden met hun expertise tot de oordeelsvorming kunnen bijdragen is als gevolg daarvan gereduceerd. In de tweede plaats lijken de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoekers[49] steeds deskundiger te worden en lijkt in sommige gevallen wat de expertise betreft een zekere mate van overlapping tussen de onderzoekers en de raden te ontstaan. Hoe deskundiger de onderzoekers zijn des te minder behoeft de inbreng van de raden zijn. Er vindt substitutie plaats.

Er is nog een derde reden op grond waarvan ik meen dat heroverweging van de positie van de raden noodzakelijk is. Hoewel de Grondwet het zonder meer mogelijk maakt dat personen die geen lid zijn van de rechterlijke macht deelnemen aan de rechtspraak, staat de wetgever thans terughoudender tegenover het mogelijk maken of handhaven van deelneming aan de rechtspraak door personen die geen deel uitmaken van de rechterlijke macht dan vroeger het geval was. Dit heeft er bijvoorbeeld toe geleid dat toen per 1 juli 1993 de raden van beroep en de ambtenarengerechten werden geïntegreerd met de rechtbanken, de tot dat moment in het kader van de sociale verzekeringswetgeving en het ambtenarenrecht bestaande deelneming van niet-leden van de rechterlijke macht in de betrokken beroepsinstanties niet werd

---

47 Hermans maakt in *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (p.116 e.v.) een onderverdeling in de curatieve enquête, de inquisitoire enquête en de antagonistische enquête.

48 HR 31 mei 2000, NJ 2000/555.

49 Op het onderzoek en de procedure na enquête ga ik hierna nog in.

gecontinueerd. Ook van de Centrale Raad van Beroep maken personen die geen lid zijn van de rechterlijke macht sinds die tijd geen deel meer uit.
Het beleid is thans dat voor deelneming van niet-leden van de rechterlijke macht aan rechterlijke colleges in het algemeen alleen dan aanleiding zal zijn, indien het gaat om zaken die slechts adequaat kunnen worden behandeld en beslist indien het betrokken gerecht structureel beschikt over zeer specifieke en voor de professionele rechter moeilijk te verwerven deskundigheid inzake en praktijkervaring met de onderliggende materie[50]. Ik vraag mij af of dit op het gebied van het enquêterecht in het algemeen nog het geval is en of in de gevallen dat de Ondernemingskamer de behoefte heeft aan specifieke deskundigheid naast de deskundigheid van de onderzoekers, het niet beter zou zijn indien de Ondernemingskamer op voor partijen kenbare en door de wet bepaalde wijze deskundigen in zou schakelen.
Indien de enquêteprocedure wordt gewijzigd in een procedure in twee feitelijke instanties en de conclusie is dat personen die geen lid zijn van de rechterlijke macht bij de enquêteprocedure betrokken moeten blijven, rijst de vraag of zij bij beide feitelijke instanties betrokken zouden moeten zijn of slechts bij één daarvan en zo ja, bij welke feitelijke instantie.
Gevoelsmatig denk ik dat zij in dat geval slechts bij één van de twee feitelijke instanties betrokken zouden behoeven te worden.
Omdat waarschijnlijk over het algemeen de maatschappelijke ervaring van leden van een rechtbank kleiner zal zijn dan die van leden van een gerechtshof[51] en om de taak van de Ondernemingskamer te verlichten de beslissingen in de eerste feitelijke instantie in ieder geval voldoende draagvlak moeten krijgen, terwijl de toetsing in de tweede feitelijke instantie vermoedelijk zelfs indien personen die geen deel uitmaken van de rechterlijke macht daarvan deel uitmaken, toch een sterker juridisch accent zal krijgen, zou ik geneigd zijn in dat geval te kiezen voor het betrekken van niet-leden van de rechterlijke macht bij de eerste feitelijke instantie.
Dit zou het bijkomende voordeel kunnen hebben dat de bezwaren van een mogelijk gebrek aan homogeniteit tussen de raden door het bestaan van een tweede feitelijke instantie waarvan niet-leden van de rechterlijke macht geen deel uitmaken, zou kunnen worden ondervangen.

---

50 Nota van wijziging met betrekking tot het voorstel van wet tot Wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Ambtenarenwet 1929, de Beroepswet en enkele andere wetten (integratie raden van beroep/ambtenarengerechten en arrondissementsrechtbanken; vereenvoudiging regelingen vormen en bezetting kamers), T.K. 1990-1991, 21 967, nr.6, p. 13 en 14.

51 Met deze generalisering wil ik op geen enkele wijze te kort doen aan de maatschappelijke ervaring van oudere leden van rechtbanken.

52 Het gaat hierbij om de art. 194 e.v. Rv. Geerts (p.139) ziet de onderzoekers als deskundige in zin van deze bepalingen. Hij leidt daaruit mede af dat de Ondernemingskamer de mogelijkheid heeft een nader of aanvullend onderzoek te bevelen. Ik heb de indruk dat bij Geerts

Het onderzoek

Over de wijze waarop het onderzoek ingericht zou moeten worden en het gebrek aan richtlijnen die onderzoekers in acht moeten nemen is het nodige geschreven, evenals over de vraag of en in hoeverre de wettelijke regelingen met betrekking tot deskundigen op het onderzoek van toepassing zijn[52]. Het gaat hierbij om een weerbarstige materie, waarbij het in het verleden ook aan de voorzitter van de Ondernemingskamer voor ogen heeft gestaan dat onder verantwoordelijkheid van de Ondernemingskamer richtlijnen voor onderzoekers tot stand zouden kunnen komen. Dat is uiteindelijk niet gebeurd. Dat de materie weerbarstig is wordt geïllustreerd door de gedachten van Hermans over het onderzoek[53]. Hoewel ik zijn gevoel van machteloosheid begrijp en deel, denk ik niet dat het antwoord kan worden gevonden door het onderzoek in een juridisch keurslijf te wringen. Daarvoor verschillen de ondernemingen waarbij onderzoek moet worden gedaan en de onderwerpen die onderzocht moeten worden teveel. Dit wordt ook onderkend door het onlangs gepubliceerde resultaat van het onderzoek dat Blanco Fernández, Holtzer en Van Solinge onder verantwoordelijkheid van het Onderzoekscentrum voor ondernemingsrecht in Nijmegen hebben uitgevoerd[54]. De door hen gepubliceerde richtlijnen zijn praktisch en niet overdreven juridisch qua opzet. De richtlijnen zijn het resultaat van het onderzoek dat moest "leiden tot de formulering van richtlijnen dan wel handreikingen in de enquêteprocedure"[55]; mijn indruk is dat de richtlijnen de beoogde handreiking bieden[56]. Dat de materie weerbarstiger was dan Holtzer bij het schrijven van zijn in

---

tot op zekere hoogte van een doelredenering sprake is: omdat een aantal van de regelingen die betrekking hebben op deskundigen in principe ook goed toegepast zouden kunnen worden op onderzoekers, is het praktisch onderzoekers als deskundigen aan te merken en daarom zijn onderzoekers ook deskundigen. Hermans meent in zijn in noot 2 vermelde artikel dat de onderzoeker geen deskundige is in de zin van deze bepalingen. Hij meent dat een aantal van de bepalingen die op deskundigen van toepassing zijn analoog op onderzoekers toegepast zouden moeten worden. D.M. Thierry, Een nader onderzoek in de enquêteprocedure, Ondernemingsrecht 2002, p.430, ziet mogelijkheden om in de tweede fase deskundigen in de zin van art. 194 e.v. Rv met een nader onderzoek te belasten. Geerts (p. 204) wijst de door Thierry geopperde mogelijkheid af; hij doet dit mede op grond van de door mij in mijn noot onder HR 24 januari 2003, JOR 2003/56 (Village Scaldia) genoemde redenen. Ook Blanco Fernández, Holtzer en Van Solinge zijn in hun Richtlijnen (zie noot 54, p.26) van oordeel dat onderzoekers geen deskundigen in de zin van art. 194 e.v. Rv zijn.

53 Zie de in noot 3 vermelde bijdrage van Hermans.

54 J.M. Blanco Fernández, M.Holtzer, G. van Solinge, *Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Kluwer 2004.

55 M. Holtzer, *Rechtspraakoverzicht enquêterecht 2000 en 2001* in Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2002, p.38.

56 Op een punt schieten Blanco Fernández, Holtzer en Van Solinge naar mijn mening te ver door. Dat is niet zo zeer het geval bij de richtlijnen voor de onderzoekers, maar waar zij het begrip "verbonden rechtspersoon" in het kader van hun toelichting op art. 2:351 lid 2 BW

noot 55 genoemde bijdrage veronderstelde, blijkt overigens wel uit de tijd die met de afronding van het onderzoek gemoeid is geweest en het feit dat de onderzoekers het blijkens hun inleiding ook zelf niet op ieder punt met elkaar en de aanbevelingen eens zijn.
Ik meen dat het ook zonder dat de inrichting van de enquêteprocedure fundamenteel wordt gewijzigd, wenselijk is dat in procedures waarin voorzieningen na enquête gevraagd worden, het verslag van het onderzoek meer onderwerp van debat wordt en de Ondernemingskamer meer dan zij thans doet een onderneming[57] in de gelegenheid moet stellen – eventueel door het horen van deskundigen – de Ondernemingskamer van de onjuistheid van de vaststellingen en conclusies van de onderzoekers te overtuigen. Nu worden voor mijn gevoel de bevindingen van onderzoekers te makkelijk als juist aangemerkt en worden bezwaren tegen die bevindingen weggewuifd als onvoldoende gesubstantieerd. Indien de enquêteprocedure na enquête zo zou worden ingericht dat meer dan één stuk wordt gewisseld, zou dit bezwaar waarschijnlijk al gedeeltelijk worden ondervangen.
Op deze wijze zou het verslag van het onderzoek en zouden de bevindingen van de onderzoekers onderwerp van het debat worden. De mogelijkheid zou moeten bestaan en moeten kunnen worden gebruikt de onderzoekers op de zitting over het verslag van hun onderzoek te horen. Dit bevordert de transparantie en verdient, denk ik, de voorkeur boven een procedure waarbij een feitelijk oordeel van de raden op grond van hun perceptie en expertise buiten het zicht van partijen, in een voor partijen niet kenbare richting wijst en in de juridische beslissing van de Ondernemingskamer als zodanig ook niet herkend kan worden.

---

invullen. Nauwe verbondenheid kan volgens hen ook bestaan indien er geen vennootschappelijke verhouding is tussen de desbetreffende partij en de rechtspersoon waarbij de enquête plaatsvindt. Uit de voorbeelden die zij geven, blijkt dat zij daarbij niet het oog hebben op de gevallen dat een derde met een partij die wel in een vennootschappelijke verhouding tot de onderzochte rechtspersoon staat, vereenzelvigd kan worden, maar op geheel andere gevallen. Zo noemen zij als partijen die ondanks het ontbreken van een vennootschappelijke verhouding met de onderzochte rechtspersoon toch onder omstandigheden als verbonden rechtspersoon kunnen worden aangemerkt, de belangrijkste afnemer of leverancier of de bank die een dominante invloed heeft op het beleid van de onderzochte rechtspersoon. Los van het feit dat deze partijen niet in de vorm van een rechtspersoon georganiseerd behoeven te zijn in welk geval op grond van de tekst van art. 2:352 lid 2 BW die bepaling op hen geen toepassing zou kunnen vinden, meen ik dat op deze wijze de grenzen te zeer worden opgerekt. Dat betekent niet dat de onderzoekers deze partijen indien daar aanleiding voor bestaat niet op grond van art. 2:352a BW door de Ondernemingskamer als getuigen zouden kunnen laten horen.

57 De tweede fase richt zich tegen de rechtspersoon. Binnen de bestaande structuur van het enquêterecht hebben verzoekers geen mogelijkheden indien het verslag van het onderzoek niet ten minste aanknopingspunten biedt voor de vaststelling dat van wanbeleid sprake is geweest.

Ik denk dat indien de enquêteprocedure in deze zin gewijzigd zou worden dit de voorkeur verdient.

4. De werkingsfeer van het enquêterecht

Efficiency, snelheid en dienstbaarheid (waaronder ik mede de ontvankelijkheid voor nieuwe initiatieven) zou willen verstaan zijn, zonder meer belangrijk. Dit mag er echter niet toe leiden dat we vergeten dat – zeker binnen het huidige systeem van het enquêterecht – de onderneming en de belangen van de onderneming centraal staan[58]. Dat betekent dat vraagstukken die in het kader van het enquêterecht aan de Ondernemingskamer worden voorgelegd primair benaderd worden van uit het oogpunt van het belang van de onderneming. De belangen van anderen ten opzichte van de onderneming en ten opzichte van elkaar zijn in het kader van een enquêteprocedure daaraan tot op zekere hoogte ondergeschikt.
Hoewel ik de bereidheid van de Ondernemingskamer om zaken te behandelen in het kader van het enquêterecht waardeer en de behandeling ook tot een sanering van verhoudingen kan bijdragen en problemen kan oplossen, meen ik dat de praktijk zich toch terughoudender moet opstellen bij het voorleggen van geschillen aan de Ondernemingskamer en dat de Ondernemingskamer terughoudender moet zijn met verzoekers in enquêteverzoeken ontvankelijk te verklaren. Dit geldt in versterkte mate voor verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in het kader van enquêteprocedures. In ieder geval zou de Ondernemingskamer mijns inziens niet zonder een daartoe strekkende wetswijziging en zonder structurele uitbreiding van haar apparaat tot een algemene kort geding rechter in ondernemingsrechtelijke zaken of zelfs in zaken waarbij ondernemingen betrokken zijn mogen uitgroeien. Ook de Ondernemingskamer die op de wijze waarop zij het enquêterecht toepast ontegenzeggelijk een grote aanzuigende werking heeft, moet leren nee te zeggen ook al zijn de geschillen die betrokkenen in het kader

---

58 Bij het tonen van dienstbaarheid mag ook de Ondernemingskamer niet buiten het door de wet gestelde kader treden. Zo meen ik dat de Ondernemingskamer met haar beschikking 10 mei 2004 (Willem III Meubilering Beheer B.V., ARO 2004/70, JOR 2004/194 m.nt. Leijten) iets doet wat zelfs de Ondernemingskamer op grond van de bestaande wetgeving niet kan: Na euthanasie op de betrokken rechtspersoon te hebben toegepast (de beschikking waarbij de vennootschap was ontbonden was onherroepelijk geworden), reanimeert de Ondernemingskamer deze zelf alsnog. Kennelijk omdat alle betrokkenen, volgens mij te laat, tot de conclusie waren gekomen dat aan de ontbinding zodanige nadelen kleefden dat zij op grond daarvan alsnog overeenkwamen hun geschillen op andere wijze op te lossen. Ik meen dat dit niet kan evenmin als partijen zelf een effectief geworden ontbindingsbesluit kunnen herroepen. Dit betekent niet dat de Ondernemingskamer indien deze vaststelt dat van wanbeleid sprake is, een besluit tot ontbinding van een rechtspersoon niet bij wege van voorziening ex art. 2:356 BW kan vernietigen of dat de gewone rechter dit niet op grond van art. 2:15 BW zou kunnen doen.

van het enquêterecht aan haar willen voorleggen nog zo spraakmakend of anderszins interessant.
Omdat de Ondernemingskamer primair de probleemstelling vanuit het perspectief van de onderneming benadert, is de Ondernemingskamer in de gevallen dat het beleid en het belang van de onderneming, de collectiviteit van de bij de onderneming betrokkenen, niet in het geding zijn, nu niet het geëigende rechterlijk college om geschillen van meer civielrechtelijke aard tussen de onderneming en een aandeelhouder of tussen aandeelhouders onderling te beslechten.
In een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer staan de civielrechtelijke rechtsbetrekkingen op het tweede plan, terwijl een beslissing van de Ondernemingskamer weliswaar niet in juridische zin maar wel in praktische zin prejudiciërend werkt ten aanzien van een beslissing door de "gewone" rechter.
Zo meen ik dat zo lang een dergelijk geschil niet ten koste gaat van de ontwikkeling van de onderneming, een geschil tussen aandeelhouders op grond van een aandeelhoudersovereenkomst, door de gewone rechter beslist moet worden met de mogelijkheden voor de betrokkenen van een behandeling in twee feitelijke instanties. Zelfs indien de enquêteprocedure wordt gewijzigd in een procedure in twee feitelijke instanties, meen ik dat een dergelijk geschil volgens de "normale" procedureregels zou moeten worden behandeld. Dat zou overigens niet behoeven te betekenen dat in dat geval het geschil ook door andere leden van de rechterlijke macht behandeld zou moeten worden.
Op het moment dat ik dit preadvies schrijf heeft de behandeling van het door de VEB en anderen tegen Unilever N.V. ingediende enquêteverzoek nog niet plaatsgevonden, laat staan dat daarin al uitspraak is gedaan. Binnen het referentiekader dat ik hiervoor aanduidde gaat het in de met dit verzoek aanhangig gemaakte procedure ondanks het feit dat geprobeerd wordt de feiten zo te poneren dat daaruit met een hoop goede wil redenen om aan een juist beleid van Unilever N.V. te twijfelen kunnen worden afgeleid, om een geschil dat niet in het kader van het enquêterecht zou moeten worden beslist. De feiten die in het verzoek worden genoemd en de rechtsverhouding op grond waarvan de betrokkenen ageren, laten zich mijns inziens primair als van civielrechtelijke of mogelijk als van effectenrechtelijke aard kwalificeren. Omdat het belang van Unilever als onderneming daarbij niet betrokken is, de in het kader van het enquêterecht eventueel te treffen voorzieningen naar hun aard die verhouding niet kan beïnvloeden en materieel een beslis-

59 Indien de aandeelhouders in World on Line vorderingen op grond van de stelling dat het introductieprospectus misleidend was, "omgebouwd" zouden hebben tot een verzoek in een enquêteprocedure zouden zij in dat verzoek op dezelfde grond niet ontvankelijk moeten zijn verklaard.

sing ten gunste van de houders van de preferente aandelen ten koste gaat van de houders van de gewone aandelen Unilever, meen ik dat de Ondernemingskamer VEB c.s. in hun verzoek niet ontvankelijk zal moeten verklaren c.q. het verzoek zal moet worden afgewezen indien Unilever dat op deze grond verzoekt[59].

Ik zou niet zo ver willen gaan dat de Ondernemingskamer ambtshalve een verzoeker van een enquête niet ontvankelijk zou moeten verklaren in een geval als hiervoor beschreven, maar indien een onderneming de Ondernemingskamer vraagt een verzoeker op die grond in zijn verzoek niet ontvankelijk te verklaren zou de Ondernemingskamer dat wel moeten doen.

De vraag rijst of de Ondernemingskamer ook tot niet-ontvankelijk verklaring zou moeten overgaan indien niet de onderneming maar een andere belanghebbende dit in de geschetste omstandigheden vraagt.

Voor de toepassing van art. 2:349 BW (het tijdig schriftelijk gemaakt hebben van bezwaar) heeft de Ondernemingskamer herhaaldelijk beslist dat alleen de onderneming waartegen het enquêteverzoek zich richt een beroep op de niet-ontvankelijkheid op grond van deze bepaling kan doen.

Indien eigen civielrechtelijke belangen van derden-belanghebbenden die in de enquêteprocedure een verweerschrift hebben ingediend door het enquêteverzoek of de in het kader van de enquêteprocedure gevraagde voorzieningen worden geraakt, meen ik dat indien de belangen van de onderneming daardoor niet worden geschaad, de Ondernemingskamer ook op het verzoek van een dergelijke derde tot niet-ontvankelijk verklaring van de verzoeker in het betrokken verzoek moet overgaan, zelfs indien de onderneming uitdrukkelijk heeft verklaard met de behandeling door de Ondernemingskamer van het verzoek in te stemmen. Niet alleen worden op deze wijze de belangen van de betrokken derde beschermd zonder dat dit tot nadeel voor de onderneming leidt, het voorkomt ook opzetjes van verzoekers en de onderneming als gevolg waaraan derden *gesqueezed* zouden kunnen worden.

5. De geschillenregeling en vermogensrechtelijke nadelen

Omdat bij de enquêteprocedure de belangen van de onderneming en niet die van aandeelhouders centraal staan, vind ik de wel geopperde gedachte de geschillenregeling van art. 2:335 BW e.v. op een of andere wijze te integreren in of te combineren met de enquêteprocedure niet helemaal gelukkig. Algemeen wordt onderkend dat de geschillenprocedure in de bestaande vorm niet functioneert. Zelfs zo dat in het kader van de enquêteprocedure onder leiding van de Ondernemingskamer regelmatig tussen partijen regelingen worden overeengekomen die veel sneller tot hetzelfde resultaat lei-

den[60]. Die regelingen onderstrepen dat een vereenvoudigde geschillenregeling mogelijk is. Dat betekent echter niet dat een dergelijke vereenvoudigde geschillenregeling ook met de enquêteprocedure gecombineerd moet worden. Tenslotte staan in de enquêteprocedure de onderneming en haar belangen centraal, terwijl het bij de geschillenregeling primair gaat om de vermogensrechtelijke belangen van aandeelhouders.

Ik realiseer mij dat zich gevallen voordoen waarin zowel het belang van de onderneming als de vermogensrechtelijke belangen van aandeelhouders op het spel staan. Ook ik meen dat het mogelijk moet zijn in die gevallen de belangen van de onderneming boven de belangen van de betrokken aandeelhouders te laten prevaleren. Dit kan tot vermogens(rechtelijk) nadeel[61] voor een of meer aandeelhouders leiden. Ook in andere gevallen kunnen door de Ondernemingskamer bevolen (onmiddellijke) voorzieningen tot vermogens(rechtelijk) nadeel voor een of meer bij de rechtspersoon betrokken partijen leiden. Ons ondernemings- en vermogensrechtelijk systeem kent daarvoor thans geen stelselmatige oplossing. Een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking[62] zal slechts in enkele gevallen een oplossing kunnen bieden: niet in alle gevallen dat een belanghebbende door de gekozen oplossing nadeel leidt wordt een ander daardoor "verrijkt" of kan vastgesteld worden wie wordt verrijkt.

Indien de voorziening wordt getroffen in de vorm van een voorziening na enquête zou onder het bestaande recht art. 2:356 lid 2 BW dat de Ondernemingskamer de bevoegdheid geeft zo nodig de gevolgen van de door haar getroffen voorzieningen te regelen, misschien een oplossing kunnen bieden. Mij zijn geen gevallen bekend waarin de Ondernemingskamer is gevraagd met gebruikmaking van deze bepaling voor een belanghebbende de nadelen die deze als gevolg van een getroffen voorziening heeft geleden op te heffen of te beperken.

Ik sluit niet uit dat de Ondernemingskamer bereid zou kunnen zijn ook in dit opzicht een innovatieve benadering te kiezen. Maar wat indien het nadeel ontstaat door het treffen van onmiddellijke voorzieningen of nog indirecter als gevolg van een besluit of handeling die door een onmiddellijke voorzie-

60 Nakoming van een dergelijke regeling kan thans niet door de Ondernemingskamer afgedwongen worden. Indien een van partijen de onder leiding van de Ondernemingskamer overeengekomen regeling niet nakomt, staat de andere bij de Ondernemingskamer met lege handen en de Ondernemingskamer zelf met de mond vol tanden.

61 Ik gebruik het woord nadeel alleen omdat ik mij in dit verband met het begrip schade zelf niet helemaal comfortabel voel.

62 Art. 6:212 BW.

ning mogelijk is gemaakt?[63] Daarvoor biedt art. 2:356 lid 2 dat zich beperkt tot de gevolgen van voorzieningen na enquête geen oplossing. Misschien zou de Ondernemingskamer gelet op de vrijheid die zij heeft bij het bevelen van onmiddellijke voorzieningen op grond van art. 2:349a lid 2 Rv en 2:355 lid 3 BW de mogelijkheid kunnen zien met gebruikmaking van die vrijheid ook in het geval van onmiddellijke voorzieningen nadelen te beperken.
Zelfs indien de Ondernemingskamer daartoe in een extreem geval misschien bereid zou zijn, blijft sprake van een gelegenheidsoplossing. Ik meen dat het de voorkeur verdient indien bij een herziening van het enquêterecht de rechter de mogelijkheid zou krijgen om, in de gevallen dat als gevolg van een in het kader van een enquêteprocedure getroffen voorziening een partij[64] nadeel leidt, in een separate procedure te bepalen dat de onderneming c.q. een andere bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken partij die voordeel heeft genoten als gevolg van de voorziening, hem dit nadeel tot een door de rechter te betalen bedrag vergoedt. In dit kader zou het genieten van voordeel ruim moeten worden opgevat. Een dergelijke vergoeding zou zowel in de procedure waarin de voorziening wordt gevraagd als in een aparte procedure verzocht moeten kunnen worden. Vergoeding van een geleden nadeel zou niet alleen mogelijk moeten zijn in de gevallen dat burgerlijke rechten of verplichtingen in de zin van art. 6 EVRM van de betrokkene door de Ondernemingskamer zijn vastgesteld.
Denkend over de mogelijkheid van een dergelijke vergoedingsregeling rijst bij mij de vraag of die mogelijkheid beperkt zou moeten blijven tot de gevallen dat de Ondernemingskamer voorzieningen treft. Ik kan mij gevallen voorstellen dat de Ondernemingskamer bij de afweging van de belangen besluit daarvan af te zien en om die reden een ontstaan nadeel niet opheft. Ook in die gevallen kan vergoeding van het ten laste van een betrokkene gekomen nadeel redelijk zijn. Dit leidt als vanzelfsprekend tot de vraag of ook buiten het kader van een enquêteprocedure een bij de organisatie van een rechtspersoon betrokken belanghebbende jegens die rechtspersoon aanspraak kan maken op vergoeding van een geleden nadeel ook indien het

---

63 Ik denk hierbij aan een geval als dat van Skygate (HR 19 oktober 2001, NJ 2002, 92 m.nt. Maeijer, JOR 2002/5 m.nt. Van den Ingh) waarin de gevolgen zich niet voordeden als rechtstreeks gevolg van de getroffen voorziening maar als gevolg van het met gebruikmaking van die voorziening genomen uitgiftebesluit. Of FTS in die zaak vermogensrechtelijk nadeel leed, is mij niet bekend. Dat FTS de gelegenheid werd geboden in de betrokken vermogensversterking te participeren maakt de kans daarop kleiner maar sluit die niet geheel uit.

64 Dit zou zowel de onderneming, een in de procedure verschenen belanghebbende als een niet in de procedure verschenen partij kunnen zijn. Op deze basis zou een rechtspersoon ook moeten kunnen vragen voor een ten onrechte uitgelokte onmiddellijke voorziening als gevolg waarvan de rechtspersoon nadeel heeft geleden. De ook door Olden in *Tien jaar onmiddellijke voorzieningen*, (P.D. Olden, Ondernemingsrecht 2003, p.554) gesignaleerde vraag wordt daarmee ondervangen.

besluit dat dit nadeel heeft veroorzaakt zelf redelijk en billijk is, of de rechtspersoon door te weigeren een dergelijk nadeel te vergoeden in strijd kan handelen met art. 2:8 BW en of een dergelijke weigering op zijn beurt reden kan zijn om aan een juist beleid van de rechtspersoon te twijfelen. Deze problematiek vertoont een zekere maar zeker geen volledige overeenkomst met in het bestuursrecht ontwikkelde leerstukken in het kader van bepaalde onrechtmatige overheidsdaden waarvan de onrechtmatigheid wordt weggenomen indien vergoeding van de schade wordt aangeboden, en het onzelfstandige en zelfstandige schadebesluit. Misschien moeten wij ons bij het denken over het rechtspersonenrecht in dit opzicht wel door het bestuursrecht laten inspireren en biedt art. 2:8 BW zelfs nu al de grondslag voor een aanspraak voor een dergelijke vergoeding.

6. De enquêteprocedure nader beschouwd

Zoals ik hiervoor reeds vermelde zijn de keuze voor de invoering van het enquêterecht in het begin van de jaren zeventig van de vorige eeuw en de beslissing met ingang van 1994 in de enquêteprocedure de mogelijkheid van het treffen van onmiddellijke voorzieningen te openen, bewuste beslissingen geweest. De ontwikkeling van de procesrechtelijke aspecten is echter min of meer door het toeval bepaald. Door de Commissie Verdam is voortgebouwd op het enquêterecht zoals dat reeds in de wet stond: de Ondernemingskamer die zelf nieuw was, werd de bevoegde rechter en de tweede fase van de enquêteprocedure werd nieuw ingevoerd. Op de procedure waren en zijn de regels zoals die in het algemeen voor verzoekschriftprocedures gelden van toepassing. De enquêteprocedure kent geen speciaal regime.
Geerts constateert in zijn proefschrift dat de enquêteregeling voldoet en stelt een beperkt aantal aanpassingen van de bestaande regeling voor.[65] Met een aantal van de door Geerts voorgestelde wijzigingen heb ik geen enkele moeite, zoals de mogelijkheid het enquêterecht ook toe te kennen aan en curator, de bewindvoerder in surseance en de ondernemingsraad[66, 67] of het in de wet opnemen van bepaalde door de Ondernemingskamer getroffen praktische

65 Voor een overzicht van de door Geerts voorgestelde aanpassingen verwijs ik naar p. 330 e.v. van zijn proefschrift.

66 Ik onderken dat regelingen op grond waarvan verzoekers in de kosten (ook die van een onderzoek) veroordeeld kunnen worden zich niet zonder meer lenen voor toepassing op een ondernemingsraad, maar ik meen dat dat aspect geen reden zou moeten zijn om de ondernemingsraad het enquêterecht te blijven onthouden of te verlangen dat het verzoek door een vakorganisatie wordt gesteund. Ik acht de Ondernemingskamer zonder meer in staat het kaf in dit opzicht van het koren te scheiden.

67 Wanneer het voorstel van Geerts wordt gevolgd is overigens wenselijk die bevoegdheid ook uitdrukkelijk te geven aan op grond van financiële toezichtwetten en niet op grond van de Faillissementswet door de rechter benoemde bewindvoerders.

regelingen. Voor het verhogen van de drempel voor aandeelhouders/certificaathouders om een enquêteverzoek te kunnen doen, zie ik niet direct een reden. Ik zie de oplossing voor "willekeurige" verzoeken van kleine aantallen aandeelhouders eerder in het gebruiken door de Ondernemingskamer van de bestaande mogelijkheid om wanneer beslist moet worden over de vraag of een onderzoek wordt bevolen als een van de factoren die worden gewogen of de verzoekers gelet op het door hen beoogde doel, de aard van de problemen die bij de rechtspersoon (kunnen) bestaan en de gevolgen van een onderzoek voor de rechtspersoon en de aan haar verbonden onderneming ook de omvang van het door de verzoekers gehouden kapitaalsbelang te betrekken. Ik vraag mij af of indien de drempel zou vervallen en iedere kapitaalsverschaffer de mogelijkheid zou hebben een enquêteverzoek te doen (of zelfs iedere belanghebbende een onderzoek zou kunnen vragen), dit wel tot een aanzienlijke stijging van het aantal enquêteverzoeken zou leiden. Indien aan de drempel voor de bevoegdheid van kapitaalverschaffers anderszins gewijzigd zou moeten worden, zou ik mij goed kunnen voorstellen dat de eis ten aanzien van het noodzakelijke percentage wordt verlaagd en de alternatieve drempel van EUR 225.000 nominaal aandelenkapitaal wordt vervangen door een alternatieve drempel die gekoppeld is aan de effectieve waarde van de door de verzoeker(s) gehouden aandelen.

Ik vind in het algemeen de aanpassingen die Geerts voorstelt betrekkelijk willekeurig en in tegenstelling tot zijn uitvoerige overzicht van de jurisprudentie niet erg ambitieus. Ik denk dat het enquêterecht juist gelet op de belangrijke vlucht die het heeft genomen, meer verdient dan voortborduren op het bestaande min of meer toevallig tot stand gekomen stramien. Daarbij kiest Geerts er voor mijn gevoel ten onrechte voor sommige onderwerpen waarover in de praktijk verschillend gedacht wordt, niet door wetgeving eenduidig op te lossen[68]. Het verdient de voorkeur reeds onderkende onzekerheden op deze wijze weg te nemen in plaats van af te wachten tot het moment dat, om welke reden ook, een partij zich geroepen voelt over een dergelijke vraag een uitspraak van de Hoge Raad uit te lokken. Door de Ondernemingskamer genomen praktische beslissingen die niet omstreden zijn, zouden bij een wetswijziging moeten worden "meegenomen". Ik denk dat het ook indien geen wijzigingen in de structuur van het enquêterecht worden doorgevoerd, verstandig is de onvolkomenheden die aan de bestaande wettelijke regeling kleven door wetgeving weg te nemen.

---

68 Ik denk hierbij bijvoorbeeld aan de mogelijkheid een concernenquête te vragen, de in noot 52 besproken vraag of onderzoekers deskundigen zijn in de zin van art. 194 e.v., de vraag tot welk tijdstip in de procedure en door wie verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen kunnen worden gedaan en de vraag of de Ondernemingskamer een nader of aanvullend onderzoek kan bevelen.

Ik beperk mij bij het schetsen van een andere structuur tot de grote lijnen. Uitgangspunt is daarbij dat het bestaande uit twee afzonderlijke procedures bestaande systeem vervangen wordt door een geïntegreerde procedure.
In de Gucci-zaak[69] heeft de Hoge Raad beslist dat het onderzoek de kern vormt van het in de wet neergelegde stelsel van het enquêterecht en dat de Ondernemingskamer alleen in aansluiting op het verslag van een door haar bevolen onderzoek voorzieningen kan treffen of tot het oordeel kan komen dat van wanbeleid sprake is.
Binnen het stelsel van het enquêterecht zoals dat thans in de wet is neergelegd, lag die conclusie voor de hand. Wanneer wij denken over een blauwdruk van het enquêterecht, moeten wij ons afvragen of dit uitgangspunt bij een herbezinning op het enquêterecht[70] gehandhaafd moet worden[70a]. Ik ben geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden, ook omdat de enquêteprocedure niet in ieder opzicht doelmatig is[71, 71a].
Het enquêterecht zoals wij dit nu kennen, kent een duidelijke cesuur tussen de eerste en tweede fase. Die cesuur is historisch verklaarbaar en vormt zelfs de kern van ons bestaande enquêterecht, maar leidt in de praktijk tot complicaties. Beide fasen van het enquêterecht gaan niet vloeiend in elkaar over en het is bijvoorbeeld onduidelijk of, in welke gevallen en onder welke voorwaarden de Ondernemingskamer nadat de door haar benoemde onderzoekers het verslag van hun onderzoek hebben gedeponeerd, een nader of aanvullend onderzoek kan bevelen en hoe een dergelijk nader onderzoek in de enquêteprocedure kan worden ingepast. Zijn bijvoorbeeld personen die in de tweede fase worden benoemd onderzoekers, is hun verslag een verslag in de zin van de eerste fase van de enquêteprocedure[72]? Indien de cesuur tussen de

---

69 HR 27 september 2000, NJ 2000,653, JOR 2000/217 m.nt. M.Brink.

70 Ik blijf ook hierna het begrip enquêterecht gebruiken ook al zal in het stelsel dat mij voor ogen staat van de procedure niet in alle gevallen een onderzoek onderdeel uit behoeven te maken.

70a Daarbij gaat het in de eerste plaats om het case management en in directe samenhang daarmee de flexibilisering van de procedure.

71 Ik realiseer mij dat ik dit in andere woorden ook heb geschreven in mijn in noot 5 vermelde artikel. De oplossing waaraan ik nu denk is echter een andere dan mij toen voor ogen stond. Bij mijn nieuwe benadering heb ik tot op zekere hoogte leentjebuur gespeeld bij of mij laten inspireren door Asser-Groen-Vranken in het Interimrapport geformuleerde gedachten.

71a Mok komt in zijn preadvies (p. 93) tot dezelfde conclusie.

72 Voor vragen die in verband met een nader of aanvullend onderzoek rijzen verwijs ik naar mijn in noot 5 vermelde bijdrage, p.111 (noot 25), Geerts p. 202 e.v. en M.Brink in zijn noot onder de uitspraak van de Ondernemingskamer van 16 oktober 2003, JOR 2003/260 (Laurus) waarin hij ook ingaat op de wetsgeschiedenis. Ik heb begrepen dat een van de vragen die Laurus in het tegen deze beschikking ingestelde cassatieberoep heeft opgeworpen is of de Ondernemingskamer nadat het verslag van het onderzoek is gedeponeerd, een aanvullend of nader onderzoek kan bevelen. Of onder het bestaande enquêterecht die mogelijkheid bestaat, zullen wij derhalve in ieder geval op enig tijdstip weten. In zijn noot stelt Brink met een beroep op de wetsgeschiedenis dat de oplossing gezocht zou moeten worden in de eer-

eerste en tweede fase komt te vervallen en de enquêteprocedure wordt ingericht als een geïntegreerde procedure, is het antwoord op dergelijke vragen niet meer van belang.
Een tweede reden die mijns inziens dwingt tot heroverweging van de vraag of het onderzoek nog wel langer de kern van het enquêterecht moet vormen, is dat het accent na de wetswijziging van 1994 in belangrijke mate is verschoven van gevallen waarin een onderzoek plaatsvindt naar gevallen waarin uiteindelijk alleen op een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen wordt beslist en de Ondernemingskamer aan de vraag of een onderzoek moet worden bevolen, niet toekomt. Ik meen dat bij een nieuwe inrichting van het enquêterecht aan dit gegeven niet voorbij kan worden gegaan.
Dat in veel gevallen het accent blijkt te zijn gaan liggen op de behandeling van verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen en in de praktijk enquêteverzoeken in sommige gevallen alleen worden ingediend in verband met de eis van art. 2:349a lid 2 BW dat een enquêteprocedure aanhangig moet zijn, brengt mij tot het standpunt dat deze formele voorwaarde voor het vragen van (onmiddellijke) voorzieningen in een gewijzigde wettelijke regeling zou moeten vervallen. De behandeling van verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen en die tot het treffen van definitieve voorzieningen zouden in deze benadering ook meer in elkaar kunnen overgaan. In veel gevallen zal een onderzoek zoals wij dat thans al kennen noodzakelijk zijn voordat de rechter op een verzoek tot het treffen van definitieve voorzieningen kan beslissen. Denkbaar is echter dat de rechter zoals de Ondernemingskamer in haar uitspraak op het enquêteverzoek in de Gucci-zaak[73] zich op grond van de gewisselde stukken en de mondelinge behandeling in staat acht een oordeel zoals dat thans alleen gedaan kan worden op grond van een verzoek ex art. 2:355 BW, te geven.
Case management waarbij de rechter na partijen gehoord te hebben de inrichting van de procedure vaststelt, zou de noodzakelijke sturing ook in dit opzicht in enquêtezaken moeten bieden. Tot de inrichting van de procedure

---

ste fase. Ik denk dat daarin die oplossing niet goed gevonden kan worden. De onderneming, de partijen en de anderen waarvoor het verslag van het onderzoek ter inzage is gelegd, kunnen formeel pas na die terinzagelegging van het verslag van het onderzoek kennis nemen. Daarmee eindigt de eerste fase van de enquêteprocedure en is een aanvullend onderzoek in die eerste fase niet langer mogelijk. Het lijkt mij strijdig met de strekking van de wet te zijn indien de Ondernemingskamer, voordat formele deponering plaatsvindt, partijen in de gelegenheid zou stellen van het verslag van het onderzoek kennis te nemen om, voordat de eerste fase formeel eindigt, een aanvullend onderzoek te kunnen vragen. Indien deze weg gevolgd zou worden, ondervangt dat het probleem niet volledig: ook andere partijen waarvoor het verslag van het onderzoek ter inzage wordt gelegd, zouden althans in theorie een aanvullend onderzoek moeten kunnen vragen.

73 OK 27 mei 1999, NJ 1999,487, JOR 1999/121 m.nt. L.L.M. Prinsen

behoren mijns inziens ook de vraag of een onderzoek moet plaatsvinden, wat de inhoud van de onderzoeksopdracht zou moeten zijn en welke soort onderzoeker het best met het onderzoek kan worden belast.
Kenmerk van het bestaande enquêterecht is dat de behandeling – ook die van verzoeken tot het bevelen van onmiddellijke voorzieningen – door de volledige Ondernemingskamer plaatsvindt. Ook al leidt dit zonder meer tot een kennisvoorsprong in een bepaalde zaak van het lid van het rechterlijk college dat in die zaak met het case management zou worden belast, toch denk ik dat het zinvol is slechts één lid van het bevoegde rechterlijk college met het case management in een zaak te belasten. Eventueel zou de mogelijkheid van beroep bij het college waarvan het met het case management belaste lid deel uitmaakt, overwogen kunnen worden. Daarbij zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de termijn van 5 dagen die in de Faillissementswet wordt gebruikt voor het beroep bij de rechtbank tegen beschikkingen van de rechter-commissaris.
In een gewijzigde opzet van het enquêterecht zouden partijen in de gevallen dat een onderzoek is bevolen, nadat de onderzoeker[74] zijn verslag heeft afgerond, door de Ondernemingskamer in de gelegenheid gesteld moeten kunnen worden mede te delen of zij een aanvullend of nader onderzoek door dezelfde of een andere onderzoeker wenselijk achten. De beslissing of een dergelijk aanvullend of nader onderzoek moet worden bevolen, zou evenals nu het geval is bij de rechter moeten liggen. Die bevoegdheid zou ik niet willen leggen bij degene die met het case management is belast maar bij de volledige kamer. Ik denk dat het wenselijk is ook in het kader van een gewijzigd enquêterecht in principe alle beslissingen – behalve beslissingen die alleen de inrichting van de procedure in enge zin raken – door een meervoudige kamer te laten nemen. De complexiteit van de afweging zoals die in veel gevallen tussen de belangen van degenen die bij een onderneming betrokken zijn, moet worden gemaakt, is, denk ik, van dien aard dat beslissingen (buiten het terrein van het case management) niet aan een enkelvoudige kamer zouden moeten worden overgelaten. Ten opzichte van de wijze waarop de Ondernemingskamer thans is samengesteld zou het opdragen aan beslissingen aan enkelvoudige kamer een te groot risico van kwaliteitsverlies van de oordeelsvorming mee brengen.
De rechter zou ten aanzien van het al dan niet bevelen van een onderzoek of een nader of aanvullend onderzoek een discretionaire bevoegdheid moeten houden; wel zou de rechter moeten motiveren waarom hij het verzoek tot het bevelen van een (nader of aanvullend) onderzoek afwijst.

---

74 Ook de benoeming van meerdere onderzoekers zou, zoals ook nu het geval is, mogelijk moeten zijn.

In een gewijzigde structuur zou de rechter verder het tijdstip moeten vaststellen dat het onderzoek is c.q. de onderzoeken zijn afgerond[75]. Tot dat tijdstip zou een nader of aanvullend onderzoek dat al dan niet door dezelfde onderzoekers moet worden uitgevoerd, kunnen worden gevraagd. De beslissing houdende de vaststelling dat het onderzoek is afgerond[76], zou op de wijze zoals dat thans voor enquêteverslagen het geval is ter griffie kunnen worden gedeponeerd. Op dezelfde wijze als dit nu voor de deponering van het verslag het geval is zou kunnen worden bepaald wie verder inzage hebben in de onderzoeksverslagen[77]. Vanaf het tijdstip van die deponering zouden diegenen die thans op grond van art. 2:355 BW voorzieningen na enquête kunnen vragen de mogelijkheid hebben verdere voorzieningen te verzoeken.

Een dergelijk verzoek tot het treffen van voorzieningen na een onderzoek zou ook in een gewijzigd enquêterecht een nieuwe fase inluiden; anders dan in het huidige enquêterecht gaat het daarbij niet om verschillende procedures maar om verschillende fasen als onderdeel van één en dezelfde procedure. Wel zouden belanghebbenden nog c.q. opnieuw de mogelijkheid moeten hebben in deze fase in de lopende procedure "in te breken" door het indienen van een verweerschrift. Om een goede procesgang te waarborgen zou ik aan een dergelijk inbreken de eis van voorafgaande toestemming van de rechter willen verbinden op dezelfde wijze als ik al schreef dat ik die goedkeuring zou willen verlangen indien belanghebbenden na afloop van de termijn die voor het indienen van verweerschriften wordt gesteld, alsnog een verweerschrift willen indienen.

---

75 Blanco Fernández, Holtzer en Van Solinge doen in hun Richtlijnen de aanbeveling het einde van de onderzoeksopdracht formeel te constateren (p.28) en daarbij ook de afrekening met de onderzoeker vast te stellen. Dat lijkt mij een zinvolle suggestie. Ik meen dat het ook wenselijk is formeel het einde van de procedure in de vorm van een beschikking te constateren. In de gevallen dat voorzieningen na enquête worden bevolen, is nu niet altijd duidelijk of het geding nog aanhangig is. Dit roept vragen op: Loopt de procedure nog indien de Ondernemingskamer voorzieningen na enquête heeft bevolen; zijn eerder bevolen onmiddellijke voorzieningen vervallen; kunnen nog nieuwe onmiddellijke voorzieningen worden gevraagd e.d.? Deze vragen worden niet allemaal beantwoord door HR 4 november 1987, NJ 1988/578 m.nt. Maeijer. Geerts (p.321, noot 306) merkt op dat ik op pagina 115 van mijn in noot 5 vermelde bijdrage het tweede gedeelte van art. 2:357 lid 1 BW over het hoofd gezien heb. Ik weet niet meer wat ik toen heb bedoeld en denk dat Geerts gelijk heeft en ik mij gewoon heb vergist.

76 Tegen deze vaststelling zou mijns inziens geen rechtsmiddel aangewend moeten kunnen worden.

77 Geerts (p.194) stelt onder meer wijzigingen voor van art. 2:353 lid 2 en 2:355 lid 1 BW om op die wijze het "inzagebeleid" van de Ondernemingskamer dat mede bepaalt wie na een enquête voorzieningen kunnen vragen, in de wet te incorporeren. Ik vraag mij af of hij met zijn voorstel het door hem beoogde doel wel helemaal bereikt. Individuele aandeelhouders die niet aan de bevoegdheidseisen voldoen van art. 2:346 onder b BW voldoen en die mijns inziens wel onder het begrip belanghebbende kunnen vallen, zijn in door Geerts voorgestelde wijziging niet bevoegd van het verslag van het onderzoek kennis te nemen.

Het verzoek tot het treffen van voorzieningen zou voordat de mondelinge behandeling plaatsvindt onderwerp moeten zijn van een uitgebreider schriftelijk debat dan thans het geval is. In dat debat zou, indien ook belanghebbenden verweerschriften hebben ingediend, de rechtspersoon als laatste moeten kunnen reageren. Ik denk, zoals ik eerder schreef, dat in het algemeen partijen, om de mondelinge behandeling goed te kunnen voorbereiden, de gelegenheid moeten hebben ook schriftelijk op elkanders stukken te reageren. Die uitwisseling vormt mijns inziens het complement van de vrijheid die onderzoekers hebben bij de inrichting van het onderzoek. Ook denk ik dat op die wijze de feiten en de relevantie van individuele feiten beter zullen kunnen worden vastgesteld en dat getuigenbewijs kan worden beperkt[78]. Anders dan Hermans[79] zoek ik de waarborgen voor de betrokkenen niet in het wringen van het onderzoek in een keurslijf dat gekenmerkt wordt door procedures, maar in het waarborgen van een zorgvuldig debat over de uitkomsten van het onderzoek. Onderzoekers moeten vanzelfsprekend deskundig zijn. Wat mij betreft zouden zij echter onderzoeker moeten blijven en geen deskundige moeten worden.[80]

In afwijking van het algemene procesrecht zoals dat op 1 januari 2002 is ingevoerd, zou ik toch, ook al maken in mijn benadering de verschillende fasen van de enquêteprocedure deel uit van een procedure, als uitgangspunt willen aanhouden dat met het aanwenden van een rechtsmiddel niet gewacht behoeft te worden tot de einduitspraak. Tegen de beslissing een (nader of aanvullend) onderzoek te bevelen, maar ook tegen andere beslissingen zouden op de wijze als ik eerder in dit preadvies heb gesteld, rechtsmiddelen aangewend moeten kunnen worden. Alle beslissingen behalve die tot ontbinding van een rechtspersoon en tot vernietiging van besluiten van organen van een rechtspersoon[81] zouden uitvoerbaar bij voorraad verklaard moeten kunnen worden[82].

---

78 Ik ken geen gevallen waarin de Ondernemingskamer nadat een onderzoek heeft plaats gevonden een bewijsopdracht heeft gegeven, maar houd ernstig rekening met de mogelijkheid dat ook indien het enquêterecht niet wordt gewijzigd, de procedure in de tweede fase in grotere mate dan tot nu toe het geval is, gekenmerkt zal gaan worden door een debat over de feiten zoals die uit het verslag van de onderzoeker(s) blijken.

79 In zijn in noot 2 genoemde artikel.

80 Ik verwijs naar de in noot 52 aangehaalde discussie.

81 Art. 2:358 lid 1 BW maakt geen uitzondering voor het uitvoerbaar bij voorraad verklaren van de vernietiging van besluiten door de Ondernemingskamer. Ik meen dat een uitvoerbaarverklaring bij voorraad van de vernietiging van een besluit moeilijk past binnen ons rechtssysteem omdat de vernietiging tot een statuswijziging van het besluit leidt. Gedurende de periode dat de vernietiging niet onherroepelijk is geworden, zou een besluit alleen geschorst moeten zijn. Ik denk deze benadering beter aansluit op het stelsel zoals dat ook in de art. 2:15 BW is neergelegd; ik begrijp art. 233 lid 1 Rv zo dat deze bepaling betekent dat een vonnis waarbij op grond van art. 2:15 BW een besluit wordt vernietigd, voor zover het die vernieti-

Zoals de mogelijkheid onmiddellijke voorzieningen te vragen de deur heeft geopend voor een procedure waarin het onderzoek niet langer de centrale plaats inneemt, meen ik dat ook aan het feit dat de mogelijkheden voor de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te bevelen naar de aard van de voorzieningen niet beperkt is, er eigenlijk geen goede reden is om de definitieve voorzieningen die de rechter kan bevelen in een gewijzigd enquêterecht wel te beperken[83]. De enige eis die denk ik aan het bevelen van voorzieningen moeten worden gesteld is, dat deze zo min mogelijk ingrijpen in de verhoudingen tussen partijen en zo goed mogelijk op de omstandigheden van het geval zijn ingericht.

7. De verhouding van de enquêteprocedure onder meer tot procedures op grond van art. 2:15 BW

De Hoge Raad heeft beslist dat de Ondernemingskamer terecht een handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid binnen het vennootschappelijk verband als wanbeleid heeft aangemerkt en op grond daarvan voorzieningen ex art. 2:356 BW kan bevelen[84]. Dat handelen in strijd met de wet of de statuten van een rechtspersoon wanbeleid kan opleveren, was al onomstreden. Nu de gevallen waarin in een procedure op grond van art. 2:15 BW de vernietiging van besluiten kan worden gevorderd alle onder omstandigheden als wanbeleid gekwalificeerd kunnen worden en aanleiding kunnen geven tot de vernietiging van de betrokken besluiten, vraag ik mij af of voor rechtspersonen die onder het gewijzigde enquêterecht vallen[85], de mogelijkheid om los van elkaar een enquêteprocedure en een procedure ex art. 2:15 BW te begin-

---

ging betreft niet uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Dat de vernietiging van een besluit niet van kracht wordt zolang de uitspraak niet onherroepelijk is geworden, betekent vanzelfsprekend niet dat de gevolgen van een besluit niet door (onmiddellijke) voorzieningen kunnen worden getroffen.

82 Verzoeken van de onderzoekers zouden in één feitelijke instantie behandeld moeten worden. Terecht behandelt de Ondernemingskamer dergelijke verzoeken zonder daaraan vormeisen te stellen. Ik denk dat, wanneer het enquêterecht toch wordt gewijzigd, het goed is dit ook in de wet vast te leggen. Zoals de wet thans luidt kan verdedigd worden dat voor dergelijke verzoeken door tussenkomst van een procureur moeten worden ingediend. Anders dan Geerts (p.179) en Hermans (p.172-173) in zijn in noot 2 genoemde artikel lees ik in art. 279 lid 1 Rv niet dat onderzoekers geen procureursbijstand behoeven. Zo zullen ook andere oneffenheden in het enquêterecht indien dat gewijzigd wordt, moeten c.q. kunnen worden weggenomen.

83 Ik realiseer mij dat ik mij hiermee binnen de meeste definities van het formele enquêterecht buiten de grenzen van dat recht begeef.

84 HR 1 maart 2002, NJ 2002/296 m.nt. Maeijer, JOR 2002/79 m.nt. Van den Ingh.

85 Ik roep in herinnering dat ik, ook over de gewijzigde regeling ondanks het feit dat het onderzoek niet langer de centrale plaats in de procedure zou innemen en zelfs geen onderzoek zou behoeven plaats te vinden, in dit preadvies ter aanduiding van die procedure toch blijf spreken over de enquêteprocedure.

nen niet zou moeten vervallen. Daarbij ligt het denk ik voor de hand de procedure ex art. 2:15 BW te integreren met de enquêteprocedure. Indien de in het Interimrapport geformuleerde gedachten over wijzigingen van het procesrecht worden geïmplementeerd, komt die procedure in belangrijke mate overeen met mijn blauwdruk voor een gewijzigd enquêterecht. Dat behoeft geen verwondering te wekken omdat ik mij op verschillende punten door de in het Interimrapport geformuleerde gedachten heb laten leiden. Het enige verschil dat, indien beide procedures niet geïntegreerd zouden worden, zou bestaan is dat enquêteprocedures voor een daartoe specifiek aangewezen rechterlijk college moet worden gevoerd, terwijl procedures op grond van art. 2:15 BW thans gevoerd moeten worden voor de rechtbank van het arrondissement waarin de statutaire zetel van de rechtspersoon is gelegen. Dat is onvoldoende reden om beide procedures niet te integreren.
Indien deze stap wordt gezet dringt de vraag zich op of uiteindelijk, indien het enquêterecht wordt gewijzigd, wij niet toe moeten naar een regeling voor geschillen die niet alleen geldt voor ondernemingen waarvoor wij nu het enquêterecht kennen maar voor alle civielrechtelijke rechtspersonen in de gevallen dat het gaat om geschillen met betrekking tot hun interne functioneren ongeacht de grondslag van de vordering[86]. De afbakening is echter moeilijk. Zo aarzel ik of aansprakelijkheidsacties van de rechtspersoon (of een curator in het faillissement van een rechtspersoon) tegen (gewezen) bestuurders of leden van de raad van commissarissen daar wel bij ondergebracht zouden moeten worden. De bespreking van die vraag zou in ieder geval buiten de grenzen van dit preadvies gaan[87].

8. Samenvatting

Het is nodig te denken over een wijziging van het enquêterecht. Daarbij zou niet alleen gedacht moeten worden over een aanvulling op de bestaande wettelijke regeling maar ook over een wijziging van de structuur van het enquêterecht.
Indien alleen tot aanvulling wordt besloten zullen die aanvullingen aanzienlijk verder moeten gaan dan door Geerts in *Enkele formele aspecten van het enquêterecht* voorgesteld. Zonder de structuur van het enquêterecht te wijzigen, zou de enquêteprocedure in ieder geval meer ingevuld kunnen worden. Voor een goede procesgang is het van belang in een aantal opzichten af te wijken van het basismodel voor de verzoekschriftprocedure, Zo zou bijvoorbeeld de rechtspersoon verplicht moeten worden haar bekende belang-

86 Ik denk daarbij met name aan procedures op grond van artikel 2:8, 15 en 92/201 en 6:162 BW en niet aan procedures op grond van artikel 2:9 en 138/248 BW.

87 Hierbij kan ook een rol spelen of niet-leden van de rechterlijke macht bij de enquêteprocedure betrokken blijven.

hebbenden die niet door de griffier zijn opgeroepen, te berichten dat een enquêteverzoek is ingediend, zou de termijn waarbinnen verweerschriften mogen worden ingediend wettelijk geregeld moeten worden, bepaald moeten worden dat de rechtspersoon schriftelijk voor de mondelinge behandeling op alle verweerschriften mag reageren en zou in de tweede fase voorzien moeten worden in en uitgebreidere stukkenwisseling.
Verder zou een aantal onderwerpen waarover in de praktijk en de litteratuur onduidelijkheid bestaat "meegenomen" kunnen worden. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan onderwerpen als het aanvullend en nader onderzoek, de vraag welke regels op de onderzoeker van toepassing zijn, een zodanige regeling dat ook verweerders en belanghebbenden indien geen onmiddellijke voorzieningen door de verzoeker zijn gevraagd deze kunnen vragen en de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer na definitieve voorzieningen bevolen te hebben alsnog andere definitieve voorzieningen te bevelen.
Zonder de opzet van het enquêterecht te wijzigen zouden ook de door de Ondernemingskamer in de loop van de tijd genomen praktische beslissingen waarbij invulling is gegeven aan leemten in de procedure in de wettelijke regeling opgenomen kunnen worden.
Binnen de huidige structuur van het enquêterecht lijkt in ieder geval een beperkte mate van case management mogelijk.
Zonder de opzet van het enquêterecht te wijzigen zou de formatie van de Ondernemingskamer kunnen worden uitgebreid en de ondersteuning van de Ondernemingskamer kunnen worden verbeterd. Bij uitbreiding van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot andere wettelijke regelingen, zou de formatie van de Ondernemingskamer daaraan aangepast moeten worden.
Bij een wijziging van de opzet van het enquêterecht denk ik – los van de hiervoor genoemde verbeteringen – in twee verschillende richtingen. Die zijn in principe zowel in combinatie als los van elkaar mogelijk. Aan de ene kant aan het voorzien in een behandeling in een tweede feitelijke instantie; aan de andere kant aan het fundamenteel wijzigen van de plaats van het onderzoek in de procedure. Die laatste wijziging zou gepaard moeten gaan met de mogelijkheid van actief case management.
Indien de structuur van het enquêterecht wordt gewijzigd zal ook verder gedacht moeten worden over de plaats van personen die geen lid zijn van de rechterlijke macht in de procedure. Bij een wijziging van de enquêteprocedure waar deze wordt gewijzigd in een procedure met twee feitelijke instanties, rijst de vraag of geen bundeling zou moeten plaatsvinden met andere procedures zoals die op grond van art. 2:15 BW.
Zonder dat dit overigens een wijziging van het enquêterecht inhoudt, zouden diegenen die als gevolg van beslissingen van de Ondernemingskamer financieel nadeel ondervinden de mogelijkheid moeten krijgen in een separate procedure dit nadeel of een gedeelte daarvan vergoed te krijgen. Een derge-

lijke vergoeding zou zowel toegekend moeten kunnen worden ten laste van de rechtspersoon als ten laste van een partij die bij de rechtspersoon betrokken is en die als gevolg van die beslissing voordeel heeft genoten.
De mogelijkheid tot vergoeding zou ook moeten bestaan voor een verzoeker wiens verzoek op grond van een belangenafweging wordt afgewezen. In het verlengde daarvan moet ook gedacht worden over de wenselijkheid de mogelijkheid te openen voor diegenen die bij de organisatie van een rechtspersoon betrokken zijn om in verband met een overigens niet onredelijk en onbillijk besluit van die rechtspersoon als gevolg waarvan de betrokkene nadeel lijdt, ten laste van de rechtspersoon een vergoeding te ontvangen. Mogelijk biedt art. 2:8 BW daarvoor nu al een grondslag. Bij het denken over deze mogelijkheid zouden wij kunnen kijken naar de ervaring die met vergelijkbare vragen in het bestuursrecht bestaat.
Kortom, als het aan mij ligt is er werk aan de winkel.

DEEL II - HET RECHT VAN ENQUÊTE

Prof. mr. M.R. Mok

1. Enquêterecht en wanbeleid

1.1. De term wanbeleid

Op grond van een onderlinge afspraak zal mijn medepreadviseur zich bezighouden met de algemene, met name de procedurele, aspecten van het enquêterecht, terwijl ik mij op het begrip wanbeleid zal concentreren. Deze taakverdeling zou men kunnen zien als een uiting van gemakzucht van mijn kant. Ik wijs echter op de volgende uitlating: 'De basis van het enquêterecht is het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon, met het doel na te gaan of sprake is (geweest) van wanbeleid.'[1] Af en toe zal wel eens sprake van een zekere grensoverschrijding zijn. De grens is trouwens niet scherp afgebakend. Voor de constatering van wanbeleid in de zin van art. 2:355 BW is een enquête nodig en het doelgebied van een enquête is weer bepaald door de (beperkte) kring dergenen die daarom kunnen verzoeken. Bij een onderzoek naar het relevante begrip wanbeleid stuit men daardoor steeds op formele aspecten van het enquêterecht en het omgekeerde zal ook wel gelden.
Wanbeleid is in dit rechtsgebied een centraal begrip en een begrip waarvan de inhoud niet zó evident is, dat elk onderzoek daarnaar overbodig is. Van Dale[2] geeft als betekenis: 'verkeerd beleid.' Met die omschrijving komen wij echter niet veel verder, reeds daarom niet omdat zij *achteraf* verkeerd gebleken beleid mede omvat, terwijl men in juridische zin aan het begrip wanbeleid de eis van (een zekere mate van) voorzienbaarheid moet stellen. Het voorvoegsel "wan" is volgens hetzelfde woordenboek de aanduiding van 'ondeugdelijk, leeg'. Soms uit zich dat als *verkeerd* (wandaad, wangedrag, wanstaltig, wantoestand), soms ook als *afwezig* (wanbetaling, wanhoop). Wanbeleid behoort (met wanbestuur, wanprestatie) tot die woorden waarin het prefix zowel onjuistheid als afwezigheid kan uitdrukken.

1.2. Wanbeleid in oud en nieuw enquêterecht

Het enquêterecht van 1928 bevatte het woord wanbeleid nog niet. Het bepaalde (art. 53, lid 1, WvK) slechts dat 'een onderzoek naar het beleid en den gang van zaken van de vennootschap' kon worden ingesteld. Art. 53a WvK[3] sprak van twijfel aan 'een juist beleid'. Het nieuwe enquêterecht[4]

---

1 HR 4 juni 1997, *NJ* 1997, 671 (Textlite), m.nt. J.M.M. Maeijer.
2 *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal.*
3 De bepaling bevatte het spiegelbeeld van het huidige art. 2:350, lid 1, BW.
4 *Stb.* 1970, 411. Zie over de geschiedenis van het enquêterecht C.A. Boukema, *Rechtspersonen* (losbl.), T8.Afd.2.Inl. 1-1 t/m 6.

bevat de term wanbeleid eenmaal, nl. in art. 53e, lid 1, WvK, thans art. 2:355, lid 1, BW. Uit de samenhang met het voorafgaande artikel is op te maken dat de term een samenvatting beoogt te zijn van 'een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon'.
Het oude enquêterecht was in het bijzonder bedoeld om minderheidsaandeelhouders (vooral houders van aandelen aan toonder) te beschermen tegen gebrek aan openheid en een onbevredigende gang van zaken. De wet voorzag in waarborgen tegen misbruik van rechten van de minderheid, maar bood geen deugdelijke regeling voor het geval waarin uit een onderzoek van wanbeleid zou blijken.
Een voornaam uitgangspunt van de wet van 1970 was dat ook werknemersvertegenwoordigers een enquête moeten kunnen verzoeken. Het belang van de werknemers bij een goede gang van zaken in een onderneming is niet minder, en vaak zelfs groter dan dat van de kapitaalverschaffers. Verder achtte men geen voldoende reden aanwezig om de mogelijkheid van een enquête te beperken tot naamloze vennootschappen met toonderaandelen. Bovendien is uit de oude wet niet overgenomen dat een enquête bevolen kan worden bij twijfel aan een goede gang van zaken. Bij de totstandkoming van de wet van 1970 werd dat criterium te ruim geacht. Een slechte gang van zaken kan ook veroorzaakt worden door externe oorzaken, zoals een ongunstige conjunctuur.[5]

1.3. Ontstaansgeschiedenis huidig enquêterecht

De herziening van 1970 is voorbereid door een Commissie Herziening van het ondernemingsrecht, naar haar voorzitter ook bekend als Commissie-Verdam. Deze Commissie heeft herhaaldelijk gesproken (o.m. in het voorgestelde art. 54 WvK) van 'wanbeleid of wantoestanden', maar zij heeft deze begrippen niet nader omschreven. Wel heeft zij in haar rapport opgemerkt[6]:

'Bij de totstandkoming van de Wet op de NV (De Wet van 1928.) is de wetgever ervan uitgegaan, dat de enquête – naast de preventieve werking die de mogelijkheid tot het instellen ervan heeft – op zichzelf een zuiverende werking zou hebben. Dit zal in de regel ook wel het geval zijn: is het duidelijk, waaraan het in het beleid schort, dan zullen de bevoegde organen daaruit gewoonlijk wel de consequenties trekken. Men dient er echter rekening mede te houden, dat dit in sommige gevallen niet zal geschieden, omdat degenen die tot sanering bereid zijn, aan hun wil niet voldoende kracht kunnen bijzetten (...) In zulke gevallen is er behoefte aan een ultimum remedium. (...) De commissie is van

5 M.v.t., a. v., p. 8.
6 *Herziening van het ondernemingsrecht*, 1965, p. 66-67. De geciteerde passage is ook opgenomen in de m.v.t. bij het wetsontwerp tot herziening van het enquêterecht (*Kamerst.* II 1967-1968, 9596, nr. 3, p. 5 rk.).

oordeel, dat deze mogelijkheid van ingrijpen ook de preventieve werking van het enquêterecht zal versterken.'

Bij de behandeling van het wetsontwerp is op dit thema doorgeborduurd. In de m.v.t.[7] heeft minister Polak van Justitie gesteld:

'(...) dat een rechtsorde die aan onze economische orde beantwoordt, de mogelijkheid tot opening van zaken moet verschaffen, wanneer twijfel aan het beleid in een onderneming rijst, en de mogelijkheid tot correctie, wanneer die twijfel gegrond blijkt. Een zodanige waarborg is gelegen in de toepassing van het zgn. enquêterecht, waarvan het onderhavige wetsontwerp een betere regeling beoogt.'

De m.v.t. vervolgt dat een ondernemer behoefte aan een grote mate van vrijheid heeft. Dit vereist hoge mate van verantwoordelijkheidsgevoel ten opzichte van diegenen die hun arbeidskracht of vermogen voor het productieproces in de onderneming beschikbaar stellen. De rechtsorde moet de mogelijkheid verschaffen tot opening van zaken wanneer twijfel aan het beleid van een onderneming rijst en een mogelijkheid tot correctie wanneer die twijfel gegrond blijkt.[8]
In de m.v.a. aan de Tweede Kamer[9] heeft de minister daaraan toegevoegd: 'Het wetsontwerp beoogt misstanden tegen te gaan en te voorkomen (...)' En voorts[10]: 'De term "sanering" betekent hier zowel als elders herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatie (...)'[11] Minister Polak zag weinig heil in een wettelijke omschrijving van het begrip 'wanbeleid'. Deze term wordt gebruikt in een betekenis die niet afwijkt van het spraakgebruik. In elk afzonderlijk geval zal de rechter moeten beslissen of gemaakte beleidsfouten zo ernstig zijn dat van wanbeleid moet worden gesproken.[12]
Een incidentele beleidsfout zal, indien zij al aanleiding geeft tot onderzoek, geen voldoende reden zijn voor de vaststelling van wanbeleid en het treffen van voorzieningen. Het in gevaar brengen van werkgelegenheid of bedrijfsveiligheid kan soms worden beschouwd als een geval van wanbeleid, doch het kan ook het gevolg zijn van een incidentele fout of misrekening door een werknemer of een derde. 'Overigens heeft de ondergetekende aan een opsomming van dergelijke gevallen geen behoefte.'
Binding van personeel van een weinig florerende onderneming door toekenning van een extra-maandsalaris bij de jaarwisseling kàn, doch behoeft geenszins wanbeleid te zijn. Ontslag aan een enkele werknemer om een voorgewende reden is geen wanbeleid maar kennelijk onredelijk ontslag.

---

7 *Kamerstukken* (zie vorige noot), p. 1, lk.
8 M.v.t. bij enquêtewet van 1970, a.v., p. 4.
9 *Kamerstukken II* 1968-1969, 9596, nr. 6, p. 13 l.k.
10 P. 15 rk./16 lk.
11 P. 14.
12 M.v.a. II, p. 14.

Voor wanbeleid is 'een zekere bestendigheid en volharding in het kwaad' vereist. Voert de ondernemingsleiding een min of meer systematisch onredelijke ontslagpolitiek dan is er ook naar mijn mening wanbeleid, aldus de toenmalige minister van Justitie.[13]
Het besluit tot sluiting of inkrimping van bedrijf om commercieel goede redenen kan op zichzelf moeilijk als wanbeleid worden beschouwd. Wel kan de uitvoering van het besluit, bijv. een onvoldoende afvloeiïngsregeling voor het personeel, getuigen van wanbeleid.[14] Slecht personeelsbeleid is evenzeer wanbeleid als slecht commercieel beleid.[15]
Tijdens de openbare behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer heeft de genoemde bewindsman op het volgende gewezen[16]: 'De heer Wiebenga heeft opgemerkt, dat wanbeleid ten opzichte van de werknemers niet is of behoeft te zijn wanbeleid ten opzichte van de aandeelhouder. Hij denkt toch altijd nog erg schematisch in termen van kapitaal en arbeid. Voor mij is de maatschappij langzamerhand gelukkig veel pluriformer geworden. Ik betwijfel, ook daarom, of die tegenstelling juist is, omdat men de onderneming als een geheel moet zien. Hoe dit ook moge zijn, wanbeleid is wanbeleid, ook als het slechts een groep in het bijzonder treft.(...) een van de doeleinden van de enquête is juist vast te stellen, bij wie de verantwoordelijkheid berust.'[17] Voorts: 'Eventueel zou men wel een enquête kunnen laten houden doch zonder dat er sancties aan kunnen worden verbonden.'[18]
Samenvattend noem ik als doelstellingen van het enquêterecht, zoals naar voren komend uit de *wetsgeschiedenis*:

a. sanering; herstel van de juiste verhoudingen;
b. opening van zaken;
c. vaststelling waar de verantwoordelijkheid ligt.

Dat sanering niet de enige doelstelling is, kan men overigens ook uit de wet zelf afleiden. Art. 2:356 (sub f) BW kent immers als voorziening na vaststelling van wanbeleid, de ontbinding van de rechtspersoon. Hoewel het mogelijk is dat ontbinding van een rechtspersoon tot sanering van bedrijfsonderdelen kan leiden, lijkt deze voorziening toch niet primair op sanering gericht.
Zoals bleek is ook preventie als doelstelling genoemd. Men kan deze zien als een verder weg gelegen doel. Vooral opening van zaken kan een preventief effect hebben. Net als in het strafrecht kan men hier onderscheiden tussen speciale en generale preventie. In een geval waarin de betrokken vennoot-

---

13 *Handelingen II*, 8 april 1970, p. 2910 rk.
14 M.v.a. II, p. 15.
15 Ibidem, p. 16.
16 *Handelingen II*, 8 april 1970, p. 2908 rk.
17 Als noot 12.
18 *Handelingen II* 14 april 1970, p. 2949 lk.

schap failliet is gegaan of op een andere grond is ontbonden[19], is preventie het enige praktische nut van een enquête, al zal van *speciale* preventie ten aanzien van de ven nootschap geen sprake kunnen zijn, maar mogelijk wel ten aanzien van de daarbij betrokkenen.

1.4. Omschrijving in rechtspraak van doelstellingen enquêterecht

In een van zijn eerste belangrijke uitspraken over het in 1970 tot stand gekomen vernieuwde enquêterecht, die in de zaak-Ogem[20], heeft de Hoge Raad zich onder meer uitgelaten over het doel van het enquêterecht, de betekenis van het begrip wanbeleid en de mogelijkheid van een enquête na faillietverklaring van de desbetreffende rechtspersoon. Hij overwoog dat:

'4.1. (...) moet worden vooropgesteld dat de wetgever blijkens de ontstaansgeschiedenis van de regeling van het enquêterecht, zoals deze is neergelegd in Boek 2 BW, als doeleinden van een enquête niet slechts heeft beschouwd de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan. Dit brengt mede dat het de OK vrijstaat om in voorkomende gevallen te volstaan met de uitspraak dat gebleken is van wanbeleid bij de betrokken rechtspersoon, zonder tevens een of meer van de in art. 2:356 BW genoemde voorzieningen te treffen, en dat er derhalve geen grond is om aan te nemen dat de OK zich van ieder oordeel zou moeten onthouden, indien de rechtspersoon surséance van betaling heeft verkregen of in staat van faillissement is verklaard en sanering of herstel van gezonde verhoudingen niet meer tot de mogelijkheden behoort..'

(...)

'7.3. De OK heeft, voor zover in cassatie van belang, met betrekking tot de onderwerpen, terzake waarvan zij tot de slotsom is gekomen dat er sprake is geweest van wanbeleid bij Ogem, onderzocht of Ogem te dier zake onzorgvuldig dan wel laakbaar heeft gehandeld, en heeft, indien zij deze vraag bevestigend beantwoordde, vervolgens onderzocht of dit onzorgvuldige of laakbare handelen van een zo ernstig karakter is dat moet worden geoordeeld dat Ogem te dier zake heeft gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap, zodat wat het betrokken onderwerp betreft sprake is van wanbeleid. Deze werkwijze en het daarbij gehanteerde criterium geven geen blijk van een onjuiste opvatting omtrent het begrip wanbeleid in art. 2:355 BW.
7.4. Onderdeel c verdedigt de stelling dat de OK het recht en meer in het bijzonder art. 2:355 BW zou hebben geschonden door telkens wanbeleid van Ogem aan te nemen en dat aan haar beschikking ten grondslag te leggen, omdat wanbeleid in de zin van evenvermelde bepaling slechts zou zijn wanbeleid van de personen die deel uitmaken van de organen van de rechtspersoon. Deze stelling vindt echter geen enkele steun in het recht, nu het begrip «wanbeleid» in voormelde bepaling, mede gelet op de omstandigheid dat

---

19 Zie art. 2:19 BW.
20 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, m.nt. J.M.M. Maeijer.

het in art. 2:345 BW bedoelde onderzoek is een onderzoek naar het beleid van de rechtspersoon, kennelijk betrekking heeft op wanbeleid van de rechtspersoon, en wanbeleid van de organen van een rechtspersoon of degenen die daarvan deel uitmaken, aan de rechtspersoon moet worden toegerekend.
7.5. (...) Dit onderdeel stelt ten onrechte de eis dat het wanbeleid een «structureel» karakter zou moeten vertonen, wil van wanbeleid in de zin van voormelde bepaling sprake kunnen zijn, en ziet eraan voorbij dat ook een enkele gedraging wanbeleid kan opleveren, hetgeen met name het geval kan zijn, indien die gedraging tot voor de onderneming zeer nadelige gevolgen heeft geleid. Alsdan kan niet worden gesproken van een incident of een als incidenteel te beschouwen beleidsfout.'

2. Wanbeleid en aansprakelijkheid; met wanbeleid vergelijkbare begrippen

2.1. Wanbeleid van rechtspersoon en het gedrag van daarbij betrokken personen

Het gaat bij enquêtes om gedragingen van een rechtspersoon, althans om aan een rechtspersoon toe te rekenen gedragingen. In werkelijkheid zijn de actoren altijd natuurlijke personen of combinaties van zulke personen. Ook in het tijdperk van robots en andere vormen van automatisering blijft een rechtspersoon een intellectuele constructie aan wie men wel handelen of nalaten toerekenen kan, maar die fysiek niet zelf handelt en dus ook niet nalaat te handelen.[21] Uit de toepassing van het enquêterecht komt dat ook duidelijk naar voren. Vermoed of geconstateerd wanbeleid is steeds te herleiden tot verwijten aan organen, meestal bestuursleden of commissarissen. De OK heeft dan ook wel geoordeeld:

'De omstandigheid dat het enquêterecht betrekking heeft op het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon neemt niet weg dat – afhankelijk van de omstandigheden en hetgeen in het kader van de procedure is verzocht – ook individueel handelen en nalaten kan worden beoordeeld.'[22]

Zo overwoog de Hoge Raad in zijn beschikking inzake de enquête bij Text Lite[23]:

'Uit art. 2:355 jo. 356 en 354 BW vloeit rechtstreeks voort dat in de in die bepalingen bedoelde situaties de Ondernemingskamer bevoegd is voorzieningen te treffen ten laste van individuele bestuurders en commissarissen en te beslissen dat kosten verhaald kunnen worden op (een of meer van) hen. De uitoefening van die bevoegdheden zal gemotiveerd moeten worden, hetgeen meebrengt dat, naar omstandigheden, de Ondernemings-

21 Vgl. Timmerman, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 556-557.
22 OK 9 juli 1998, *JOR* 1998, 122 (Vie d'Or).
23 HR 4 juni 1997, *NJ* 1997, 671, m.nt. J.M.M. Maeijer.

kamer zal moeten oordelen omtrent het functioneren van individuele bestuurders en commissarissen.
In casu heeft de Ondernemingskamer niet een oordeel gegeven over de persoonlijke aansprakelijkheid van de verzoekers voor de gevolgen van het geconstateerde wanbeleid, welk oordeel overigens buiten de bevoegdheid van de Ondernemingskamer zou vallen.'

Van Solinge[24] heeft erop gewezen dat, wanneer de verantwoordelijkheid voor wanbeleid is gelocaliseerd, bijv. bij commissarissen, zij vervolgens wordt toegerekend aan de vennootschap. Hij meent dat de Hoge Raad in de hiervóór geciteerde beschikking inzake Text Lite ten onrechte de weg terug heeft bewandeld door het wanbeleid toe te rekenen aan de individuele commissarissen.
Die opvatting lijkt mij niet juist.[25] Toerekening aan individuele commissarissen heeft alleen maar zin wanneer dat leidt tot de vaststelling van aansprakelijkheid van die commissarissen en dat heeft de HR expliciet afgewezen. Ook al impliceert vastgesteld wanbeleid van een rechtspersoon in een enquêteprocedure niet de aansprakelijkheid van de bij die rechtspersoon betrokkenen, er is geen goede reden die stelling om te draaien. Anders dan Van Solinge[26] zie ik niet in waarom een rechter in een wanprestatieprocedure[27] niet zou mogen oordelen dat bij een rechtspersoon betrokkenen aansprakelijk zijn voor de schade, geleden als gevolg van *door hen gevoerd* wanbeleid. Wanbeleid in verband met een rechtspersoon of onderneming is geen begrip dat beperkt is tot de toepassing van het enquêterecht of slechts daar verhelderend kan werken.

2.2. *Vastgesteld wanbeleid rechtspersoon en persoonlijke aansprakelijkheid daarbij betrokkenen*

Acties op grond van persoonlijke aansprakelijkheid van bij een rechtspersoon betrokkenen zullen een grondslag moeten vinden in andere bepalingen van het rechtspersonenrecht – zoals art. 2:8, 2:9 of 2:138/248 BW – dan wel in toerekenbare tekortkoming[28] of onrechtmatige daad[29]. Er is een zekere verwisselbaarheid. De enquêterechter kan zich niet uitspreken over aansprakelijkheid, maar de gewone rechter zal aansprakelijkheid baseren op ver-

---

24 G. van Solinge, *Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid*, inaug. rede KUN, 1997 (uitgegeven in "Drie Nijmeegse redes", 1998).
25 Zie ook P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, diss. RUG 2004, p. 233.
26 A.w. p. 38, noot 5.
27 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. J.M.M. Maeijer (Staleman/v.d. Ven).
28 Zoals in de zaak, leidend tot het in de vorige noot genoemde arrest.
29 Bijv. HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766, m.nt. J.M.M. Maeijer (Romme/Bakker).

wijtbaar gedrag van de betrokkenen, bijv. op door een bestuurder van een rechtspersoon niet behoorlijk vervullen van de hem opgedragen taak.
De vraag is of de in de zaak Text Lite gevolgde werkwijze de aansprakelijkheid van de betrokken commissarissen prejudicieert. De verzoekschriftprocedure die in enquêtezaken is voorgeschreven maakt het de OK mogelijk in een dergelijk geval de betrokken commissarissen als belanghebbenden op te roepen (art. 279, lid 1, Rv.). Indien dat is gebeurd en de betrokkenen op een behoorlijke wijze hoor en wederhoor is geboden, dan kan in een opvolgende procedure in beginsel van de in de enquêteprocedure gegeven beslissingen en vastgestelde feiten worden uitgegaan. Van formeel gezag van gewijsde in de zin van art. 236 Rv. zal doorgaans geen sprake zijn, omdat het volgende geding in de regel niet tussen dezelfde partijen wordt gevoerd.

2.3. *Wanbeleid en andere procedures dan die van enquête*

In zijn beschikking inzake Enka Breda[30], in een procedure gebaseerd op art. 26 WOR, heeft de Hoge Raad overwogen:

> 'De Ondernemingskamer had echter, gelet op het door Enka in bijlagen bij haar aan het bestreden besluit voorafgegane adviesaanvrage, in de toelichting bij het besluit en in haar verweerschrift bij de Ondernemingskamer omtrent de financiële positie en vooruitzichten gestelde, moeten onderzoeken of Enka bij de afweging van de – mede door haar eerdere toezegging bepaalde – belangen van het personeel in Breda tegen de andere betrokken belangen, waaronder met name het belang van de continuïteit van de onderneming als geheel en daarmede het belang van het elders werkzame personeel, niet in redelijkheid had kunnen komen tot het bestreden besluit. Een beoordeling van het door Enka ten aanzien van laatstbedoelde belangen gestelde en van het door de COR daartegen aangevoerde kan daarbij niet worden gemist.'

Een of meer werknemersorganisaties zouden terzake ook, op grond van art. 2:347 BW, een enquête hebben kunnen vragen.[31] Het belang van de continuïteit van een onderneming komt in enquêteprocedures herhaaldelijk aan de orde.[32]
In een enquêteprocedure en in een jaarrekeningprocedure (ook bij de ondernemingskamer) kunnen soms dezelfde kwesties aan de orde komen, omdat het niet voldoen aan de wettelijke voorschriften m.b.t. vaststelling en goedkeuring van de jaarrekening een aanwijzing voor wanbeleid kan opleveren. Herhaaldelijk heeft de OK gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen of wanbeleid (mede) gebaseerd op tekortkomingen m.b.t. de opstelling,

---

30 7 juli 1982, *NJ* 1983, 35, m.nt. J.M.M. Maeijer.
31 Dat is gebeurd in de zaak die leidde tot OK 21 oktober 1999, *JOR* 1999, 228 (IJsselwerf)
32 Bijv. OK 18 mei 2000, *JOR* 2000, 172 (Llent Beheer), OK 8 maart 2001, *JOR* 2001, 107 (Kloosterman Holding) en OK 21 juni 2001, *JOR* 2001, 187 (Topficie Telecom).

vaststelling of goedkeuring van jaarrekeningen.[33] Dat hadden belanghebbenden de OK ook kunnen voorleggen in de procedure op grond van Boek III, titel 11 Rv, of mogelijk ook in een onrechtmatigedaadprocedure.
Iets verder weg liggend, maar toch vermeldenswaard zijn doorbraakprocedures op grond van het 'Beklamel-criterium'. In het desbetreffende arrest[34] is te lezen:

'Stimulan heeft (...) aan haar vordering in de eerste plaats ten grondslag gelegd dat Klaas persoonlijk aansprakelijk is voor de door haar tot dat bedrag geleden schade daar deze veroorzaakt is door zijn onrechtmatig handelen, hierin bestaande dat hij als directeur van Beklamel de onderhavige goederen van Stimulan heeft gekocht, terwijl hij moet hebben geweten dat Beklamel haar verplichtingen uit hoofde van die koopovereenkomst niet kon nakomen.
(...) het hof [heeft] in r.o. 6 van het tussenarrest overwogen dat het gaat om de vraag «of Klaas bij het aangaan van de overeenkomst als directeur van Beklamel wist, of er niet aan behoefde te twijfelen, dat Beklamel niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Stimulan ten gevolge van die wanprestatie zou lijden.» Blijkens r.o. 13 heeft het hof met de zinsnede «er niet aan behoefde te twijfelen» bedoeld: «redelijkerwijze behoorde te begrijpen». Aldus heeft het hof de voor een geval als het onderhavige juiste maatstaf aangelegd.'

In het arrest Romme/Bakker[35] heeft de HR m.b.t. de bewijslastverdeling geoordeeld:

'Van zulk een geval zal onder meer sprake zijn indien aannemelijk is dat ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst de vennootschap zelf niet, althans niet in voldoende mate over financiële middelen beschikte om aan haar verplichtingen uit die overeenkomst te voldoen en wat dat betreft afhankelijk was van haar daartoe door een andere, door haar beheerste vennootschap ter beschikking te stellen middelen.'

Dat een vennootschap contractuele verplichtingen aangaat, wetend dat zij daaraan, bij gebrek aan financiële middelen niet kan voldoen, zou in een enquêteprocedure als wanbeleid kunnen worden aangemerkt. De vraag of crediteuren in het algemeen een enquête kunnen verzoeken, kan hier buiten beschouwing blijven. Ook jegens werknemers kan een vennootschap verplichtingen aangaan waarvan zij van tevoren weet dat zij er niet aan zal kunnen voldoen en werknemersorganisaties die aan de eisen van art. 2:347 BW voldoen, zijn tot zulk een verzoek in elk geval bevoegd.

---

33 Bijv. de hierna te noemen zaken Sum Media (noot 52) en LHT/Triodass (noot 77).
34 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. J.M.M. Maeijer; zie ook HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411, m.nt. J.M.M. Maeijer (Van Waning/Van der Vliet).
35 Zie noot 29.

2.4. *(On)behoorlijke taakvervulling*

Terugkerend bij de in de beschikking Ogem door de Hoge Raad gegeven gehanteerde omschrijving van wanbeleid, nl. onzorgvuldig of laakbaar handelen van een zo ernstig karakter is dat moet worden geoordeeld dat is gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap, is er aanleiding deze af te zetten tegen vergelijkbare omschrijvingen.

Een instructief voorbeeld levert de zaak Staleman c.s./v.d. Ven c.s. die geleid heeft tot het in noot 27 genoemde arrest van de Hoge Raad. De procedure was gebaseerd op de artt. 2:9 en 2:248 BW. Het gerechtshof te 's-Hertogenbosch had geoordeeld:

'Op grond van het hiervoor overwogene is het Hof van oordeel dat aan de directie in beginsel een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt in de zin van art. 2:9 BW. Het voortdurende karakter van dit wanbeleid speelt daarbij een rol.'

De Hoge Raad overwoog dat

'voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 (...) vereist [is] dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.'

De vraag wat moet worden verstaan onder '(on)behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak' is behandeld bij de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW, de 'derde misbruikwet'.[36]
Blijkens de memorie van toelichting bij het ontwerp van die wet[37] is daarbij aansluiting gezocht aan art. 2:9 BW. Aldaar is volgens deze m.v.t. het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid geformuleerd 'als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon "tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak'. Er zou geen reden zijn om wat de rechtsgrond van die aansprakelijkheid betreft onderscheid te maken tussen situaties in en buiten faillissement.[38]

---

36 Wet van 16 mei 1986, *Stb.* 275.
37 *Kamerstukken* II 1980-191, 16 631, nr. 3, p. 3-4.
38 *Kamerstukken* idem, m.v.a. II, nr. 5, p. 20.

De in art. 2:9 BW geregelde aansprakelijkheid jegens de vennootschap staat voorop en gaat ook verder dan de aansprakelijkheid jegens de schuldeisers, geregeld in art. 2:138/248, in die zin dat de aansprakelijkheid jegens de schuldeisers eerst ontstaat na faillissement. Over de uitleg van het begrip onbehoorlijk bestuur is in de kamerstukken van het voorstel tot deze wet[39] te lezen:

'De vraag of er van onbehoorlijk bestuur sprake is moet (dan ook) worden beantwoord naar het moment waarop de desbetreffende bestuurshandelingen werden verricht. Getoetst moet worden of de desbetreffende bestuurshandelingen (of nalatigheden) op dat moment als onbehoorlijk moeten worden beschouwd. Bij de benadering van deze vraag moet de rechter uiteraard steeds rekening houden met alle omstandigheden van het geval en tot een redelijk en billijk oordeel komen. Van de rechter kan echter niet worden gevraagd dat hij op de stoel van de ondernemer plaats neemt.
Daarnaast moet worden bedacht dat de grens tussen onbehoorlijk bestuur en bestuur dat weliswaar nadelig voor de vennootschap en haar schuldeisers is uitgepakt, doch dat niet als onbehoorlijk bestuur mag worden aangemerkt, niet steeds even gemakkelijk is te trekken. Er is dus als het ware een «grijze zone». De erkenning van dit feit mag er echter niet toe leiden dat de toetsing vervlakt en dat alleen in gevallen van uitzonderlijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijkheid van de bestuurders wordt aangenomen. (...) In de term «onbehoorlijk» moet vooral het element van «verwijtbaarheid» worden gelezen. (...) Bij onbehoorlijk bestuur gaat het om gedragingen of nalatigheden die als schuldige verwaarlozing van de bestuurstaak kunnen worden aangemerkt [40](...) en is niet bedoeld de bestuurders een verwijt te maken van fouten, misrekeningen of achteraf beschouwd onjuiste beoordelingen van feiten en omstandigheden die voor het bepalen van het bestuursbeleid van belang zijn.[41] Voor onbehoorlijke taakvervulling is méér nodig, in het bijzonder dat onverantwoordelijk is gehandeld met de wetenschap – objectief te bepalen – dat de schuldeisers daarvan de dupe zouden kunnen worden. Een zodanige taakvervulling is gelijk te stellen met misbruik. (...). Evenwel is er aanleiding om door toevoeging van het woord «kennelijk» volstrekt duidelijk te maken dat het onbehoorlijke karakter van het handelen of nalaten van het bestuur buiten kijf moet staan en dat er in geval van twijfel (de «grijze zone») geen aansprakelijkheid ontstaat.'

2.5. *Enige literatuur over onbehoorlijke taakvervulling*

De literatuur is in aanzienlijke mate op de geciteerde m.v.a. gebaseerd. Zo schrijven Sanders/Westbroek c.s. dat voor aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW vereist is dat regelmatig foutieve beslissingen worden genomen, zodat het bestuur kennelijk incompetent en/of te kwader trouw is.[42]

---

39 Ibidem, p. 3-4.
40 Ibidem, p. 14.
41 Ibidem, p. 21.
42 Sanders/Westbroek, bew. door F.K. Buijn en P.M. Storm, BV en NV, 1998, p. 166. Zie voorts Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek*, 1992, p. 456 e.v.; H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, 1993, p. 6 e.v. en p. 37-38; Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, bewerkt door J.W. Winter, nr. 47, p. 138 e.v.

Maeijer geeft voorbeelden van mogelijk kennelijk onbehoorlijk bestuur[43]; onder meer: het nemen van beslissingen met vergaande financiële consequenties zonder behoorlijke voorbereiding en het nalaten van onderzoek naar de kredietwaardigheid van contractpartners met wie men belangrijke zaken doet; het zich niet tijdig indekken tegen duidelijk voorzienbare risico's; het onvoldoende informeren van commissarissen; het missen van de kwaliteit om als bestuurder op te treden.[44]

Slagter noemt als taken van een goed bestuurder[45]:

a. hoewel hij als ondernemer risico's moet nemen en moet anticiperen op toekomstige onzekerheden, dient hij nimmer risico's te nemen die bij realisatie de continuïteit van de onderneming in gevaar zouden kunnen brengen;
b. bij het nemen van besluiten dient hij rekening te houden met gegevens die hem bekend (kunnen) zijn, maar hij mag niet worden beoordeeld op achteraf gebleken feiten en afloop ('being wise after the event');
c. hij dient zorg te dragen voor een behoorlijke boekhouding en voor het tijdig opmaken van de jaarrekening en dient afwijking van de goedgekeurde begroting te verantwoorden;
d. hij mag niet in strijd handelen met de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur (verbod tot misleiding en tot behartiging van een persoonlijk tegenstrijdig belang);
e. hij mag niet in strijd handelen met bepalingen van dwingend recht, tenzij zulks door zwaardere vennootschapsbelangen gerechtvaardigd wordt.

Van Schilfgaarde[46] meent dat de formulering van art. 2:9 wijst op een 'inspanningsverbintenis':

> 'de bestuurders moeten zich inzetten voor een behoorlijke uitoefening van hun taak, tot een bepaald resultaat zijn zij niet gebonden. In zoverre wordt echter de norm «behoorlijk» geobjectiveerd dat aan de bestuurder de eis wordt gesteld dat hij beschikt over het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.'

Het niet behoorlijk vervullen van een of meer van deze taken zou 'gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen' (art. 2:350, lid 1, BW) kunnen opleveren. Zou daarom een enquête worden gelast en zou deze uitwijzen dat de bewuste ondernemingsbestuurders ettelijke taken niet behoorlijk hebben

---

43 'Kennelijk onbehoorlijk bestuur' in de tweede misbruikwet (Invorderingswet, art. 36, lid 3) en 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' in de derde misbruikwet (art. 2:248 BW) zijn gelijkwaardige begrippen (P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, 1986, p. 19: 'In de twee misbruikwetten gaat het essentieel om hetzelfde criterium').

44 Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 328, p. 452. Die ook Van der Heijden/Van der Grinten, a.w., nr. 257, p. 457.

45 W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, 1996, § 68, 247.

46 A.w., § 47, p. 139.

uitgeoefend, dan zou dat waarschijnlijk tot de conclusie leiden dat bij de onderzochte rechtspersoon sprake is van wanbeleid, hoewel niet per se.[47] Wanbeleid is niet iets heel anders dan onbehoorlijke taakvervulling; het is een ernstige vorm van dat laatste. Het bijzondere schuilt in de enquête als middel tot vaststelling ervan.

3. Rechtspraak enquêterecht over wanbeleid

3.1. Eerste en tweede fase

De meeste rechterlijke uitspraken over enquêterecht hebben betrekking op de eerste fase: het door de OK beslissen op een verzoek tot het houden van een enquête (art. 2:350, lid 1, BW). Het criterium voor toewijzing is dat 'blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.'
De vraag is of de daartoe strekkende beslissing een voorlopige vorm van de vaststelling van wanbeleid is: een vermoeden van wanbeleid, waarvan de feitelijke grondslag nog moet worden onderzocht. De redactie van art. 350 levert een argument op voor de stelling dat de wetgever het zo bedoeld heeft. In die veronderstelling zijn ook eerstefasebeschikkingen interessant om de hantering van het begrip wanbeleid af te palen. Als de feiten zo zijn als vermoed wordt, dan houden zij wanbeleid in.
De praktijk is vaak anders. Dat een bepaalde actie van het bestuur van een vennootschap tot zulke grote verliezen heeft geleid dat voortbestaan van de vennootschap of de door haar gedreven onderneming in gevaar kwam, was voldoende grond voor het gelasten van onderzoek.[48] Men kan immers op zichzelf niet zeggen dat een actie die tot grote verliezen leidt, handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap impliceert. Pas begeleidende omstandigheden kunnen die conclusie rechtvaardigen.
Dat was ook het oordeel van de OK. I.c. ging het om het, door Verto, kopen en (met verlies) weer verkopen van een onderneming, een feitencomplex dat herinnerde aan de casuspositie-Ogem. De begeleidende omstandigheden waren in dit geval – hoewel er geen due diligence onderzoek was ingesteld – onvoldoende om de conclusie dat er sprake was van wanbeleid op te baseren.[49]

---

47 Een geconstateerde 'overtreding van het bepaalde in art. 2:248 BW' (m.i. overigens geen gelukkige formulering) heeft niet zonder meer tot gevolg dat een verzoek tot het houden van een enquête moet worden toegewezen (HR 26 juni 1996, *JOR* 1996, 82, *NJ* 1996, 730 - Transom en IVM).

48 OK 5 jan. 1995, *NJ* 1995, 311, *TVVS* 95/3 (enquête Verto).

49 OK 7 maart 1996, *JOR* 1996, 23, *NJ* 1997, 674, m.nt. J.M.M. Maeijer onder nummer 671.

Tot de 'gegronde redenen' behoort in veel gevallen dat er sprake is van een bestuurlijke impasse, die niet kan worden doorbroken, ook wel aangeduid als *patstelling*. Dat betekent dat beleid voeren in zulk een onderneming waarschijnlijk moeilijk is, maar op zichzelf niet dat er sprake is van wanbeleid. Het levert hoogstens een aanwijzing van wanbeleid op, nl. in het geval waarin de impasse een chaos binnen de onderneming tot gevolg heeft gehad. Als echter de situatie ertoe heeft geleid dat er, in strijd met de statutaire bepalingen, geen jaarrekeningen worden vastgesteld en er geen commissarissen zijn, dan is het vermoeden van wanbeleid wel dichtbij.[50]
Het voorgaande betekent dat eerstefasebeschikkingen als zodanig niet behoeven bij te dragen tot verheldering van het begrip wanbeleid i.v.m. het enquêterecht, maar dat sommige daarvan dit wel kunnen doen.
Hierna bespreek ik, in de meeste gevallen heel kort, een aantal beschikkingen, behorend tot beide categorieën. Zij vormen slechts een beperkte selectie uit de in de loop der jaren gedane uitspraken over enquêtes.

3.2. *Eerstefasebeschikkingen*

Het onderstaande berust op een selectie van beschikkingen op grond van art. 2:350, lid 1, BW, die, voor het geval de feiten waarop zij berusten juist blijken, aanwijzingen geven over wat de ondernemingskamer en de Hoge Raad onder wanbeleid in de zin van art. 2:355 BW verstaan.

Van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen kan niet alleen sprake zijn indien de vennootschap gedurende een aantal jaren, zonder dat het belang van de vennootschap zulks rechtvaardigt, geen of een in verhouding tot de winst slechts gering dividend uitkeert, doch tevens indien de vennootschap op grond van een statutaire bepaling gedurende een reeks van jaren de door haar gemaakte winsten niet of slechts in geringe mate bij wege van dividend aan de aandeelhouders uitkeert zonder dat zulks (nog langer) door het vennootschappelijke belang gerechtvaardigd wordt, en zij niet aan wijziging van die statutaire bepaling wenst mede te werken. Voor zover de bestreden beschikking moet worden verstaan in die zin dat de afwijzing van het verzoek mede berust op de opvatting dat gedragingen als door verzoekers aan de vennootschap verweten, nimmer wanbeleid in de zin van de wet kunnen opleveren, is dat volgens de Hoge Raad onjuist.[51]

---

50 OK 21 november 1996, *JOR* 1997, 5 (Sum Media).
51 HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51, m.nt. J.M.M. Maeijer (Gebr. Sluis).

Aan de orde kwam al het geval (Sum Media[52]) waarin een bestuurlijke impasse ertoe heeft geleid dat er, in strijd met de statutaire bepalingen, geen jaarrekeningen worden vastgesteld en geen commissarissen waren.
Dat de alleen en zelfstandig bevoegd bestuurder/aandeelhouder zonder vereiste goedkeuring van de a.v.a. diverse transacties heeft verricht, die naar haar aard risico van belangenverstrengeling in zich dragen, terwijl de jaarstukken niet overeenkomstig wettelijke en statutaire bepalingen zijn vastgesteld c.q. goedgekeurd en de algemene vergadering van aandeelhouders niet is bijeengeroepen zoals statutair voorgeschreven, lijkt tezamen voldoende om, mits dit juist blijkt, de kwalificatie wanbeleid te dragen.[53] Vermelding verdient dat het enkele niet vaststellen van de jaarstukken en niet bijeenroepen van de a.v.a. volgens de OK nog geen gegronde redenen tot het bevelen van een enquête opleverden.
Vergelijkbaar is de volgende combinatie van omstandigheden. De directeur van een vennootschap heeft aan die vennootschap gelden onttrokken t.b.v. andere vennootschappen en verplichtingen aangegaan die niet in belang van de eerstbedoelde vennootschap waren, waardoor deze in liquiditeitsproblemen is gekomen.[54] Voorts waren de verhoudingen tussen de directeur en het managementteam ernstig verstoord. Een en ander heeft tot gevolg gehad dat de continuïteit van de door de vennootschap uitgeoefende onderneming in gevaar dreigde te komen. Of deze feiten, indien juist, in de conclusie wanbeleid *van de vennootschap* moeten resulteren is betwistbaar, al levert dit feitencomplex m.i. zeker onbehoorlijke taakvervulling van de directeur op.

Het bestaan van ernstige conflicten tussen bij vennootschap betrokkenen en de omstandigheid dat het aannemelijk is dat het voortbestaan van de vennootschap daardoor ernstig wordt bedreigd, leverden gegronde redenen op tot twijfel aan een juist beleid.[55] Ruzie tussen bestuurders of aandeelhouders of combinaties daarvan betekent niet zonder meer dat er geen juist beleid wordt gevoerd. Wanneer die ruzies het voortbestaan van de vennootschap in gevaar brengen wordt het anders.
M.i. betekenen ruzies op zichzelf geen wanbeleid. Zij kunnen echter tot gevolg hebben dat beleidvoerders niet meer in de gelegenheid zijn hun taak behoorlijk te vervullen. Indien die laatste omstandigheid vervolgens de continuïteit van de onderneming bedreigt kan men van wanbeleid spreken.

---

52 Zie noot 50.
53 OK 22 maart 2001, *JOR* 2001, 130 (Duferco en Europroducties).
54 OK 15 mei 2001, *JOR* 2001, 145 (De Jongs Timmerfabriek).
55 OK 21 juni 2001, *JOR* 2001, 187 (Topficie Telecom).

Sommige uitspraken wekken de indruk dat de ondernemingskamer aanleiding zag tot het nemen van een ordemaatregel in de vorm van een onmiddellijke voorziening (art. 2:349a BW). Daarvoor is noodzakelijk dat de OK oordeelt dat het verzoek tot het houden van een enquête in beginsel toewijsbaar is; een onmiddellijke voorziening is nl. ten hoogste voor de duur van het geding geldig.[56]

Dat de verhoudingen tussen twee broers die samen een onderneming besturen al geruime tijd verstoord zijn en dat er conflicten zijn die zich toespitsen op de opvolging in desbetreffende familiebedrijf zal wel niet gunstig zijn voor dat bedrijf, maar behoeft nog geen aanwijzing voor wanbeleid te zijn. Dat de OK toch gegronde redenen zag om aan een juist beleid te twijfelen, kan hebben samengehangen met de omstandigheid dat zij het noodzakelijk achtte één van de broers bij wege van onmiddellijke voorziening te schorsen.[57]

Rechtstreekse aanleiding tot gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen waren in ettelijke gevallen hoog opgelopen conflicten tussen de bij de leiding van een onderneming betrokkenen, waardoor de continuïteit daarvan ernstig bedreigd werd en er grote risico's voor de werkgelegenheid van de werknemers waren ontstaan.[58] Conflicten op zichzelf zijn geen gegronde redenen en het ontstaan van risico's voor de werkgelegenheid ook niet. Wanneer er echter causaal verband tussen beide bestaat, kunnen zulke redenen er – afhankelijk van aard en omvang van de risico's – wel zijn.

Overigens lijken de uitspraken van de OK over het inwilligen van verzoeken tot enquête wegens conflicten binnen een vennootschap een sterk *in causa positum*-gehalte te hebben. Zo besliste zij dat de enkele omstandigheid dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders-bestuurders zijn verstoord op zichzelf zonder meer nog niet tot de conclusie leidt dat sprake is van gegronde reden om aan een juist beleid van de vennootschap te twijfelen.[59] De OK hield wel drie slagen om de arm (*op zichzelf, zonder meer* en *nog* niet). Mogelijk hield zij er rekening me dat zij een week later zou beslissen dat in een andere zaak een zodanig slechte verhouding tussen de bestuurders van een vennootschap bestond dat het bestuur in patstelling was terechtgekomen. Reeds op deze grond meende zij dat moest worden getwijfeld aan een juist beleid bij die vennootschap.[60]

---

56 Vgl. P.G.F.A. Geerts, *TVVS* 1996, p. 242-243 n.a.v. OK 26 februari 1998 (Griendtsveen).

57 OK 30 juli 2001, *JOR* 2001, 205 (Bot Bouw Groep); zie ook OK 27 jan. 2000 en 15 febr. 2000, *JOR* 2000, 74 (Skygate).

58 OK 3 augustus 2001, *JOR* 2001, 207 (Easy World Europe Airlines h.o.d.n. Meldridge Financial).

59 OK 23 september 1999, *JOR* 1999, 248 (Verploegen).

60 OK 30 september 1999, *JOR* 1999, 249 (Saurens/Stesa)

Weer enkele weken later overwoog zij[61] dat tussen beide aandeelhouders die ieder voor 50% tot het geplaatste en gestorte kapitaal van vennootschap waren gerechtigd, zodanige conflicten waren gerezen dat een patstelling daarvan het gevolg is geweest. Zij achtte het niet uitgesloten dat de rechtmatige belangen van verweerders (de betrokken vennootschappen) in het gedrang waren gekomen. Ook de omstandigheid dat omvangrijke claims waren ingediend, zou zo'n onderzoek rechtvaardigen.
Bij deze laatste zin maak ik de kanttekening dat de waarde van die constatering sterk afhangt van de aard van die 'claims'. De claimcultuur is langzamerhand zo sterk ontwikkeld dat het ingediend zijn van omvangrijke claims af en toe meer zegt over de *claimants* dan over de geadresseerden.
Soms hebben conflicten tot een zodanige situatie geleid dat zeer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, zoals in de zaak waarin onweersproken was gesteld dat de vennootschap sedert 1 jan. 1998 zonder bestuurder was en dat tussen de aandeelhouders van de vennootschap, van wie geen de meerderheid van de aandelen in de vennootschap bezat, een zodanig slechte verhouding bestaat dat een voorziening in het bestuur van de vennootschap niet kon en zou worden getroffen.[62]
Zoals bleek is de omstandigheid dat tussen aandeelhouders – ernstige – geschillen zijn gerezen op zichzelf en zonder méér niet voldoende om tot de conclusie te – kunnen – komen dat sprake is van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid van de vennootschap. Aannemelijk moet zijn dat die geschillen de gang van zaken in de vennootschap belemmeren of dat vennootschapsrechtelijke normen worden overtreden.[63]

---

61 OK 4 november 1999, *JOR* 2000, 8 (Heprofor).
62 OK 21 oktober 1999, *JOR* 2000, 30 (Holland Risk Analysis).
63 OK 29 november 2003, *JOR* 2003, 40 (Best Advice Financiële Dienstverlening). Zie over enquêteverzoeken in conflictsituaties voorts o.m. OK 17 september 1998, *JOR* 1999, 26; OK 12 november 1998, *JOR* 1999, 30; OK 31 december 1998, *JOR* 1999, 62; OK 21 okt. '99, *JOR* 2000, 6 (Burggraaff); OK 11 november 1999, *JOR* 2000, 31 (Drenth); OK 9 december 1999, *JOR* 2000, 33 (Sito); OK 14 januari 2000, *JOR* 2000, 54 (Cantor Holding); OK 25 februari 2000, *JOR* 2000, 75 (Robot Medical); OK 9 maart 2000, *JOR* 2000, 99 (Te Pas/Willem III); OK 10 maart 2000, *JOR* 2000, 100, verzoek tot enquête afgewezen (Inter Nederland Holding, Maassen en De Bree); OK 18 mei 2000, *JOR* 2000, 172 (Llent Beheer); OK 9 november 2000, *JOR* 2001, 8 (Blanksma Makkum); OK 23 november 2000, *JOR* 2001, 10 (Langedijk); OK 8 maart '01, *JOR* 2001, 107 (Kloosterman Holding); OK 23 juli 2001, *JOR* 2001, 204, verzoek afgewezen (Flora Beheer); OK 15 nov. '01, *JOR* 2002, 6 (Decidewise); OK 31 januari 2002, *JOR* 2002, 154 (Grote Hoef e.a.); OK 25 april 2002, *JOR* 2002, 219 (Kai San Holding); OK 24 oktober 2002, *JOR* 2003, 35 (Tjip); OK 8 maart 2003, *JOR* 2003, 106 (Gussenhoven/Welp); OK 31 juli 2003, *JOR* 2003, 255 (Citylens); OK 4 september 2003, *JOR* 2003, 258 (Fletcher en Bestbuy); OK 23 januari 2004, *JOR* 2004, 73 (Trial BV); OK 16 april 2004, *JOR* 2004, 164 (Uit Agenda Nederland).

Gelijke behandeling van aandeelhouders in gelijke omstandigheden is een zwaarwegend beginsel.[64] In het algemeen levert echter de enkele omstandigheid dat sprake is van ongelijke behandeling tussen aandeelhouders van een vennootschap op zichzelf niet steeds en zonder meer een gegronde reden op om aan juist beleid te twijfelen. Onder bijzondere omstandigheden kan zulks anders zijn. Tot zulke omstandigheden behoort ongelijke behandeling jegens aandeelhouder waardoor deze op onaanvaardbare wijze en met belangrijke schade aan zijn belangen is behandeld.[65]
Ik teken hierbij aan dat de wet afwijking van het gelijkheidsbeginsel bij de statuten toestaat. Voor zover dat niet gebeurd is zou ik ongelijkheid net andersom dan de OK doet willen benaderen. Een beleid tot ongelijke behandeling lijkt mij wanbeleid te zijn, behoudens bijzondere omstandigheden en behoudens het geval dat uit die ongelijke behandeling geen schade van enige betekenis voortvloeit.

Zoals wij al zagen, heeft een situatie als bedoeld in art. 2:248 BW (faillissement als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van een vennootschap) volgens de Hoge Raad (zaak Transom en IVM) geenszins het directe gevolg dat verzoek tot houden van enquête moet worden toegewezen.[66] Ik merk op dat de derde misbruikwet (artt. 2:138 en 248 BW) tot doel had de faillissementscurator, in een geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van een vennootschap, een sterkere positie te geven bij het persoonlijk aanspreken van de bestuurders.[67] In een enquêteprocedure kan het vermoeden van de artt. 2:139/248, lid 2, zekere analogische functie vervullen, maar ook niet meer dan dat. Rechtstreekse betekenis buiten de toepassing van laatstgenoemde wetsartikelen heeft dat vermoeden niet.
In sommige gevallen van beoogde toepassing van de derde misbruikwet zou het voor de curator praktisch kunnen zijn als een enquête zou worden gehouden, maar het recht een enquête te verzoeken komt de curator niet toe. Omgekeerd echter kunnen aandeelhouders en werknemers van een vennootschap die failliet verklaard is wel belang hebben bij toepassing van de artt. 2:138/248 BW, omdat dit ertoe kan leiden dat hun verhaalsmogelijkheden op de boedel worden vergroot.

---

64 Tot uitdrukking gebracht in de artt. 2:95 en 201 BW, die men als een toepassing van het beginsel van art. 1 Gw. kan zien. Zie P. van Schilfgaarde, Gelijke behandeling van aandeelhouders, serie IVO dl. 30, p. 19-28; H.M. Vletter-Van Dorst, Nogmaals gelijke behandeling van aandeelhouders, in: A-T-D, Van Schilfgaarde-bundel, 2000, p. 429; Asser-Maeijer, a.w., nr. 195, p. 230.

65 OK 20 juli 2001, *JOR* 2001, 203 (Bosbo e.a.).

66 Zie noot 47.

67 Asser-Maeijer a.w., nr. 327, p. 449.

Het bewust afstevenen op beëindiging van de onderneming, mede in het licht van een aan het personeel gegeven werkgelegenheidsgarantie m.i.v. maart 1999, terwijl in april/mei '99 al werd gewerkt aan een afvloeiingsplan en gezien het feit dat begin juni (1999) surséance werd aangevraagd, zijn zodanig krachtige aanwijzingen van onjuist beleid dat het instellen van een onderzoek gerechtvaardigd is.[68]
Nakoming of schadevergoeding wegens niet-nakoming van de werkgelegenheidsgarantie konden de werknemers d.m.v. een tekortkomingsprocedure vorderen. Misschien echter kan – los van de concrete casus – in een dergelijke situatie juist het geven van de garantie een uiting van wanbeleid zijn, waardoor de aandeelhouders kunnen zijn geschaad. In dat licht kan een enquête inderdaad nuttig blijken.

De positie van minderheidsaandeelhouders kwam aan de orde door een verzoek van een van de drie aandeelhouders in een naamloze vennootschap.[69] De OK achtte juist dat de wijze waarop de bij de vennootschap betrokkenen met elkaar moeten omgaan mede moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de oorspronkelijke verhouding binnen de vennootschap en de wijze waarop de samenwerking is vormgegeven. Het miskennen van die achtergrond door de vennootschap doet te kort aan de i.h.b. vanwege die achtergrond gerechtvaardigde belangen van een betrokkene en kan daarom een grond zijn tot het bevelen van een enquête. De samenwerking tussen de oorspronkelijke partijen had het karakter van een joint venture. De daaruit voor verzoekster voortvloeiende bijzondere aanspraken kunnen haar niet zonder meer ontnomen worden op de grond dat de besluitvorming naar vennootschapsrechtelijke regels correct heeft plaatsgevonden. Daaruit volgt echter niet dat de vennootschap alleen beleid mag voeren indien ieder van de partners in de joint venture zich daar achter kan scharen. Niet buiten beschouwing kan blijven dat partijen voor hun samenwerking de vennootschapsrechtelijke vorm hebben gekozen. Zij kunnen dus niet als aandeelhouders van de vennootschap besluitvorming verhinderen als zij daaraan hun instemming niet hebben gegeven. Dit is slechts anders indien daarover tussen de aandeelhouders daartoe ruimte latende afspraken zijn gemaakt. Overigens heeft verzoekster aanvankelijk terecht kritiek geuit op een tekort aan voorlichting dat zij van de vennootschap had verkregen, zulks mede tegen de achtergrond en de aard van de samenwerking tussen partijen. De OK wees het enquêteverzoek af.
Deze overwegingen bevatten een zekere innerlijke tegenspraak. Enerzijds zegt de OK dat het miskennen door de vennootschap van de, gezien de voor-

---

68 OK 21 okt. 1999, *JOR* 1999, 228 (IJsselwerf).
69 OK 20 mei 1999, *JOR* 2000, 72 (Versatel).

geschiedenis van de samenwerking, gerechtvaardigde belangen van de minderheidsaandeelhouder en een grond tot het houden van een enquête kan opleveren. Anderzijds kan die minderheidsaandeelhouder zich over meerderheidsbesluiten niet beklagen. Weliswaar zal de meerderheid rekening moeten houden met de belangen van de minderheid en zorg voor behoorlijke voorlichting[70] van de minderheidsaandeelhouder moeten dragen. Die eis mag men, ongeacht de historische achtergrond, wel stellen. In een eerdere zaak had de OK geoordeeld[71] dat minderheidsaandeelhouders niet zonder meer aanspraak hebben op alle gegevens omtrent het beleid en de gang van zaken bij een vennootschap en de met haar verbonden vennootschappen en ondernemingen. Het ging in de onderhavige zaak niet om *alle* gegevens, maar om *behoorlijke* voorlichting. De besluitvorming gaf dus geen aanleiding tot een enquête en het gebrek aan voorlichting óók niet. De vennootschap had haar leven op dat punt inmiddels gebeterd, maar duidelijk was dat, als zij dat niet had gedaan, er ook niets te onderzoeken viel. De minderheidsaandeelhouder had dan beter voor de gewone rechter een vordering op grond van art. 2:8 BW kunnen instellen. De afwijzing acht ik juist, maar niet geheel op dezelfde gronden als de OK heeft aangevoerd.

De positie van minderheidsaandeelhouders heeft ettelijke malen een rol gespeeld bij behandelde verzoeken om een enquête. Het feit dat een vennootschap onvoldoende openheid heeft betracht t.o.v. minderheidsaandeelhouders leverde, tezamen met andere omstandigheden, gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid op.[72]

Een veel strenger lijkende eis werd gesteld in een zaak i.v.m. tussen beide aandeelhouders bestaande fundamentele en diepgaande controversen.[73] Daar oordeelde de OK dat van misbruik of oneigenlijk gebruik van de machtspositie van de meerderheidsaandeelhouder niet was gebleken. 'Oneigenlijk gebruik' is een nogal elastische term; ik vermoed dat het niet de bedoeling is geweest een strengere eis te stellen dan in andere zaken m.b.t. de behandeling van een minderheidsaandeelhouder door een meerderheidsaandeelhouder

Soms gaat bescherming van een of meer minderheidsaandeelhouders samen met het voorkómen van belangenverstrengeling. In één zaak[74] overwoog de OK dat moest worden aangenomen dat de alleen en zelfstandig bevoegde bestuurder/aandeelhouder zonder vereiste goedkeuring van de a.v.a. diverse transacties heeft verricht, welke naar haar aard risico van belangenverstren-

---

70 'Informatie' noemt men dat tegenwoordig; het gebruik van een anglicisme schijnt meer indruk te maken.

71 OK 8 oktober 1998, *JOR* 1998, 167 (Zwagerman).

72 OK 3 november 2000, *JOR* 2001, 3 (Orbitrex), OK 23 jan. 2001, *JOR* 01, 56 (Tactron).

73 OK 10 maart 2000, *JOR* 2000, 100 (Inter Nederland Holding, Maassen en De Bree).

74 OK 22 maart 2001, *JOR* 2001, 130 (Duferco en Europrod).

geling in zich draagt. Waar reeds in het algemeen geldt dat een vennootschap ten opzichte van haar minderheidsaandeelhouders een bijzondere zorgplicht in acht dient te nemen, heeft in het onderhavige geval de vennootschapschap een verzwaarde plicht haar minderheidsaandeelhouders voldoende te informeren en ervoor te zorgen dat mogelijke verstrengeling van de belangen van de vennootschap met die van andere aandeelhouder en bestuurder wordt voorkomen. Van belang in deze uitspraak is, meer nog dan het verband met het tegengaan van belangenverstrengeling. de expliciete erkenning van een *bijzondere zorgplicht* jegens haar minderheidsaandeelhouders. In een andere uitspraak, die overigens in dezelfde zin luidde, voegde de OK nog toe dat een informele wijze van besluitvorming niet tegen een minderheidsaandeelhouder gebruikt mag worden in die zin dat een formele wijze van besluitvorming nog slechts uitzondering zal zijn. De verhouding tussen de minderheidsaandeelhouder en de vennootschap was zodanig verhard dat van een verstoorde verhouding kon worden gesproken. Dat leverde een aanvullende grond op om aan een juist beleid te twijfelen.[75]

Nogal vanzelfsprekend is de volgende overweging in een andere beschikking waarin gegronde redenen tot het houden van een enquête werden vastgesteld. Zolang verzoekster aandeelhoudster van de vennootschap is, maakt zij tegenover de vennootschap aanspraak op de behandeling die een aandeelhouder rechtens toekomt. De omstandigheid dat zij een minderheid van de aandelen houdt en slechts één van de drie leden van de raad van commissarissen kan voordragen, mag voor de vennootschap geen reden zijn haar anders te behandelen dan de andere aandeelhoudster. Daaraan voegde de OK toe dat combinatie van functies in het algemeen een niet onaanzienlijk risico van belangenverstrengeling in zich draagt.[76]

Een op het oog nogal gecompliceerde situatie bestond in de zaak LHT/Triodass.[77] LHT had als minderheidsaandeelhoudster in Triodass volgens de OK belang bij een door Triodass verrichte rechtshandeling. Triodass had in ieder geval bij het ten uitvoer brengen van een bepaald besluit – o.m. tot loskoppeling van de administraties van LHT en Triodass – zozeer eigenmachtig gehandeld dat minst genomen sprake was van onvoldoende transparantie ten opzichte van haar minderheidsaandeelhoudster. De OK besliste tot het houden van een enquête bij beide vennootschappen.

Verwaarlozing van de behartiging van de belangen van minderheidsaandeelhouders gaat nogal eens samen met andere onzorgvuldigheden, zoals de volgende zaak demonstreert. Vaststond dat de vereiste jaarlijkse a.v.a. in 2003 niet had plaatsgevonden en sinds 1998 in het geheel geen aandeelhouders-

---

75 In dezelfde zin: OK 8 mei 2002, *JOR* 2002, 112 (Broadnet Holdings).
76 OK 31 augustus 2001, *JOR* 2001, 208 (Merwede Holding).
77 OK 11 juli 2003, *JOR* 2003, 252 (LHT Finance House/Triodass).

vergaderingen waren gehouden. De jaarrekeningen over 2001 en 2002 waren nog steeds niet vastgesteld. Verzoeken van een minderheidsaandeelhouder informatie te verschaffen over de financiële gang van zaken bij de vennootschap en dochtervennootschappen werden door de meerderheidsaandeelhouder onvoldoende gehonoreerd. De meerderheidsaandeelhouder en het bestuur van de vennootschap dienen een bijzondere zorgvuldigheid in acht te nemen jegens minderheidsaandeelhouder. [78] Iets dergelijks deed zich voor in een geval waarin gevoerde en nog aanhangige procedures in hoofdzaak betrekking hadden op een (belangen)conflict tussen de aandeelhouders van een vennootschap. Dit conflict raakt evenwel ook de positie van de vennootschap en het functioneren van de organen. Voorts was er sprake van vermenging van belangen die ertoe leidde dat de vennootschap zich nadelen liet welgevallen ten bate van de enig bestuurder en meerderheidsaandeelhouder en dat de positie van verzoekster als minderheidsaandeelhouder op ongerechtvaardigde wijze werd geschaad.[79]
Minderheidsaandeelhouders hebben niet zonder meer aanspraak op alle informatie omtrent het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en de met haar verbonden vennootschappen en ondernemingen.

Belangenverstrengeling heeft de OK als regel opgevat als een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen. Daaruit volgt niet dat uit het ingestelde onderzoek steeds zou blijken dat er ook werkelijk sprake was van wanbeleid. In de zojuist geciteerde eerstefasebeschikking inzake Zwagerman[80] is te lezen dat een vennootschap bijzondere zorgvuldigheid in acht moet nemen te waken voor verstrengeling van de belangen van de vennootschap en die van haar meerderheidsaandeelhouder.
Mogelijke belangenverstrengeling, gelegen in de overdracht van onroerend goed aan de vennootschap van de directeur zonder schriftelijke afspraken hierover roept vragen op van zodanig klemmende aard dat deze onderwerp van onderzoek moeten zijn.[81]
Combinatie van functies draagt in het algemeen een niet onaanzienlijk risico van belangenverstrengeling in zich. Wanneer de bestuurder van een vennootschap de belangen daarvan en die van beide aandeelhoudsters moet behartigen en hij tevens bestuurder van de grootaandeelhoudster van de vennootschap is, levert zulks een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen op.[82]

---

78 OK 5 december 2003, *JOR* 2003, 41 (Van Doorn Corporate Development Group e.a.).
79 OK 23 januari 2004, *JOR* 2004, 73 (Trial BV).
80 Zie noot 71.
81 OK 6 juli 2000, *JOR* 2000, 193 (Wildschut).
82 OK 31 augustus 2001, *JOR* 2001, 208 (Merwede Holding).

Sommige beschikkingen hadden betrekking op wanbeleid in meer letterlijke zin, d.w.z. het voeren van onjuist beleid of de afwezigheid van beleid (vgl. hiervóór, § 1.1.). Een voorbeeld is de al in noot 63 genoemde zaak Drenth waarin redenen om aan juist beleid te twijfelen daarin lagen dat een blijkbaar door alle bij het 'concern' betrokkenen gewenste herstructurering niet mogelijk leek en zelfs de regeling in de statuten ter regeling van geschillen een bron van conflicten was gaan vormen.
Eveneens typisch tegen gevoerd beleid gericht was een zaak waarin naar voren gebrachte bezwaren tegen transacties zodanig waren dat de OK gegronde redenen aanwezig achtte om te twijfelen aan een juist beleid.[83]
Meer gericht tegen onjuist *gedrag* dan tegen onjuist *beleid* was een beschikking waarin bezwaren bestonden tegen het bestaan en de omvang van een beheersvergoeding en tegen het ontbreken van deugdelijke uitleg daaromtrent. Voor de OK leverde zulks voldoende grond op om te twijfelen aan een juist beleid van de vennootschap.[84]
Reeds het feit dat aan de aandeelhouders onvoldoende inzicht is gegeven in het verloop van het eigen vermogen van een vennootschap en in het ontstaan en de ontwikkeling van de schulden daarvan levert gegronde redenen op om aan een juist beleid te twijfelen.[85]
In een bepaald geval was niet uit te sluiten dat de bestuurder van een vennootschap de activiteiten van een werkmaatschappij met een derde in een andere vennootschap wilde voortzetten. De OK sprak van een onaanvaardbare belangenverstrengeling, wat in een eerstefasebesluit m.i. een iets te krachtige formulering is.[86]

Van betrekkelijk recente datum is het actueel worden van de vraag of, wanneer en hoeverre *beschermingsconstructies* als wanbeleid kunnen worden aangemerkt. Uni-Invest was een ter beurze genoteerde beleggingsinstelling; Breevast was een, eveneens ter beurze genoteerde, onroerendgoedmaatschappij. Eerstgenoemde wilde laatstgenoemde overnemen, maar deze probeerde dat te verhinderen door de uitgifte van cumulatief preferente aandelen aan een 'Stichting Continuïteit.'
Uni-Invest heeft de OK gevraagd een enquête te bevelen m.b.t. de gang van zaken bij Breevast. N.a.v. dit verzoek heeft de OK overwogen[87] dat het opwerpen van een beschermingsconstructie een gegronde reden kan opleveren te twijfelen aan een juist beleid van een vennootschap. Het staat de doel-

---

83 OK 30 december 1999, *JOR* 2000, 34 (Naaykens).
84 Zaak Wildschut; zie noot 81.
85 OK 6 juli 2000, *JOR* 2000, 194 (Hoppenbrouwers).
86 OK 21 december 2001, *JOR* 2002, 57 (Egbouw).
87 OK 11 maart 1999, *NJ* 1999, 351.

witvennootschap echter in beginsel vrij een beleid te voeren dat erop is gericht de overname van de zeggenschap in die vennootschap te voorkomen. Op zichzelf kunnen dat beleid en eventueel enkel handelen in strijd met de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid dan ook geen onderzoek rechtvaardigen. Bijzondere omstandigheden kunnen tot een ander oordeel leiden doch deze deden zich in casu niet voor. Hetgeen in dat verband is gesteld, was onvoldoende en bovendien kon niet van de juistheid van het gestelde worden uitgegaan.

Een vennootschap die wordt geconfronteerd met de voornemens van een derde tot overname van – een belangrijk deel van – de zeggenschap in haar dient van die voornemens kennis te nemen en deze te bezien. De overnemer is op zijn beurt jegens de doelwitvennootschap gehouden behoorlijk te handelen en niet alleen met zijn belang maar met de belangen van de vennootschap in al haar facetten en van de bij haar betrokken personen rekening te houden. De eigen opstelling van Uni-Invest verdroeg zich niet met dat uitgangspunt; bovendien had zij, gelet op de statutaire structuur van Breevast, ermee rekening dienen te houden dat verkrijging van de zeggenschap in het algemeen slechts mogelijk zou zijn met instemming van Breevast, althans indien Breevast daartegen geen overwegende bezwaren zou hebben.

Deze beschikking preludeerde op de uitspraken in de latere zaak Rodamco North America, van de OK en de HR (zie volgende paragraaf).

Ten slotte vermeld ik een, sterk op zichzelf staande, beschikking inzake Corus. De concerntop (in Engeland) van deze vennootschap wilde de (Nederlandse aluminiumdivisie afstoten. De r.v.c. van Corus Nederland (een vennootschap waarop het verzwakte structuurregime van toepassing was) en de centrale ondernemingsraad hielden – kort samengevat – dit besluit tegen. Daarop wendde het concern, d.w.z. twee Britse concernmaatschappijen, houders van alle aandelen in Corus Nederland, zich tot de ondernemingskamer. Zij vroegen bij wege van onmiddellijke voorziening in een te starten enquêteprocedure de Nederlandse leden van de r.v.c. van Corus Nederland voor één dag te schorsen, opdat het resterende – Engelse – lid van de r.v.c. het besluit kon goedkeuren en de COR te bevelen zijn verzet op te geven.

Hierover overwoog de OK[88]:

'In de eerste plaats is van belang dat het tot de taak van de Raad van Commissarissen van een tot een groep behorende vennootschap en meer in het bijzonder van een structuurvennootschap (...), behoort om (...) aandacht te schenken aan de vraag of de belangen van de vennootschap door de concernleiding voldoende in de beschouwing zijn betrokken en op hun waarde zijn geschat, en of de maatregelen die zijn getroffen of de beslissingen die zijn genomen ter veiligstelling van die belangen adequaat en voldoende effectief zijn te achten.

88 OK 13 maart 2003, *NJ* 2003, 248, *ARO* 2003/47, *Ondernemingsrecht* 2003/6, nr. 16, p. 227, m.nt. S.M. Bartman.

Met verzoeksters moet worden geoordeeld dat de Raad van Commissarissen van een vennootschap niet en in ieder geval niet zonder méér of ongemotiveerd een beleid mag voeren dat zich niet verdraagt met, althans geen rekening houdt met de concernstrategie en onder omstandigheden zal hebben te aanvaarden dat het belang van de vennootschap waarbij hij is ingesteld zal moeten worden ten achter gesteld bij het belang van het concern in zijn geheel. Anderzijds staat het de concernleiding niet vrij om steeds, althans zonder méér of ongemotiveerd de belangen van een vennootschap in het concern ten achter te stellen bij wat zij ziet als het belang van het concern.
(...) in het licht van de omstandigheid dat, (...) de aluminiumactiviteiten voor Corus Nederland in financieel opzicht een belangrijke plaats innemen, is het niet onaanvaardbaar te achten dat de Raad van Commissarissen, alvorens zijn goedkeuring te hechten aan de door de concernleiding bereikte overeenstemming over de verkoop daarvan aan Pechiney, intensief van gedachten wil wisselen omtrent de vraag of deze verkoop uit een oogpunt van het concernbelang zo zwaarwegend is dat het belang van de vennootschap waarbij hij is ingesteld – zoals hij dat ziet – daarbij ten achter dient te worden gesteld (...).
(...) Daarbij voegt zich dat – zoals evenzeer voorshands aannemelijk is te achten – zowel de Raad van Commissarissen als het bestuur van Corus Nederland aanvankelijk niet of nauwelijks bij de transactie van Corus Group plc met Pechiney betrokken zijn (...).
Niet uit het oog kan worden verloren dat, ook al is de verkoop van de aluminiumactiviteiten van Corus Nederland aan Pechiney aanvankelijk – vooral – ingegeven door overwegingen van concernstrategie, inmiddels is gaan gelden dat de opbrengst van de transactie mede moet worden aangewend ten behoeve van de herfinanciering van het Corusconcern, die niet is los te zien van de verliezen op zijn in het Verenigd Koninkrijk uitgeoefende activiteiten. Het moet aldus alleszins aanvaardbaar worden geacht dat niet alleen het bestuur maar ook de Raad van Commissarissen van Corus Nederland gedegen geïnformeerd wenst te worden met betrekking tot de vraag of deze herfinanciering het gewenste resultaat zal hebben en of, en zo ja in hoeverre en op welke wijze, erin is voorzien dat de belangen van Corus Nederland niet op onevenredige wijze worden geschaad en dat ook met haar belangen op een evenwichtige wijze rekening is gehouden.
(...)
De slotsom is derhalve, dat niet kan worden gezegd dat de Raad van Commissarissen van Corus Nederland niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot zijn beslissing aan het besluit van het bestuur van Corus Nederland van 10 maart 2003 tot verkoop van de aluminiumactiviteiten, (...) nog niet zijn goedkeuring te hechten. Dat betekent dat het verzoek tot het treffen van een onmiddellijke voorziening waardoor die toestemming in strijd met het standpunt van de – meerderheid van de – Raad van Commissarissen alsnog gegeven kan worden, niet voor toewijzing vatbaar is.
Bij deze stand van zaken hebben verzoeksters geen – redelijk – belang bij beoordeling van en beslissing op haar verzoek, voorzover zich dat richt tegen de COR. (...)'

Het verzoek tot het bevelen van een enquête heeft de OK tot een ander te bepalen datum verschoven.[89]
De aluminiumtak van Hoogovens was een stuk diversificatie. Het is herhaaldelijk voorgekomen dat, wanneer de staaltak niet zo goed draaide, het met het aluminium goed ging vice versa. Het doel van de beoogde verkoop

[89] Naar ik heb begrepen, is het verzoek ingetrokken.

was kasmiddelen te verkrijgen ten behoeve van, wat de annotator in Ondernemingsrecht noemt: de bodemloze put in Engeland. De achterliggende vraag, die echter niet aan de orde was, was of de fusie van Hoogovens met British Steel niet gesteund heeft op wanbeleid van de toenmalige Hoogovens-leiding.
Het interessante punt van de hiervóór kort weergegeven uitspraak is dat het verzoek om een enquête klaarblijkelijk geen ander doel diende dan het verkrijgen van onmiddellijke voorzieningen die het mogelijk zouden maken de verkoop van de aluminiumpoot erdoor te drukken. Daartoe heeft de OK zich niet geleend en zij heeft daar een verdienstelijke motivering bij bedacht.

3.3. *Tweedefasebeschikkingen*

De nadien, in enkele varianten, vaak gegeven omschrijving van wanbeleid, is al aan te treffen in de (tweedefase)beschikking van de ondernemingskamer inzake Batco[90]:

'De beleidsvrijheid van een ondernemer vindt voor wat het enquête-recht betreft zijn grens daar waar hij gehandeld heeft in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Van wanbeleid kan onder meer sprake zijn op bedrijfseconomisch en sociaal gebied.'

De OK vervolgde dat bij de besluitvorming ook de sociale gevolgen daarvan dienen te worden betrokken. Het overleg dat Batco Nederland over een eventuele sluiting van de fabriek in Amsterdam in de ondernemingsraad en met de Bonden diende te voeren had echter niet, althans niet voldoende plaatsgevonden. Batco Nederland heeft dit overleg te vroeg afgebroken. Onder de gegeven omstandigheden vormde het afbreken door Batco Nederland van het voorgeschreven overleg een ernstige verwaarlozing van de verplichting dit overleg te voeren. Batco Nederland had door het afleggen van geruststellende verklaringen bij haar werknemers gerechtvaardigde verwachtingen gewekt, dat de werkgelegenheid in Amsterdam niet – en zeker niet op zo'n korte termijn – verminderd zou worden. Zij heeft aldus in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap gehandeld. Het in strijd hiermee genomen besluit de fabriek in Amsterdam te sluiten, was dan ook als wanbeleid aan te merken. De OK heeft dit besluit vernietigd.

In de beschikking inzake *Bredero*[91] heeft de OK te kennen gegeven dat als zij 'over wanbeleid spreekt, doelt op een beleid dat strijdig is met elemen-

---

90 OK 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71, m.nt. J.M.M. Maeijer onder nr. 73.
91 OK 7 december 1989, *NJ* 1990, 242, *TVVS* 1990, p. 98, m.nt. W.J. Slagter (Verenigde Bedrijven Bredero).

taire beginselen van verantwoord ondernemerschap' (de Ogem-formule). Zij heeft geoordeeld dat tegenslagen, willen zij duiden op wanbeleid, voorzienbaar moeten zijn geweest 'of dat met dergelijke tegenslagen zo onvoldoende is rekening gehouden dat dit in strijd met verantwoord ondernemerschap zou zijn te achten.'
Voorts heeft de OK in die beschikking overwogen dat het 'versluieren van de werkelijke stand van zaken met betrekking tot het belangrijk negatieve resultaat van de eigenlijke bedrijfsvoering in de hiervoor weergegeven omstandigheden zo ernstig is te achten dat dit als strijdig met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap wanbeleid van de vennootschap oplevert' en dat 'het uitbrengen van een met betrekking tot de eigenlijke bedrijfsresultaten misleidend emissieprospectus blijk geeft van een beleid dat in strijd geacht moet worden met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.'

De voornaamste overwegingen van de Hoge Raad in de beschikking inzate Ogem[92], nog steeds een van de allerbelangrijkste rechterlijke uitspraken over de toepassing van het enquêterecht, heb ik al geciteerd in § 1.4. Evenzo heb ik de hoofdzaken van beschikking van de ondernemingskamer inzake Verto[93] al genoemd in § 3.1.

In de enquête inzake Bobel oordeelde de OK[94] dat Bobel in de onderzoeksperiode geheel beheerst werd door Sasea Holding. Sasea heeft willens en wetens de belangen van Bobel en daarmee van de andere aandeel- en obligatiehouders ondergeschikt gemaakt aan haar eigen plannen. De r.v.c. heeft zich hiertegen niet verzet. In sommige gevallen heeft Sasea het handelen van Bobel zelf, buiten de organen van Bobel om, bepaald, zonder dat die laatste organen daartegen opkwamen. Bobel heeft belangrijke en zeer riskante transacties gedaan zonder vereiste voorafgaande goedkeuring van de r.v.c., zonder kenbaar belang van de vennootschap en zonder rekening houden met de belangen van de minderheidsaandeelhouders. De zorgvuldigheid werd bij het doen van transacties niet in acht genomen en deze werden niet op 'arms length' aangegaan. Bobel heeft haar boeken en bescheiden niet behoorlijk bewaard en daarop geen behoorlijk toezicht gehouden. Na verkoop van al haar investeringen heeft Bobel de opbrengst zonder enige zekerheid geleend aan Sasea.

---

92 Zie noot 20.
93 Zie noot 48.
94 OK 17 april 1997, *NJ* 1997, 672 (nt. onder 671), *JOR* 1997, 81 (Bobel I).Tegen deze beschikking is geen beroep in cassatie ingesteld, HR 19 mei 1999, *NJ* 1999, 658, m.nt. J.M.M. Maeijer, was gericht tegen een tweede beschikking van de OK in deze zaak, over kostenverhaal.

'3.2 Uit het voorgaande blijkt dat bestuur en raad van commissarissen van Bobel schromelijk tekort zijn geschoten in hun bestuurs- respectievelijk toezichthoudende taak. Elk van de (...) vermelde punten levert (...) zowel op zichzelf als in onderling verband beschouwd wanbeleid van de vennootschap op (...).
3.3 Uit de punten (...) volgt dat de jaarrekeningen over de onderzoeksperiode niet het vereiste inzicht verschaffen, nu zij vanzelfsprekend (...) geen informatie verschaffen over het belang van Bobel bij het gevoerde beleid en de daaraan voor haar verbonden voor- en nadelen en in het bijzonder de daaraan verbonden financiële risico's. Voorts blijkt uit het rapport van de onderzoeker dat het wanbeleid over de gehele onderzoeksperiode zo omvangrijk is geweest dat elk van de bestuurders en van de leden van de raad van commissarissen – althans voorzover het de periode betreft waarin zij respectievelijk verantwoordelijkheid droegen – daarvan heeft geweten althans redelijkerwijs geweten moet hebben, terwijl niet gesteld of gebleken is, dat een of meer van hen daartegen op behoorlijke wijze stelling heeft/hebben genomen.'

De uit dezelfde periode stammende beschikking van de Hoge Raad inzake Text Lite[95] kwam al aan de orde in § 2.1. Deze uitspraak is overigens belangrijker wat betreft de positie van individuele, bij wanbeleid betrokken, personen, het treffen van voorzieningen en kostenverhaal, dan wegens de hantering van het begrip wanbeleid[96].

Een enquête m.b.t. de levensverzekeringsonderneming Vie d'Or was verzocht door de procureur-generaal bij het Amsterdamse hof. Deze had o.m. dezelfde gronden aangevoerd:
- ontoereikende scheiding tussen Vie d'Or-en privézaken; tekortschietende administratieve organisatie en het niet naleven van en het ontbreken van toezicht op de naleving van het tweehandtekeningensysteem; onvoldoende aandacht voor kostenbeheersing en het zich niet verdiepen door de raad van commissarissen in de omvang van de financieringsproblematiek; te hoog toegekende provisies en royalties en het zich niet verdiepen door de raad van commissarissen in de omvang van de toegekende provisies; het te laat beleggen van premies; het bevorderen van belastingontduiking door derden en het onjuist opmaken en niet deponeren van jaarrekeningen.
De OK[97] heeft deze klachten gegrond verklaard en bovendien de opvatting van de onderzoekers volgens welke bij de beoordeling van het beleid en de gang van zaken van Vie d'Or een zwaar accent diende te worden gelegd op het feit, dat het ging om een verzekeringsmaatschappij. De veelal lange

95 Zie noot 23.
96 De conclusie van de toenmalige plaatsvervangend procureur-generaal Van Soest bevat een schat van gegevens over het enquêterecht en zijn toepassing. De eveneens zeer belangwekkende noot van Maeijer heeft tevens betrekking op de beschikking Bobel-I van de OK.
97 OK 9 juli 1998, *JOR* 1998, 122 (Vie d'Or), ook kenbaar uit de in de volgende noot genoemde beschikking van de HR.

periode, waarvoor verzekeringsovereenkomsten plegen te worden afgesloten in verbinding met de aan het verzekeringsbedrijf inherente onzekerheden, vergt een zeer zorgvuldige, op zekerheid en betrouwbaarheid, gerichte bedrijfsvoering. De omstandigheid dat Vie d'Or's cliënten in hoofdzaak particulieren waren waarvan een deel bovendien met Vie d'Or verzekeringen had afgesloten met het oog op hun oudedagsvoorziening, gaf aan deze vereisten nog een extra dimensie.
De Hoge Raad heeft deze beschikking weliswaar vernietigd[98], maar niet wegens de aangegeven oordelen m.b.t. wanbeleid.

Belangenverstrengeling en ongelijke behandeling van aandeelhouders kwamen aan de orde in een beschikking (inzake de vennootschap Cocon[99]) waarin de OK het volgende overwoog. Het feit dat Cocon was doorbelast door een Belgische zustervennootschap, waarvan de directeur van Cocon enig aandeelhouder was, o.m. wegens de verlening van een sublicentie aan Cocon zonder dat daarover iets op papier was gesteld, alsmede het feit dat niet bleek dat de baten van die sublicentie de vennootschap ten goede zijn gekomen, leidden tot de conclusie van benadeling van Cocon en belangenverstrengeling. Hetzelfde gold voor een boeking die verkapte eenzijdige bevoordeling van een aandeelhouder opleverde. Ook zijn de kosten van oprichting van een Franse vennootschap ten laste van Cocon gebracht, zonder dat daartoe aanleiding bestond en zijn kasmiddelen van Cocon renteloos en zonder zekerheden ter beschikking van de Belgische en de Franse vennootschap gesteld. Een en ander leidde tot de conclusie dat sprake was van wanbeleid.
Een in essentie vergelijkbare beschikking nam de OK het jaar daarop wederom.[100]

In een uitspraak die inhoudelijk enigszins doet denken aan een eerstefasebeschikking overwoog de OK dat de onderzoeker bij zijn aantreden een toestand van 'technisch faillissement' aantrof, veroorzaakt door volstrekt falen van het bestuur. Door totale afwezigheid van slagvaardig directiebeleid en door het elkaar blijven bevechten uit onwrikbare patstelling was de continuïteit van de vennootschappen in gevaar gebracht.[101]

---

98 HR 31 mei 2000, *NJ* 2000, 555, m.nt. J.M.M. Maeijer.
99 OK 27 juli 2000, *JOR* 2000, 195 (Cocon).
100 OK 21 juni 2001, *JOR* 2001, 184 (EMO Groep).
101 OK 30 juli 2001, *JOR* 2001, 206 (Sogyo en Cohere).

Een opzienbarende enquête was die inzake Rodamco North America (RNA). Deze is of was een beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal (art. 2:76a BW), met als doel het beleggen in onroerende zaken in de VS, Canada en Mexico. Een andere beleggingsmaatschappij in onroerend goed, hier kortweg aan te duiden als Westfield, had van een derde een aanzienlijk aandelenpakket in RNA verworven en wilde deze vennootschap, of haar activa, geheel overnemen. RNA heeft zich daartegen verzet met behulp van een beschermingsconstructie, die o.m. inhield dat RNA nieuwe aandelen heeft uitgegeven aan een daartoe opgerichte 'Stichting RNA'. Westfield, de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) en een aantal particulieren hebben de OK gevraagd een enquête te gelasten en deze heeft dat verzoek ingewilligd. De OK[102] heeft voor recht verklaard dat drie met name genoemde onderdelen van de beschermingsconstructie, waaronder de aandelenuitgifte aan de Stichting RNA, wanbeleid opleverden en een aantal besluiten van de r.v.c. van RNA vernietigd. RNA en een aantal andere belanghebbenden zijn van die beschikking in cassatie gekomen.
De Hoge Raad heeft o.m. het volgende overwogen[103]

'dat in de oordelen van de Ondernemingskamer ligt besloten (...) dat onder bepaalde omstandigheden het gebruik van een beschermingsmaatregel als de onderhavige gerechtvaardigd kan zijn als deze maatregel noodzakelijk is onder meer met het oog op de continuïteit van (het beleid van) de vennootschap en de belangen van degenen die daarbij betrokken zijn. Dit oordeel geldt ook als in aanmerking wordt genomen dat RNA zelf had gekozen voor een open structuur. Voorts moet uitgangspunt zijn dat de vraag of een dergelijke maatregel gerechtvaardigd is, moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarbij zal met name moeten worden afgewogen of het bestuur van de vennootschap die doelwit is van een poging tot overname, in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat het nemen van de beschermingsmaatregel noodzakelijk was teneinde in afwachting van de uitkomst van verder overleg met de partij die de zeggenschap poogt over te nemen, (...) de status quo te handhaven en aldus te voorkomen dat – zonder voldoende overleg – wijzigingen worden gebracht in de samenstelling van het bestuur of in het tot dan toe gevoerde beleid van de onderneming, welke wijzigingen naar het oordeel van het bestuur van de vennootschap niet in het belang zouden zijn van de onderneming of van degenen die bij de onderneming betrokken zijn. Verder dient (...[104]) als uitgangspunt te worden genomen dat het gedurende een onbepaalde tijd handhaven van een beschermingsmaatregel in het algemeen niet gerechtvaardigd zal zijn. Voor de beantwoording van de vraag of het nemen en vooralsnog handhaven van de beschermingsmaatregel gerechtvaardigd is, zal als maatstaf moeten gelden of deze maatregel in de gegeven omstandigheden bij een redelijke afweging van de in het geding zijnde belan-

---

102 OK 22 maart 2002, *JOR* 2002, 82 (m.nt. F.J.P. v.d. Ingh), *Ondernemingsrecht* 2002, 25 (p. 214), m.nt. G.N.H. Kemperink.

103 HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003, 10, m.nt. J.M.Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 345, m.nt. M.W. Josephus Jitta.

104 Hier verwijst de HR naar de uiteenzettingen in de conclusie van A-G Wesseling-Van Gent over de opvattingen die leven in de praktijk en de doctrine, en over de stand van de wetgeving.

gen (nog) valt binnen de marges van een adequate en proportionele reactie op het dreigende gevaar van een ongewenste overname. Of dit het geval is, kan pas na verloop van enige tijd worden beoordeeld, omdat het niet alleen aankomt op de eerste reactie van het bestuur van de vennootschap op de poging tot overname, maar vooral ook op het beleid dat het bestuur in verband met, en in vervolg op, het creëren van een status quo heeft gevoerd en op de zorgvuldige afweging van de betrokken belangen op grond van een beoordeling van feiten en omstandigheden die, zoals in het onderhavige geval ook is gebleken, aan snelle veranderingen onderhevig kunnen zijn. Tot het zo-even bedoelde beleid behoort in het bijzonder dat het bestuur van de vennootschap ervoor zorg draagt dat zowel de minderheidsaandeelhouder die de zeggenschap in de onderneming tracht te verkrijgen, als de overige aandeelhouders voldoende geïnformeerd worden over de wederzijdse standpunten.'

De Hoge Raad heeft de beschikking van de OK vernietigd, voor zover daarin wanbeleid is vastgesteld m.b.t. twee van de drie punten, waaronder de aandelenuitgifte. Dat een derde maatregel, bestaande in wijziging van de arbeidsovereenkomsten van de raad van bestuur van RNA en van een aantal managers ('golden parachutes' bij overname), naar haar aard wanbeleid opleverde heeft de HR onderschreven.
Het standpunt van de HR is zeer genuanceerd. Het wijkt overigens in essentie niet sterk af van het standpunt van de OK in de in de vorige paragraaf genoemde eerstefasebeschikking inzake Uni-Invest/Breevast. Een onvrijwillige overname (d.w.z. overname tegen de zin van het bestuur en evt. de commissarissen van de over te nemen vennootschap) is als regel voordelig voor de aandeelhouders. De overnemer moet een bedrag bieden dat merkbaar boven de beurskoers ligt, anders maakt zijn bod geen kans. De aandeelhouders verdienen er dus (althans op de korte termijn) aan. Voor het personeel, zeker voor het hogere personeel en helemaal voor de leiding brengt zulk een overname risico's mee. Zij kunnen na overname hun baan geheel verliezen of een minder aantrekkelijke functie krijgen. De keuze tussen het wel en niet maken van een beschermingsconstructie kan daardoor die tussen Charybdis en Scylla nabijkomen.

In de al genoemde zaak Zwagerman gaf de OK een oordeel[105] dat overeenkwam met wat zij in de eerste fase had overwogen[106]. De Hoge Raad vatte dit oordeel als volgt samen:

'De Ondernemingskamer heeft in rov. 3.1 van haar beschikking vooropgesteld dat een vennootschap jegens haar minderheidsaandeelhouders "een bijzondere zorgvuldigheid" in acht dient te nemen en meer in het bijzonder moet voorkomen dat verstrengeling van haar belangen met die van haar directie en/of haar meerderheid aandeelhouders plaatsvindt. Ook dient zij naar behoren opening van zaken te geven. Deze zorgvuldigheids-

[105] 30 november 2000, *JOR* 2001, 4, m.nt. F.J.P. van den Ingh.
[106] Zie noot 78.

plicht weegt naar het oordeel van de Ondernemingskamer des te zwaarder in een geval als het onderhavige waarin onder meer sprake is van familierechtelijke verhoudingen tussen diverse betrokkenen.'

Zwagerman Beheer B.V., die in cassatie gekomen was, voerde hiertegen aan dat een vennootschap geen bijzondere zorgvuldigheidsplicht jegens minderheidsaandeelhouders heeft, dat er geen algemene verplichting om belangenverstrengeling te voorkomen en dat de algemene zorgvuldigheidsplicht niet zwaarder is in een geval waarin sprake is van familierechtelijke verhoudingen. De toenmalige plv. procureur-generaal bij de HR wees er in zijn conclusie op dat dat de verplichting van de vennootschap en de aandeelhouders zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd (art. 2:8 BW) zowel jegens meerderheids- als jegens minderheidsaandeelhouders geldt. Zeker in een kleinere vennootschap, hebben meerderheidsaandeelhouders doorgaans echter betere mogelijkheden voor hun belangen op te komen dan minderheidsaandeelhouders. Dat geldt a fortiori wanneer zoals hier, de meerderheid in één hand is en wel – zij het indirect – in de hand van leden van het vennootschapsbestuur.
De Hoge Raad[107] oordeelde dat de uitwerking van de op art. 2:8 BW berustende zorgvuldigheidsplicht mede afhankelijk zal zijn van de omstandigheden van het geval, waarbij in aanmerking mag worden genomen dat het gaat om minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders en om familierechtelijke verhoudingen tussen de bij de vennootschap betrokken personen.
Onder deze omstandigheden kan eerder dan in andere gevallen sprake zijn van de mogelijkheid van een vermenging van de belangen van de vennootschap en van sommige van deze personen, zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat.
Ik vestig er de aandacht op dat de HR van *ontoelaatbare* belangenverstrengeling sprak, waaruit volgt dat hij belangenverstrengeling niet ipso facto ontoelaatbaar acht.

Informatieverstrekking aan de aandeelhouders en het tekortschieten daarin vormde het hoofdonderwerp van de zaak VIBA. Ook hierover gaf de HR een genuanceerd oordeel.[108] Het ging om een eenmalig tekortschieten dat evenwel betrekking had op een belangrijke aangelegenheid. Blijkens de vaststellingen van de onderzoeker waarop de Ondernemingskamer zich had gebaseerd, heeft dit geen ander gevolg gehad dan dat bij een deel der (minder-

---

107 HR 1 maart 2002, *NJ* 2002, 296, m.nt. J.M.M. Maeijer.
108 HR 21 februari 2003, *NJ* 2003, 181, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003, 58, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 302, m.nt. B. Winters en E. v.d. Weert.

heids)aandeelhouders de niet met de werkelijkheid overeenstemmende indruk kon blijven bestaan van een belangenverstrengeling. Een enkele gedraging kan ook wanbeleid opleveren (al overwogen in de beschikking Ogem), met name indien die gedraging tot voor de onderneming zeer nadelige gevolgen heeft geleid. Een gedraging als hiervoor bedoeld kan bestaan in het verstrekken van onvoldoende informatie aan aandeelhouders met betrekking tot een voor de onderneming belangrijk onderwerp. Dit onvoldoende verstrekken van informatie kan echter niet als wanbeleid worden aangemerkt indien het, zoals hier, niet opzettelijk is gebeurd en tot geen ander gevolg heeft geleid dan de mogelijkheid dat bij een deel van de aandeelhouders de niet met de werkelijkheid overeenstemmende indruk bleef bestaan.
Anders dan de OK had gedaan beschouwde de HR dit niet als wanbeleid.

Tot slot van dit overzicht besteed ik nog aandacht aan de beschikking in de geruchtmakende zaak HBG. Het ging hier om een existentiële beslissing, nl. partnerkeuze. Zou HBG het met BosKalis (die dat graag wilde) gaan doen, met Ballast-Nedam, of misschien met Heijmans? Ballast Nedam werd (toen) de uitverkorene, maar daar was niet iedereen het mee eens.
Naar het oordeel van de OK[109] was er sprake van wanbeleid. Ten eerste had HBG niet voldaan aan de verplichting tot consultatie van de a.v.a. In de tweede plaats heeft de wijze waarop HBG haar aandeelhouders heeft voorgelicht tot misverstand en een vertrouwensbreuk geleid. De Hoge Raad dacht er anders over.[110] Hij meende dat noch in de bestaande wettelijke regeling, noch in voorstellen tot wijziging daarvan voldoende steun is te vinden voor de door de OK aanvaarde rechtsregel, inhoudende dat een verplichting tot voorafgaande consultatie van de algemene vergadering van aandeelhouders bestaat in het geval dat het bestuur van een vennootschap geen medewerking wil verlenen aan een in de openbaarheid gebracht onderhands bod op een wezenlijk deel van de activiteiten van de vennootschap. Afwijzing van een dergelijk bod brengt in de regel mee dat in de wezenlijke kenmerken van de vennootschap en van de daaraan verbonden onderneming geen verandering wordt gebracht, laat staan een wijziging van zo ingrijpende aard dat instemming vooraf of goedkeuring achteraf van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist zou zijn. De door de OK aangenomen verplichting tot voorafgaande consultatie van de algemene vergadering van aandeelhouders gaat weliswaar minder ver, maar ook aan een verplichting

---

109 OK 21 januari 2002, *JOR* 2002, 28, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 61, m.nt. S.M. Bartman.

110 HR 21 februari 2003, *NJ* 2003, 182, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003, 57, m.nt. M.P. Nieuwe Weme, *Ondernemingsrecht*, 2003, p. 229, m.nt. S.M. Bartman.

tot voorafgaande consultatie zijn zodanige bezwaren verbonden, dat die niet kan worden aanvaard zonder een wettelijke of statutaire regeling. Zonder een dergelijke nadere regeling zou een verplichting tot voorafgaande consultatie van de algemene vergadering van aandeelhouders, naast of in plaats van een eventueel vereiste van voorafgaande instemming of goedkeuring achteraf, tot onaanvaardbare rechtsonzekerheid leiden. Voorts geldt bij een beursvennootschap dat in het kader van een voorafgaande consultatie te verstrekken informatie over de aanvaardbaarheid van een onderhands bod en over mogelijk door het bestuur van de vennootschap overwogen alternatieven, mede aan het beleggend publiek beschikbaar zal moeten worden gesteld.
Wel oordeelde ook de HR dat de wijze waarop een beursvennootschap in haar jaarverslagen, kwartaalberichten en andere publicaties ten dienste van onder meer het beleggende publiek alsmede in de algemene vergadering van aandeelhouders verantwoording aflegt van en informatie verschaft over de door haar gemaakte beleidskeuzen kan onder omstandigheden dusdanig gebrekkig zijn dat dit een handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap oplevert. Zulks kan in het bijzonder het geval zijn indien het bestuur van de vennootschap in dit opzicht bij herhaling en stelselmatig tekortschiet. Daarvan was in het onderhavige geval klaarblijkelijk geen sprake.
Wat dit laatste betreft is de beslissing dezelfde als die in de, diezelfde dag gegeven, beschikking VIBA. Een incidentele tekortkoming bij de voorlichting levert nog geen wanbeleid op. Herhaald en stelselmatig tekortschieten doet dit wel. Daaruit volgt niet dat zulk een tekortkoming wordt vergoelijkt. M.i. zou een door een gebrek in de voorlichting gelaedeerde met succes een vordering tot schadevergoeding kunnen instellen, al naar gelang de rechtsbetrekking tot de vennootschap gebaseerd op art. 2:8 BW of op onrechtmatige daad.

3.4. Enkele gevolgtrekkingen

Wanbeleid is een beleid dat strijdig is met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Die formule lost niet alles op, want wat elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap zijn, zal nader moeten worden geconcretiseerd.[111] Dat blijkt expliciet uit de beschikking van de OK inzake Bredero: 'versluieren van de werkelijke stand van zaken met betrekking tot het belangrijk negatieve resultaat van de eigenlijke bedrijfs-

[111] Er bestaat wel enige literatuur over het onderwerp; zie i.h.b. B.H.A. van Leeuwen, Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur; een onderzoek naar de juridische normering van het besturen van een onderneming, diss. UM, 190; voorts Slagter, Compendium van het ondernemingsrecht, 1996, nr. 32, p. 109 e.v.

voering [is] *in de hiervoor weergegeven omstandigheden* zo ernstig (...) te achten dat dit als strijdig met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap wanbeleid van de vennootschap oplevert'.
Ik zou menen dat het versluieren van de werkelijke stand van zaken onder geen enkele omstandigheid als goed beleid is aan te merken. Zulk gedrag kan licht – maar niet per se – als een tekortkoming jegens degenen die er belang bij hebben de werkelijke stand van zaken te kennen, zoals aandeelhouders, crediteuren en vaak ook werknemers, een tekortkoming opleveren. Niet elke tekortkoming van een onderneming is echter wanbeleid (in de zin van art. 2:355 BW), aldus kunnen wij uit de beschikkingen VIBA en HBG van de Hoge Raad leren. Ik zou drie gradaties willen onderscheiden. Versluiering van de werkelijkheid kan in de omstandigheden van een bepaald geval zijn:

a. niet helemaal netjes, maar niet erger dan een soort leugentje om bestwil;
b. verwijtbaar en mogelijk aanleiding gevend tot een schadevergoedingsplicht jegens gelaedeerden;
c. wanbeleid.

Deze onderscheiding is niet tot versluiering van feiten beperkt. Indien blijkt dat een onderneming onzorgvuldig dan wel laakbaar heeft gehandeld, moet vervolgens worden onderzocht of dit onzorgvuldige of laakbare handelen van een zo ernstig karakter is dat moet worden geoordeeld dat die onderneming te dier zake heeft gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap, zodat wat het betrokken onderwerp betreft sprake is van wanbeleid.[112]
Binnen de categorie wanbeleid kan men dan ook nog wel onderscheiden, bijv. tussen wanbeleid en *ernstig* wanbeleid, maar voor de toepassing van het enquêterecht maakt dat geen verschil. Anders dan bij de totstandkoming van het geldende enquêterecht de bedoeling was en soms nog wel wordt aangenomen[113], beperkt de rechter zich bij de beslissing of uit een enquête blijkt dat sprake is van wanbeleid, niet steeds tot *marginale toetsing*. Naar mijn mening gaat het te ver om te zeggen dat een redelijk handelende vennootschap niet kan komen tot het in het kader van een beschermingsconstructie opstellen van een *golden parachute*-regeling. Toch hebben OK en HR dat in de zaak RNA als wanbeleid aangemerkt. Dat lijkt mij juist, maar de kwalificatie *ernstig* wanbeleid zou hier m.i. niet op haar plaats zijn, wat meebrengt dat niet slechts marginaal is getoetst.

Van wanbeleid kan ook sprake zijn op sociaal gebied. Het te vroeg afbreken van het overleg met de sociale partners over de voorgenomen sluiting van

---

[112] Ontleend aan de beschikking van de HR in de zaak Ogem (zie noot 20).
[113] Zie Asser-Maeijer a.w., nr. 534, p. 819 en verwijzend naar SER-advies 88/14, p. 34.

een fabriek en het vervolgens besluiten tot die sluiting is als wanbeleid aangemerkt (Batco).

Het op grond van een statutaire bepaling gedurende een reeks van jaren de door een vennootschap gemaakte winsten niet of slechts in geringe mate bij wege van dividend aan de aandeelhouders uitkeren zonder dat zulks (nog langer) door het vennootschappelijke belang gerechtvaardigd wordt, en het niet aan wijziging van die statutaire bepaling wensen mede te werken, kan wanbeleid in de zin van de wet opleveren (Sluis).

Het door een onderneming kopen van een andere onderneming en na een tijdje met verlies weer afstoten behoeft, al is bij de aankoop geen due diligence onderzoek ingesteld, geen wanprestatie op te leveren (Verto).

In een aantal gevallen is het resultaat van een enquête geweest dat er bij de onderzochte vennootschappen van alles mis was, soms daarin resulterend dat degenen die de touwtjes in handen hadden zich vooral bezighielden met het bevoordelen van zichzelf. De kwalificatie wanbeleid is dan niet verrassend. Dit gold bijv. voor het in strijd met de geldende procedures handelen, zonder rekening te houden met de belangen van minderheidsaandeelhouders en onder het nemen van grote risico's (Bobel).
Vergelijkbaar is dat ontoereikende scheiding tussen zaken van de vennootschap en privézaken, tekortschietende administratieve organisatie, te hoog toegekende provisies en royalties, het bevorderen van belastingontduiking door derden en het onjuist opmaken en niet deponeren van jaarrekeningen als wanbeleid is aangemerkt (Vie d'Or).
Belangenverstrengeling tussen een bepaalde vennootschap en andere vennootschappen waarvan de directeur van de eerste vennootschap enig aandeelhouder was, in combinatie met bevoordeling van een bepaalde aandeelhouder en het zorgeloos omgaan met kasmiddelen, leverde ook wanbeleid op (Cocon) evenals het door totale afwezigheid van slagvaardig directiebeleid en door het elkaar blijven bevechten uit onwrikbare patstelling in gevaar brengen van de continuïteit van de vennootschappen (Sogyo en Cohere).

Beschermingsconstructies tegen vijandige overnames zijn niet als zodanig als wanbeleid te beschouwen. Dat kan, afhankelijk van de omstandigheden, van de vraag of een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen heeft plaatsgevonden en van de aard van de gekozen beschermingsconstructies wel het geval zijn en dat zal met name het geval kunnen zijn bij handhaving van de constructies voor onbepaalde duur. Tot de beschermingsconstructies die naar hun aard wanbeleid opleveren behoren 'golden parachutes' waarbij de persoonlijke (financiële) positie van bestuursleden en andere managers wordt gewaarborgd (Rodamco North America).

Een vennootschap moet haar aandeelhouders overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8) behandelen. Wanneer het gaat om een of meer minderheidsaandeelhouders tegenover een of meer meerderheidsaandeelhouders zal de zorgvuldigheidsplicht jegens eerstgenoemden waarschijnlijk intensiever moeten zijn. Ook andere omstandigheden, zoals familierechtelijke betrekkingen kunnen van invloed zijn. Voorts moet worden gewaakt tegen *ontoelaatbare* belangenverstrengeling. Niet-naleving van de aldus omlijnde zorgvuldigheidsplicht zal wanbeleid opleveren (Zwagerman). Niet *elke* belangenverstrengeling impliceert dus wanbeleid.

Gegevens die zijn verschaft over de door een vennootschap gemaakte beleidskeuzen kan men onder omstandigheden dusdanig gebrekkig zijn dat dit een handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap oplevert. Zulks kan in het bijzonder het geval zijn indien het bestuur van de vennootschap in dit opzicht bij herhaling en stelselmatig tekortschiet. Een enkele tekortkoming van dien aard kan ook wanbeleid opleveren, met name indien die gedraging tot voor de onderneming zeer nadelige gevolgen heeft geleid, bijv. in het geval van het verstrekken van onvoldoende informatie aan aandeelhouders met betrekking tot een voor de onderneming belangrijk onderwerp (VIBA en HBG).

4. Aspecten van het begrip wanbeleid

4.1. Belanghebbenden

Hoewel de vaststelling van wanbeleid niet als zodanig recht op schadevergoeding meebrengt, ligt het toch voor de hand dat wanbeleid wordt gerelateerd aan bepaalde belangen. Welke belangen dat zijn, blijkt in de eerste plaats uit de artt. 2:345-347 BW, waarin is neergelegd wie een verzoek tot het houden van een enquête kunnen doen. Dat zijn de advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam, aandeelhouders[114], werknemersorganisaties en 'anderen', d.w.z. degenen aan wie daartoe bij de statuten of de overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is toegekend. Tot de eerste drie categorieën behorende personen hebben van deze bevoegdheid gebruik gemaakt. Van de 'anderen' is mij geen geval bekend.[115]

---

[114] Of, bij verenigingen e.d., leden.

[115] C.A. Boukema, Rechtspersonen (losbl.), Art. 346-12, noemt één (overigens afgewezen) verzoek nl. in de zaak-Wijsmuller (OK 24 november 1994, *NJ* 1995, 474). Uit de publicatie in de NJ is nier af te leiden of de verzoekers bevoegd waren en, zo ja, tot welke categorie zij behoorden. Zij kunnen ook aandeelhouder geweest zijn.

De advocaat-generaal komt op voor het 'openbaar belang', aandeelhouders voor aandeelhoudersbelangen, althans belangen van sommige aandeelhouders (bijv. minderheidsaandeelhouders) en werknemersorganisaties voor werknemersbelangen. Problemen vloeien vnl. voort uit de vage norm 'om redenen van algemeen belang'. Bij de parlementaire behandeling van het in noot 6 genoemde wetsontwerp is hierover ook vrij uitvoerig gediscussieerd. Ik citeer hieruit[116]:

Minister Polak van Justitie in de m.v.a. aan de Tweede Kamer[117]

'De ondergetekende kan het betoog van vele leden wel onderschrijven dat de uitdrukking «op gronden van openbaar belang» een zekere beperking inhoudt van de bevoegdheid die het ontwerp aan de P-G bij het Hof te Amsterdam toekent, tot het uitlokken van een enquête. Is het openbaar belang niet bij de situatie in de onderneming betrokken, dan is er geen voldoende reden, om van overheidswege een enquête uit te lokken. Aan de andere kant is het duidelijk dat het openbaar belang onder de huidige maatschappelijke verhoudingen bij een goede gang van zaken in het bedrijfsleven nauw is betrokken, zodat men voor een al te enge interpretatie van de term «op gronden ontleend aan het openbaar belang» niet behoeft te vrezen'.

Bij de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer[118] verklaarde de minister:

'Van verschillende zijden is mij gevraagd – die vraag betrof zowel het wetsontwerp op de jaarrekening als het ontwerp op het enquêterecht – iets te zeggen over het begrip «openbaar belang», dat volgens beide ontwerpen aanwezig moet zijn om het ingrijpen van de procureur-generaal te rechtvaardigen.
(...) De geachte afgevaardigde mejuffrouw Goudsmit heeft reeds een amendement ingediend om deze term in het ontwerp over het enquêterecht te schrappen.
Het zou naar mijn mening een misverstand zijn, wanneer men zou denken, dat deze voorwaarde een ernstige beperking van de activiteiten van de P-G betekent. In de memorie van toelichting op het ontwerp op het enquêterecht heb ik verwezen naar de jurisprudentie over art. 1 Fw, waar dezelfde term wordt gebruikt. Daaruit blijkt, dat van een enge uitleg, zeker in het enigszins recente verleden geen sprake is. De HR heeft op 20 sept. 1957[119] een arrest gewezen, (...) waarin dit college als omstandigheden, die het openbaar belang motiveren, onder meer in aanmerking neemt het grote aantal gedupeerden, de deplorabele financiële situatie van de vennootschap en de bedenkelijke gang van zaken

116 Selectie ontleend aan de conclusie van de toenmalige A-G bij de Hoge Raad J. Verburg bij HR 5 september 1990 (Nedlloyd), *NJ* 1990, 62, m.nt. J.M.M. Maeijer. Dit was een jaarrekeningzaak, maar Verburg heeft de betekenis van 'openbaar belang' in art. 99, lid 2, Rv. over jaarrekeningprocedures, mede verklaard aan de hand van de wetsgeschiedenis van het nieuwe enquêterecht, dat synchroon met het nieuwe jaarrekeningrecht in de Staten-Generaal is behandeld.

117 *Kamerst. II* 1968-1969, 9596, nr. 6, p. 13 rk.

118 *Handelingen II* 8 april 1970, p. 2908/2909.

119 *NJ* 1957, 568, over faillietverklaring in het openbaar belang.

in het algemeen. Men zou, wanneer men dit arrest bestudeert, bijna menen dat het juist is toegesneden op de enquête-situatie. Ik meen dan ook, dat er geen enkele reden is, voor een te beperkte toepassing te vrezen of om (...) de term te laten vervallen'.

Verwijzend naar een SER-advies[120] kwam Verburg tot de slotsom:

'Uit de wetsgeschiedenis kan mijns inziens worden afgeleid, dat aan het openbaar ministerie inderdaad een beperkte opdracht is gegeven en dat daaruit volgt, dat het in het algemeen alleen dan zal optreden wanneer andere, meer direct belanghebbenden, zoals aandeelhouders en vakbonden van werknemers, stilzitten en er een belang van openbare orde gemoeid is met het instellen van een onderzoek.'

Een verzoek tot enquête ter behartiging van andere belangen dan die van aandeelhouders en werknemers kan – afgezien van de in art. 2:346, onder c, genoemde 'anderen', die tot dusverre zonder betekenis zijn gebleken – derhalve alleen worden ingediend door de advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam.[121]

Ik heb mij afgevraagd aan welke andere belangen nog met een enquête gediend zouden kunnen zijn. Ik noem:

a. handhaving van rechtsnormen
b. continuïteit van de onderneming
c. continuïteit van het betrokken type onderneming
d. managers
e. crediteuren
f. afnemers en mogelijk ook leveranciers en concurrenten
g. derden.

Ad a. Er zijn ettelijke typen wangedrag van ondernemingen denkbaar en ook bekend. Ik noem enkele voorbeelden, belastingontduiking voorop. Ondernemingen kunnen een gedeelte van de lonen van hun werknemers zwart betalen. Zij kunnen ook een zwarte administratie in stand houden, om winstbelasting, omzetbelastingen en accijnzen te ontduiken. Deze gedragingen zijn stellig in strijd met het openbaar belang, zodat de A-G bij het Amsterdamse hof op die grond een enquête zou kunnen verzoeken. Zij leveren echter ook strafbare feiten op, zodat even goed, of beter, een opsporingsonderzoek, bijv. door de FIOD, kan worden ingesteld. Iets dergelijks geldt voor subsidiefraude. Subsidies vormen dikwijls een uitnodiging tot misbruik, maar zulk misbruik brengt gewoonlijk strafbare feiten, zoals valsheid in geschrift, mee. Ook daarnaar lijkt een opsporingsonderzoek doelmatiger. Een derde voorbeeld betreft gedragingen in verband met de effecten-

---

120 SER-advies 88/14, p. 121.

121 Oorspronkelijk, zoals uit de geciteerde kamerstukken blijkt, de procureur-generaal, maar bij gelegenheid van een reorganisatie van het openbaar ministerie is deze door de (een) advocaat-generaal vervangen.

handel. Effectenfirma's plegen analyses van de gang van zaken bij beursgenoteerde vennootschappen te maken en te publiceren. Indien zo'n onderneming nu een hetzij zeer positieve, hetzij zeer negatieve analyse gaat publiceren, kan zij daarop door eigen speculatie in de betrokken effecten (of, beter nog, derivaten daarvan) veel geld verdienen. Ongeacht of zulk gedrag op echte, aangedikte of verzonnen feiten berust, is het in strijd met het openbaar belang, maar doorgaans zal het ook in strijd met de wetgeving over de toezicht op het effectenverkeer zijn. Dat toezicht is opgedragen aan de Autoriteit Financiële Markten, zodat ook naar dergelijke gedragingen het bevelen van een enquête niet zinvol is.
Voor al dergelijke gevallen geldt dat de advocaat-generaal een primair met het aansturen van de opsporing en met de vervolging van strafbare feiten belaste functionaris is. Hij zal daarom niet licht een enquête verzoeken als hij ook een opsporingsonderzoek mogelijk acht.

Ad b. Continuïteit wordt beschouwd als een belangrijke doelstelling van een onderneming[122]; zij is doorgaans in het belang van de werknemers en vaak ook van de aandeelhouders. De continuïteit kan door ettelijke factoren worden bedreigd. Dat kan onvermijdelijk zijn, bijv. wanneer aan de geleverde producten of diensten geen behoefte meer is (bijv. de diensten van een trekschuit). Marktfactoren kunnen bij producten of diensten waarnaar wèl vraag is, een grote rol spelen. Steenkolen worden nog steeds gebruikt (bijv. bij de opwekking van elektriciteit), maar het is goedkoper ze te importeren dan ze in Nederlandse (of zelfs Europese) mijnen te produceren. Ettelijke takken van productie zijn overgeplaatst naar lagelonenlanden. Als dezelfde vennootschap haar activiteiten in ondernemingen in zulke landen voortzet, zal dat voor de aandeelhouders eerder een voordeel dan een nadeel zijn. Voor de werknemers ter plaatse ligt dat uiteraard geheel anders.
Wanneer het gevoerde beleid de continuïteit van een overigens levensvatbare onderneming verstoort kan het de moeite waard, en ook in het openbaar belang zijn daartegen op te treden. Als zulk beleid niet door zwaarwegende argumenten wordt gerechtvaardigd, is de kwalificatie wanbeleid op haar plaats. Weliswaar zal een enquête vaak het effect hebben van het bekende dempen van de put na verdrinking van het kalf, maar er kan preventieve werking van uitgaan. Overigens volgt op de ondergang van ondernemingen waarvan niet bij voorbaat vaststaan dat zij, ook met goed beleid, niet meer levensvatbaar waren, zelden een enquête. Ik noem[123]: Baan, DAF, Fokker, Ogem; zoals bekend werd alleen in het laatste geval een enquête gehouden.

---

122 Zie C.A. Boukema, a.w., 355-4, verwijzend naar het onderzoek van H.J. Bethe, *Ondernemingsdoelstellingen bij nader inzien*, 1975.

123 In alfabetische volgorde.

In het geval RSV is er een parlementaire enquête geweest, die weliswaar gericht was op overheidshandelen, maar waarbij het beleid van de betrokken onderneming ook uitvoerig is geweest; daardoor bestond aan een civielrechtelijke enquête denkelijk geen behoefte.

Ad c. Er zijn bedrijven waarvan de aard meebrengt dat hun instandhouding verzekerd moet zijn. Men kan dan in de eerste plaats denken aan openbare nutsbedrijven, instellingen van gezondheidszorg daaronder begrepen. Als vermoed wanbeleid de continuïteit van zulk een onderneming bedreigt, kan een enquêteverzoek in het openbaar belang op zijn plaats zijn, al zullen ook dergelijke bedrijven werknemers hebben en hun exploitanten vaak aandeelhouders of leden.

Ad d. Managers zijn meestal werknemers. Er zijn ook wel managers die op grond van een opdracht overeenkomst werkzaam zijn, maar zij werken in het algemeen slechts op een tijdelijke basis en lopen daardoor weinig risico. Managers-werknemers kunnen, tenzij ze zijn aangesloten bij een speciale managersvakbond (gesteld – wat ik niet weet – dat die bestaan) ter verdediging van specifieke belangen van hun groep van werknemersorganisaties niet veel ondersteuning verwachten. Wanneer hun belangen parallel lopen met die van de overige werknemers – bijv. bij gevaar voor de continuïteit van de onderneming – vormen zij geen afzonderlijke categorie. Wat voor managers belangrijk kan zijn, is een overname van de onderneming waar zij werken, zeker als deze 'vijandig' is. Zij lopen het risico dat een nieuwe eigenaar ze door zelfgekozen mensen vervangt. Wanneer het bestuur van een doelwitvennootschap zich niet met beschermingsconstructies tegen een onvrijwillige overname wapent, zouden de managers dat als wanbeleid kunnen beschouwen, zo goed als de aandeelhouders soms tegen het wèl opwerpen van zulke constructies te hoop lopen (RNA).

Ad e. In het algemeen moeten crediteuren voor zichzelf zorgen en zullen zij dat ook wel kunnen, voorzover de vennootschap of degenen die, bijv. door een 'Beklamel' – of derdemisbruikwet – procedure, persoonlijk aansprakelijk gesteld kunnen worden, voldoende verhaal bieden. De fiscus heeft een enigszins bevoorrechte positie ten gevolge van de tweede misbruikwet (art 36 Invorderingswet), maar die biedt alleen in bepaalde gevallen soulaas.
Het door een onderneming toepassen van trucs, waardoor inning van verschuldigde belasting verhinderd wordt, zou beschouwd kunnen worden als een gedraging in strijd met het openbaar belang. die tot honorering van een verzoek tot het houden van een enquête van de A-G bij het hof zou kunnen leiden. Het bevorderen van belastingontduiking door derden is een gedraging waarvan erkend is dat zij, als strijdig met het openbaar belang als grond

van een enquêteverzoek van de A-G kan dienen.[124] Het dienen van crediteurenbelangen kan ook dan een openbaar belang gelden.
Wanneer het gaat om een groot aantal, weinig kapitaalkrachtige crediteuren, zoals in het geval van een (dreigende) déconfiture van een spaarbank lijkt dat wel denkbaar. Of de gelaedeerde crediteuren in zulk een geval met een enquête gediend zouden zijn, is een andere vraag. Als de spaarbank nog gered zou kunnen worden is het antwoord misschien wel bevestigend. Als de spaarbank failliet is, helpt een enquête niet, behalve in de onwaarschijnlijke veronderstelling dat degenen die persoonlijk aansprakelijk gesteld kunnen worden, veel verhaal bieden. Een door de A-G verzochte enquête zou de curator behulpzaam kunnen zijn in een procedure op grond van arr. 2:138 BW, maar de casuspositie komt mij nogal theoretisch voor.

Ad f. Wat afnemers betreft, kan men vooral denken aan misbruik van een economische machtspositie. Een leverancier met zo'n positie op de markt kan afnemers (wel eens) extreem hoge prijzen berekenen. Als het dan ook nog om levensreddende geneesmiddelen gaat, ligt de kwalificatie wanbeleid (in de zin van het spraakgebruik) vóór op de tong. Het primaire doel van het enquêterecht is echter bescherming van aandeelhouders en werknemers. Hun belang is met extra-hoge prijzen (en als gevolg daarvan extra-hoge winsten) waarschijnlijk gediend: zij pikken al gauw een graantje van die winsten mee.
Het bestrijden van dergelijke gedragingen kan, mede daarom, beter aan mededingingsautoriteiten overgelaten worden. Willen dergelijke autoriteiten – de NMa heeft dat al geventileerd – bevoegdheden als het ontslaan van bestuurders van ondernemingen kunnen toepassen, dan lijkt inschakeling van de ondernemingskamer, wellicht op vordering van de NMa, een oplossing die het overwegen waard is, meer dan het toekennen van een ontslagbevoegdheid aan een (al dan niet zelfstandig) bestuursorgaan. Zo'n samenwerkingsverband zou het hulpmiddel enquête mogelijk goed kunnen gebruiken. De bestaande wetgeving biedt daartoe echter geen grondslag.

Ad g. Er zijn allerlei gedragingen van ondernemingen denkbaar waardoor belangen van derden geschaad kunnen worden. In incidentele gevallen is zo'n derde aangewezen op een actie uit onrechtmatige daad. In structurele gevallen komt wanbeleid in de zin van art. 2:355 BW in beeld. Men kan denken aan een exploitant van nieuwsmedia, die zijn oplage-, kijk- of luistercijfers wil stimuleren met roddelberichten, hetzecampagnes en aangedikte, gemanipuleerde of zelfs gefantaseerde nieuwsberichten, daarbij echter de grenzen van de wet zoveel mogelijk in acht nemend. Voor vaststelling van de

---

124 Zaak Vie d'Or; zie noot 98.

gedragingen is geen enquête nodig want die zijn naar hun aard bekend. Het kan echter zinvol zijn achtergronden, zoals instructies, te onderzoeken om er achter te komen in hoeverre slordigheid en in hoeverre boosaardigheid in het spel is, hoe een doelwit wordt geselecteerd, welke normen de onderneming zichzelf oplegt enz. Een – in het openbaar belang verzochte – enquête zou hier, zij het in uitzonderingsgevallen, zinvol kunnen zijn. Door haar civielrechtelijke karakter zal zij minder snel met de persvrijheid in strijd komen dan bij een strafrechtelijk onderzoek het geval zou zijn.

4.2. Toetsingscriteria

Boukema[125], ondersteund door Van Schilfgaarde[126] heeft verdedigd dat het beleid van een vennootschap getoetst moet worden aan de doeleinden van die vennootschap, waarmee hij niet het statutaire doel voor ogen heeft, maar de behartiging van het vennootschappelijk belang, het resultaat van de afweging van de bij de vennootschap en haar onderneming betrokken belangen. Aan deze belangen heb ik in de vorige paragraaf al aandacht besteed.
Vennootschappen zullen zich in hun beleid moeten houden aan (mede) tot hen gerichte wettelijke normen. Daarbij is in de eerste plaats te denken aan dwingende voorschriften in Boek 2 BW (zoals de consolidatieplicht, waarmee Ogem in strijd had gehandeld).[127] Het begaan van strafbare feiten zal men in veel gevallen kunnen aanmerken als wanbeleid, maar zoals reeds bleek heeft men andere middelen om die vast te stellen dan de enquête van boek 2 BW. Het bevorderen van belastingontduiking door derden is echter een element van wanbeleid dat in een enquête (Vie d'Or, zie noot 98) aan de orde is geweest.
Evenzeer kan het beleid van een vennootschap aan haar statuten worden getoetst. Een voorbeeld is het in strijd met de statuten niet bijeenroepen van een a.v.a. (Duferco, zie noot 53).
Algemene rechtsbeginselen (in verband met het openbaar bestuur gewoonlijk aangeduid als algemene beginselen van behoorlijk bestuur) zijn ook richtinggevend voor ondernemingsbestuur. Het gelijkheidsbeginsel kwamen wij tegen in verband met de gelijke behandeling van aandeelhouders (Bosbo, noot 65). Het *vertrouwensbeginsel* is (mede) als criterium gehanteerd in de zaak-Batco (noot 88), waar de OK heeft overwogen dat Batco Nederland door het afleggen van geruststellende verklaringen bij haar werknemers gerechtvaardigde verwachtingen had gewekt, dat de werkgelegenheid in Amsterdam niet – en zeker niet op zo'n korte termijn – verminderd zou worden.

---

125 A.w., 355-4.
126 Van de BV en de NV, bewerkt door J.W. Winter., 2003, nr. 122, p. 310.
127 Ro. 8.4. van de desbetreffende beschikking van de HR; zie noot 20.

Het *zorgvuldigheidsbeginsel* en het *evenredigheidsbeginsel* komen tot uitdrukking in de eis van zorgvuldige afweging van belangen (Rodamco North America, noot 102).
Bij de toetsing moet het *rechtszekerheidsbeginsel* in het oog worden gehouden. Bepaalde eisen aan vennootschapsbeleid mag de rechter daarom niet zonder wettelijke of statutaire grondslag stellen, zoals voorafgaande goedkeuring door de a.v.a. van afwijzing van een bod op de aandelen (HBG, noot 108).
Timmerman heeft gesuggereerd[128] ook handelen in strijd met de 'Code van de Commissie-Tabaksblat' tot toetsingsnorm van vennootschapsbeleid te verheffen. Voor zover die regels de uitdrukking zijn van algemene rechtsbeginselen die hoe dan ook in acht genomen moeten worden, is daar geen bezwaar tegen. Voor zover het echter gaat om gedragsregels die niet vanzelf spreken maar die maarschappelijk wenselijk geacht worden, ligt het anders. Wij spreken dan over regels die geen algemene rechtsbeginselen inhouden, die in de wet neergelegd zouden kunnen worden, maar dat niet zijn. Een voorbeeld is de hoogte van een gouden handdruk. Wat daar ook voor en tegen gezegd kan worden, als men die hoogte bindend wil normeren, moet dat in de wet. Een slechts *aanbevolen* norm door de enquêterechter als toetsingsnorm doen hanteren, staat gelijk met wetgeving door de achterdeur, d.w.z. buiten de democratische besluitvormingsprocessen om en dat is in mijn ogen verkeerd. In Timmermans eigen woorden: 'We willen in Nederland geen Staat met absolute macht en ook geen rechtersstaat.'[129]

Om als wanbeleid te worden aangemerkt moet een verwijtbare gedraging òf bij herhaling en stelselmatig zijn verricht (HBG) of voor de onderneming tot zeer nadelige gevolgen hebben geleid (VIBA en HBG en ook al Ogem).

4.3. Beoordeling achteraf van beleidsbeslissingen; verantwoorde en onverantwoorde risico's

In haar beschikking inzake Bredero (VBB) in 1989[130] heeft de ondernemingskamer overwogen:

'Bij de beoordeling van de stelling dat het aannemen van het werk in Algerije lichtvaardig is geschied en dat daarom het op het werk geleden, inderdaad zeer aanzienlijke, verlies als (een symptoom van) wanbeleid moet worden beschouwd, wordt vooropgesteld dat zich hier een geval voordoet waarbij moet worden gewaakt tegen het ten toon spreiden van wijsheid achteraf. De zeer aanzienlijke verliezen op het project doen weliswaar

128 L. Timmerman, *Ondernemingsrecht* 2003-15, p. 560.
129 A.w., p. 556.
130 Zie noot 90.

de vraag rijzen of de aan het project verbonden risico's wel voldoende onder ogen zijn gezien, maar zij zijn op zichzelf onvoldoende om de conclusie te wettigen dat het aangaan van de transactie van een onjuist beleid getuigt. (...) Het hof vindt in het verslag van de onderzoekers onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat VBB het werk in Algerije zo lichtvaardig heeft aangenomen, dat gesproken zou moeten worden van wanbeleid.'

Dit raakt een kernpunt van de wanbeleidproblematiek. Van Schilfgaarde heeft dat gekenschetst als 'dat bij de beoordeling van een ondernemersbeslissing gewaakt moet worden voor het ten toon spreiden van wijsheid achteraf.' Wanneer iemand brand sticht, kan hij voorzien dat zijn daad schade veroorzaken zal. Wanneer iemand zich flink aan alcoholhoudende drank te goed doet en vervolgens aan het verkeer gaat deelnemen, kan hij voorzien dat er een aanzienlijke kans is dat hij schade zal veroorzaken.
Hoe voorzienbaar was echter (destijds) het lijden van schade als gevolg van het aannemen van een (bouw)werk in Algerije? Het antwoord hangt af van plaats en vooral tijd. De onderneming die in 2004 in Bagdad of Najaf een investering gaat verrichten moet het gevaar van schade door een aanslag onder ogen zien. Als zij geen kans ziet dat gevaar te verzekeren, of de verzekeringspremie in de kosten door te berekenen en de investering dan toch doorzet, maakt zij zich in beginsel[131] schuldig aan wanbeleid.
In veel gevallen – niet altijd: zie Batco – zal de enquête pas na een bepaalde gedraging plaats vinden en de beoordeling vindt pas na de enquête plaats. Het is dan niet moeilijk te concluderen dat die gedraging tot desastreuze gevolgen heeft geleid en het is verleidelijk, maar niet juist, om daaraan de gevolgtrekking te verbinden dat zij dùs wanbeleid inhield.
De rechter zal steeds moeten proberen na te gaan of de gevolgen ten tijde van het besluit tot de gedraging voorzienbaar waren. In sommige gevallen is de voorzienbaarheid heel goed vast te stellen. Wie een beschermingsconstructie maakt, weet precies welke gevolgen zij, indien succesvol, zal hebben als het geval zich voordoet waarvoor zij bestemd is. Het bestuur dat een riskante operatie aan het zicht van commissarissen, aandeelhouders en werknemers onttrekt, behoort zich er niet met vrucht op te kunnen beroepen dat de verwezenlijking van het risico onvoorzienbaar was.
In andere gevallen zal het niet mogelijk zijn de voorzienbaarheid te bepalen. Dan geldt: *in dubiis abstine.*

Wat risico's betreft: het leven is vol risico's. Wie zich op straat en andere min of meer openbare plaatsen bevindt, loopt het risico het slachtoffer van een zakkenroller te worden. Als dit gebeurt, is het natuurlijk vervelend, maar

[131] Er zijn omstandigheden te bedenken die meebrengen dat de kwalificatie wanbeleid toch niet gerechtvaardigd is.

velen zullen dat risico wel kunnen dragen. Wie zijn maandsalaris of -uitkering net in contanten heeft opgenomen, zal vaak dat risico niet kunnen dragen. Daartegen moet hij zich tevoren wapenen, bijv. door het bedrag in gedeelten op te nemen.
De ondernemer die een flinke investering verricht, loopt het risico dat hij de kosten daarvan niet terugverdient. Hij zal tevoren moeten nagaan of hij het daardoor veroorzaakte verlies kan dragen. Hij zal ook de winstkansen tegen de verlieskansen moeten afzetten. Wijzer geworden door gebeurtenissen in het verleden moet hij zich dubbel bedenken vooraleer hij zijn investering geheel verricht met geleend geld.
Veel ondernemingen willen graag groeien. Een middel daartoe is het overnemen van een andere onderneming. Voorzichtigheid is daarbij geboden. Daartoe zijn technieken ontwikkeld, zoals het *due diligence* onderzoek. Nog veel grotere voorzichtigheid is echter geboden als een vennootschap een overname met krediet wil financieren. Wanneer zij een overname aldus financiert en vervolgens in problemen komt, zal zij grote moeite hebben aannemelijk te maken dat zij die problemen niet had kunnen voorzien.

5. Enquêterecht in enkele andere landen

Bij de totstandkoming van de Enquêtewet van 1970 heeft de Tweede Kamer gevraagd naar het vóórkomen van de figuur enquête in andere EEG-landen.[132] Minister Polak heeft geantwoord dat geen van de andere vijf EEG-landen enquêterecht kenden[133], maar Groot-Brittannië wel. De Britse wet bevatte bepalingen van deze strekking.[134] Tegenwoordig vindt men bepalingen over 'Investigations of companies' in de artt. 447 e.v. van de huidige Companies Act.[135] Naar verluidt zou van deze mogelijkheid weinig gebruik gemaakt worden.[136]
In het rapport van de 'Commissie-Winter'[137] is te lezen:

'In groups of companies and particularly in multinational groups, the minority shareholders of the subsidiary, and even those of the parent, may just not know where the real problems are. In such cases, what is needed for shareholders is to first find out the facts (e.g.

132 Dit was in de tijd van het 'Europa van de Zes'.
133 M.v.a. II, *kamerstukken* 1968-1969, nt. 6, p. 12. Geheel juist was deze mededeling in de m.v.a., zoals nog blijken zal, niet.
134 Destijds de artt. 164-165 van de Companies Law 1948
135 Vgl. Gower & Davies' Principles of Modern Company Law, by Paul L. Davies, 2003, p. 468 e.v.
136 Eilis Ferran in: G. Ferrarini. K. Hopt, J.W. Winter, E. Wymeersch, Reforming Company and Takeover Law in Europe, 2004, p. 452.
137 Report of the High Level Group of Company Law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002, p. 57-58.

about related party transactions) and then consider the appropriate course of action, which could be a shareholders' resolution or even an action to hold directors or others liable.
A number of Member States have recognised the need for a special investigation procedure. The core procisions are rather similar, but the details vary considerably. In some Member States, special investigations are rare wheras, in others, they are much more common and used for a variety of purposes. In most of them it is recognised that the special investigation procedure, even if it is rarely used, is an important deterrent or «fleet in being».'

In Duitsland bestaat al sinds 1896 het stelsel van de Sonderprüfer. Dit is nu geregeld in §§142-146 van het Aktiengesetz. Zij kunnen onderzoeken of onregelmatigheden[138] bij de oprichting of bij het besturen[139] hebben plaats gevonden. Tot een Sonderprüfung kan de a.v.a. met gewone meerderheid besluiten. Zij die tenminste 10% van aandelen achter zich hebben kunnen ook aan het gerecht een Sonderprüfung verzoeken. Een verdenking is niet voldoende; er moeten feiten gesteld worden, maar de stellers hoeven het bestaan van die feiten niet aannemelijk te maken.[140] De onderzoekers stellen een rapport op, waarvan elke aandeelhouder een afschrift kan krijgen. In België bestaat een enigszins vergelijkbare regeling. Op verzoek van een of meer vennoten kan de rechtbank, indien er aanwijzingen zijn voor ernstige gevaren van de belangen van een vennootschap één of meer deskundigen aanstellen om een onderzoek in te stellen.[141]
In Frankrijk bestaat sinds 1966 een tot op zekere hoogte met het Nederlandse enquêterecht te vergelijken regeling, aangeduid als *'expertise'*.[142] Minderheidsaandeelhouders kunnen aan de president van een Tribunal de commerce (handelsrechtbank) de aanwijzing van een onderzoeker vragen; deze maakt dan een rapport op over bepaalde bestuurshandelingen ('opérations de gestion') van een vennootschap (oorspronkelijk alleen SA, later ook s.à.r.l.). De enquête kan zowel gericht zijn op het gevoerde beleid als een preventief karakter hebben.
De onderzoeker trekt zelf zijn conclusie. Deze zal kunnen inhouden dat hij een toestand heeft aangetroffen die in Nederland als 'wanbeleid' wordt aangeduid. Het rapport van de onderzoeker wordt publiek gemaakt.

---

138 Unredlichkeiten oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung.
139 Geschäftsführung.
140 U. Höffer, Aktiengesetz, 1999 ad § 142, p. 702 e.v. Zie ook Forum Europaeum Konzernrecht, ZGR 4/1998, p. 716.
141 Art. 168 van het Wetboek van Vennootschappen. Vgl. ook J. Lievens, De Gerechtelijke Commissaris (art. 191 Vennootschappenwet): onbekend en – ten onrechte – onbemind, *Tijdschrift Belgisch Handelsrecht*, 1982, p. 191.
142 Artt. 226 en 458, alsmede 64-2 en 430 van Loi no. 66-537 van 24 juli 1966; artt. 195 en D 44-4 van Décret no. 67-236 van 23 maart 1967. Vgl. A. Guengant, P. Troussière en S. de Vendeuil, Le rôle des juges dans la vie des sociétés, 1993, p. 138 e.v.

Geen van deze rechtssystemen kent een figuur als de 'voorzieningen' van het Nederlandse enquêterecht. Het eventuele vervolg zal steeds in een gewone rechtsvordering bestaan.
In de het Amerikaanse recht kent men zgn. 'business judgments', in welker kader het gedrag van bestuurders van vennootschappen, m.n. op verzoek van aandeelhouders, kan worden onderzocht. Timmerman acht het een sterk punt van het Amerikaanse recht dat de toetsing van bestuursbeleid wordt gericht op een beperkt aantal normen die daar van essentieel belang worden geacht voor het goed functioneren van vennootschappen.[143]

6. Slotsom

Het enquêterecht zoals wij dat thans in Nederland kennen, is een stukje *lawyer's paradise*, waarmee ik hier bedoel: gebied waarin het, door de interessante en maatschappelijk relevante problematiek buitengewoon aantrekkelijk werken is. Dit kan ik uit eigen ervaring getuigen. Helaas is dat een zeer onvoldoende grond om een evaluatie op te baseren.
Het opmaken van een kosten/baten-analyse van het recht van enquête is niet eenvoudig. De kosten zijn niet precies bekend. Zij omvatten de in art. 2:354 BW bedoelde kosten, maar dat is niet alles. In de eerste plaats moet men daarbij de kosten van de behandeling door de ondernemingskamer en eventueel de Hoge Raad tellen, die ten laste van de Staat komen en niet gering zullen zijn. In de tweede plaats zijn er de kosten die de onderzochte vennootschap moet dragen voor het faciliteren van de onderzoekers. Zij dienen dezen aan de door hen nodig geachte gegevens te helpen en daarin zal gewoonlijk heel wat tijd moeten worden gestoken. Een enquête gaat niet alleen met financiële kosten gepaard. Het enkele feit dàt een enquête wordt gehouden, kan licht jegens de onderzochte vennootschap en haar bestuurders (en eventueel commissarissen) een diffamerend of zelfs stigmatiserend effect hebben.
De baten zijn nog moeilijker te traceren. Deze zullen bestaan uit preventieve werking en de 'opbrengst' van voorzieningen. Een uitspraak als die van de HR in de zaak Rodamco North America is zeker nuttig: in voorkomende gevallen hebben anderen een richtsnoer m.b.t. hetgeen in de huidige situatie op het gebied van beschermingsconstructies zo ongeveer mogelijk is, en wat niet. Voorts kan deze uitspraak een hulpmiddel zijn bij de herziening van de wetgeving.
Het geheel overziende is mijn indruk dat bij de toepassing van het enquêterecht enigszins uit het zicht is geraakt dat dit instrument bedoeld is als *ultimum remedium*. Bij de toepassing daarvan is m.i. meer terughoudendheid

143 L. Timmerman, *Ondernemingsrecht* 2003-15, p. 559.

geboden. Timmerman, die dit ook heeft bepleit, heeft in dat verband opgemerkt[144]: 'In de maatschappij bestaat een steeds maar weer toenemende roep om het afleggen van verantwoording. Men wil meer transparantie, meer openlijke boetedoening, meer aansprakelijkheid.'

Ik zou daaraan willen toevoegen: en men wil meer rellen, meer *fast food for the headlines*. Iemand behoeft maar te roepen dat een onderneming in gebreke is gebleven met het verschaffen van de vereiste transparantie, door een intern discussiestuk niet te publiceren, of de media zitten er bovenop en een ander roept (nog harder): **enquête!** Ik zou willen bepleiten aan deze druk niet toe te geven en te streven naar beperking van het enquêterecht zoals het nu functioneert en te zoeken naar aangepaste oplossingen. Voor zaken als Ogem, Bredero, Text Lite en RNA is een enquête een nuttige procedure, maar niet voor een ruzie tussen een vader en een zoon die samen een kliniekje drijven.[145]

Het optreden van de ondernemingskamer als 'kadi' bij familieruzies in familievennootschappen zal voor de betrokkenen waarschijnlijk zinvol kunnen zijn, maar het maatschappelijk nut hiervan moet niet te hoog worden aangeslagen. Deze activiteiten hebben iets weg van het schieten met een kanon op een mug.

De functie van de voorzieningen in de enquêteprocedure is in veel gevallen oneigenlijk. De voorzieningen zijn daar geen sequeel van de enquête, maar de procedure is daarom begonnen. Kennelijk bestaat er behoefte aan voorzieningen als bedoeld in de artt. 2:349a en 2:355-358 BW, zonder dat er per se een onderzoek wordt ingesteld naar het beleid en de gang van zaken. Dat is gebleken uit de zaak Gucci[146] en uit de zaken Bot[147] en Corus.[148] In zekere zin is het jammer dat de Hoge Raad in zijn beschikking inzake Gucci een stokje heeft gestoken voor het geven van voorzieningen als bedoeld in art. 2:355, zonder dat een enquête is gehouden en wanbeleid is vastgesteld. Toch acht ik die beslissing nog altijd juist. De rechter behoort geen recht te spreken in strijd met de slechts voor één uitleg vatbare tekst van de wet, die bovendien in overeenstemming is met de uit de wetsgeschiedenis blijkende wil van de wetgever. Bovendien geldt:

---

144 *Ondernemingsrecht*, 2003-15, p. 557.

145 OK 25 februari 2000, *JOR* 2000, 75 (Robot Medical).

146 HR 27 september 2000, *NJ* 2000, 653, *JOR* 2000, 217, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2000, p. 44, m.nt. P.G.F.A. Geerts.

147 Zie noot 57.

148 Zie noot 88. Zie hierover voorts, wat de onmiddellijke voorzieningen betreft: J.H.M. Willems, in: A-T-D (a.w.), p. 459 e.v.

'dat tegen een uitspraak op de voet van art. 2:355 BW geen hoger beroep op een feitelijke rechter mogelijk is. De rechtvaardiging daarvoor kan gevonden worden in de ruime mogelijkheden voor feitelijk onderzoek, hoor en wederhoor, in en na de gehouden enquête. Indien nu de enquête wordt overgeslagen wordt de facto een procedure gevolgd die qua diepgang weinig verschilt van een kort geding procedure.'[149]

In dit citaat is mogelijk een aanknopingspunt te vinden voor een oplossing. In het geval van een beweerde wantoestand bij een rechtspersoon of van een tekortkoming dan wel onrechtmatige daad van een rechtspersoon of van daarbij betrokkenen zou de know-how en specialistische ervaring van de ondernemingskamer[150] kunnen worden ingezet, zonder enquête en zonder de nadelen van één enkel feitelijke instantie. Daartoe is slechts nodig dat hoger beroep van uitspraken van zowel de voorzieningenrechter als de bodemrechter in zulke gevallen wordt ingesteld bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam. Die procedure kennen wij al (art. 997, lid 5, Rv.); een toevoeging aan art. 997 Rv. zou voldoende zijn.[151]
Dat zou de mogelijkheid bieden om in *bagatelzaken* geen enquêtes toe te staan. De OK zou veel strenger moeten worden met toewijzing van een verzoek om enquête. Indien zij de indruk heeft dat het de verzoekers slechts om onmiddellijke voorzieningen en niet om een onderzoek begonnen is en in zaken zonder voldoende maatschappelijk belang, zou zij het verzoek zonder verdere motivering moeten afwijzen, waarbij zij de verzoekers kan attenderen op de mogelijkheid van een vordering voor de voorzieningenrechter bij de bevoegde rechtbank. De kans bestaat dan dat zij de zaak als appelrechter terugkrijgt, m.n. indien de voorzieningenrechter de gevorderde voorzieningen geweigerd heeft. De ervaring leert echter dat van hoger beroep slechts in een beperkt deel van de zaken gebruik wordt gemaakt. Bovendien beslist de appelrechter over een rechterlijke uitspraak, met grieven daartegen, zodat hij op (enigszins) geëffend terrein kan werken.
Voorts lijken de bepalingen van de artt. 2:346 en 2:347 BW mij te ruim. Art. 346, onder b, bevat een alternatieve beperking waarvan het eerste deel luidt: houders van aandelen of certificaten die tenminste een tiende van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Een beperking van het geplaatste kapitaal is er echter niet. Om bagatelzaken uit te sluiten zou ik daarvoor een minimumbedrag willen vaststellen. Wat art. 347 betreft: als de betrokken werknemersorganisatie één lid heeft die werknemer van een bepaalde onderneming is (misschien is hij de enige, misschien ook één op de 10.000), kan

149 P. van Schilfgaarde als advocaat van enkele der partijen in de zaak Gucci in cassatie; geciteerd naar A-T-D, a.w., p . 312.

150 De OK heeft zich bijv. bedreven getoond in het bereiken van minnelijke regelingen, zoals OK 30 oktober 2003, ARO 2003, 182.

151 Eventueel zou de mogelijkheid geopend kunnen worden voor behandeling van appelzaken door een kamer van drie (bijv. twee raadsheren en één raad).

die organisatie om een enquête vragen. Ook hier zou een minimum kunnen worden ingebouwd, bijv. dat de onderneming tenminste 50 werknemers heeft, waarvan er tenminste vijf bij de organisatie zijn aangesloten.
Ten slotte, *last but not least,* zou ook het begrip wanbeleid met voorzichtigheid en restrictief moeten worden gehanteerd. Ik kan daar echter het zwijgen toe doen. De Hoge Raad is in zijn recente beschikkingen inzake Zwagerman, Rodamco North America, VIBA en HBG duidelijk genoeg geweest.
Het recht van enquête moet met *beleid* worden gehanteerd. Zo ergens, dan is hier, gezien de voorbeeldfunctie, *wanbeleid* uit den boze. Wildgroei moeten wij vermijden; wie wel eens heeft getuinierd, weet dat *snoeien* bevorderlijk is voor een gezonde ontwikkeling.

ISBN 90-13-01590-5
NUR 827-715
9 789013 015904 >

Eigendom
Ulrike Verboom