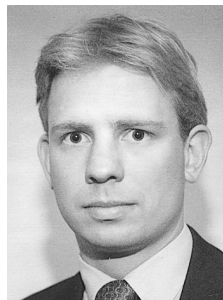


Belangenafweging bij enquêteverzoeken



Mr. M.G. Kuijpers*

Inleiding

De Ondernemingskamer heeft vooral via het enquêterecht de afgelopen jaren een belangrijke bijdrage geleverd aan de ontwikkeling van het Nederlandse ondernemingsrecht.¹ Het enquêterecht biedt aan een brede kring van gerechtigden een breed inzetbaar en effectief middel om een onderzoek te doen instellen en met (onmiddellijke) voorzieningen in te grijpen in het beleid van een onderneming. De Ondernemingskamer heeft bovendien de nodige ervaring met grote en complexe zaken, pleegt zaken snel te af te handelen en schuwt stevige uitspraken (en voorzieningen) niet. Van het enquêterecht wordt

tegenwoordig dan ook veelvuldig gebruik gemaakt. De belangen die voor de partijen spelen bij een enquêteverzoek zijn daarbij vaak groot. Enerzijds vormt het enquêteverzoek voor de verzoeker tot een enquête soms het enige effectieve middel om (snel) in te doen grijpen in het beleid

* Advocaat te Amsterdam, werkzaam voor een kantoor dat recentelijk verschillende vennootschappen heeft bijgestaan en nog altijd bijstaat bij hun verweer in enquêteprocedures.

1. Vgl. G.J.H. van der Sangen, “*Het enquêterecht als bron van nieuw ondernemingsrecht*”, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2004/1, p. 33-45 en 2004/2, p. 82-93, m.n. p. 33-34.

en de gang van zaken van een onderneming. Anderzijds kan de enkele toewijzing van een verzoek voor een onderneming zeer ingrijpende gevolgen hebben. Het verweer tegen een relatief eenvoudig in te dienen enquêteverzoek vergt reeds de nodige tijd en aandacht van het bestuur en werknemers van de onderneming en gaat al snel gepaard met aanzienlijke kosten voor juridische en overige bijstand. Wordt een enquête bevolen dan kan dit de nodige negatieve publiciteit voor de onderneming opleveren, reputatieschade toebrengen, onrust in de markt veroorzaken en voor beursfondsen van invloed zijn op de beurskoers. Het onderzoek zelf kan de bedrijfsvoering van de onderneming belemmeren en vergt vaak onevenredig veel tijd en aandacht van het bestuur en belangrijke werknemers. Alvorens een enquêteverzoek wordt toegewezen, is het dus zaak de betrokken belangen zorgvuldig af te wegen. Op dit moment staat deze belangenafweging ook volop in de aandacht, onder meer omdat Ahold op 13 januari 2004 in een open brief de VEB publiekelijk heeft opgeroepen het door haar ingediende enquêteverzoek in te trekken omdat dit voorbarig en niet in het belang van Ahold en haar aandeelhouders zou zijn. In dit artikel zal worden ingegaan op de belangenafweging van de Ondernemingskamer bij haar beslissing om al dan niet een enquête te bevelen.

Rol belangenafweging bij beoordelen enquêteverzoek

Alvorens een enquêteverzoek kan worden toegewezen zal door de verzoeker eerst een aantal in de wet verankerde drempels moeten worden genomen. Om bevoegd te zijn een enquêteverzoek in te dienen, zal de verzoeker moeten voldoen aan de specifieke voorwaarden die daaromtrent zijn opgenomen in artikel 2:346 en 2:347 BW. Daarnaast zal moeten blijken dat de verzoeker voorafgaand aan zijn verzoek schriftelijk zijn bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken kenbaar heeft gemaakt aan het bestuur en de raad van commissarissen en dat sindsdien een zodanige termijn is verlopen dat de rechtspersoon redelijkerwijze de gelegenheid heeft gehad deze bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen (artikel 2:349 lid 1 BW).² Is aan deze voorwaarden voldaan dan betekent dat nog niet dat de Ondernemingskamer vervolgens verplicht is een enquête te gelasten. Artikel 2:345 lid 1 BW bepaalt immers dat de Ondernemingskamer op verzoek van daartoe bevoegde partijen één of meer personen “kan” benoemen tot het instellen van een enquête. De bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het bevelen van een enquête is dus discretionair, met dien verstande dat voor toewijzing van een verzoek slechts plaats is wanneer ingevolge artikel 2:350 lid 1 BW is gebleken van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.³ Het is dan ook aan de Ondernemingskamer om in het kader van deze discretionaire bevoegdheid de betrokken belangen van partijen zorgvuldig af te wegen.⁴

Gezien deze systematiek in de wet, is het opvallend dat er niet of nauwelijks uitspraken bekend zijn waarin de Ondernemingskamer vaststelt dat er (mogelijk) gegronde redenen zijn om aan juist beleid te twijfelen, maar toch geen enquête wordt bevolen.⁵ Kennelijk valt de belangenafweging door de Ondernemingskamer op het moment dat zij heeft vastgesteld dat er gegronde redenen (kunnen) zijn om aan juist beleid te twijfelen, tot nu toe vrijwel altijd in het voordeel van de verzoeker uit.⁶ Ook de overige in de wet opgenomen verkeersdrempels voor het gelasten van een enquête lijkt de Ondernemingskamer bewust⁷ van het soort te laten zijn waarvoor je als verzoeker niet al te veel hoeft af te remmen zonder het risico van grote schade. De voorwaarde van artikel 2:349 lid 1 BW om bezwaren vooraf schriftelijk kenbaar te maken en bovendien de rechtspersoon een redelijke termijn te gunnen om deze bezwaren te onderzoeken en er desgewenst aan tegemoet te komen, is in de praktijk verworden tot een formaliteit in plaats van een materiële voorwaarde.⁸ De kring van personen die gerechtigd zijn een enquête te verzoeken lijkt breder te zijn geworden dan op grond van een strikte interpretatie van artikel 2:346 BW wellicht viel te verwachten⁹, terwijl de grenzen van deze kring op dit moment nog altijd worden verkend.

2. Vgl. R.M. Hermans in “*De voorfase van de enquêteprocedure*” in: “*Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*”, 2004, p. 263-287, p. 267-278.
3. Zie HR 20 november 1996, NJ 1997, 188 *Wijmsmuller*, r.o. 3.3.1. Vgl. Asser/Maeijer (2000) 2-III, nr. 526; Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 119.
4. HR 26 juni 1996, NJ 1996, 730 *Transom*, r.o. 3.4.
5. In OK 24 november 1994, NJ 1995, 474 *Wijmsmuller*, r.o. 3.3.3 overweegt de OK dat op grond van de belangenafweging van artikel 2:345 lid 1 BW geen enquête zal worden gelast, maar voegt daar aan toe dat er ook onvoldoende gegronde redenen zijn om aan juist beleid te twijfelen. In OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121 *Gucci* (r.o. 3.9) wees de Ondernemingskamer na een belangenafweging het verzoek om een enquête af, maar ging vervolgens zonder enquête direct over tot het vaststellen van wanbeleid. In OK 26 oktober 1995, TVVS 1996, p. 22 *Bohen*, r.o. 3.5 stelt de OK wel vast dat er gegronde redenen zijn om aan juist beleid te twijfelen, maar wordt vervolgens na een belangenafweging toch geen enquête gelast.
6. Vgl. OK 4 juli 2001, JOR 2001, 149 *HBG*, r.o. 3.23; OK 30 oktober 2003, JOR 2003, 282 *Landis*, r.o. 3.1 en 3.2.
7. J.H.M. Willems, “*De enquêteprocedure: een efficiënte dienstmaagd*”, in: “*Conflicten rondom de rechtspersoon*”, 2000, p. 31 en 32.
8. M. Holtzer, “*Rechtspraakoverzicht enquêterecht 2000 en 2001*” in “*Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*”, 2002, p. 31 en de daar genoemde jurisprudentie. Recente voorbeelden: OK 11 juli 2003, JOR 2003, 252 *LHT Finance House*; OK 31 juli 2003, JOR 2003, 255 *Citylens*, en OK 28 november 2003, JOR 2004, 40 *Best Advice Financiële Dienstverlening*, waarin het enkel voldoen aan de ratio van art. 2:349 lid 1 BW (de rechtspersoon is niet door het verzoek overvallen) voldoende werd geacht. Vgl. ook P.G.F.A. Geerts in *Ondernemingsrecht 2004*, p. 136-137.
9. Zie de beslissing dat ook economisch eigenaren van aandelen (OK 9 december 1999, JOR 2000, 33 *Sito Distributiecentrum*) en van certificaten van aandelen (OK 7 augustus 2002, 193 en HR 6 juni 2003, NJ 2003, 486 *Scheipar*) bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek. Ook de opkomst van de concernenquête (OK 27 april 2000, JOR 2000, 127 *Bot Bouw Groep*) waarbij verzoekers in beginsel niet bevoegd zij ten aanzien van dochtervennootschappen, kan worden gezien als een uitbreiding van de kring van gerechtigden.

Daarnaast – of daardoor¹⁰ – blijft de populariteit van de enquête onverminderd groot en moet elke (beursge-noteerde) onderneming van enige omvang die – om welke reden ook – in roerige tijden verkeerd, rekening houden met de mogelijkheid dat op enig moment een enquête zal worden bevolen.

Belangen verzoeker

Concreet belang bij enquête noodzakelijk

Artikel 3:303 BW bepaalt dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt. Alhoewel de gebruikte term “rechtsvordering” anders suggereert, is dit artikel ook van toepassing op verzoekschriftprocedures en dus op de enquêteprocedure. Ook een verzoeker in een enquêteprocedure moet een voldoende concreet belang hebben bij zijn verzoek: de eventuele enquête. Voorop staat dat degene die een enquêteverzoek indient, evenals iedere andere verzoeker of eiser, verondersteld wordt een voldoende belang te hebben bij zijn verzoek.¹¹ De Ondernemingskamer behoeft in beginsel dan ook niet ambtshalve de vraag aan de orde te stellen of de verzoeker voldoende belang heeft bij zijn verzoek. Verweert een wederpartij zich evenwel met de stelling dat de verzoeker onvoldoende belang heeft bij zijn verzoek, dan zal de verzoeker *wel* moeten aantonen over een voldoende concreet belang te beschikken. Slaagt de verzoeker hier niet in, dan wordt aangenomen dat de verzoeker niet ontvankelijk is.¹² Wanneer de verzoeker er wel in slaagt aan te tonen over een voldoende concreet belang in de zin van artikel 3:303 BW te beschikken, dan zal de Ondernemingskamer vervolgens op grond van artikel 2:345 lid 1 BW moeten afwegen of het gestelde belang van de verzoeker bij het bevelen van een enquête zwaarder moet wegen dan het belang van een verweerder bij het *niet* bevelen daarvan. Valt deze belangenafweging in het nadeel van de verzoeker uit dan is de verzoeker wel ontvankelijk in zijn verzoek, maar moet zijn verzoek worden afgewezen.

Belang verzoeker moet vallen binnen doeleinden van enquête

Een verzoeker die zijn belang bij de te bevelen enquête ex artikel 3:303 BW moet aantonen of een rechtens relevant belang voor de belangenafweging van artikel 2:345 lid 1 BW wil stellen, zal mijns inziens een belang moeten stellen dat valt binnen de doeleinden waarvoor in het Nederlandse recht een enquête kan worden gelast. Valt het gestelde belang buiten deze doeleinden, dan kan dit belang voor de verzoeker weliswaar een valide of zelfs *de* achterliggende reden voor het verzoek zijn, maar daarmee is het nog niet een rechtens te honoreren belang voor het bevelen van een enquête. Ook de Hoge Raad heeft (in verband met de ontvankelijkheid van enquêteverzoeken van de advocaat-generaal om redenen van openbaar belang) geoordeeld dat de Ondernemingskamer *in verband met de doeleinden van de enquête* moet beoordelen of een enquêteverzoek voor toewijzing in aanmerking komt.¹³

Uit de parlementaire behandeling van de herziening van het enquêterecht in de jaren '70, ingeleid door het rapport van de commissie-Verdam (1965), valt af te leiden dat tot de doeleinden van de enquête werden gerekend (i) sanering en herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard¹⁴; (ii) opening van zaken¹⁵; en (iii) vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust van mogelijk blijvend wanbeleid.¹⁶ In 1990 heeft de Hoge Raad in zijn Ogem-beschikking deze doeleinden van de enquête nog eens bevestigd.¹⁷

In de parlementaire geschiedenis en in de Ogem-beschikking is ook aandacht besteed aan de preventieve werking van het enquêterecht. In de parlementaire geschiedenis staat vermeld dat de “*mogelijkheid van ingrijpen ook de preventieve werking van het enquêterecht zal versterken*”.¹⁸ De Hoge Raad heeft overwogen dat “*van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan*”.¹⁹ Onduidelijk is of de preventieve werking van het enquêterecht een zelfstandig doel is waarop een in een concreet geval in te stellen enquête (uitsluitend) kan zijn gericht of dat dit een – politiek wenselijk geacht – gevolg is van het bestaan van het enquêterecht in het algemeen. Nu zowel in de parlementaire geschiedenis als door de Hoge Raad de preventieve werking niet aan een concrete enquête wordt gekoppeld, maar aan de preventieve werking die zou *kunnen* uitgaan van de *mogelijkheid* van ingrijpen en bovendien wordt gesproken van de preventieve werking van het enquêterecht, zou ik menen dat het laatste het geval is.²⁰

Enquête in het eigen belang van verzoeker?

Voor de te maken belangenafweging – en eigenlijk al voor het vereiste concrete belang zoals bedoeld in artikel 3:303 BW – is ook het antwoord op de vraag relevant of het

10. Oorzaken van de populariteit worden wel gezocht in de opzet van de enquêteprocedure, de mogelijkheid om in elke stand van het geding onmiddellijke voorzieningen te treffen, de snelle en effectieve werkwijze van de Ondernemingskamer, de bereidheid van de Ondernemingskamer om ferme beslissingen te nemen en zelfs in de persoon van de voorzitter van de Ondernemingskamer. Zie M.J.C.C. Raaijmakers, NJB 2003, p. 1373; P.D. Olden in “*Tien jaar onmiddellijke voorzieningen*”, in Ondernemingsrecht 2003, p. 554 en 555; R.M. Hermans, a.w. 2004, p. 263-264.
11. Zie Vermogensrecht (A.W. Jongbloed), artikel 3:303 BW, aant. 5 en de daar genoemde jurisprudentie.
12. Vermogensrecht (A.W. Jongbloed), artikel 3:303 BW, aant. 6.
13. HR 1 februari 2002, NJ 2002, 226 *De Vries Robbé*, r.o. 3.2.
14. TK 9596, MvT, Bundel NV en BV, p. IXa 12 en MvA, p. 13, 1969, Bundel NV en BV, p. IXa 58.
15. TK 9596, MvT, Bundel NV en BV, p. IXa 8.
16. TK 9596, Handelingen II, Bundel NV en BV, p. IXa 115.
17. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 *Ogem*, r.o. 4.1. In latere uitspraken herhaald, bijvoorbeeld in HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 *Text Lite*, r.o. 4.1.1.
18. TK 9596, MvT, Bundel NV en BV, p. IXa 12.
19. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 *Ogem*, r.o. 4.1. Vgl. ook HR 15 januari 1997, NJ 1997, 368 *Vie d'Or*, r.o. 4.5.1.
20. Zo ook Maeijer in zijn noot onder HR 20 november 1996, NJ 1997, 188 *Wijsmuller*, waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat enige preventieve werking die het gevolg kan zijn van een enquête geen grond behoeft te zijn voor het gelasten van een enquête en niet door de OK in haar oordeel behoeft te worden betrokken.

belang dat de verzoeker²¹ in een enquêteprocedure stelt een *eigen* belang moet zijn. In enquêteprocedures is door verzoekers immers wel aangevoerd dat een enquête (mede) moet worden gelast in het algemeen of openbaar belang. Voorop staat, zoals hiervoor al opgemerkt, dat ook een dergelijk gesteld openbaar belang slechts relevant is voorzover het gerelateerd is aan één van de doeleinden van de enquête. Daarnaast lijkt moeilijk voor te stellen dat het vereiste belang van de verzoeker bij een enquête kan bestaan uit het belang van een derde of het algemene belang. In het eerste geval (het belang van een derde) zal de derde immers zelf, of gezamenlijk met andere verzoekers, een enquêteverzoek moeten indienen. Is de derde daartoe niet bevoegd dan kunnen de limitatieve regels²² voor ontvankelijkheid niet worden omzeild door een ander (anders dan als gevolmachtigde of medeverzoeker) een verzoek te laten indienen.²³ In het tweede geval (het algemene belang) lijkt een enquêteverzoek evenmin te kunnen worden toegewezen, omdat de wet in artikel 2:345 lid 2 BW hiervoor in een bijzondere procedure voorziet. Dit wetsartikel geeft de advocaat-generaal de, in beginsel discretionaire²⁴, bijzondere bevoegdheid om om redenen van openbaar belang een enquêteverzoek in te dienen. De enquêteprocedure zelf is immers (nog altijd) niet meer dan een civiele procedure tussen civiele partijen, waarbij alleen concrete belangen van de betrokken partijen aan de orde kunnen komen. Ook in dit verband lijkt het juist dat de preventieve werking niet een zelfstandig doel is van een individuele enquête.

Ziet de advocaat-generaal af van het indienen van een enquêteverzoek om redenen van openbaar belang dan kan – nu een dergelijk enquêteverzoek van een “gewone” verzoeker niet kan worden toegewezen – geen enquête in het openbaar belang worden gelast. De Ondernemingskamer kan immers niet ambtshalve het openbaar belang in haar belangenafweging betrekken en om die reden een enquête bevelen.²⁵ In een civiele procedure staat – binnen de grenzen van de openbare orde en goede zeden van artikel 3:40 BW – de partijautonomie voorop, is de rechter lijdelijk en mag de rechter ook niets anders of meer toewijzen dan (rechtens relevant) is verzocht.²⁶

In de praktijk is de advocaat-generaal overigens niet erg actief in enquêteprocedures²⁷, waardoor de vraag opkomt of een niet-optredende advocaat-generaal via bestuursrechtelijke weg tot actie kan worden gedwongen. Deze vraag is bovendien relevant omdat in de parlementaire geschiedenis van zowel de herziening van het enquêterecht in de jaren ‘70 als in de jaren ‘90 bij herhaling is uitgesproken dat in beginsel een ieder zich tot het openbaar ministerie kan wenden dat vervolgens ook op verzoek kan besluiten op te treden.²⁸ Toch moet de vraag ontkennend worden beantwoord. De advocaat-generaal kwalificeert nog wel als een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb (jo. 1:1 lid 2 sub g Awb), maar een besluit tot het

al dan niet indienen van een enquêteverzoek moet worden aangemerkt als een besluit ter voorbereiding van privaatrechtelijk handelen waartegen ingevolge artikel 8:3 Awb geen beroep openstaat. Deze blokkering van de administratiefrechtelijke weg is begrijpelijk voorzover de advocaat-generaal besluit daadwerkelijk een enquêteverzoek in te dienen. In dat geval kunnen belanghebbenden zich ingevolge artikel 282 lid 1 Rv. met een verweerschrift bij de Ondernemingskamer melden en worden ongewenste competentieproblemen tussen de administratieve en civiele rechter voorkomen.²⁹ Wanneer de advocaat-generaal echter afziet van het indienen van een enquêteverzoek, vallen meer vraagtekens te zetten bij de uitsluiting van het beroep³⁰ omdat competentieproblemen dan niet spelen en alsdan rechtsbescherming ontbreekt. Overigens is het nog maar de vraag of een (toegestaan) administratief beroep succesvol zou kunnen zijn, gezien de eis dat het desbetreffende voorbereidingsbesluit de belanghebbende rechtstreeks in zijn belang moet treffen.³¹ Een rechtstreeks belang bij het instellen van een beroep in het openbaar belang valt nu eenmaal lastig aan te tonen. Een vordering uit onrechtmatige daad tegen een niet-optredende advocaat-generaal zou ook nog denkbaar zijn³², maar het is de vraag of daarmee snel het gewenste doel kan worden bereikt.

21. Bijvoorbeeld de VEB.

22. Zie HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225 *De Vries Robbé*, r.o. 3.3.

23. Artikel 3:305a lid 1 BW biedt belangenorganisaties (bijvoorbeeld: de VEB) de mogelijkheid een vordering in te stellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen voorzover zij deze belangen ingevolge hun statuten behartigen. Teneinde ontvankelijk te zijn in een ingediend enquêteverzoek, anders dan als gevolmachtigde, zal een belangenorganisatie echter moeten voldoen aan de voorwaarde van artikel 2:346 BW (lex specialis) en moeten opkomen voor de eigen of de vertegenwoordigde belangen. Een essentieel kenmerk van een vordering op grond van artikel 3:305a BW is echter dat de belangenorganisatie opkomt voor belangen van anderen en niet de eigen belangen. Een beroep op artikel 3:305a BW gaat derhalve niet op. Zie N. Frenk, “*Kollektieve akties in het privaatrecht*”, 1994, p. 112-113; *Vermogensrecht* (A.W. Jongbloed), artikel 3:305a BW, aant. 18.

24. Artikel 2:345 lid 2 bepaalt dat de advocaat-generaal om redenen van openbaar belang om een enquête “*kan*” verzoeken.

25. Anders: J.H.M. Willems, a.w., p. 38.

26. Zie artikel 23 en 24 Rv. Vgl. Snijders/Ynzonides/Meijer, 2002, nr. 42-49; Hugenholtz/Heemskerk, 2002, nr. 5. In dit verband kan ook worden gewezen op HR 31 mei 2000, NJ 2000, 555 *Vie d’Or*, r.o. 3.4.1, waarin de OK terzake van het vaststellen van wanbeleid volgens de Hoge Raad buiten de rechtsstrijd van partijen trad.

27. Vgl. Rechtspersonen (P.G.F.A. Geerts), artikel 2:345 BW, aant. 2.1 en de daar genoemde jurisprudentie en E. Schmieman, “*De bevoegdheden van de Advocaat-generaal bij het Gerechtshof Amsterdam in het enquêterecht (art. 2:345 lid 2 en 2:355 lid 1 BW)*”, in: “*Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*”, p. 359-391, p. 359.

28. TK 9596, MvT, Bundel NV en BV, p. IXa 11; Voorlopig Verslag, Bundel NV en BV, p. IXa 34 en 35; TK 22 400, MvA, Bundel NV en BV, p. Xe 23.

29. Zie Daalder/De Groot/Van Breugel, PG Awb tweede tranche (MvT), 1994, p. 390.

30. Het al dan niet optreden van de advocaat-generaal in enquêteprocedures is niet aan goedkeuring van een ander bestuursorgaan onderhevig zodat de uitzondering van artikel 8:1 lid 3 sub b Awb niet van toepassing is.

31. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, 2002, p. 539.

32. Zo ook: Daalder/De Groot/Van Breugel, PG Awb tweede tranche (MvT), 1994, p. 383.

Enquête met het oog op een nog volgende schade-vergoedingsprocedure

Een veel voorkomende situatie is dat een enquête door verzoekers wordt gebruikt als opstapje voor een latere aansprakelijkheidsprocedure. Zo heeft bijvoorbeeld de VEB uitdrukkelijk aangegeven dat de enquêteprocedure tegen Ahold (mede) gevoerd wordt in het belang van later namens gedupeerde beleggers te voeren aansprakelijkheidsprocedures.³³ Dat de Ondernemingskamer geen oordeel geeft over (persoonlijke) aansprakelijkheid voor de gevolgen van wanbeleid staat vast.³⁴ Dat de vaststelling van wanbeleid – zeker de vaststelling van individuele verantwoordelijkheid daarvoor van bestuurders en commissarissen – niettemin grote gevolgen kan (en mag) hebben in een latere aansprakelijkheidsprocedure staat eveneens wel vast.³⁵ Dit wil echter nog niet zeggen dat – omgekeerd – verzoekers ten behoeve van de enquêteprocedure hun belang kunnen ontlenen aan de latere aansprakelijkheidsprocedure. Daarmee worden oorzaak en gevolg omgedraaid en wordt de enquêteprocedure ten onrechte gedenaturaliseerd.³⁶

Belangen verweerder

De verwerende rechtspersoon die een enquête wil voorkomen zal mogelijk ter discussie willen stellen of de verzoeker voldoende belang heeft bij een enquête of in ieder geval dat zijn belangen bij het niet gelasten van een enquête zwaarder behoren te wegen. Anders dan voor de verzoeker – die een enquête juist tracht uit te lokken – worden de rechtens relevante belangen van de verweerder in die situatie strikt genomen niet beperkt door de doeleinden waarvoor een enquête kan worden gelast. Wel moet worden bedacht dat de door de verwerende rechtspersoon gestelde belangen door de Ondernemingskamer moeten worden afgewogen tegen de belangen van de verzoeker die bij zijn enquêteverzoek wel is gebonden aan de doeleinden van de enquête. Om de belangen van de verweerder enig gewicht in de schaal te laten leggen, kan het dus wel zinvol zijn om aanknoping te zoeken bij de doeleinden van de enquête.

De Ondernemingskamer is niet verplicht alle door de verwerende rechtspersoon aangevoerde belangen in haar belangenafweging te betrekken. Rechtens relevant zijn alleen de belangen van de rechtspersoon zelf. Evenals dit ten aanzien van de verzoeker geldt, behoeft de Ondernemingskamer niet in te gaan op door de verwerende rechtspersoon gestelde belangen van een ander, zoals bijvoorbeeld zuivere deelbelangen van bestuurders of commissarissen. Het belang van de rechtspersoon wordt voor vennootschappen – waar het in de enquêtepraktijk vaak om gaat – wel omschreven als de resultante van de afweging van belangen van hen die bij de vennootschappelijke werkzaamheid zijn betrokken.³⁷ Deelbelangen zijn dus wel van belang of zelfs bepalend voor het door de rechtspersoon te stellen belang, zonder dat het door de

rechtspersoon aangevoerde belang gelijk gesteld kan worden met deze deelbelangen.

Belangen derden

Belanghebbenden³⁸ kunnen door de Ondernemingskamer worden opgeroepen op grond van artikel 279 lid 1 Rv. en kunnen zich op grond van artikel 282 lid 1 Rv. ook uit eigen beweging met een verweerschrift in de enquêteprocedure voegen. Zijn belanghebbenden in de procedure verschenen, dan zal de Ondernemingskamer de belangen van deze derden in haar belangenafweging (artikel 2:345 lid 1 BW) moeten meenemen. Derden zijn daarbij geheel vrij in de positie die zij ten aanzien van het enquêteverzoek innemen. Voorzover het betoog van de verschenen derden er echter toe strekt dat een enquête moet worden bevolen³⁹, gelden voor de derden dezelfde beperkingen als voor de verzoeker en mag het door deze derden gestelde belang dus slechts door de Ondernemingskamer worden meegewogen voor zover het valt binnen de doeleinden waarvoor een enquête kan worden gelast. Uitgangspunt blijft hierbij wel dat de verzoeker zelfstandig een voldoende concreet belang in de zin van artikel 3:303 BW moet hebben. Betoogt de derde dat juist geen enquête moet worden bevolen dan gelden – gelijk aan de verwerende rechtspersoon die een enquête tracht te voorkomen – deze beperkingen niet. In laatstgenoemd geval valt te denken aan de situatie dat de rechtspersoon tegen wie het enquêteverzoek zich richt niet in de procedure verschijnt of geen verweer voert, bijvoorbeeld omdat de rechtspersoon failliet is⁴⁰ of een impasse de rechtspersoon heeft lamgelegd.⁴¹ In de procedure verschenen derden,

33. Zie persbericht VEB van 12 februari 2004, “*VEB dient enquêteverzoek in*”, (www.veb.net).

34. HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 *Text Lite*, r.o. 4.1.1 t/m 4.1.3; HR 4 april 2003, NJ 2003, 538 *Skipper Club*, r.o. 3.4; Vgl. ook G. van Solinge, “*Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid*” in “*Drie Nijmeegse redes: Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering*”, 1998, p. 37-63, p. 48.

35. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 *Ogem*, r.o. 5. Vgl. F. Veenstra, “*Enquêtebeschikkingen en gezag van gewijsde*”, in: “*Algemeen-Bijzonder. De misserwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*”, 2003, p. 219-230.

36. Vgl. Maeijer in § 3 van zijn noot onder HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 *Text Lite* en Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 121.

37. Van der Heijden/Van der Grinten (1992), nr. 231; Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 4. Maeijer ziet minder in de resultante van deelbelangen maar onderscheidt het vennootschappelijke belang duidelijker van de afzonderlijke deelbelangen, Asser-Maeijer (2000), nr. 293.

38. In dit artikel ga ik niet in op de vraag wanneer een derde belanghebbende in een enquêteprocedure moet worden toegelaten of wanneer deze een zelfstandig enquêteverzoek kan indienen. Zie over het begrip belanghebbende in enquêteprocedures: HR 6 juni 2003, NJ 2003, 486 *Scheipar*, r.o. 3.3.1-3.3.3 en Maeijer in § 1 van zijn noot daaronder; M. Selderijk, V&O januari 2004, p. 5-9, p. 6 en A.F.J.A. Leijten, “*De positie van de derde in het enquêterecht*” in “*Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*”, 2002, p. 65-77, p. 66.

39. Te denken valt aan de positie van een drietal belanghebbenden (obligatiehouders) ten tijde van het eerste enquêteverzoek inzake Getronics, OK 25 maart 2003, JOR 2003, 119 *Getronics*.

40. Vgl. OK 30 oktober 2003, JOR 2003, 282 *Landis* waarin bestuurders en commissarissen verweer hebben gevoerd.

41. Vgl. OK 31 juli 2003, JOR 2003, 255 *Citylens*; OK 17 november 2003, JOR 2004, 9 *Dolphin Watercompany*; OK 3 februari 2004, JOR 2004, 101 *Headscanning*.

bijvoorbeeld bestuurders, commissarissen of aandeelhouders, kunnen dan in plaats van de rechtspersoon proberen een enquête te voorkomen. In dat geval geldt voor deze derden dezelfde beperking die ook voor de verzoeker en de verwerende rechtspersoon geldt: voor de belangenafweging is alleen het *eigen* belang van de derde relevant en niet – tenzij gelijkluidend – dat van de rechtspersoon.

Onduidelijker is of de Ondernemingskamer in haar belangenafweging ook rekening moet houden met derden die niet in de procedure zijn verschenen. Omdat de Ondernemingskamer zonder een daartoe strekkend verzoek van de advocaat-generaal geen enquête in het openbaar belang mag bevelen en ook niet buiten de rechtsstrijd van partijen kan treden, lijkt hiervoor niet veel ruimte te zijn. Met betrekking tot door de Ondernemingskamer te treffen voorzieningen (artikel 2:356 en 2:357 BW) is in de parlementaire geschiedenis niettemin opgemerkt dat deze voor derden te goeder trouw *onaanvaardbaar* kunnen zijn.⁴² Het is daarom volgens de parlementaire geschiedenis gewenst dat de Ondernemingskamer de bevoegdheid heeft om bij de vaststelling van de gevolgen van haar *beslissingen* met alle in aanmerking komende belangen rekening te houden. Hierop voortbordurend valt te verdedigen dat de Ondernemingskamer ook bij de beslissing om al dan niet een enquête te bevelen moet kunnen nagaan of deze beslissing voor derden onaanvaardbare gevolgen heeft. Is dit het geval dan zal de Ondernemingskamer deze derden moeten oproepen op grond van artikel 279 lid 1 Rv. en het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor.⁴³ Indien de derde ondanks behoorlijke oproeping vervolgens toch niet verschijnt in de enquêteprocedure, dan heeft de derde voldoende de mogelijkheid gehad zijn belang naar voren te brengen en mag de Ondernemingskamer nu de derde daarvan geen gebruik maakt met deze belangen geen rekening meer houden.⁴⁴ Verschijnt de derde na oproeping wel in de procedure, dan geldt hetgeen hiervoor is vermeld.

Met uitzondering van eventuele onmiddellijke voorzieningen, zal in de praktijk een te houden enquête overigens vermoedelijk niet snel onaanvaardbare gevolgen voor derden hebben. In de eerste fase van de enquêteprocedure worden in beginsel nog geen rechten of verplichtingen van derden vastgesteld, maar wordt slechts onderzoek gedaan naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon zelf.⁴⁵ Veel belangen van derden kunnen bovendien reeds besloten liggen in het belang van de verwerende rechtspersoon en zijn onderneming, dat door de rechtspersoon veelal naar voren zal worden gebracht.

Belangenafweging in verschillende soorten enquêtes

In ieder enquêteverzoek zijn de omstandigheden van het geval anders en is daardoor ook de belangenafweging van

de Ondernemingskamer anders. Toch bestaat er in de literatuur wel een onderverdeling van verschillende soorten enquêtes.⁴⁶ Allereerst wordt de curatieve of eigenlijke⁴⁷ enquête onderscheiden. Bij deze enquête is de focus gericht op de sanering en het herstel van gezonde verhoudingen binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon door het treffen van maatregelen van reorganisatorische aard. Deze enquête komt vooral voor in situaties waarin een impasse bij de rechtspersoon is ontstaan.⁴⁸ Het tweede type enquêteprocedure is de inquisitoire⁴⁹ of oneigenlijke⁵⁰ enquête. Deze enquête is niet gericht op het herstel van goede verhoudingen, maar op het bieden van openheid van zaken en het vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid. Dit type enquête doet zich vooral voor in faillissementssituaties of daarmee gelijk te stellen situaties, omdat daar het herstel van goede verhoudingen niet meer van belang is.⁵¹ Bij Ahold en Getronics is een inquisitoir enquêteverzoek nu echter ook ingediend in “going concern” situaties van ondernemingen. Tenslotte wordt door Hermans nog de antagonistische enquête onderscheiden.⁵² Dit type enquête is ontstaan nadat de Ondernemingskamer in 1994 de mogelijkheid heeft gekregen om onmiddellijke voorzieningen te treffen. De enquêteprocedure wordt dan gebruikt als strijdmiddel tussen verschillende bij een onderneming betrokken belanghebbenden, bijvoorbeeld bij vijandige overnames of als middel om nakoming van contracten af te dwingen.⁵³

Uitgaande van deze onderverdeling zijn nog enkele algemene opmerkingen te maken over de belangenafweging van de Ondernemingskamer voor individuele enquêtes. Bij eigenlijke of curatieve enquêteverzoeken zal het belang van de verzoeker die via een enquête (en voorzieningen) een einde probeert te maken aan een ontstane impasse –

42. TK 22 400, MvT, Bundel NV en BV, p. IXa-art. 54b-1 en 2.

43. Zie Sniijders/Ynzonides/Meijer, 2002, nr. 34; R.M. Hermans, “*Het onderzoek in de enquêteprocedure*” in “*De vader van de gedachte, opstellen over wenselijk recht ter gelegenheid van het 225-jarig bestaan van het genootschap ‘Door Tijd en Vlijt’*”, 2003, p. 76-136, p. 122; In de parlementaire geschiedenis is met betrekking tot (de voorganger van) artikel 279 Rv. opgemerkt dat de rechter zich er ambtshalve binnen redelijke grenzen op behoort toe te leggen dat allen, die vermoedelijk belanghebbende zijn, in de gelegenheid worden gesteld zich bij de behandeling te laten horen (EK 7753, MvA, nr. 41a, p. 2).

44. Vgl. HR 9 juni 1989, NJ 1990, 56.

45. EHRM 19 maart 2002, JOR 2002, 127 *Text Lite*.

46. R.M. Hermans, a.w. 2003, p. 78.

47. G. van Solinge, a.w., p. 45.

48. Vgl. HR 19 oktober 2001, NJ 2002, 92 *Sky Gate* en OK 12 juni 2002, JOR 2002, 125 *InterXion Holding*.

49. R.M. Hermans, a.w. 2003, p. 79.

50. G. van Solinge, a.w., p. 46.

51. Vgl. OK 7 december 1989, NJ 1990, 242 *Bredero*; HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 *Ogem*; HR 4 juni 1997, NJ 1997, 67 *Text Lite*; HR 15 januari 1997, NJ 1997, 368 *Vie d’Or*.

52. R.M. Hermans, a.w. 2003, p. 80.

53. Vgl. HR 27 september 2000, NJ 2000, 653 *Gucci*; HR 21 februari 2003, NJ 2003, 182 *HBG*; HR 18 april 2003, NJ 2003, 286 *RNA*.

een expliciet doel van de enquête – al snel zwaar moeten wegen. Bij oneigenlijke of inquisitoire enquêtes, zeker in “going concern” situaties, zal dit niet zonder meer het geval zijn. Goed voor te stellen valt dat het belang van een rechtspersoon wiens onderneming een moeilijke periode doormaakt of net heeft doorgemaakt – en waarbij een enquête juist dan onevenredig veel tijd, aandacht en middelen van de onderneming kan vergen – bij het niet bevelen van een (niet in tijd of onderwerp beperkte) enquête zwaar kan wegen. Relevant kan daarbij zijn of de verzoeker via een minder (zwaar) belastend middel dan de enquête zijn doel kan bereiken. Bij antagonistische enquêtes doet zich de vreemde situatie voor dat het belang van de verzoeker feitelijk ligt bij de onmiddellijke voorzieningen die ex artikel 2:349a lid 2 BW gedurende enquêteprocedures kunnen worden getroffen en niet bij de enquête zelf. Het verzoek tot het bevelen van een enquête wordt alleen ingediend omdat de wet dit vereist. Hierdoor is het nog maar de vraag of de verzoeker een voldoende (rechtens relevant) zwaarwegend belang heeft bij de enquête, al was het maar omdat de onmiddellijke voorzieningen via een “normale” kort geding procedure kunnen worden verkregen op een – zonder enquête – voor de vennootschap minder belastende wijze. Niet uit te sluiten valt zelfs dat de verzoeker onder omstandigheden een onvoldoende concreet belang heeft bij de enquête in de zin van artikel 3:303 BW en daardoor niet ontvankelijk is in zijn enquêteverzoek. Wanneer het enquêteverzoek aldus wordt afgewezen of de verzoeker niet ontvankelijk is, eindigt de enquêteprocedure en vervallen daarmee ook alle “*voor ten hoogste de duur van het geding*” (artikel 2:349a lid 2 BW) getroffen onmiddellijke voorzieningen, voorzover de Ondernemingskamer al aan het bevelen daarvan is toegekomen.

Conclusie

De belangen bij het al dan niet bevelen van een enquête

zijn groot. Vandaar dat de Ondernemingskamer ook in de motivering van haar beschikkingen voldoende aandacht zou moeten besteden aan de belangenafweging die zij ingevolge artikel 2:345 lid 1 BW moet maken. Voorafgaand aan deze belangenafweging, is voor de ontvankelijkheid van de verzoeker noodzakelijk dat hij een concreet belang heeft in de zin van artikel 3:303 BW bij het ingediende enquêteverzoek. Ontbreekt een dergelijk concreet belang, dan komt de Ondernemingskamer aan een belangenafweging niet toe. Het door de verzoeker te stellen belang is bovendien alleen rechtens relevant voorzover het een eigen belang is en valt binnen de doeleinden waarvoor in het Nederlandse recht een enquête kan worden bevelen, namelijk: (i) sanering en herstel van gezonde verhoudingen; (ii) opening van zaken; of (iii) vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid voor mogelijk blijvend wanbeleid berust. Hetzelfde geldt voor een door een derde gesteld belang bij het bevelen van een enquête. Een enquête kan niet worden verzocht in het belang van een latere aansprakelijkheidsprocedure of – behalve door de advocaat-generaal – in het openbaar belang. De door de Ondernemingskamer mee te wegen belangen van de verwerende rechtspersoon en derden die een enquête willen voorkomen, worden niet beperkt door de doeleinden van de enquête. Wel mag de Ondernemingskamer slechts de belangen van de verwerende rechtspersoon (respectievelijk de derde) zelf meewegen en moeten belangen van anderen, zoals zuivere deelbelangen van bestuurders of commissarissen, buiten beschouwing blijven. Indien een te bevelen enquête onaanvaardbare gevolgen voor niet-verschenen derden kan hebben, moeten deze derden door de Ondernemingskamer worden opgeroepen. Hoe de belangenafweging in de praktijk uitpakt is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij relevant kan zijn of de verzoeker ook via andere voor de rechtspersoon minder belastende wegen zijn doel kan bereiken.